

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

Costes, precios y excedente contractual en el control de la contratación de consumo, especialmente la hipotecaria*

FERNANDO GÓMEZ POMAR

Catedrático de Derecho civil
Universitat Pompeu Fabra

MIREIA ARTIGOT GOLOBARDES

Profesora Lectora
Universitat Pompeu Fabra

RESUMEN

El trabajo examina la experiencia española en materia de litigación sobre cláusulas no negociadas en la contratación hipotecaria a la luz de los conceptos económicos básicos que permiten desentrañar la función contractual de las mismas. El análisis se hace en términos de los costes, los precios y el excedente contractual conjunto y el individual de las partes en el contrato, aplicándose a continuación a las principales cláusulas debatidas judicialmente en España: cláusulas suelo, cláusulas de vencimiento anticipado, cláusulas sobre comisión de apertura, cláusulas de gastos (incluyendo Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, aranceles notariales y registrales y gastos de gestoría y tasación). Finalmente, se desarrolla la crucial distinción entre cláusulas productivas y distributivas y su incidencia en el modo de interpretar y aplicar el juicio de transparencia material y el juicio de abusividad que resultan de la normativa europea y española sobre condiciones generales en la contratación de consumo.

PALABRAS CLAVE

Condiciones generales. Contratos de préstamo hipotecario. Costes y precios. Excedente contractual. Transparencia material y abusividad.

* 27 de diciembre de 2019.

Costs, prices and contract surplus in legal controls over standard terms, especially in mortgage contracts

ABSTRACT

The article looks at the Spanish litigation wave over standard terms in mortgage loans under the lenses provided by basic economic notions that shed light on the contractual function of various contract clauses. The analysis deploys the essential toolkit of costs, prices, and contract surplus and projects it over the terms that have constituted the bulk of recent litigation in Spain: adjustable interest rate floors, acceleration clauses, administration fees, taxes and expenses clauses (including notarial and registry fees, appraisal fees and handling fees). The crucial distinction between productive and distributive clauses is introduced in order to interpret and apply the substantive transparency and unfairness tests over standard contract terms to be found in EU and Spanish consumer contract law.

KEYWORDS

Standard contract terms. Mortgage loans. Costs and prices in contracting. Contract surplus. Transparency and unfairness tests.

SUMARIO: 1. Introducción: El sustrato económico de la contratación de consumo.–2. Condiciones generales y su control en el Derecho de la UE y el Derecho español. a) Ventajas y desventajas contractuales de la estandarización de términos en el contrato. b) Control de transparencia sobre condiciones generales en la Directiva 93/13. c) Control de abusividad de condiciones generales. d) Control de transparencia material.–3. Los costes en los contratos de consumo y su relación con los precios. a) Las distintas dimensiones de los costes de producción de productos y servicios b) El precio de los productos y servicios y los costes de producción.–4. La distinta función de las cláusulas contractuales y su incidencia en el control jurídico sobre las mismas.–5. La litigación española sobre contratos de crédito hipotecario. 5.1 Cláusulas productivas. 5.1.1 Cláusulas suelo. 5.1.2 Cláusulas de vencimiento anticipado. 5.1.3 Comisión de apertura. 5.2 Cláusulas distributivas. 5.2.1 Cláusulas que se refieren al pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados. 5.2.2 Cláusulas relativas a los aranceles notariales y los aranceles registrales. a) Aranceles notariales. b) Aranceles registrales. 5.2.3 Cláusulas sobre gastos de gestoría y tasación.–6. La aplicación de los controles *ex post* sobre condiciones generales en los contratos de crédito hipotecario en España. 6.1 El control sobre condiciones contractuales productivas. 6.2 El control sobre cláusulas distributivas.–7. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN: EL SUSTRATO ECONÓMICO DE LA CONTRATACIÓN DE CONSUMO

El precio de los bienes y servicios intercambiados entre empresas y consumidores (o entre empresas) está directamente relacionado con los costes de producirlos. Lo anterior no presupone identidad, naturalmente, como podremos comprobar de inmediato y como intuitivamente conocemos todos cuando actuamos como contratantes. Pero es indudable que un oferente, si hace un cálculo prospectivo y racional, se inclinará por no producir y ofrecer un producto o servicio en el mercado si el precio que espera recibir por él no es, como mínimo, igual a lo que le cuesta producirlo.¹ La teoría económica y la práctica comercial arrojan evidencias incontestables del reflejo de los costes de producción –en sentido amplio– en el precio de los productos y/o servicios.

En el plano jurídico, las transacciones económicas de toda índole se articulan a través de contratos. El Derecho se ocupa de clarificar o determinar distintas cuestiones en relación con las transacciones que realizan individuos y empresas: (i) precisa cuáles son los requisitos necesarios cuya satisfacción exige para considerar que estamos ante un contrato jurídicamente vinculante –también los aspectos relativos a la información que han de poseer una o ambas partes y a la forma de consentir el contrato–; (ii) prevé reglas sobre la interpretación de lo acordado y sobre el contenido de las acciones que han de adoptar los contratantes, bien necesaria o imperativamente, con independencia de lo acordado, o bien, más frecuentemente, en defecto de los términos previstos por las propias partes; (iii) dispone remedios o mecanismos de reacción en caso de incumplimiento por cualquiera de los contratantes de sus compromisos contractuales. Por medio de una adecuada intervención en estas dimensiones del contrato, un sistema jurídico puede contribuir decisivamente a promover que se celebren intercambios mutuamente beneficiosos para las partes y que los mismos se hagan bajo los términos y condiciones más deseables para los intervinientes.

Los contratos que concluyen las partes contienen cláusulas contractuales heterogéneas –desde el punto de vista económico– que reflejan los diferentes parámetros y las distintas variables que definirán la interacción entre las partes. Entre estas, los contratantes incluyen cláusulas que reflejan, asignan y distribuyen los costes de producción del producto o servicio y que, a su vez, configuran el precio –total– del producto o servicio y el sacrificio –monetario,

¹ En caso de bienes ya producidos, o de recursos productivos que no pueden, por su naturaleza, permanecer ociosos, el llamado coste de oportunidad, esto es, el mejor rendimiento alternativo que le reportarían los bienes o los recursos.

generalmente, pero no siempre— que supondrá finalmente para el consumidor. Con esas cláusulas contractuales, además, las partes determinan e incentivan conductas o acciones que aumentan o reducen el excedente total (la ganancia conjunta) del contrato, y la distribuyen o reparten, explícita e implícitamente, entre las partes. En el caso de los contratos de consumo, esas dimensiones económicas fundamentales no se hallan, ni mucho menos, ausentes, y sirven igualmente para comprender las funciones sustanciales que desempeñan los términos y condiciones del contrato, tanto los negociados como los no negociados.

En las secciones siguientes se explica detenidamente cómo el instrumental económico básico resulta imprescindible para configurar adecuadamente y entender cabalmente un régimen de intervención judicial *ex post* sobre el contenido del contrato como el que existe en España y en Europa en materia de cláusulas abusivas en contratos con consumidores.

En efecto, los sistemas jurídicos de los Estados Miembros de la UE disponen de un complejo entramado de reglas y doctrinas, en buena medida con origen inmediato en el Derecho de la UE (y, mediatamente, en parte no desdeñable, en el Derecho alemán) para abordar los riesgos de la estandarización de términos del contrato fruto del despliegue de clausulados contractuales no negociados con la contraparte, singularmente con una contraparte que tenga la condición de consumidor.² Para aplicar de manera socialmente ventajosa este conjunto normativo, no digamos ya para trazarlo con un mínimo de criterio y buen sentido, es imprescindible entender la entraña económica de las relaciones contractuales subyacentes, pues de lo contrario se corre el riesgo de diseñar, interpretar e implementar reglas y doctrinas jurídicas que gobiernan la estructura contractual de las transacciones económicas de espaldas a lo que el buen funcionamiento de estas, también en favor de los consumidores, aconseja o incluso exige.

Desgajar el entramado normativo que rige el enorme caudal de operaciones de adquisición de bienes y servicios en una sociedad compleja de su sustancia económica no nos parece una política jurídica recomendable. Desafortunadamente, esta cesura ha prevalecido en el pasado y aún hoy domina en un alto grado el entendimiento jurídico de los problemas contractuales, singularmente los de la contratación en masa. En el caso español, este defectuoso entendimiento económico de la intervención jurídica sobre las con-

² En el presente trabajo nos centramos en la contratación de consumo, aunque una parte de las cuestiones problemáticas que suscita la estandarización contractual mediante condiciones generales de contrato toca también a la contratación entre empresarios o profesionales. Sobre esta cuestión, ALBIEZ DOHRMANN, 2009.

diciones generales ha provocado centenares de miles de demandas³ (con enormes costes para la administración de justicia y la sociedad) en buena medida fútiles para mejorar la posición de los consumidores. Muchas de ellas todavía saturan nuestro ya de por sí sobrecargado sistema de justicia. Además, han generado una conmoción en el Derecho privado patrimonial y en la administración de justicia de la que acaso aún tardaremos en reponernos.

Por ello, en este trabajo defendemos precisamente una aproximación opuesta: solo prestando atención a la –más que evidente, podríamos añadir– sustancia económica de la contratación, es posible encontrar soluciones socialmente provechosas a los problemas –innegables también– que suscita la estandarización de términos contractuales en la contratación de consumo.

Para presentar razonadamente la justificación de nuestra postura, este trabajo se estructura en las siguientes secciones: en la Sección 2 se sintetizan los controles *ex post* sobre las cláusulas predispuestas en Derecho de la UE y en Derecho español, a la vista de las cuestiones problemáticas que suscita la contratación estandarizada; en la Sección 3 se presentan distintas categorías de costes en la provisión de bienes y servicios en la contratación de consumo y su relación con los precios de los contratos; la Sección 4 se dedica a presentar nociones fundamentales de la economía del contrato como es la del excedente contractual y su papel para caracterizar distintas cláusulas del contrato, señaladamente las productivas frente a las distributivas; la Sección 5 ilustra los conceptos de las secciones anteriores mediante su aplicación a los principales ejemplos que arroja la litigación hipotecaria española; la Sección 6 elabora cómo la distinción entre cláusulas productivas y distributivas se proyecta sobre el entendimiento de los controles de transparencia material y abusividad sobre condiciones generales de contrato; la Sección 7 ofrece una breve conclusión.

2. CONDICIONES GENERALES Y SU CONTROL EN EL DERECHO DE LA UE Y EL DERECHO ESPAÑOL

A) VENTAJAS Y DESVENTAJAS CONTRACTUALES DE LA ESTANDARIZACIÓN DE TÉRMINOS EN EL CONTRATO

Para comprender el papel de la intervención jurídica sobre la contratación en masa es preciso comenzar con una breve indica-

³ Puede compararse la experiencia española con la de algún otro país que padeció burbuja y crisis hipotecaria comparables a las nuestras, pero que ha canalizado las reclamaciones contra el sector financiero de forma más concentrada y menos caótica que nosotros: COAKLEY y DANIEL, *Minn. Law Rev.*, 2019, p. 2477.

ción acerca de las oportunidades y riesgos que la estandarización en el contrato presenta para el bienestar de los consumidores y el bienestar social o, eventualmente, para otros objetivos relevantes, como la autonomía y libertad de determinación en la esfera contractual.

Por un lado, el uso de condiciones generales de contrato presenta, por sus características, ciertas ventajas en los procesos de contratación: contribuye a la reducción de costes de transacción y permite la uniformidad del clausulado contractual, con lo que se evitan discrepancias entre los distintos contratos que realiza la misma empresa. Ello permite economías de escala que abaratan el coste de contratar por unidad de producto o servicio o por euro pagado al oferente. Estas reducciones de costes de contratar sobre bienes y servicios no benefician en exclusiva a los productores y vendedores, sino que pueden, vía reducciones de precios, alcanzar –incluso en su totalidad– a los consumidores en tales mercados.

Por otro lado, la existencia de estos beneficios se acompaña, inevitablemente, de desventajas. La estandarización contractual que comporta la utilización de condiciones generales de la contratación genera riesgos para la situación de quienes se enfrentan, pasivamente en su mayoría, a este fenómeno⁴. Esto suscita una natural preocupación en legisladores, tribunales y juristas en general. De hecho, se suele argumentar –y no de forma injustificada– que en el contexto de las condiciones generales de la contratación, solo se puede hablar de forma limitada y superficial de consentimiento contractual⁵, debido a que los consumidores, en muchas ocasiones, no son conocedores del contenido, efectos e implicaciones de las condiciones generales de la contratación, ya sea por el desconocimiento de su propia existencia en el documento contractual, o porque no saben o entienden sus implicaciones legales y económicas⁶. Algunos autores han calificado estos contratos estandarizados como «seudocontratos», puesto que las condiciones

⁴ Véase CHEN-WISHART, 2015, p. 105, quien destaca los retos de la contratación con condiciones generales para la teoría del contrato.

⁵ Véase, RADIN, 2012, pp. 19-33. Otros argumentan que la falta de consentimiento por parte de los consumidores no es, en sí, preocupante, puesto que hay otros medios (reputación, búsqueda por parte de consumidores sofisticados, obligaciones regulatorias y prohibiciones) que fijan límites efectivos a los excesos que las empresas puedan cometer cuando tratan de ejecutar aquellas condiciones generales de la contratación que afectan negativamente al bienestar de los consumidores: OMAN, 2017, capítulo 7. Las varias dimensiones del «consentimiento» son un tema clásico de la teoría de contratos en la tradición del *Civil Law*: Véase, entre otros muchos, MEDICUS (2010). En la tradición del *Common Law*, el interés por las múltiples dimensiones del consentimiento parece ser más reciente: BIX, 2018; KIM, *Nevada L. J.*, 2017, p. 165.

⁶ Debe notarse, no obstante, la tendencia hacia cláusulas más «amigables» para el adherente, orientadas a diferenciar al predisponente de otros competidores, tal y como evidencia en algunos ámbitos HOFFMANN, *Univ. Chicago L. Rev.*, 2018, p. 1395.

generales de la contratación no son fruto del acuerdo mutuo, del entendimiento conjunto del intercambio y sus términos y condiciones, que es lo que estos autores consideran elemento esencial e insoslayable de cualquier contrato que merezca este nombre⁷.

Aún más, semejante falta de conocimiento por parte del consumidor del contenido e implicaciones que la conclusión del contrato puede suponer para el excedente conjunto que derive de la transacción proyectada, así como para el excedente individual para el contratante que no ha participado en definir los términos del intercambio, podría derivar en pérdidas de eficiencia. Anticipando la falta de conocimiento o la errónea evaluación por el consumidor-adherente, y con el fin de maximizar su excedente contractual individual, el predisponente puede verse tentado de incorporar condiciones generales que no conduzcan a la maximización del excedente contractual conjunto (pero que aumenten al máximo el excedente individual de la empresa predisponente a costa del excedente del consumidor)⁸.

En términos económicos, lo que resulta más preocupante no es el desequilibrio *per se* en favor del empresario o profesional, o la diferente posición contractual de las partes, sino que la asimetría en las respectivas posiciones puede dar lugar a contratos que (i) no maximizan las ganancias derivadas de la operación incluso si son superiores a las derivadas de las alternativas existentes en el mercado, (ii) no mejoran el bienestar del consumidor respecto de las alternativas de que dispone y (iii) no incrementan el bienestar con respecto al *statu quo* o al punto de partida –previo al contrato– de las partes.

No obstante, algunos autores cuestionan la trascendencia efectiva de los riesgos que las condiciones generales de la contratación presentan en términos de eficiencia. Argumentan que estas eventuales pérdidas son más aparentes que reales, desde el momento en que estas cláusulas unilateralmente impuestas e «ineficientes por su contenido» son mecanismos defensivos empleados por las empresas predisponentes para disciplinar a consumidores oportunistas. A pesar de su aparente dureza, no serán utilizadas como herramientas «ofensivas» para reducir el bienestar del consumidor, pues el interés de la empresa por preservar su reputación en el mercado las disuadirá de usar condiciones generales de la contratación

⁷ Véase, KAR y RADIN, *Harvard L. Rev.*, 2019, p. 1135.

⁸ Para un temprano análisis económico de las condiciones generales como un problema de selección adversa que reduce los niveles de calidad del «producto» (el contenido contractual), véase ADAMS, 1984, p. 655; ADAMS, 1989, p. 781.

con esta finalidad de aprovecharse del consumidor.⁹ En un sentido no tan distinto, se ha argumentado recientemente que muchas condiciones generales de la contratación no tienen por objetivo su cumplimiento u observancia en la realidad de la relación contractual¹⁰, atendiendo a (i) la baja probabilidad de que sean ejecutadas efectivamente; (ii) que tratan de influir en la decisión del consumidor más allá de la mera decisión de comprar; (iii) que son redactadas por la empresa con la intención de inducir al consumidor a que actúe en un determinado modo.

En el lado opuesto, otras opiniones¹¹ argumentan que el potencial de las condiciones generales de la contratación y otros mecanismos empleados por las empresas con el fin de absorber el excedente y abusar de los consumidores, es aún más grave en el entorno digital hoy dominante, pues las empresas no solo pueden extraer beneficios de la ignorancia, falta de información y pasividad de muchos consumidores, sino que también pueden beneficiarse de los sesgos cognitivos generalizados y de los defectos idiosincráticos de cada consumidor. En otras palabras, el abuso instrumentado a través de términos contractuales no negociados se orienta hacia unos perfiles determinados de consumidores concretos, lo que hace el abuso más eficaz y alarmante, tanto por los resultados en sí de la cláusula contractual favorable a la empresa, como por el hecho de que para esos concretos consumidores el abuso pasa inadvertido –y así, se evita la reacción dirigida a eliminar o compensar el efecto de la cláusula–. Algunos incluso usan la metáfora «intercambio zombi» y «contratos zombi» para referirse a la contratación estandarizada en la era digital¹².

Se arguye igualmente que la estandarización de términos del contrato puede permitir una más eficaz ocultación de la extracción de excedente contractual por parte de la empresa predisponente, a través de la apariencia de una regulación equilibrada que en realidad disfraza un traslado de costes sobre el consumidor¹³.

⁹ Véase, BEBCHUK y POSNER, *Mich. L. Rev.*, 2006, p. 833. Una evidencia en este sentido la encontramos en el sector de la música en *streaming*, donde una encuesta revela la nula aplicación efectiva en detrimento de los consumidores de ciertas cláusulas en condiciones generales en contratos de consumo insertas con objeto de restringir la facultad de los consumidores de beneficiarse de la excepción del *fair use* frente al derecho de exclusiva del titular de los derechos de autor: RUB, *Virginia L. Rev.*, 2017, p. 1141.

¹⁰ HOFFMANN, *U. Chicago L. Rev.*, 2018, p. 1395.

¹¹ CALOY ROSENBLAT, *Columbia L. Rev.*, 2018, p. 1650; CALO, *George Washington U. L. Rev.*, 2014, p. 1001.

¹² LEIB, y EIGEN, *Univ. of Illinois L. Rev.*, 2017, p. 76.

¹³ GILO y PORAT, *Michigan L. Rev.*, 2006, p. 1014.

Existe evidencia¹⁴, entre otros problemas, de que los contratos estandarizados frecuentemente contienen cláusulas inválidas por su contenido, pues niegan (o restringen) derechos irrenunciables y atribuidos de forma imperativa al consumidor, o incluso le generan una falsa representación acerca la regla jurídica que resultaría de aplicación en caso de que esa cláusula no estuviera incorporada en el contrato, induciendo, en los consumidores una percepción errónea sobre determinadas acciones o situaciones contractuales y posibles remedios o mecanismos de reparación.

Parece, pues, que hay razones para ocuparse de manera particularmente incisiva de las condiciones generales de contrato. Contamos con datos de la realidad que nos hacen pensar que pueden suponer una pérdida en términos de eficiencia en las operaciones económicas entre empresas y consumidores. Es razonable, en términos de política jurídica, que los legisladores, los tribunales y la doctrina hayan tratado de diseñar herramientas jurídicas para abordar el fenómeno de las cláusulas contractuales estandarizadas, en especial en relación con consumidores. Cuestión distinta es si el régimen legal que se aplica en distintos ordenamientos se corresponde efectivamente con los verdaderos riesgos de la estandarización de términos del contrato.

En Derecho de la UE, el fundamento que se aduce para justificar los controles legales sobre las condiciones generales de la contratación radica en las asimetrías informativas que caracterizan la contratación con consumidores, así como en la ausencia de igualdad en las posiciones negociales de los contratantes.

La Directiva 93/13¹⁵, que es la norma europea por excelencia en este ámbito, se ocupa de la transparencia (aunque no la denomina así explícitamente) y la abusividad (*unfairness*) de las cláusulas no negociadas individualmente en los contratos entre empresarios y consumidores. A los efectos de analizar si ambos elementos son determinantes para una cláusula contractual, la Directiva toma como punto de apoyo principal la circunstancia de si aquella versa o no sobre la definición del objeto principal del contrato¹⁶.

La Directiva 93/13 no pretende imponer un marco jurídico completo sobre el régimen de las cláusulas abusivas y los efectos

¹⁴ FURTH-MATZKIN, *Journal of Legal Analysis*, 2017, p. 11; FURTH-MATZKIN, *Working Paper, John M. Olin Program in Law, Economics and Business, Harvard Law School*, 2018, p. 18.

¹⁵ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, *OJ L 95*, 21 de abril de 1993, pp. 29-34 (en adelante, la Directiva 93/13 o, simplemente, la Directiva).

¹⁶ Véase la Directiva 93/13. Véase, también, la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo núm. 788/2017 de 9 de marzo de 2017.

legales de tal declaración¹⁷. Es una Directiva de armonización mínima que no cubre todos los posibles escenarios resultantes de las distintas dimensiones que toma en consideración. Por ejemplo, las condiciones generales de la contratación que definen el objeto principal del contrato están, salvo que sean no transparentes formal o materialmente, fuera del ámbito de aplicación de la abusividad. Al mismo tiempo, la Directiva no contempla explícitamente las consecuencias de que una cláusula no cumpla con las exigencias de transparencia previstas por la Directiva. Estas son cuestiones que se dejan, en principio al margen de apreciación y aplicación de los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros.

B) CONTROL DE TRANSPARENCIA SOBRE CONDICIONES GENERALES EN LA DIRECTIVA 93/13

Son incontables, en España y en otros países europeos, las posiciones doctrinales acerca de la compleja estructura de controles sobre las cláusulas no negociadas que dispone la Directiva 93/13. A continuación presentamos brevemente el panorama que emerge tras más de 25 años de su aplicación y muchos pronunciamientos del TJUE que tratan de clarificar –aunque no siempre lo consigán, ni mucho menos– su significado.

Puede argumentarse que la Directiva regula una modalidad o nivel de control que puede entenderse como de transparencia formal, externa o general. Acaso más exactamente, una serie de requisitos ligados a la idea de transparencia en la presentación exterior del contrato como fenómeno perceptible por los sentidos y legible o comprensible en sus propios términos. Todas las condiciones generales

¹⁷ Una de las dimensiones que supera el ámbito de regulación de la Directiva es el de la prioridad en la intervención de la autoridad –judicial o extrajudicial– encargada de la determinación del carácter abusivo de una condición general. Al respecto hay dos modelos alternativos que parecen, en abstracto, viables: (i) el que prevalece en el Derecho de la competencia, en el que las demandas civiles siguen al procedimiento administrativo de las autoridades de la competencia que determina la infracción y las sanciones administrativas; (ii) alternativamente, aquel en que los Tribunales deciden primero y que, tras este pronunciamiento, se imponen en su caso las correspondientes sanciones administrativas. El último modelo expuesto parece asumir que las controversias entre actores privados deberían ser primero decididas en sede judicial, antes de que las autoridades administrativas puedan intervenir y, eventualmente, imponer sanciones. Se pronuncia a favor de esta posición, CORDERO LOBATO, «No cabe sanción administrativa por «Introducción de cláusulas abusivas en los contratos» sin la declaración judicial previa del carácter abusivo de la cláusula», *Centro de Estudios de Consumo*, 8 de julio de 2017 (2017), quien defiende la necesidad de un pronunciamiento judicial declarativo de la abusividad de una cláusula antes de que se impongan cualesquiera sanciones administrativas. Sentencias recientes de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo han rechazado esta visión: Sentencias de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo núm. 1557/2017 de 16 de septiembre de 2017, núm. 647/2019 de 21 de mayo de 2019 y núm. 849/2019 de 18 de junio de 2019.

de la contratación deben superar este primer nivel de exigencia, independientemente de su papel en el contrato, en concreto, de si configuran o definen el objeto principal del contrato o no. El propósito que parece subyacer al control de transparencia externa es el de garantizar que los contratos de consumo se redacten y se presenten de manera clara y comprensible para que el consumidor pueda tener conocimiento del contenido de los términos que definen y delimitan la vinculación del consumidor al contrato y que no han sido negociados, sino predispuestos¹⁸, dado que cabe presuponer que los términos negociados sí han sido conocidos por ambas partes.

Un control de esta naturaleza asume, casi como premisa lógica, que la parte adherente es conocedora de la inclusión de la cláusula o cláusulas no negociadas, y por ello, que existe un deber legal por parte del predisponente de tomar las medidas necesarias para hacer ese conocimiento posible¹⁹.

La Directiva no regula expresamente las consecuencias de que una cláusula no cumpla con los requisitos de transparencia formal. Acaso puede suponerse –aunque no es del todo evidente– que se está asumiendo en la Directiva que la ley nacional que rija el contrato en cuestión, en este caso, determinará que la cláusula aquejada por la falta de claridad no formará parte del contrato suscrito entre el empresario y el consumidor.

Ahora bien, si la condición general de la contratación cumple con los requisitos de transparencia exterior o formal, quedará incorporada como término contractual al contrato suscrito. No obstante, esta primera conclusión no supondrá, automáticamente, que

¹⁸ Véanse el Preámbulo y el artículo 5 de la Directiva. El TJUE ha interpretado que una condición general de la contratación ha sido redactada de manera clara y comprensible cuando ha podido ser entendida por el «consumidor medio» sin necesidad de recibir asistencia letrada.

¹⁹ Parece difícil –pero no imposible– imaginar una situación en la que el consumidor no supiera, o no tuviera conocimiento, y no se preocupara de la presencia de condiciones generales de la contratación en el contrato que definen el objeto principal de este (no en el sentido jurídico de la expresión, sino en el de lo determinante para los intereses del consumidor a la hora de realizar la operación económica). En cuanto a las cláusulas que no definen el núcleo del contrato, incluso en los casos en los cuales los consumidores tienen la oportunidad de conocer el contenido de las condiciones generales, éstos no leen dichas cláusulas. En los muy pocos casos en que lo hacen, leen muy pocas de ellas y no entienden mucho de su significado ni alteran de forma perceptible su conducta como reacción a las mismas. La evidencia empírica indica que el acceso en sí a las condiciones generales de la contratación no representa normalmente un coste apreciable, pero en cambio la lectura, comprensión y evaluación de su contenido comportan costes no monetarios de cierta entidad para el adherente, lo que determina que este renuncie con altísima frecuencia siquiera a iniciar la tarea. Véanse, BEN-SHAHAR, *European Rev. of Contract Law*, 2009, p. 1; MAROTTA-WURGLER, *Univ. of Chicago L. Rev.*, 2011, p. 165; BAKOS, MAROTTA-WURGLER, y TROSSEN, *Journal of Legal Studies*, 2014, p. 1; BEN-SHAHAR y SCHNEIDER, 2014, capítulos 3 a 6. La evidencia acumulada es en verdad abrumadora. Para una síntesis, GÓMEZ POMAR, ARTIGOT GOLOBARDES y GANUZA FERNÁNDEZ, Working Paper, Universitat Pompeu Fabra, 2018, sección 2.

la cláusula (externa o formalmente) transparente sea plenamente efectiva y despliegue todos sus efectos contractuales. Aquí es donde se introduce el segundo nivel de control de la Directiva. Este control adicional debe aplicarse (de oficio, además) por el juez o tribunal encargado del enjuiciamiento de la cláusula objeto de litigio entre el adherente y el predisponente.

Atendiendo al estado de la jurisprudencia del TJUE²⁰, puede argumentarse que los controles adicionales al de presentación y comunicación «externa» de una cláusula cubren dos dimensiones distintas. La primera, el grado de conocimiento efectivo por parte del consumidor del impacto e influencia económica y jurídica respecto de la totalidad del contrato que la incorporación de ese término contractual puede suponerle. La segunda, el contenido en cuanto tal de la cláusula y los derechos y obligaciones que la misma genera para las partes. Ahora bien, el tipo, el objetivo y las consecuencias legales de la falta de superación del control adicional parece hacerse depender del papel que la cláusula discutida desempeña en el contrato.

Si la cláusula no se refiere a la definición del objeto principal del contrato, la Directiva 93/13 parece que da entrada directamente a un control que supone de forma inmediata una verificación del contenido reglamentador o normativo del término contractual, esto es, versa sobre si el contenido sustantivo de la cláusula debatida para las conductas de las partes crea un desequilibrio²¹ entre los

²⁰ Este segundo nivel cubriría dos dimensiones, la transparencia sustantiva, por un lado y el control de contenido de las cláusulas, por el otro. La transparencia sustantiva no está expresamente prevista en la Directiva. En la primera jurisprudencia del TJUE, este entendía que el control de transparencia sustantiva no formaba parte de las obligaciones de los estados al adoptar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para adaptar la Directiva al Derecho de los estados miembros. Véase TJUE C-144/99, *Comisión de las Comunidades Europeas v. Reino de los Países Bajos*, de 10 de mayo de 2011. La jurisprudencia posterior del TJUE, sin embargo, confirma que el control de transparencia sustantiva forma parte del necesario control sobre cláusulas no negociadas impuesto por la Directiva 93/13. Véase TJUE C-154/15 y C-307/15 *Francisco Gutiérrez Naranjo v. Cajasur Banco SAU, Ana María Palacios Martínez v Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA), Banco Popular Español SA v. Emilio Irlés López y Teresa Torres Andreu*, de 21 de diciembre de 2016 (*Gutiérrez Naranjo*).

²¹ Una visión común en Europa (y en España) acerca de cómo debe entenderse el desequilibrio, en JANSEN, 2018, p. 944, que sugiere que el criterio del desequilibrio se refiere a la desviación del contenido de la cláusula predispuesta objeto de litigio respecto de los estándares de justicia del Derecho de contratos que regule la relación contractual. Esta es la versión actualizada –pero aún muy próxima a la original– de la famosa tesis de la *Ordnungsfunktion des dispositiven Rechts*: RAISER (1935), considerado el creador e impulsor de esta teoría sobre el derecho contractual dispositivo: CZIUPKA, 2010, p. 124.

Esta tesis ha contado y cuenta en España con numerosos e ilustres seguidores: DE CASTRO BRAVO, 1961, p. 333, quien la formuló de forma particularmente brillante al escribir de las normas contractuales dispositivas –esencialmente las codificadas– que «[...] no son dadas para auxilio de descuidados o desmemoriados, supletorias o adivinatorias de sus voluntades, sino que manifiestan la regulación normal y que, por tanto, tienen un cierto carácter imperativo». También, ALFARO ÁGUILA-REAL, 1991, p. 362 (aunque enfatiza los peligros de la *Leitbildfunktion* fuera del control de condiciones

derechos y obligaciones de los contratantes en detrimento del consumidor y contra las exigencias de la buena fe (el test de abusividad de la Directiva)²². La cláusula será considerada abusiva si tal desequilibrio perjudicial e incompatible con la buena fe existe. Este control de contenido se proyecta sobre las disposiciones de la cláusula y el balance de derechos y obligaciones que ésta crea. Si se considera abusiva, la cláusula contractual, tal y como prevé el artículo 6.1 de la Directiva, no vinculará al consumidor –pero el resto del contrato, si puede subsistir económica y legalmente, continuará siendo vinculante para las partes²³.

generales); MIQUEL GONZÁLEZ, 2002, p. 949 ss.; MORALES MORENO, 2014, pp. 1962-1964; MIQUEL GONZÁLEZ, 2017, p. 764.

Esta visión acerca de la función de las normas dispositivas –en general y especialmente de cara a la aplicación del juicio de abusividad de cláusulas no negociadas– plantea algunas dudas, con todo. Por un lado, no parece que las partes en un contrato configuren los términos contractuales tomando como referencia lo establecido por las normas supletorias ni en atención a lo que prevé el derecho supletorio (no solo compuesto por las reglas legales supletorias), pues parecería más bien que las partes estipulan los términos contractuales en atención a sus preferencias y objetivos y son las normas supletorias las que sirven de instrumentos para interpretar o integrar el contrato en aquellos aspectos no contemplados –o no claramente– por la mayoría de las partes que celebran una cierta tipología o esquema de contrato. Además, las normas supletorias no han de considerarse necesariamente óptimas o modélicas en cualquier contexto contractual y para cualquier clase de contratante. Una cosa es que una cierta regla de Derecho esté en un código o en otra norma legal como regla supletoria, otra muy diferente es que se la considere modélica, la encarnación de la solución justa o deseable –en términos económicos: la que maximiza el bienestar conjunto de los contratantes– para toda situación o circunstancia en que estos puedan hallarse y fueran las que fuesen las características singulares o típicas del entorno de contratación o del contrato. No habría razones lógicas, económicas o jurídicas (en España, cuanto menos; en Alemania el §307(2)1 BGB presume el desequilibrio en detrimento del consumidor cuando la cláusula es incompatible con los *wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung*) para asumir que las reglas legales supletorias son modelos de regulación contractual de la contratación estandarizada. Por extenso, véase GÓMEZ POMAR, ARTIGOT GOLOBARDES y GANUZA FERNÁNDEZ, 2018, sección 2.

²² Véase JANSEN, 2018, p. 944 que defiende que el requisito de la buena fe se refiere a la cuestión de si la parte predisponente de la cláusula podía esperar que la otra parte (adherente) la aceptara. En línea con algunos pronunciamientos del TJUE [esencialmente, de las Sentencias TJUE asunto C-415/11 *Aziz v. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, de 14 de marzo de 2013 (*Aziz*) y asunto C-241/14 *Banco Primus, S. A. v. Jesús Gutiérrez García*, de 26 de enero de 2017 (*Banco Primus*)], Jansen apunta a que el concepto de buena fe introduce en el Derecho europeo elementos de consentimiento hipotético, condiciones tácitas e, incluso, consideraciones económicas (los riesgos contractuales recaerán en la parte que podría haber prevenido o minimizado su impacto de una forma más eficiente).

²³ El artículo 6.1 de la Directiva contempla 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». Véanse también las sentencias del TJUE en los asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA v. Rocío Murciano Quintero* (C-240/98), *Salvat Editores SA v. José M. Sánchez Alcón Prades* (C-241/98), *José Luis Copano Badillo* (C-242/98), *Mohammed Berroane* (C-243/98) y *Emilio Viñas Feliú* (C-244/98), de 27 de junio de 2000 (*Océano*); asunto C-243/08, *Pannon GSM Zrt. v. Erzsébet Sustikné Györfi*, de 4 de junio de 2009 (*Pannon*); asunto C-618/10, *Banco Español de Crédito, S. A. v. Joaquín Calderón Camino*, de 14 de junio de 2012 (*Banco Español de Crédito*).

Si la cláusula contractual litigiosa define el objeto principal del contrato²⁴ (incluyendo el precio, y la relación entre precio y naturaleza o calidad de los bienes o servicios), el TJUE (juntamente con otros Tribunales nacionales, como el Tribunal Supremo²⁵), sobre la base del artículo 4.2 de la Directiva, elaboró una doctrina jurisprudencial que no sujeta de modo inmediato la cláusula al control de contenido normativo, sino que la somete a una suerte de control intermedio (como si hubiera un espacio entre la pura transparencia exterior y el puro escrutinio sobre la entraña de contenido obligatorio o de conducta de la cláusula)²⁶.

Este «nuevo» (en cuanto que no se incluye expresamente en el texto de la Directiva) control de transparencia es un examen de la transparencia sustantiva o material de la cláusula no negociada: se verifica el grado real de conocimiento del consumidor del impacto que para su bienestar tendrá la incorporación de la concreta cláusula en relación con la totalidad del contrato.

La más reciente jurisprudencia del TJUE, no obstante, parece extender la exigencia –independiente, no como factor adicional, aunque fuera relevante, dentro del control de abusividad– de transparencia material a toda cláusula no negociada, aunque no defina el objeto principal del contrato. Así, la sentencia del TJUE Gyula Kiss²⁷ establece:

«En cualquier caso, *independientemente de que las cláusulas controvertidas en el litigio principal estén o no comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, la misma exigencia de transparencia que se incluye en esta disposición figura también en el artículo 5 de dicha Directiva, que prevé que las cláusulas contractuales escritas deben estar redactadas “siempre” de forma clara y comprensible.*

²⁴ Sobre el sentido (confesadamente formalista y, por ello, creemos, con un perímetro que ha de juzgarse restrictivamente) de esta noción que predomina en la jurisprudencia del TJUE, véanse TJUE asunto C-26/13 *Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai v. OTP Jelzálogbank Zrt.*, de 30 de abril de 2014 (*Kásler y Káslerné Rábai*); TJUE C-143/13 *Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei v. SC Volksbank România SA*, de 26 de febrero de 2015 (*Matei*) y TJUE asunto C-96/14, *Jean-Claude van Hove v. CNP Assurances SA*, de 23 de abril de 2015 (*van Hove*). En la literatura, DELLACASA, *European Rev. of Contract Law*, 2015, p. 152 y, con perspectiva crítica con el enfoque del TJUE, GÓMEZ POMAR, *European Rev. of Contract Law*, 2019, p. 177.

²⁵ En la archiconocida Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 241/2013 de 9 de mayo de 2013, relativa a las cláusulas suelo. Los comentarios doctrinales sobre esta sentencia son incontables. Por todos, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, 2013 y FENOY PICÓN, *Anuario de Derecho civil*, 2018, p. 923.

²⁶ Véanse sentencias TJUE asunto C-92/11, *RWE Vertrieb AG v. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e. V.*, de 21 de marzo de 2012 (*RWE Vertrieb*); *Kásler y Káslerné Rábai*; *Van Hove*; *Gutiérrez Naranjo*.

²⁷ Sentencia TJUE asunto C-621/17, *Gyula Kiss, CIB Bank Zrt. v. Emil Kiss y Gyuláné Kiss*, de 3 de octubre de 2019. La idea estaba ya en la Sentencia TJUE asunto C-348/14, *Maria Bucura v. SC Banpost SA*, de 9 de julio de 2015.

[...] dicha exigencia de transparencia se ha de entender como una obligación no solo de que la cláusula considerada sea comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que *ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él tiene dicha cláusula.*» (cursiva añadida)

En relación con la transparencia sustantiva, cuáles sean las consecuencias de concluir que la condición general de la contratación no supera el umbral de transparencia material o sustantiva, no es del todo evidente.

En efecto, como se desarrolla más abajo, existe un debate en la literatura (más acaso que en la jurisprudencia) sobre los efectos que llevaría aparejada para una cláusula el no superar el control de transparencia sustantiva. Las incertidumbres no son del todo sorprendentes, habida cuenta de que estamos ante creación judicial del Derecho: el control de transparencia material como examen autónomo no aparece en el texto de la Directiva, ni lo hacía (hasta la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario²⁸, en adelante LCCI) en la normativa de los Estados Miembros que, como España, han dado carta de naturaleza a esta modalidad de control de las cláusulas no negociadas²⁹.

Es posible que una lectura de la jurisprudencia del TJUE permita inferir que, en realidad, la consecuencia de la falta de transparencia sustantiva de una cláusula sea (tal vez, pese a que el punto es menos claro, si además concurren otras circunstancias) la no vinculación del consumidor a la cláusula (el mismo efecto que el que resulta del examen de abusividad o de contenido normativo), aunque también cabe considerar de esa jurisprudencia que la intransparencia sustantiva simplemente abre la puerta (cerrada en otro caso, cuando se trata de términos atinentes al objeto principal del contrato) al control de abusividad en los términos de la propia Directiva, lo que no precluye que (a la alemana) la falta de transparencia sea un elemento que tiene su peso en la determinación de

²⁸ Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2019). La LCCI ha sido desarrollada parcialmente por el Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, por la Orden ECE/482/2019, de 28 de abril y por la Circular de la DGRN 1/2019.

²⁹ Una –añadida– particularidad española en la contratación hipotecaria es el control notarial de la transparencia. La Ley 5/2019 de crédito inmobiliario prevé, en su artículo 15 que el notario haga constar en su acta notarial las cuestiones que el prestatario haya podido plantear y sobre las que el notario haya prestado asesoramiento, el cumplimiento por parte del prestamista de los plazos de puesta a disposición de la documentación legal, de la información individualizada y de un test en el que el prestatario concrete que la documentación le ha sido entregada y la información suministrada. Dicha acta se presumirá veraz (art. 15.6). Véase Díez GARCÍA, 2018; p. 335 ss., MUÑIZ ESPADA, 2018, p. 122; SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, 2019, p. 109.

abusividad del contenido de la cláusula. La LCCI, en España, parece, al menos en una interpretación textual de la nueva previsión legal, determinar que una cláusula no transparente en sentido sustantivo se ha de considerar, sin más, abusiva³⁰.

A pesar de que estos dos controles podrían resultar en consecuencias legales parecidas, lo cierto es que los elementos que sustentan cada uno de ellos y los requisitos que se imponen a las condiciones generales de la contratación son, conceptual y prácticamente, diferentes.

Estos dos controles adicionales –el control de abusividad o de contenido, por un lado y el control de transparencia sustantiva o material de condiciones generales de la contratación, por el otro– serán el objeto de las dos próximas subsecciones.

C) EL CONTROL DE ABUSIVIDAD DE LAS CONDICIONES GENERALES

Si la condición general de la contratación no define el objeto principal del contrato, la Directiva prevé con toda nitidez y con carácter general su sometimiento a control de abusividad sobre su contenido. El artículo 3 de la Directiva (que dispone el control general de abusividad o control de «calidad» del contenido) establece que una cláusula no negociada individualmente será abusiva si, contra las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes en el contrato³¹.

La evaluación de la abusividad de una condición general tendrá en cuenta las prácticas del mercado y las cláusulas contractuales incorporadas por los operadores del mercado o industria relevante en operaciones parecidas³². No obstante, la Directiva contiene en su Anexo una lista de cláusulas que, si se incorporan a un contrato, serán muy probablemente consideradas abusivas.

³⁰ Nuevo segundo párrafo del artículo 83 TRLGDCU en la redacción de la disposición final octava LCCI. Véase, LÓPEZ JIMÉNEZ (coord.), 2019.

³¹ Artículo 3 de la Directiva. Véase también la Sentencia del TJUE asunto C-226/12, *Constructora Principado, S. A. v. José Ignacio Menéndez Álvarez*, de 16 de enero de 2014, en la que el TJUE considera que el concepto de desequilibrio no debe referirse a la relación entre los costes que debe soportar el consumidor y la totalidad de gastos derivados de la operación, sino a la restricción de derechos, a un obstáculo a su ejercicio o la imposición de obligaciones adicionales no contempladas ni incorporadas en el ordenamiento jurídico de los Estados Miembros. Véanse PAZOS CASTRO, 2017, p. 504; CÁMARA LAPUENTE, 2015, p. 623; ZUMAQUERO GIL, *La Ley Unión Europea*, 2014, p. 14.

³² Véase PÉREZ BENÍTEZ, *Almacén de Derecho*, 2017 (<http://almacendederecho.org/las-consecuencias-la-abusividad-la-falta-transparencia-polemico-articulo-6-la-directiva/>).

Dos escenarios pueden resultar de la aplicación del control de abusividad. En primer lugar, que la cláusula no sea declarada abusiva. En este caso, la cláusula seguirá siendo vinculante para las partes y podrá ser exigida judicialmente (y extrajudicialmente, si ello es posible) frente al consumidor³³.

También puede suceder que la cláusula enjuiciada sea considerada abusiva. Si la cláusula es abusiva, no vinculará al consumidor. Los Estados Miembros podrán, conforme a sus derechos nacionales, establecer las consecuencias ligadas a esta declaración de falta de vinculación³⁴ mientras mantengan, cuando el contrato pueda subsistir legal y económicamente³⁵, la naturaleza vinculante del resto, con sujeción siempre a las exigencias de los principios de equivalencia y efectividad en la ejecución del Derecho de la Unión.³⁶

El Derecho español (juntamente con otros de la Europa continental) prevé que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho,³⁷ con los efectos restitutorios que se anudan a tal categoría de ineficacia negocial, en nuestro caso, los previstos en el Código Civil³⁸. Esto implica que se deberá dejar a las partes contratantes en

³³ Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 822/2017, de 13 de enero de 2017.

³⁴ La libertad de determinación de los Estados Miembros ha quedado fuertemente restringida tras la Sentencia del TJUE *Gutiérrez Naranjo*. La doctrina de esta sentencia implica que el efecto no vinculante requiere (conforme al mandato del Derecho comunitario a los Estados miembros) que el consumidor sea colocado en la misma posición en la que se hubiera encontrado si la cláusula abusiva nunca se hubiera incorporado en el momento del perfeccionamiento del contrato. Con ello es indudable que se reduce notablemente el margen de apreciación que tienen los Estados miembros a la hora de determinar el alcance de la no vinculación de la cláusula declarada abusiva.

³⁵ La cuestión de la subsistencia del contrato tras la expulsión de la cláusula abusiva en relación con la integración de la laguna contractual es uno de los asuntos más alambicados y probablemente peor resueltos por el TJUE en su jurisprudencia sobre la Directiva 93/13: TJUE *Kásler y Káslerné Rábai*; TJUE asuntos C-961/16 y C-94/17, *Banco Santander, S. A. v. Mahamadou Demba, Mercedes Godoy Bonet (C-961/16)* y *Rafael Ramón Escobedo Cortés v. Banco de Sabadell, S. A. (C-94/17)*, de 7 de agosto de 2018; asunto C-51/17, *OTP Bank Nyrt., OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt. v. Teréz Ilyés, Emil Kiss*, de 20 de septiembre de 2018; asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria, S. A. v. Alberto García Salamanca Santos (C-70/17)* y *Bankia, S. A., v. Alfonso Antonio Lau Mendoza, Verónica Yuliana Rodríguez Ramírez (C-179/17)*, de 26 de marzo de 2019. Auto asunto C-486/16, *Bankia, S. A. v. Alfredo Sánchez Martínez, Sandra Sánchez Triviño*, de 3 de julio de 2019; Sentencia C-260/18 *Kamil Dziubak Justyna Dziubak v. Raiffeisen Bank International AG* de 3 de octubre de 2019.

Véanse, como aportaciones recientes en la literatura jurídica española, GÓMEZ POMAR, *InDret*, 2019, p. 2; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, 2019, p.161; CARRASCO PERERA, 2019, p. 611.

³⁶ El principio de equivalencia impone que la normativa nacional no puede tratar las pretensiones en el Derecho de la Unión de modo menos favorable a como lo hace con otras comparables del Derecho nacional. El principio de efectividad requiere que la normativa nacional no puede suponer que el ejercicio de la pretensión con origen en el Derecho de la Unión sea imposible o excesivamente difícil en la práctica. Sentencia TJUE asunto C-78/98, *Shirley Preston y otras v. Wolverhampton Healthcare NHS Trust y otras, Dorothy Fletcher y otras v. Midland Bank plc*, de 16 de mayo de 2000.

³⁷ Artículo 83 I TRLGDCU.

³⁸ Artículo 1303 CC.

la misma situación en la que se hubieran hallado si la cláusula abusiva no se hubiera incorporado al contrato. En consecuencia, si durante la vida del contrato las partes hubieran actuado de conformidad con la cláusula declarada abusiva, estarán sujetas a una restitución completa, y, por ende, deberán devolver a la otra parte lo que hubieran dado o hecho –más los intereses o frutos que haya generado– como consecuencia de la aplicación de tal cláusula³⁹. Por ejemplo, si se declara la nulidad de la cláusula limitativa del tipo de interés a la baja (cláusula suelo), la misma comportaría la necesidad de restituir al consumidor los intereses pagados de más en aplicación de la cláusula suelo desde la suscripción del contrato⁴⁰.

La declaración de nulidad de una cláusula contractual tiene, en varios ordenamientos jurídicos, implicaciones importantes en cuanto a la no vinculación a la misma. La nulidad, en principio, podría (en abstracto al menos, la jurisprudencia recomienda cautela, fuera del terreno de las cláusulas abusivas) ser detectada y declarada de oficio, lo cual sintoniza a la perfección con la doctrina del TJUE en relación con la obligación de los jueces y tribunales nacionales de verificar *ex officio* la abusividad de las cláusulas no negociadas en los contratos celebrados con consumidores⁴¹. Además, el efecto de la declaración de nulidad debe ser *ex tunc*, es decir, desplegar sus efectos invalidantes desde el momento en que las partes suscribieron el contrato⁴².

D) EL CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL

El TJUE tiene declarado⁴³ que los Estados Miembros pueden –aunque no están obligados a ello por la Directiva⁴⁴– someter al control de abusividad aquellas cláusulas que definan el objeto principal del contrato, desde el momento en que la Directiva es un instrumento de armonización mínima y no plena⁴⁵. No obstante, tanto

³⁹ Algunos autores españoles argumentan que, conforme al Derecho español, las cláusulas abusivas debieran someterse a un régimen de invalidez menos severo (anulabilidad, en vez de nulidad de pleno derecho): véase, CARRASCO PERERA, *Centro de Estudios de Consumo*, 2017.

⁴⁰ Esta fue la solución alcanzada, contra el criterio del Tribunal Supremo español, que había limitado por razones temporales la restitución de las cantidades pagadas por el deudor hipotecario en virtud de la cláusula suelo, por el TJUE en la sentencia *Gutiérrez Naranjo*.

⁴¹ Véanse las Sentencias del TJUE *Océano* y asunto C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium, S. L.*, de 26 de octubre de 2006, entre otras muchas.

⁴² Doctrina del TJUE, en especial de la Sentencia *Gutiérrez Naranjo*.

⁴³ Sentencia TJUE *Banco Español de Crédito*.

⁴⁴ Véase DELLACASA, 2015, p. 152.

⁴⁵ De conformidad con el artículo 8 de la Directiva, «Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más

el TJUE como algunos Tribunales nacionales (el Tribunal Supremo español) han desarrollado, con base en la Directiva o sus disposiciones de transposición nacional, lo que puede denominarse un control de transparencia material o sustantiva sobre estas cláusulas, separado del control de abusividad.

La idea que subyace al control de transparencia material es la conveniencia (*rectius*, la necesidad) de verificar que incluso en aquellas circunstancias en que el consumidor conoce la condición general que define un elemento esencial y la misma está redactada de modo inteligible para el consumidor medio (por tanto, la cláusula supera el umbral de transparencia formal o exterior), el consumidor es verdaderamente capaz de evaluar el contenido e implicaciones económicas del contrato que está a punto de suscribir.

En consecuencia, las condiciones generales (las que configuran el objeto principal del contrato o, en la versión más reciente, todas las cláusulas, aunque no sean de esta clase) deben presentarse al consumidor de tal manera, e incluir la información necesaria al efecto, para que pueda conocer y ser capaz de evaluar el contenido económico del contrato, de modo que esté en situación de comparar la operación definida en el contrato con las alternativas presentes en el mercado⁴⁶. En caso contrario, las mencionadas cláusulas contractuales se considerarán como no transparentes materialmente⁴⁷.

Como se ha apuntado, este control de transparencia material o sustantiva de las condiciones generales de la contratación, aunque conceptualmente distinto, está relacionado con el control de abusividad del artículo 4.2 de la Directiva. Como ya se ha indicado, en el texto de la Directiva solo las cláusulas que no definan el objeto

estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección». Las Conclusiones del Abogado General Szpunar en el Asunto C-125/18, *Marc Gómez del Moral Guasch v. Bankia, S. A.*, de 10 de septiembre de 2019, defienden la tesis de que, al menos para los Estados Miembros de tradición de derecho codificado (*Civil Law*), la opción de excluir del control de abusividad las cláusulas sobre el objeto principal del contrato, aunque se corresponde con el contenido de la Directiva 93/13, ha de hacerse por el legislador de modo reconocible y explícito, con la necesaria precisión y claridad. Si la opción del Estado Miembro no satisface esta exigencia, la Directiva 93/13 impondría al mismo el deber –no la facultad que resulta del art. 8 de la Directiva– de sujetar todas las cláusulas, aun las relativas al objeto principal del contrato, y aun cuando superen las exigencias de la transparencia sustantiva o material, al control de abusividad.

⁴⁶ Inicialmente, de la jurisprudencia del TJUE parecía deducirse que el control de transparencia material se reservaba para cláusulas que afectaban al precio, al objeto principal del contrato y a su relación. Véase CÁMARA LAPUENTE, *InDret*, 2017. Esto es mucho más dudoso en la última jurisprudencia del TJUE (por ejemplo, en el asunto *Gyula Kiss*).

⁴⁷ Véanse las Sentencias del TJUE *RWE Vertrieb y Gutiérrez Naranjo*. En España, las Sentencias de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, núms. 406/2012, de 18 de junio de 2012; 221/2013, de 11 de abril de 2013; 241/2013, de 9 de mayo de 2013.

principal del contrato se someten al control de abusividad si son claras y transparentes.⁴⁸

Conforme al texto de la Directiva (art. 4.2), cuando una cláusula que define el objeto principal del contrato no supera el control de transparencia formal, queda sujeta al análisis de abusividad. Así, la jurisprudencia del TJUE ha añadido la transparencia material a la ecuación, con lo que cuando una cláusula no supera el control de transparencia formal o el control de transparencia material, procederá someter la cláusula –aunque regule el precio o la prestación fundamental y su nivel de calidad– a control de abusividad⁴⁹.

Qué constituye una cláusula contractual definitoria del objeto principal del contrato⁵⁰ y qué consecuencias tiene que una cláusula sea considerada como no transparente materialmente son cuestiones que, actualmente, siguen estando en el centro del debate europeo sobre el control de cláusulas contractuales no negociadas o, acaso sea más preciso, continúan siendo materia de especulación al efecto⁵¹.

Está claro que si una cláusula sobre el objeto principal es materialmente transparente, esto es, si el consumidor fue capaz de evaluar el impacto económico de la cláusula sobre los efectos globales del contrato, ésta vinculará al adherente en el sistema de la Directiva y de aquellos países que siguen su esquema a estos efectos⁵².

⁴⁸ Véase DELLACASA, *op. cit.*, p. 159.

⁴⁹ Debe apuntarse que esta posibilidad ha sido criticada por parte de la doctrina, la cual considera que las cláusulas que recogen el precio o la calidad no pueden, por su propia naturaleza, someterse al control de abusividad, desde el momento en que para poder llevar a cabo este análisis es imprescindible contar con un punto de referencia «legal» que permita efectuar un balance de los derechos y obligaciones en liza, referente que es inexistente en relación con la fijación de precios, o en la comparación de la adecuación de los precios. Véase ALFARO ÁGUILA-REAL, *Almacén de Derecho*, 2017 (disponible en: <http://almacenederecho.org/clausulas-predisuestas-describen-objeto-principal-del-contrato/>) o PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 2017 (disponible en: <http://almacenederecho.org/10-tesis-la-falta-transparencia-las-clausulas-referidas-los-elementos-esenciales-del-contrato/>). Otros afirman que en aquellos casos en que no se cumplen con los umbrales de transparencia material, resulta de aplicación analógica el régimen jurídico del dolo previsto en el artículo 1270 del Código Civil. En estos casos, el consumidor debe ser compensado de modo que se vuelva a la situación en que se habría encontrado si la cláusula en cuestión nunca se hubiera insertado en el contrato. Véase, en este sentido, MIRANDA SERRANO, *InDret*, 2018.

⁵⁰ Véase *supra*, nota 24.

⁵¹ Véase GÓMEZ POMAR, 2019 p. 177.

⁵² En España, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sigue esta posición, si bien, como es notorio, el artículo 4.2 de la Directiva no fue explícitamente incorporado a la TRLGDCU. El Tribunal Supremo, en las Sentencias 406/2012 de 18 de junio, 241/2013, de 9 de mayo y 669/2017 de 14 de diciembre, ha entendido que la exclusión del objeto esencial del contrato y la relación entre precio y contraprestación que se contempla en la Directiva 93/13 se ha plasmado, siquiera sea de forma indirecta, en Derecho español mediante la expresión «desequilibrio importante de los derechos y obligaciones» en el TRLGDCU. Sobre esta cuestión, véanse CÁMARA LAPUENTE, 2006, p. 61; FENOY PICÓN, 2018, p. 865.

Las Conclusiones del Abogado General Szpunar en el asunto *Marc González del Moral*, apuntan en un sentido muy distinto para el caso español, pues en consonancia con

No obstante, si la cláusula define el objeto principal del contrato y no cumple con las exigencias derivadas del control de transparencia material, se discutieron tres posibles soluciones en la doctrina española.

En primer lugar, la interpretación que se asocia habitualmente con la posición del Tribunal Supremo en la sentencia sobre cláusulas suelo.⁵³ Según esta interpretación, pese a no aplicar aquí directamente el instrumental propio del control de abusividad, sugiere que una cláusula que no es materialmente transparente puede por este hecho ser considerada abusiva, bien sin más requisitos bien en combinación con algún otro elemento⁵⁴.

La Sentencia sobre cláusulas suelo, con todo, tras declarar la cláusula suelo como no transparente, determinó la nulidad de la misma por una vía no del todo clara. Por una parte, la Sentencia declara expresamente la distinción entre juicio de transparencia y juicio de abusividad:

«Que una cláusula sea clara y comprensible en los términos expuestos no supone que sea equilibrada y que beneficie al consumidor.»⁵⁵ Lo que supone es que si se refiere a cláusulas que describen o definen el objeto principal del contrato en los términos expuestos no cabe control de abusividad –este control sí es posible en el caso de cláusulas claras y comprensibles que no se refieren al objeto principal del contrato–. De forma correlativa, la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor.

«Resta analizar si las cláusulas examinadas, cuando incumplan el deber de transparencia en los términos indicados, deben ser consideradas abusivas por causar desequilibrio en perjuicio

la –en su criterio– ausencia de transposición explícita en España de la exclusión del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, el Abogado General sostiene en el apartado 127 de las Conclusiones (*obiter*, pues la materia no se plantea en las cuestiones prejudiciales y así lo reconoce expresamente y por eso omite toda referencia a esto en su propuesta al TJUE sobre la respuesta al órgano requirente), que un tribunal español, en todo caso, debe examinar la abusividad de todas las cláusulas sobre precio u objeto principal, o que se refieran a la relación objeto/precio, aun cuando no haya tacha de falta de transparencia en la cláusula de que se trate.

⁵³ La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 241/2013, de 9 de mayo de 2013.

⁵⁴ Esta es la solución acogida por el §307 (1) del BGB, para el que la intransparencia material puede constituir directamente un perjuicio inequitativo al adherente, que juntamente con la contrariedad a la buena fe, determinaría la ineficacia de la cláusula: *Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.* En España, esta posición es compartida por algunos autores: Véase, CAÑIZARES LASO, 2015, p. 82, o CARRASCO PERERA, 2017, quien destaca el origen alemán de lo que llama control «cualificado» (el de transparencia material o sustantiva).

⁵⁵ Esta es también la posición del TJUE: Sentencia asunto C-342/13, *Katalin Szeptyén, Zsolt Csaba Kovári*, de 3 de abril de 2014.

del consumidor, extremo este que no examinó la sentencia recurrida, al rechazar el control del carácter abusivo de las cláusulas de estabilización de tipos de interés.

250. En efecto, que una cláusula sea clara y comprensible en los términos expuestos no supone que sea equilibrada y que beneficie al consumidor. Lo que supone es que si se refiere a cláusulas que describan o definen el objeto principal del contrato en los términos expuestos no cabe control de abusividad –este control sí es posible en el caso de cláusulas claras y comprensibles que no se refieren al objeto principal del contrato–. *De forma correlativa, la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas.*» (cursiva añadida)

De hecho, apunta el Tribunal Supremo un análisis del equilibrio de derechos y obligaciones de las partes bajo la cláusula objeto de examen:

«Partiendo de lo expuesto, teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos en los que se imponen las cláusulas impugnadas –contratos de préstamos hipotecarios a interés variable–, *para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo carentes de claridad, debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto.*» (cursiva añadida)

Sin embargo, el análisis de contenido gira de nuevo hacia la comprensibilidad de los compromisos asumidos bajo la cláusula:

«Las cláusulas suelo *son lícitas 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 los tipos.* Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.» (cursiva añadida)

Así, de acuerdo con el Tribunal Supremo, la evaluación del desequilibrio de derechos y obligaciones entre las partes contratantes en relación con las cláusulas que definen el objeto principal del contrato no transparentes no se traduce en un genuino examen de contenido, sino que tiene un esencial componente subjetivo, en que se coloca a la comprensibilidad necesaria para la decisión fundada del consumidor en el centro del análisis⁵⁶. Si la relación entre pre-

⁵⁶ La SAP Madrid, núm. 822/2017, de 13 de enero de 2017, citando y siguiendo la interpretación del ámbito de aplicación del control de transparencia de la Directiva de conformidad con la Sentencia del TJUE *Kásler y Káslerné Rábai*, concluye que el control de transparencia va más allá del análisis del contenido gramatical de la condición general de la contratación y considera que el control de transparencia debe incluir un análisis subjeti-

cio y prestación a cargo de la parte predisponente es tal que el consumidor podría valorar su efecto en el resultado económico del contrato, entonces podremos concluir que la cláusula en cuestión es inválida. No obstante, si la condición general se presentó al consumidor de un modo que no pudo comprender el contenido económico del contrato, y existe –en su detrimento– un desequilibrio respecto de aquello que razonablemente podía esperar y lo realmente incluido en el contrato, podrá concluirse que semejante cláusula ha de ser considerada directamente abusiva⁵⁷. Pero ello supone en buena medida un ejercicio indistinguible del que preside el control de transparencia material.

En la doctrina, también hay posiciones que reflejan una posición próxima, al considerar que el defecto de transparencia, al menos en lo que afecta a las prestaciones principales del contrato es, de por sí, contrario a la buena fe, y además puede ser instrumental para determinar un desequilibrio importante en las situaciones de las partes en perjuicio del consumidor. Y aunque se plantea esta corriente si el desequilibrio implícito en la falta de transparencia sustantiva es subsumible en la formulación legal de abusividad («desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato») se concluye con relativa facilidad la afirmativa, pues el desequilibrio generador de la abusividad comprende también el desbalance económico (y no solo jurídico), y este es innegable cuando el contrato supone un mayor coste para el consumidor del que este, de no mediar la falta de transparencia, hubiera previsto⁵⁸.

Una segunda interpretación de la relación entre transparencia material y abusividad ha sostenido que la falta de transparencia material no implicaba (ni podía implicar) que la cláusula sea abusiva, pues las cláusulas que definen el objeto principal del contrato

vo de la capacidad del consumidor de entender el contenido económico del contrato que, en el caso debatido, era un contrato de préstamo hipotecario multidivisa.

⁵⁷ Sentencias del Tribunal Supremo núm. 367/2017, de 8 de junio de 2017 y núm. 483/2018 de 11 de septiembre de 2018, para las cuales esa falta de transparencia (en el caso, la que aquejaba a 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 también al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado.» SÁNCHEZ LERÍA, 2018, pp. 88 ss. definiendo transparencia material de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y destacadamente la Sentencia de 9 de mayo de 2013, según la cual el consumidor debe poder determinar de forma sencilla la carga económica efectiva del contrato.

⁵⁸ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, 2004, pp. 99-102, en línea con ideas avanzadas ya por MIQUEL GONZÁLEZ, 2002, pp. 914-916, aunque este se muestra menos contundente en la traducción de la falta de transparencia sustantiva como abusividad en el sentido legal del término.

no pueden ser, por su propia naturaleza, sometidas a control de abusividad. Cuando la falta de transparencia material afecta a una cláusula definitoria del objeto principal del contrato (el «núcleo» del contrato, tanto legal como económicamente) nos hallamos frente a un problema de consentimiento viciado, ello es, un caso en que concurre error (o dolo, si la falta de transparencia substantiva fue intencional o, como mínimo, una opción elegida a conciencia por la parte predisponente)⁵⁹. Atendiendo al vicio en el consentimiento, el contrato como tal (y, tal vez, la cláusula concreta, aunque ello es más difícil de implementar en muchos sistemas jurídicos) podría ser anulado, pero la cláusula no transparente no sería considerada como no vinculante o nula en los mismos términos que una cláusula abusiva⁶⁰.

Una tercera interpretación se inclinaba por asimilar la transparencia substantiva a la transparencia formal en lo relativo a las consecuencias de la falta de cumplimiento de sus requisitos. Así, la condición general de la contratación considerada como no transparente sustantivamente (incluso cuando fuera formalmente aceptable en términos de transparencia) no podrá ser parte del contenido del contrato entre el predisponente y el adherente⁶¹.

Ahora, la entrada en vigor de la LCCI⁶² parece haber zanjado⁶³ la cuestión en España, pues se adopta (art. 83 II TRLGDCU) legislativamente una fórmula cuyo texto otorga la calificación como abusivas a las condiciones generales no transparentes (materialmente, se entiende, pues habla de cláusulas incorporadas de modo no transparente en perjuicio del consumidor, lo que parece excluir las no transparentes formalmente, que ni siquiera se incorporarían al contrato). Al considerarse las cláusulas materialmente no transparentes como abusivas se declaran expresamente como nulas de pleno derecho⁶⁴.

⁵⁹ Véase ALFARO ÁGUILA-REAL, *Almacén del Derecho*, 2017; PANTALEÓN PRIETO, *Almacén del Derecho*, 2017.

⁶⁰ CARRASCO PERERA, 2017, 90-105.

⁶¹ CÁMARA LAPUENTE, 2006, p. 123; CÁMARA LAPUENTE, 2015, p. 549; CÁMARA LAPUENTE, *InDret*, 2017, p. 16.

⁶² Nuevo párrafo segundo del artículo 83 LGDCU

⁶³ De forma inoportuna, pues canaliza necesariamente la falta de transparencia substantiva por el cauce –poco recomendable– de su automática consideración como abusivas, cuando, como veremos en la sección 6, la falta de transparencia material suscita en relación con las cláusulas contractuales cuestiones bien distintas a las de la abusividad de su contenido. La inoportunidad es aún mayor a la vista de las enormes incertidumbres que la Sentencia del TJUE *Kásler y Káslerné Rábai* y su progenie han abierto en cuanto a la integración de las lagunas en la regulación contractual entre las partes tras la declaración de abusividad. Véase, GÓMEZ POMAR, 2019, p. 2.

⁶⁴ Se ha considerado que esta «nulidad» es la del artículo 6.3 del Código Civil y no la del artículo 83 (ahora, tras la LCCI, 83 I) del TRLGDCU: CARRASCO PERERA, 2019, p. 681. Con todo, lo cierto es que en los dos párrafos del artículo 83 TRLGDCU se emplea

Por su parte, en la jurisprudencia del TJUE⁶⁵, parece claro que la falta de transparencia material no se traduce automáticamente (tampoco de forma semiautomática) en consideración de abusividad, sino que la misma –tratándose de una cláusula definitoria del objeto esencial en el sentido del art. 4.2 de la Directiva– ha de sujetarse al análisis de abusividad de su contenido. La falta de transparencia de la cláusula es un factor, acaso relevante, en la realización del análisis de abusividad, pero este parece que resulta siempre preciso. Desde luego, soluciones más «mecánicas» en favor del consumidor, no estarían prohibidas por la Directiva, dado el carácter de norma de armonización mínima que la preside⁶⁶.

3. LOS COSTES EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO Y SU RELACIÓN CON LOS PRECIOS

Una vez ordenado y sintetizado el alambicado entramado de reglamentación jurídica sobre las cláusulas no negociadas en contratos con consumidores en el escenario europeo y español, es el momento de desarrollar algunos conceptos económicos que, en nuestro criterio, son esenciales para dar sentido a la intervención mediante reglas jurídicas y decisiones judiciales sobre las condiciones generales de contrato.

Comencemos por los costes a que se enfrentan quienes ofrecen productos o servicios a los consumidores y, sabemos, lo hacen a través de contratos). Es evidente que los productos y servicios requieren siempre, en mayor o menor medida, dedicar recursos escasos si se desea que los consumidores efectivamente adquieran y disfruten de los mismos. Entre los costes de producción del bien o servicio es importante distinguir entre los costes variables y los costes fijos. A su vez, estos costes –fijos y/o variables– pueden ser endógenos –dependientes de la decisión o acción de las partes– o exógenos y determinados por un tercero –como, por ejemplo, la Administración, en relación con los impuestos o los gastos precisos para la eficacia jurídica del contrato–.

el mismo término para denominar a la calificación de las cláusulas abusivas y a las incorporadas de modo no transparente.

⁶⁵ Sentencia del TJUE asunto C-421/14, *Banco Primus SA v. Jesús Gutiérrez García*, de 26 de enero de 2017; Auto asunto C-119/17, *Liviu Petru Lupean y Oana Andreea Lupean v. SC OTP Baak Nyrt*, de 22 de febrero de 2018; Sentencia asunto C-118/17, *Zsuzsanna Dunai v. ERSTE Bank Hungary Zrt*, de 14 de marzo de 2019.

⁶⁶ Véase la Comunicación de la Comisión de 27 de septiembre de 2019, Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13 del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, (2019/C 323/04).

A) LAS DISTINTAS DIMENSIONES DE LOS COSTES DE PRODUCCIÓN DE PRODUCTOS Y SERVICIOS OBJETO DE CONTRATACIÓN

Una primera distinción de los costes de producción se encuentra en la diferencia entre costes variables y costes fijos. Los costes variables son aquellos que se generan al producir unidades adicionales de producto o servicio. Cuanto mayor es la cantidad de unidades producidas mayores son los costes variables. Ejemplos de costes variables son los costes para el fabricante de un producto de los materiales y el trabajo necesarios para producir una unidad adicional de aquel, los costes de tiempo y esfuerzo que le supone al abogado preparar una demanda en un nuevo pleito para un cliente o los costes derivados del estudio individualizado de la solvencia de un nuevo solicitante de crédito para determinar si se le concede o no el préstamo que ha pedido.

Los costes fijos son aquellos que el oferente de bienes y servicios ha de afrontar independientemente de la cantidad de productos o servicios que ofrezca y consiga vender. Ejemplos de costes fijos serían el coste de la nave industrial en la que se producen los bienes, el coste del arrendamiento del inmueble donde se instala el despacho de abogados en los que se prepara la demanda o el coste de adquirir el edificio en que radica la oficina de la entidad financiera que concede préstamos a consumidores.

Una segunda clasificación de los costes de producción –tanto fijos como variables– se encuentra entre costes endógenos y costes exógenos. Los costes endógenos son aquellos que dependen de la acción o decisión de las partes del contrato. Por ejemplo, el coste de los extras en el vehículo demandados por el comprador, o los costes de analizar el valor y situación jurídica del objeto de una garantía real en un contrato de crédito garantizado por oposición a otro contrato sin garantías reales. Por otro lado, costes exógenos son aquellos que son determinados por un tercero ajeno al contrato y que las partes no pueden evitar o alterar con su conducta o con los términos acordados en el contrato: por ejemplo, los impuestos y los gastos precisos para que el contrato que canaliza la transacción sobre el bien o servicio adquiera eficacia jurídica no los fijan las partes, sino la ley o Administración competente.

Estas distinciones entre costes fijos y variables y entre costes endógenos y exógenos son económicamente sencillas y, además, relevantes para abordar jurídicamente los diferentes términos contractuales. Esto es, no solo sirven para entender la naturaleza de las distintas cláusulas sino para comprender y establecer su tratamien-

to jurídico. En particular, por lo que toca a las condiciones generales en contratos con consumidores, a la calificación de abusividad.

B) EL PRECIO DE LOS PRODUCTOS Y SERVICIOS Y LOS COSTES DE PRODUCCIÓN

A nadie se le escapa que hay una relación directa entre el precio en sentido económico –importe global a cargo del adquirente del bien o servicio que ha de afrontar a cambio de la adquisición– de la transacción y los costes que supone el intercambio. Un oferente de un producto o servicio que actué de manera racional –y parece legítimo suponer y esperar que las empresas y profesionales que operan en el mercado lo hagan como agentes racionales– no lo ofrecerá si el precio que espera recibir no es, como mínimo, igual a la suma de los distintos costes en que ha de incurrir para producirlo y venderlo.

Los costes variables –endógenos y exógenos–, es decir, aquellos costes en los que incurre el oferente por celebrar ese concreto contrato u operación sobre un cierto bien o servicio, suponen el mínimo de precio (satisfactorio para ambas partes) de la transacción y determinan la magnitud del excedente contractual generado por el contrato. La diferencia entre el valor de los servicios o bienes para quien los va a recibir en virtud del contrato y los costes variables de hacérselos llegar constituye el excedente contractual, la ganancia conjunta de celebrar y cumplir el contrato.

Los costes fijos –endógenos y exógenos–, por su parte, no siempre pasarán a formar parte del precio que el oferente percibe en el corto plazo, pero sí han de poder amortizarse en el largo plazo para que el proveedor de bienes y servicios prefiera *ex ante* entrar en la actividad contractual que sea o decida continuar en la misma si esos costes han de afrontarse de manera reiterada.

De esta forma, los conceptos que constituyen costes variables de la transacción –tanto endógenos como exógenos– se han de reflejar en el precio total del contrato, que es el sacrificio dinerario o pago a cargo del adquirente, bien sea con carácter inmediato o de forma diferida en el tiempo.

De hecho, la teoría económica básica⁶⁷ nos enseña que cuanto más competitivo sea el mercado en cuestión más cercano estará el precio del contrato al total del coste variable de la transacción –el coste marginal– mientras que cuanto más imperfecta sea la competencia en el mercado, mayor será el precio en relación con el coste de la transacción y más elevado será el margen de beneficio para el

⁶⁷ VARIAN, 2019.

oferente. Bajo competencia perfecta entre proveedores de bienes o servicios, también de los financieros, el precio que pagarían los adquirentes sería igual a la suma total de los costes variables (los endógenos y los exógenos) de hacer llegar la prestación a los consumidores. Esta situación es la que proporcionará un mayor bienestar a los consumidores dado que es la situación en la que la parte que reciben del excedente contractual es mayor. Ir más allá no es factible, pues entonces los oferentes optarán por abstenerse de contratar.

Esta simple caracterización económica no se ve alterada por el hecho de que el precio se estructure en una sola cifra (un «precio» total único) o se desglose en distintos conceptos que tendrá que abonar el adquirente. La suma total de los pagos constituye el «precio» –en sentido económico, al menos– de la transacción y su relación con el coste variable total es lo que define qué ventajas o bienestar económico obtiene cada parte como consecuencia de la celebración del contrato.

Tampoco cambia estos términos el hecho de que un componente, o la totalidad, de ese precio se fije contractualmente a través de condiciones generales y no sea fruto de una negociación individualizada. Ese dato podrá tener importancia para verificar si el adquirente era genuinamente consciente de la totalidad del sacrificio dinerario a su cargo (podemos presumir y, de hecho, los sistemas jurídicos así lo hacen, que esa conciencia será mayor si los términos que fijan el precio son negociados individualmente que si no lo son), pero no la tiene en relación con la «sustancia» de la definición del «precio total o efectivo» («precio total» es el término que utiliza el artículo 60.2.c) TRLGDCU siguiendo a la Directiva 2011/83) que ha de asumir el consumidor.

Los distintos elementos que configuran los costes del oferente de un producto o servicio se reflejan en el contrato en contraprestaciones que el consumidor debe realizar para cumplir con las previsiones contractuales. Sin recibir contraprestación por dichos costes –variables y eventualmente, en el largo plazo, fijos, y tanto los endógenos como los exógenos– el oferente no ofrecería el producto o servicio al mercado⁶⁸.

El precio total del contrato en el largo plazo debe cubrir los costes variables y fijos, endógenos y exógenos (el coste total para la adquisición del bien o servicio por el consumidor) y, si las condiciones del mercado lo permitieran, el margen comercial sobre

⁶⁸ El contrato es de celebración voluntaria para las partes, al menos en hipótesis –y en la realidad– en la mayoría de los casos. Por ello, la celebración del contrato debe resultar provechosa para ambos en términos esperados. Es indispensable, pues, que el valor esperado de las cantidades que abone el consumidor a lo largo de la vida de la operación supere los costes que el profesional espera tener que afrontar por causa de esa operación. GÓMEZ POMAR, GANUZA FERNÁNDEZ, y ARTIGOT GOLOBARDES *InDret*, 2018, editorial, p. 4. En caso contrario, actuando racionalmente, el profesional prefiere no contratar.

ellos que el oferente puede percibir por la prestación del servicio/ producto.

El coste total ligado a la adquisición del producto/servicio está formado por elementos heterogéneos: por un lado, por los costes en los que incurre inmediata y directamente el oferente y por otro, por elementos adicionales de coste inherentes a la transacción – como el arancel notarial, por poner un ejemplo– y que inevitablemente pesan sobre el contrato y habrán de ser asumidos, en una u otra proporción, por las partes. Lo que es claro, es que en relación con estos costes exógenos, es necesario igualmente que, sumados a los demás, la cantidad que pague el adquirente en virtud del contrato supere al total de la suma de los costes de todo tipo que la celebración y consumación del contrato genera.

En la tabla siguiente se ejemplifican las distinciones anteriores en relación con distintos costes en la contratación de crédito hipotecario.

	Costes endógenos	Costes exógenos
Costes variables.	Coste de evaluar la solvencia y capacidad de repago de un consumidor financiero. Gastos de tasación de una garantía real. Gastos de gestoría para realizar trámites necesarios diversos.	a. Impuesto de actos jurídicos documentados. b. Arancel notarial. c. Arancel registral.
Costes fijos.	Costes generales de la actividad empresarial bancaria (inmuebles, servicios centrales, etc.).	Costes resultantes de la regulación de capital de las entidades financieras (por ejemplo, coeficientes de reserva).

La distinción que subyace al artículo 4(2) de la Directiva 93/13 y que acoge el TJUE (*Matei, Kásler y Káslerné Rábai* y otras), y que prevalece en la visión doctrinal española, sin embargo, no es la más útil para trasladar el sustrato económico inevitable de toda transacción económica al tratamiento jurídico, especialmente en sede de condiciones generales. La variedad de costes en la contratación y su reflejo en el precio (o precio en sentido estricto y otros cargos, si se prefiere) del contrato para el consumidor no se corresponde con la distinción entre objeto esencial del contrato y cláusula

las accesorias. Como se desarrollará en estas páginas, esa distinción, aunque haya de tener su aplicación allí (pero solo allí) donde la previsión legal lo estipula, no es una distinción ni relevante ni adecuada para conseguir el objetivo de la mejora del bienestar del consumidor, que es el que finalmente persigue la legislación protectora de los consumidores y, singularmente, los controles *ex post* sobre las condiciones generales de la contratación.

4. LA DISTINTA FUNCIÓN DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES Y SU INCIDENCIA EN EL CONTRATO

Los contratos se celebran para mejorar en términos esperados la posición de partida de las partes y, con ello, generan lo que se denomina técnicamente *excedente contractual*, esto es, la diferencia entre el valor que tiene para el bienestar de los contratantes la realización y ejecución del contrato y el coste total que supone la celebración del contrato y el cumplimiento de las prestaciones. De hecho, esta referencia al excedente es esencial a la hora de determinar cuál es la «calidad» sustantiva de una cláusula y el que permite elegir, entre dos o más alternativas, la cláusula de mayor calidad.

A través del intercambio contractual, las partes en el contrato pretenden obtener un excedente que se refleja por la diferencia entre su valoración de la transacción y los sacrificios en los que incurren para llevarla a cabo. Para el adquirente, esto viene dado la diferencia entre el valor de la prestación que recibe (en los contratos de crédito, la anticipación en el disfrute de una cierta utilidad, como la derivada de la vivienda, que el crédito permite) y el precio total que asume a cambio. Para el oferente, la diferencia entre precio que percibe y el coste total de ofrecer el bien o servicio.

Pues bien, algunas cláusulas contractuales –mas no todas ellas– afectan a la magnitud del excedente generado por el contrato, aumentando o disminuyendo aquel. Un segundo tipo de cláusulas contractuales, en cambio, no afectan a la magnitud del excedente contractual total –no producen excedente, por lo tanto– sino que a lo sumo distribuyen dicho excedente entre las partes del contrato.

Hay, pues, cláusulas contractuales que tienen un impacto en el excedente contractual conjunto, sea incrementándolo sea reduciéndolo, y cuando ello sucede decimos que estamos frente a una cláusula contractual «productiva». Por el contrario, una cláusula contractual puede mantener inalterado el mismo excedente contractual conjunto, pero modificar acaso cómo se distribuye el excedente conjunto entre las partes del contrato. En ese caso hablamos de que

la cláusula es «no productiva o distributiva». Esta distinción es aplicable a todo contrato y también, naturalmente, a los contratos de crédito entre empresas y consumidores, en los cuales centramos la atención en la exposición que sigue.

Merece la pena advertir que esta distinción, basada en el papel de la cláusula en la creación de excedente contractual, a pesar de su trascendencia, no ha formado parte de las variables relevantes para los controles *ex post* sobre las condiciones generales de la contratación y su eventual consideración como intransparentes o abusivas, incluso en enfoques que adoptan una perspectiva económica⁶⁹. Tan solo en los (escasos) estudios que se han ocupado en perspectiva teórica de cómo reemplazar las cláusulas contractuales inválidas (o integrar las lagunas que dejan las cláusulas expulsadas del contrato por abusivas, una cuestión que el TJUE ha abordado de manera conceptualmente desajustada⁷⁰), se plantean la importancia de esta distinción⁷¹.

Las cláusulas contractuales productivas inciden (obligan, prohíben, disuaden, fomentan, encarecen, abaratan) sobre conductas o situaciones de las partes que afectan la magnitud total del excedente generado por el contrato. A través de estas cláusulas, sean negociadas o no, las partes del contrato pueden mejorar –o no, si las cláusulas no determinan las asignaciones factibles más eficientes– su bienestar conjunto.

Pero si miramos –como es lo procedente– al contrato como un plan de ordenación de un futuro complejo y necesariamente incierto⁷², caemos en la cuenta de otro tipo de cláusulas productivas: las que asignan riesgos cuando el riesgo es relevante para el bienestar de las partes. Así, las cláusulas contractuales son productivas también cuando en el contrato una o ambas partes son aversas al riesgo y las cláusulas asignan la inherente incertidumbre que rodea a los resultados de la ejecución de las relaciones contractuales, pues entonces esa asignación de riesgos también afecta al excedente agregado generado por el contrato (que un riesgo lo soporte la parte con menor aversión al riesgo es, *ceteris paribus*, algo que mejora el bienestar conjunto).

Algunas de las cláusulas contractuales productivas hacen referencia al precio o al objeto principal del contrato, tal y como este se

⁶⁹ ZAMIR y FARKASH, *Hebrew University of Jerusalem Legal Studies Research Paper Series*, 2016, p. 29; FURTH-MATZKIN, *Working Paper, John M. Olin Program in Law, Economics and Business, Harvard Law School* 2018.

⁷⁰ Véase GÓMEZ POMAR, *Indret*, 2019.

⁷¹ BEN-SHAHAR, *Stanford L. Rev.* 2011, p. 869; BEN-SHAHAR, *Columbia L. Rev.* 2011, p. 396; ZAMIR y KATZ, *Hebrew University of Jerusalem Legal Studies Research Paper Series*, 2019.

⁷² La definición es de EISENBERG, 2018, p. 196.

entiende de ordinario a la luz de la tipología legal de los contratos –piénsese en una cláusula que incide sobre la calidad o propiedades exigidas a la prestación característica del contrato– y otras se proyectan sobre dimensiones de orden secundario en el entendimiento jurídico habitual –una cláusula sobre la calidad o propiedades de un servicio adicional o accesorio o una conducta coadyuvante–.

Un segundo tipo de cláusulas contractuales son las que hemos visto que se denominan cláusulas distributivas. Estas no tienen un impacto en el excedente contractual conjunto, pero sí eventualmente en su distribución entre las partes del contrato. Las cláusulas distributivas asignan o distribuyen costes –en su versión más evidente, costes exógenos– inherentes a la transacción. Dicha distribución de gastos no afecta al excedente contractual total –que será constante– independientemente cuál de las partes en el contrato haya de pechar con esos costes exógenos, pero sí incide sobre la magnitud individual del excedente de cada contratante. Así, la cláusula contractual, sea cual sea su contenido, y sea la que sea la asignación de los costes que realice, no afecta al excedente total conjunto, pues el monto de los costes exógenos, por definición, no puede ser alterado por la acción o decisión de los contratantes, lo estipulen en una cláusula contractual o de otro modo. Lo que sí puede hacer una cláusula puramente distributiva, por ejemplo la que atribuye uno de esos costes exógenos a una parte, el oferente, pongamos, que el excedente individual de un contratante se reduzca en el importe del coste que la cláusula pone a su cargo.

Un ejemplo puede servir para ilustrar esta naturaleza puramente distributiva de algunas cláusulas contractuales. Imaginemos un caso en el que una empresa contrata con un consumidor –asumamos un consumidor tipo, por simplicidad–. La empresa puede prestar un servicio a un coste C y dicho servicio proporciona beneficios de una magnitud total B al consumidor que los recibe. Imaginemos que la normativa aplicable establece que se ha de pagar una cantidad fijada en la propia norma –exógena a las partes, por tanto– de cuantía T a un tercero por cada contrato que se concluya (imagínese, por ejemplo, el pago de un tributo a una autoridad fiscal o el pago de una tasa a un organismo o persona responsable de autorizar o registrar la transacción, como por ejemplo los aranceles notariales y del registro de la propiedad en un contrato de préstamo hipotecario). Por facilidad expositiva llamaremos «impuesto» a T .

Supongamos que el excedente total generado por el contrato es positivo, $B - C - T > 0$, lo que indica que el contrato mejora la posición conjunta de los contratantes respecto de la alternativa de no contratar. El excedente total de la transacción es la diferencia entre el

valor que el servicio proporciona al consumidor (B) y el coste total necesario para que el consumidor efectivamente reciba dicho servicio –en nuestro ejemplo dicho coste sería la suma del coste en que directamente ha de incurrir la empresa para proveer el servicio al consumidor (C) y del impuesto por la transacción (T) (que para las partes consideradas conjuntamente es un coste, pues por definición es una salida de recursos que va a parar a un tercero ajeno a quienes son contratantes).

Una vez definidos los costes del intercambio contractual (C+T) pasemos a analizar el precio P de la transacción. Imaginemos dos estructuras de mercado extremas que condicionarán el poder de negociación relativo de las partes contractuales. En la realidad de las interacciones entre las partes, el poder de negociación relativo de las mismas no estará normalmente en ninguna de las situaciones extremas que inicialmente exponemos, sino que, en el espacio existente entre ellas dos, se situará en un punto u otro dependiendo de una variedad de factores como, por ejemplo, la existencia de competidores en el mercado o la existencia de procedimientos o protocolos de contratación que las partes siguen al negociar los términos de la operación⁷³.

Imaginemos un primer escenario en el que la empresa tuviera todo el poder de negociación (una estructura que corresponde a la versión más extrema de monopolio). Supongamos además que la legislación que regula el impuesto en cuestión puede optar por establecer que sea la empresa quien ha de pagar el impuesto a la administración tributaria o, al contrario, puede fijar que sea el consumidor quién deba ingresar el impuesto ante la agencia fiscal.

Supongamos, en primer lugar, que la normativa reguladora del impuesto prevé que la empresa es la responsable de pagar el impuesto –ha de ingresar su importe a la administración competente–. En el escenario que estamos contemplando ahora, esto es, uno en el que la empresa tiene un poder total de mercado, la empresa podrá obtener un precio que absorbe todo el excedente del consumidor, esto es, $P=B$. Por lo tanto, el consumidor se quedará con un excedente contractual igual a 0 ($B-B=0$) y la empresa obtendrá unos beneficios iguales al excedente total generado por el contrato ($B-C-T$), pues recibe B del consumidor, incurre en el coste C y ha de abonar T a la administración tributaria.

Si, por el contrario, la normativa reguladora del impuesto prevé que el consumidor es quién ha de ingresarlo al fisco, la empresa establecerá un precio igual a $B-T$. Este precio genera el mismo excedente total e individual que el que observamos en el caso ante-

⁷³ Véase, MUTHOO, 1999.

rior: el consumidor obtiene un excedente contractual igual a 0 [$B-T-(P=B-T) = 0$] y la empresa obtiene el excedente contractual total [$(P=B-T)-C$].

Merece la pena resaltar que este resultado sería el mismo si la atribución del ingreso del impuesto a la administración tributaria no tuviera su origen en una norma legal sino en una cláusula contractual. Por ejemplo, independientemente del contenido de la norma reguladora del impuesto, el contrato podría incluir una cláusula contractual que atribuyera explícita y directamente el pago del impuesto T al consumidor, en todo o en parte (de nuevo, por simplicidad, nos referiremos solo a la repercusión total). En una estructura como la descrita, el coste total del contrato para el consumidor sería $P+T$. A nivel agregado el excedente contractual total sería exactamente el mismo ($B-T-C$). La presencia de esta cláusula que traslada o repercute el tributo sobre el consumidor no cambia el excedente total, y por eso la cláusula es puramente distributiva. De hecho, en este caso, no solo el excedente total, tampoco el individual se vería afectado: la empresa –recordemos, con todo el poder de mercado– fijaría un precio igual a $B-T$, con lo que el excedente del consumidor sería (0) y la empresa monopolista tendría un excedente equivalente al excedente contractual total [$(P=B-T)-C$]. Como puede observarse, el excedente agregado, el excedente del consumidor y el excedente de la empresa serían exactamente los mismos que si no existiera una cláusula de repercusión del impuesto.

En consecuencia, el análisis de abusividad de una cláusula contractual que prevé la atribución del pago de un impuesto T en el mismo sentido –o en sentido distinto– a lo que prevé la normativa que regula dicho impuesto no tiene ningún impacto en el excedente generado por el contrato. Si una cláusula contractual que asignara el pago del impuesto T al consumidor fuera considerada abusiva nos encontraríamos en la misma estructura que en el primer caso en el que es la empresa la que es responsable de dicho pago. Como se ha explicado anteriormente, en ambos casos el excedente contractual agregado es el mismo. La única cuestión relevante en el análisis de una cláusula contractual de esta naturaleza es que las partes contractuales conozcan antes de firmar el contrato quien ha de pagar el impuesto T cuando se decide contratar y se consiente al precio del contrato P .

¿Qué pasa cuando es el consumidor el que puede quedarse con el excedente contractual? De forma similar, si analizamos el otro escenario extremo, es decir, aquel en que todo el poder de negociación lo tuviera el consumidor (como sucede cuando hay competencia perfecta) es posible analizar los dos escenarios presentados anterior-

mente. Por un lado, que sea la empresa quien deba pagar el impuesto a la autoridad tributaria. En este caso, el precio P será igual a $C+T$ (la empresa tiene dos costes, el de proporcionar el servicio y el del impuesto). El consumidor, con este precio obtiene un excedente igual a $B-(P=C+T)$ y la empresa obtiene un excedente igual a cero: $(P=C+T)-(C+T)=0$. Bajo esta estructura, el consumidor obtendría todo el excedente contractual generado por la transacción.

De forma equivalente, si la norma legal reguladora del impuesto prevé que ha de ser pagado por el consumidor al fisco, el precio contractual sería $P=C$. La distribución del excedente contractual sería idéntica a la del caso anterior: el consumidor obtendría todo el excedente contractual $[B-(P=C)-T]$ y la empresa obtendría un excedente igual a 0 $[(P=C)-C]$.

Como puede observarse, el hecho que la atribución del pago del impuesto T resulte de la aplicación de una norma legal aplicable o de una cláusula contractual incluida en el contrato es totalmente irrelevante para la magnitud del excedente total generado por el contrato y para su distribución entre las partes contratantes. Por lo tanto, la calificación judicial de abusividad de una cláusula contractual de atribución de un impuesto T cuando la norma que lo regula es ambigua resulta irrelevante en relación con la magnitud del excedente contractual total y de su distribución entre las partes. Ni se altera el excedente total ni se altera la situación individual de las partes.

En contextos más realistas donde ambas partes ostentan parte del poder de negociación (que correspondería a cualquier estructura de mercado intermedia entre el monopolio y la competencia perfecta) la atribución del pago de un impuesto T a un tercero como consecuencia de la aplicación de una norma tributaria o de una cláusula contractual negociada –que asignará de forma total o parcial el pago del impuesto a una u otra de las partes contractuales– tampoco tendrá relevancia en la magnitud del excedente contractual total o el excedente contractual de cada parte del contrato. La atribución contractual del pago del impuesto –o de parte de este– no incide en la fracción del excedente contractual que recibe cada uno, que solo dependerá del poder de negociación de las partes del contrato.

En resumen, tanto el excedente total generado por el contrato como su distribución entre las partes contratantes –empresa y consumidor– serán los mismos independientemente de la atribución del pago del impuesto T por parte de una previsión legal o de una cláusula contractual. En ambos casos, la empresa percibirá la misma cantidad y a su vez el consumidor pagará la misma cantidad, ya sea como resultado de la suma explícita $P+T$ (o una fracción de la

misma, como en la situación intermedia descrita anteriormente), o como un precio P más alto que incluye ya el importe T (o una parte de este en el caso que ambas partes tengan poder de negociación)⁷⁴.

El ejemplo anterior asume que el consumidor es consciente que el tributo T, cuando no está ya integrado en el precio, ha de afrontarlo además del precio P, ya sea como efecto de la aplicación de una norma legal ya por una cláusula contractual que coloca T a su cargo. Si este no fuera el caso, el consumidor sería total o parcialmente ignorante respecto de este coste y por lo tanto desconocería el «precio» total del contrato –coste total o sacrificio económico global que la transacción supone para el consumidor–.

La naturaleza económica de las cláusulas contractuales se despliega en varias dimensiones. Por un lado, responde a la estructura de costes fijos y variables –endógenos o exógenos– derivados de la producción del producto y/o servicio. Por otro lado, el papel de dicha cláusula contractual en el contrato es distinto en relación a la generación de excedente contractual conjunto o en su distribución entre las partes contractuales.

Las categorías anteriores permiten, como podremos comprobar, orientar de modo más afinado el control *ex post* de las cláusulas no negociadas, interpretando el material normativo europeo y español de un modo económicamente más ajustado a la sustancia económica, pero respetando las previsiones legales. Con esta aproximación se podrán concentrar los esfuerzos del sistema jurídico en su conjunto, y del Derecho de consumo en particular, allí donde pueden dar frutos, y no desperdiciarlos en tareas fútiles cuando no gravemente contraproducentes, como la experiencia española, tristemente, acredita.

Por otro lado, también nos permite una taxonomía de las cláusulas que han sido objeto entre nosotros de mayor atención jurisprudencial y doctrinal, incluso mediática, facilitando con ello un entendimiento más profundo de la trascendencia económica y contractual de las mismas para el bienestar de los contratantes. Esto es particularmente importante, creemos, en relación con la contratación hipotecaria, que ha sido, de largo, la gran protagonista en España de la litigación y de las controversias judiciales y doctrinales en cuanto a las soluciones que debían adoptarse en relación a un importante número de sus cláusulas.

El siguiente cuadro organiza, en función de los distintos costes –variables/fijos y endógenos/exógenos– presentes en los contratos de

⁷⁴ Véase PERTIÑEZ VÍLCHEZ, *Lex Mercatoria*, 2016, p. 93, quien ya observó que los impuestos y costes exógenos inherentes a una transacción se pueden atribuir al consumidor a través de cláusulas contractuales explícitas o a través de un aumento del precio de la transacción.

crédito hipotecario, la traducción en cláusulas contractuales y la función de éstas en el contrato —cláusulas productivas o distributivas—.

	Cláusulas productivas	Cláusulas distributivas
Costes variables.	<ol style="list-style-type: none"> 1. Cláusulas suelo y techo. 2. Cláusulas sobre vencimiento anticipado y ejecución. 3. Cláusulas sobre solvencia previa y posterior del prestatario. 4. Cláusulas sobre conservación de la garantía real. 	<ol style="list-style-type: none"> a. Cláusulas de precio, comisiones y repercusión de gastos no exigidos legalmente. b. Sobre costes exógenos: Impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, aranceles notariales y registrales.
Costes fijos.	Coste de la oficina de la entidad financiera.	Costes resultantes de la regulación de capital de las entidades financieras.

Como se ha presentado anteriormente en la sección 2, los controles previstos en la Directiva 93/13 y en la normativa española, y su aplicación por el TJUE y los tribunales españoles se han fundado en algunas nociones poco precisas de la Directiva y, en buena medida, en el arrastre conceptual de categorías doctrinales que no han mirado a la sustancia económica de los fenómenos objeto de atención. Así, la intervención *ex post*, bien orientada a la transparencia sustantiva, bien orientada a asegurar niveles de «calidad» en los derechos sustantivos del consumidor, se ha desplegado de manera uniforme, indiscriminada (desnortada, añadiríamos nosotros) para todo tipo de cláusulas. Se ha puesto en marcha, masivamente, además, la maquinaria compleja y, con frecuencia, imprecisa, del Derecho de las condiciones generales, con independencia de la estructura de costes subyacente, de su reflejo en el precio total para el consumidor y al margen de la contribución que la cláusula hace o deja de hacer al excedente contractual y a su distribución entre las partes.

Por ejemplo, la larga y nutridísima litigación hipotecaria española en general no distingue, como tampoco lo hace el TJUE, entre cláusulas contractuales productivas y cláusulas distributivas. Como podremos observar, ignorar esta distinción supone aplicar uniforme y mecánicamente instrumentos de control que no se corresponden acaso con la función que la cláusula desempeña en la dinámica económica del contrato. Como veremos más detenidamente, el

control de transparencia material, que tiene por objeto evaluar si el consumidor pudo representarse adecuadamente el contenido económico del contrato y evaluar sus consecuencias de bienestar puede ser pertinente para ambos tipos de cláusulas contractuales, productivas y distributivas. El control de contenido o de abusividad, que tiene por objetivo evaluar la maximización del excedente total y la eventual apropiación de dicho excedente por parte del predisponente, es impertinente en el caso de las cláusulas distributivas (dado que éstas solamente distribuyen excedente entre las partes contractuales) cuando esas cláusulas y su trascendencia eran conocidas por el consumidor. Si el consumidor era –genuinamente– consciente de la incidencia de la cláusula sobre el excedente contractual individual que obtendría en el contrato con la misma, un análisis *ex post* sobre el equilibrio contractual no va a mejorar en ningún caso la eficiencia y puede, con frecuencia, distorsionar el funcionamiento del contrato y, en el peor de los casos, desincentivar o destruir contratación que mejora el bienestar.

Antes de presentar nuestro análisis teórico acerca del ajuste de los controles *ex post* a la función contractual de la cláusula, merece la pena examinar la experiencia española en su –desafortunada, con frecuencia– aplicación en la contratación hipotecaria. Así podremos apreciar mejor cómo nuestro intento no es fruto de un prurito teórico o de originalidad interdisciplinar –o de imperialismo económico, como algunos podrían pensar–. Responde a una intensa preocupación por ofrecer mejores soluciones a la praxis española en la materia.

Así, a continuación, presentaremos el tratamiento jurisprudencial que han tenido entre nosotros cláusulas productivas –como las cláusulas suelo, las cláusulas de vencimiento anticipado, de comisión de apertura– y cláusulas puramente distributivas como las relativas al pago del impuesto de actos jurídicos documentados y de tasación⁷⁵.

5. LA LITIGACIÓN ESPAÑOLA SOBRE CLÁUSULAS DE CONTRATOS DE CRÉDITO HIPOTECARIO

5.1 CLÁUSULAS PRODUCTIVAS

Tal y como se ha explicado anteriormente, las cláusulas contractuales productivas, aunque muy heterogéneas en relación a su

⁷⁵ Un excelente examen de la litigación española y europea en VENDRELL CERVANTES, 2018, p. 371.

naturaleza y función en el contrato, tienen todas ellas un impacto en la magnitud del excedente contractual generado por el contrato: asignan riesgos entre las partes contractuales, regulan las consecuencias de eventos inciertos durante la vida del contrato y establecen incentivos o desincentivos a acciones que tienen incidencia sobre la ganancia conjunta de la relación contractual.

Como ya se ha indicado, la caracterización relativa a la función económica de las cláusulas contractuales no se corresponde con la calificación bajo la dicotomía de cláusula definitoria del objeto principal del contrato, de un lado, y otras cláusulas, de otro. Por eso, hay cláusulas productivas que se refieren a la configuración de los elementos objetivos esenciales del contrato, tal y como este se entiende a la luz de la tipología legal de los contratos –piénsese en una cláusula que determina la calidad y especificaciones de la prestación característica del contrato– y otras que se proyectan sobre dimensiones que aparecen, en la caracterización tipológica ordinaria de las modalidades contractuales, como de orden secundario: cláusulas relativas a prestaciones accesorias, cláusulas modificativas de otros términos contractuales, cláusulas de asignación de riesgos de ciertos eventos no esenciales en el decurso de la relación, etc. Lo decisivo, en cualquier caso, independientemente de su calificación como cláusula reguladora del objeto principal del contrato –o no– a los efectos de la Directiva 93/13, las cláusulas productivas influyen en la magnitud del excedente contractual total (y también puedan tenerla sobre su distribución entre las partes contractuales).

La litigación española en materia hipotecaria ha tocado diferentes muestras de cláusulas productivas. Podríamos agruparlas en dos categorías distintas. Por un lado, cláusulas que asignan riesgos –de mercado o de conducta de las partes– entre los contratantes y que finalmente impactan sobre el precio o pueden hacerlo. Ejemplos de este tipo de cláusulas serían las cláusulas suelo y las cláusulas de vencimiento anticipado. Por otro, cláusulas contractuales productivas que reflejan costes variables del oferente determinadas o conectadas con la provisión del servicio objeto del contrato. Ejemplo de estas cláusulas sería la de comisión de apertura de un préstamo hipotecario.

5.1.1 Cláusulas suelo

Los contratos de préstamo hipotecario suponen la concesión de financiación durante un tiempo prolongado a cambio de una retribución o interés. El interés en las operaciones de financiación

a medio o largo plazo típicamente se puede configurar sobre la base de tipos de interés fijos (un porcentaje de interés anual que se aplicará de forma inmutable a lo largo del plazo de amortización del préstamo) o de tipos variables (compuestos esencialmente de un índice variable de referencia –como el Euribor– más un diferencial).

En el mercado español, hasta hace bien poco⁷⁶, y al igual que en otros países, han predominado abiertamente los tipos variables.⁷⁷ Con un tipo fijo de interés en el contrato, la remuneración a que ha de hacer frente el prestatario no se altera a lo largo de la vida del contrato, y no se ve afectado por las oscilaciones al alza o a la baja que puedan experimentar los tipos de interés de mercado. Con un tipo variable, el índice de referencia, que típicamente refleja la evolución, al alza o a la baja, de los tipos de mercado, hace que la remuneración que ha de abonar el prestatario se eleve o disminuya al ritmo de los tipos en la economía. Es evidente, por tanto, que el riesgo de tipo de interés que soporta el prestatario (previsiblemente, un sujeto más averso al riesgo que una entidad de crédito prestamista) es mayor con tipos variables. Los límites a la variación del interés variable mediante cláusulas contractuales sirven, en principio, para mitigar el riesgo de tipo de interés sobre el prestatario, pues hacen que, más allá de esos límites, el prestatario no soporte el riesgo de tipo de interés (riesgo, por otra parte, que existe tanto en las subidas como en las bajadas de los tipos de mercado: en la teoría económica estándar el concepto de riesgo hace referencia a la incertidumbre de resultados, no a que estos queden por encima o por debajo de un punto o nivel de referencia⁷⁸).

Las cláusulas suelo permiten una fluctuación –limitada– de la tasa anual de interés dentro del margen fijado entre la cláusula suelo y –si también la tiene el contrato– la cláusula techo. Y, de

⁷⁶ Véase, GÓMEZ POMAR, y ARTIGOT GOLOBARDES, 2019, en prensa, p. 14. Según los datos del INE, a final de 2018 los tipos fijos suponían ya más del 40% del total de los créditos hipotecarios en el mercado español.

⁷⁷ Una comparativa internacional del uso de los tipos de interés variables en préstamos hipotecarios puede hallarse en BADARINZA, CAMPBELL y RAMADORAI, *National Bureau of Economic Research Paper*, 2016. En España, así como en otros mercados (Australia, Finlandia, Irlanda, Italia y Reino Unido, entre otros) los tipos de interés variables han sido tradicionalmente más frecuentes en el mercado hipotecario residencial. En otros países (Alemania, Países Bajos y Estados Unidos) los tipos de interés fijos han sido y son más populares que los variables.

⁷⁸ La economía conductual ha cuestionado la irrelevancia de las referencias (el *statu quo*, el nivel 0 que distingue pérdidas y ganancias) en las preferencias y las decisiones de los agentes económicos: ZAMIR y TEICHMAN, 2018, p. 45. Las complicaciones que esta perspectiva supone creemos que no alteran de forma apreciable lo que se desarrolla a continuación sobre cláusulas suelo, aunque sí lleva a dar más relevancia en todos los aspectos a las cláusulas techo que a las cláusulas suelo. Véanse sobre estas cuestiones, GÓMEZ POMAR, y ARTIGOT GOLOBARDES, 2018, p. 119, especialmente, pp. 158 ss.

hecho, una cláusula suelo bien diseñada –especialmente en combinación con una cláusula techo– al reducir el riesgo de tipo de interés que pesa sobre la parte aversa al riesgo⁷⁹, mejora la asignación de riesgos y con ello en principio aumenta el excedente contractual (mejorar la asignación de riesgos de la operación aumenta el bienestar de los contratantes). Por eso las cláusulas suelo y techo son cláusulas productivas. Por otro lado, parece plausible –aunque no inevitable– entender que al incidir estas cláusulas sobre la variación del interés remuneratorio (el «precio» del contrato para el prestatario) contribuyen a definir el objeto principal del contrato.

Los últimos años se han caracterizado por una reducción drástica de los tipos de interés en la eurozona⁸⁰, lo cual ha provocado que muchos consumidores –aquellos con cláusulas suelo, tuvieran o no también cláusula techo, pues la reducción de los tipos de mercado hacía los techos inaplicables en la práctica, aunque hubieran sido esenciales para reducir la factura hipotecaria en un escenario, que no ocurrió en la realidad, de subida importante de tipos– vieran como los tipos de interés que pagaban por sus préstamos no se beneficiaban de la continua y acentuada reducción de los tipos de interés en la economía europea y española. Esto dio buenas razones a esos consumidores para iniciar la aventura judicial de buscar la nulidad por abusividad de las cláusulas suelo.

La jurisprudencia española, ante las demandas de los consumidores, ha considerado en la mayoría de los casos⁸¹ que las cláusulas suelo no eran materialmente transparentes y de ahí ha deducido su abusividad, aun admitiendo que la falta de transparencia sustantiva no acarrea de modo necesario la abusividad⁸²:

«En cuando a las consecuencias de la falta de transparencia, hemos dicho en diversas resoluciones que es posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, pese a no ser transparente, no sea abusiva, pues la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales

⁷⁹ El riesgo de variación en el tiempo de los pagos del prestatario no sería demasiado problemático si los prestatarios pudieran cubrirse de otro modo, por ejemplo, mediante un seguro de su futura renta neta, pero el riesgo moral en este seguro lo hace difícilmente viable: CAMPBELL y COCCO, *Quarterly Journal of Economics*, 2003, p. 1452. La subida de los pagos mensuales de la hipoteca, por tanto, puede obligar al prestatario a reducir su consumo o a impagar el préstamo, disyuntiva que supone un riesgo importante que pesa sobre su bienestar futuro.

⁸⁰ Desde 2009 las tasas de interés en la eurozona han ido decreciendo de forma continua, según los datos del Banco Central Europeo: https://www.ecb.europa.eu/stats/policy_and_exchange_rates/key_ecb_interest_rates/html/index.en.html.

⁸¹ En algunos casos el Tribunal Supremo no la ha declarado no transparente, como en las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 171/2017, de 9 de marzo de 2017, núm. 489/2018, de 13 de septiembre de 2018 y núm. 673/2018 de 29 de noviembre de 2018.

⁸² Sentencias del Tribunal Supremo núm. 367/2017 de 8 de junio de 2017 y núm. 483/2018 de 11 de septiembre de 2018.

sean desequilibradas. Pero como también hemos afirmado, no es el caso de las llamadas cláusulas suelo, cuya 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 supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva también al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado.»

Tras la reticencia inicial del Tribunal Supremo (en la sentencia pionera en materia de cláusulas suelo, la de 9 de mayo de 2013) a ordenar la devolución de las cantidades pagadas de más por los consumidores por la aplicación de la mencionada cláusula, y a resultas de la intervención del TJUE⁸³, ha prevalecido la *restitutio in integrum* de las cantidades indebidamente pagadas.

En conjunto, por tanto, los tribunales han arrumbado las cláusulas suelo por entender que no permitían a los consumidores evaluar y comprender el coste efectivo del contrato y de los compromisos asumidos en su virtud. En palabras de la STS 44/2019 de 23 de enero de 2019, no pudieron «[...] percibir, comprender y apreciar cuál es el impacto de los pagos sobre el coste efectivo que para él supone la oferta de crédito, y de este modo poder evaluar, comparar y tomar la mejor decisión.» En términos más económicos, no tuvieron oportunidad de calcular el excedente contractual esperado a la vista de la presencia de la cláusula suelo en el contrato.

¿Cuál ha sido entre nosotros el nivel de transparencia sustantiva exigido para las cláusulas suelo, esto es, el estándar de cognoscibilidad real por el consumidor que nuestros Tribunales han requerido para superar el control de transparencia? En general, la jurisprudencia ha impuesto la exigencia de que se muestren al consumidor simulaciones de diferentes escenarios en los que puede hallarse el tipo de interés, así como previsiones *a futuro* de los tipos de interés⁸⁴.

⁸³ Sentencia *Gutiérrez Naranjo*.

⁸⁴ Sentencias del Tribunal Supremo núm. 241/2013 de 9 de mayo de 2013, núm. 25/2018, de 17 de enero de 2018 y núm. 483/2018 de 11 de septiembre de 2018.

En la Sentencia de 9 de mayo de 2013, las simulaciones aparecen señaladas con nitidez, pero se indican otros factores, como la importancia dada al interés variable y las disminuciones del índice de referencia, la información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, la relación o conexión con la fijación de un techo o la información clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

En la Sentencia del Tribunal Supremo 171/2017 de 9 de marzo de 2017, aunque no se mencionan las proyecciones, sí se cifra la transparencia expresamente en ofrecer información suficiente por parte del banco de la existencia de la cláusula suelo y de sus consecuencias en el caso en que bajara el tipo de referencia más allá del límite que supone la cláusula suelo.

En otras sentencias, aunque se refuerza y argumenta por extenso el sentido general de la exigencia de transparencia sustantiva en la contratación seriada, el énfasis se coloca en

Desde luego, el interés por conseguir que el consumidor disponga de elementos de juicio para determinar cuál es el excedente que espera obtener del contrato de crédito habida cuenta de la presencia de una cláusula suelo (con o sin techo) está justificado. Y esto sin duda apunta a la relevancia que la cláusula tiene para el consumidor. Otra cosa es que las exigencias derivadas de los posicionamientos jurisprudenciales españoles estén igualmente justificados. Esto es más discutible. Por varias razones.

Para empezar, porque las proyecciones de tipos de interés que habrá de pagar el consumidor con y sin la cláusula suelo no aportan demasiado a la decisión del prestatario. Que si los tipos de mercado no bajan –suben o permanecen estables– el suelo no entra en juego y los pagos de intereses serían los mismos con y sin suelo⁸⁵, parece que está ínsito en la propia noción de suelo que la mayoría de los consumidores comprenden con facilidad –si saben de la existencia de la cláusula, naturalmente–. En caso de bajada, el efecto de pagar el suelo si este existe y la diferencia con pagar el índice de referencia más el diferencial, tampoco parece requerir de precisiones mayores. Otra cosa es asignar «probabilidades» a cada uno de los escenarios futuros de tipo de interés. Esto mejoraría apreciablemente las oportunidades del consumidor para «valorar» las ventajas de la cláusula suelo. El problema es que el prestamista tampoco sabe asignar esas probabilidades, pues por definición nadie sabe con un mínimo de fiabilidad la distribución de probabilidades de los tipos de mercado en el futuro, mucho menos aún en un futuro a 20 o 30 años, que es el período habitual de duración del préstamo hipotecario en España.

Lo que, en cambio, no parece considerarse de forma general entre nosotros como necesaria exigencia de transparencia –aunque

otros elementos: (i) la negociación precontractual y el realce específico en la presentación de la cláusula. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 464/2014, de 8 de septiembre de 2014 se expresa del modo siguiente: «[...] lo cierto es que, a los efectos del principio de transparencia real, constituye un elemento significativo en la modulación o formulación básica de la oferta de este tipo de contratos, que debe ser objeto de un realce específico y diferenciable. En el presente caso, esto no fue así pues el alcance de las cláusulas suelo no formó parte de las negociaciones y tratos preliminares que se llevaron a cabo, ni tampoco resultó destacado y diferenciado, específicamente, ni en el marco de la oferta comercial realizada, ni en el contexto de las escrituras públicas de los préstamos hipotecarios, objeto de estudio, en donde 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.»: (ii) que en la información precontractual se explique la existencia de ese suelo y su incidencia en el precio del contrato, con claridad y dándole el tratamiento principal que merece: Sentencia del Tribunal Supremo núm. 655/2017, de 1 de diciembre de 2017.

⁸⁵ Otra cosa es que desde el primer período de interés variable (típicamente el segundo año de vida del préstamo, el primer año se paga un interés inicial que no depende del índice de referencia) ya se alcance el suelo, lo que sí es un dato relevante, pues entonces ya de entrada el interés variable pactado se sustituye por el suelo.

algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo apuntan en esa línea⁸⁶— es comparar los diferenciales sobre el tipo de referencia u otros términos de incidencia sobre los pagos del consumidor, con y sin cláusula suelo. Esto hubiera permitido apreciar el posible —pero no seguro— aprovechamiento por el consumidor del aumento en el excedente provocado por la mejor asignación de riesgos de tipo de interés que permite la cláusula suelo. Esto sería factible pero no parece haber suscitado la atención de los tribunales españoles.

Finalmente, el defectuoso entendimiento de la cláusula suelo y de cómo se puede abordar jurídicamente ha contagiado, y gravemente, al legislador. El artículo 21.3 LCCI ha establecido una prohibición sustantiva de las cláusulas suelo: «En las operaciones con tipo de interés variable no se podrá fijar un límite a la baja del tipo de interés.» En realidad, las cláusulas suelo no presentan de por sí un problema de «calidad» de derechos del prestatario: ya hemos visto que reducen el riesgo de tipo de interés sobre la parte más aversa al riesgo de la relación crediticia, el prestatario. Y esto es cierto aunque la cláusula suelo no venga acompañada de una cláusula techo. Respecto de un contrato con puro interés variable, un contrato con cláusula suelo reduce el riesgo de volatilidad de tipos de interés que pesa sobre el prestatario. El riesgo hacia abajo, sí, pero eso es un riesgo de «ganancia» que alguien averso al riesgo prefiere no «disfrutar», a cambio, por ejemplo, de un diferencial más bajo o una comisión de apertura más reducida. Evidentemente, si además de suelo hay un techo, eso reduce aún más el riesgo —y este riesgo afecta a un evento «negativo» para el prestatario, como es la subida de tipos y de pagos a su cargo, que a su vez puede tener consecuencias graves en su bienestar— sobre el consumidor, lo mismo que un tipo fijo reduce aún más el riesgo de tipo de interés sobre el prestatario que un tipo variable más suelo y techo o con techo nada más⁸⁷.

En definitiva, el tratamiento que en el sistema jurídico español se le ha dado a la cláusula suelo ha ignorado la función económica de esta como cláusula productiva en cuanto esquema de asignación

⁸⁶ La Sentencias del Tribunal Supremo núm. 25/2018, de 17 de enero de 2018, y núm. 483/2018, de 11 de septiembre de 2018, basan la falta de transparencia, entre otras razones, en que no se había advertido de forma clara y comprensible al consumidor sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad. Lo hizo también, como hemos señalado, la sentencia inicial sobre la materia, la de 9 de mayo de 2013, pero sin darle ningún relieve a la mención, y acaso de forma subordinada, incluso.

⁸⁷ Otra cosa es el riesgo de inflación o deflación, que aunque relacionado con el de tipo de interés, es distinto. Una hipoteca a interés fijo es muy atractiva ante expectativas de media o alta inflación, pero no lo es con inflación muy baja o deflación, lo que supone un riesgo de riqueza pensando sobre el prestatario: véase, JOHNSTON, *George Mason Law Review*, 2016, p. 655.

de riesgo de tipo de interés en contratos de crédito hipotecario a interés variable⁸⁸.

5.1.2 Cláusulas de vencimiento anticipado

Las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo hipotecario permiten a la entidad financiera, ante un incumplimiento del deudor de sus obligaciones de pago periódicas⁸⁹, vencer todo lo que se debe por razón del préstamo y exigir de inmediato el pago de la totalidad, con los ajustes necesarios por la anticipación del vencimiento.

Las cláusulas de vencimiento anticipado por impago del prestatario son cláusulas productivas, pues afectan a los incentivos a cumplir del prestatario y al incentivo del prestamista a renegociar el contrato y ser o no «paciente» con el impago producido, además de incidir sobre los incentivos a la conservación del objeto de la garantía (una vez iniciado un procedimiento de ejecución, la evidencia internacional –y la intuición elemental– indica que se reducen los incentivos del prestatario a la conservación y mantenimiento del inmueble dado en garantía). En la terminología clasificatoria de la Directiva 93/13 no sería, con muy alta probabilidad, merecedora la cláusula de vencimiento anticipado de la clasificación de atinente al objeto principal del contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Esto no quiere decir que un contrato de crédito a largo plazo pueda subsistir razonablemente si el acreedor se ve privado de la posibilidad de vencerlo en presencia de un incumplimiento (al menos de suficiente intensidad y gravedad, naturalmente) por parte del prestatario, y así poder exigir el pago de todo lo debido sin tener que aguardar a la expiración del plazo contractual y verse de este modo limitado a realizar reclamaciones tan solo por los incumplimientos –parciales, por definición, en un préstamo que se devuelve por cuotas– que se vayan produciendo y acumulando, y emprender las acciones pertinentes para dar eficacia a su reclamación tan solo de forma parcial y no definitiva⁹⁰.

⁸⁸ Para un análisis más completo, ARRUÑADA SÁNCHEZ, y CASAS-ARCE, 2018, p. 285.

⁸⁹ En teoría podrían haber cláusulas de vencimiento anticipado basadas en incumplimientos de otra naturaleza, si bien tanto las previsiones de la LEC (art. 693) en materia de ejecución sobre bienes hipotecados, ahora las de la LCCI (art. 24) como la litigación española y europea se circunscriben al incumplimiento de las obligaciones de realizar los pagos periódicos por parte del deudor.

⁹⁰ Así lo declara ahora el Tribunal Supremo español, en la Sentencia núm. 463/2019, de 11 de septiembre de 2019:

«[...] si bien en nuestro ordenamiento jurídico la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no comporta la desaparición completa de las facultades del acreedor hipote-

Por otro lado, la recuperación por el prestamista del valor de lo prestado y los intereses devengados a cargo del objeto de la garantía hipotecaria (eso es esencialmente la ejecución hipotecaria) se ha identificado por la evidencia empírica reciente como uno de los factores jurídicos más relevantes relacionados con la disposición del mercado hipotecario para ofrecer crédito a personas de menor edad y menor nivel de renta en mejores términos de precio. Como se ha documentado con una ingente base de datos europea de préstamos hipotecarios, mayores dilaciones y duraciones de los procesos de ejecución hipotecaria en relación con el momento del impago están asociadas a menores niveles de endeudamiento de hogares más jóvenes y a tipos de interés más altos para solicitantes de crédito con menores niveles de ingresos⁹¹.

Es importante tener en cuenta que las ejecuciones hipotecarias suponen efectos externos, como los costes de la administración de justicia, la reducción de precios de viviendas en áreas que experimentan numerosas ejecuciones o el impacto negativo sobre la situación de la familia del prestatario. Esto sugiere que puede tener sentido económico un uso parsimonioso de la ejecución hipotecaria⁹².

Tal vez lo más relevante desde el punto de vista económico es que, dados los costes a los que se suman las externalidades negativas de las ejecuciones, puede ser deseable la renegociación del contrato de hipoteca, de manera que, reduciendo el importe de los flujos de pago a cargo del deudor, al menos los inmediatos, se evite el impago y, con él, la ejecución hipotecaria.

Por otro lado, una renegociación del contrato que suponga una reducción de la carga financiera para el deudor proporciona una cobertura (parcial) frente a los riesgos de padecer shocks negativos en la capacidad de repago de la hipoteca y frente a los riesgos del

cario, resulta evidente que conlleva la restricción de la facultad esencial del derecho de hipoteca, que es la que atribuye al acreedor el poder de forzar la venta de la cosa hipotecada para satisfacer con su precio el importe debido (art. 1858 CC).

Bajo la consideración del contrato de préstamo hipotecario como un negocio jurídico unitario o complejo, a la luz del apartado 32 de la STJUE Pereničová, del apartado 68 de las conclusiones de la Abogada General en ese asunto, y de las SSTJCE de 1 de abril de 2004, 14 de marzo de 2013 y 26 de enero de 2017, el fundamento de la celebración del contrato para ambas partes fue la obtención de un crédito más barato (consumidor) a cambio de una garantía eficaz en caso de impago (banco).

De ser así, no puede subsistir un contrato de préstamo hipotecario de larga duración si la ejecución de la garantía resulta ilusoria o extremadamente dificultosa.»

Véase, en esta línea, GÓMEZ POMAR, *InDret*, 2019, p. 7. Ya procedió hace años a un análisis exhaustivo de la ejecución total como consecuencia del vencimiento anticipado y la ejecución parcial solo por lo impagado, MORALES MORENO, 2014, pp. 1979-1982.

⁹¹ BOVER, CASADO, COSTA, DU CAJU, MCCARTHY, SIEMINSKA, TZAMOURANI, VILLANUEVA y ZAVADIL, *International Journal of Central Banking*, 2016, p. 71.

⁹² La normativa prudencial bancaria, al aumentar el nivel de provisiones exigido al prestamista en relación con el crédito impagado cuando se inicia la ejecución, ya crea algunos incentivos en esta línea de «cautela» antes de iniciar la vía de la ejecución hipotecaria.

mercado inmobiliario. Esta protección es valiosa para los deudores y aumenta su bienestar esperado en las transacciones hipotecarias.

Sin embargo, parece claro que hay situaciones en las que el impago llega a ser inevitable. En este caso, la ejecución también lo será y la mitigación del impacto negativo sobre el deudor deberá confiarse a medidas de carácter social y a la exoneración en el concurso personal de la deuda residual tras la ejecución.

Sin duda hay situaciones en que una renegociación del contrato entre prestamista y consumidor podría evitar el impago definitivo, pero ni es fácil determinar si el impago es evitable con una renegociación satisfactoria para ambos contratantes, ni es fácil discernir entre una genuina dificultad de pago y los incumplimientos oportunistas tras un retraso o una alegada incapacidad de hacer frente a las obligaciones financieras. Por estas razones, puede tener sentido que el acceso del prestamista a la ejecución hipotecaria esté regulado, previendo cierta magnitud mínima, o determinadas características que acompañen al retraso en el pago por parte del deudor, o estableciendo ciertos deberes de conducta (realización de una oferta de renegociación, otorgamiento de una moratoria por un plazo en que se pueda esperar una superación de una dificultad puntual de hacer frente a los pagos) previos al inicio del procedimiento de ejecución.

Dos ideas son, sin embargo, importantes a estos efectos. Para mantener el valor conjunto del contrato de crédito hipotecario es importante preservar un procedimiento de ejecución hipotecaria que, una vez iniciado, preserve el valor neto del bien sobre el que se constituye la garantía. Por otra parte, en la fase previa a la ejecución hipotecaria es importante proporcionar oportunidades e incentivos para una renegociación de la deuda que evite el impago y mejore la posición de las partes en el contrato. Lograr una mejora en la renegociación no es fácil, pero tener claro el objetivo ayuda a excluir las previsiones para este período que no contribuyen este fin.

En este sentido, exigir un mínimo volumen de impago para poder vencer anticipadamente el préstamo por impago y así iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria, como hacen otros sistemas⁹³ y ahora también el artículo 24 LCCI⁹⁴, puede tener sentido,

⁹³ En Alemania el § 498 BGB impone para el vencimiento anticipado del crédito hipotecario que el prestatario haya impagado al menos dos plazos consecutivos de forma total o parcial, y que un mínimo de un 2,5% del nominal del crédito se encuentre impagado, además del otorgamiento al prestatario de un plazo de pago de al menos dos semanas con indicación expresa de vencimiento total en caso de no atender el requerimiento de pago.

⁹⁴ Merece la pena señalar que la disposición transitoria primera, párrafo 4, LCCI aplica el artículo 24 de la LCCI a los contratos preexistentes en los que no se hubiera producido ya una declaración de vencimiento anticipado por el prestamista. En estos casos

aunque es muy complicado dar con unas cifras o umbrales que sean adecuadas para todas las situaciones. Además, este tipo de previsiones, por sí mismas, no parece que puedan incentivar renegociaciones eficientes de los contratos de deuda hipotecaria en situaciones de dificultades de pago para el deudor que son solo temporales o salvables si se produce una moratoria u otra medida de ayuda.

En este sentido, no podemos pensar ingenuamente que las cláusulas de vencimiento anticipado que incluyen estas medidas de «espera» basadas en un número cuantioso de impagos o en una proporción apreciable de deuda impagada, necesariamente van a mejorar la ganancia conjunta del contrato. Si se obliga al acreedor a tener que esperar un largo periodo de tiempo antes de poder ejecutar el contrato, podemos encontrarnos con costes tanto para el deudor –que cada vez deberá más dinero al acreedor por los intereses de demora–, como para el acreedor –pues cuanto más tenga que esperar para poder ejecutar el contrato, menor valor puede tener el inmueble objeto de la garantía sin que en el ínterin haya mejorado la posibilidad efectiva de hacer frente a la deuda por el prestatario–.

Como es conocido, el artículo 693 LEC, en su versión original, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo admitían con notable liberalidad las cláusulas de vencimiento anticipado por cualquier impago del prestatario. Hasta 2013, año en el TJUE adoptó la sentencia del caso *Aziz*⁹⁵ el acreedor podía acudir al vencimiento anticipado y reclamar al deudor la totalidad del importe prestado y los intereses –no solo lo incumplido– frente al impago de cualquier cuota, y hacer uso del procedimiento de ejecución especial sobre bienes hipotecados. Es decir, los contratos de préstamo hipotecario contemplaban que, frente al impago de una sola cuota, el acreedor ya podía iniciar los trámites ejecutivos al amparo de la LEC, sin que los tribunales impusieran trabas significativas a esta actuación.

La sentencia del caso *Aziz* cargó duramente contra la legislación procesal española y las cláusulas de vencimiento anticipado por un solo impago y el Tribunal Supremo adoptó este criterio como propio en su jurisprudencia posterior⁹⁶. A su vez, la sentencia *Aziz* motivó que el legislador español aprobara, en el año 2013, la

que la transitoria plantea la duda que suscita la sentencia *Abanca* relativa a si el contrato subsiste en ausencia de la cláusula de vencimiento anticipado que permitiría o no) iniciar un procedimiento ejecutivo especial de la LEC sobre bienes hipotecados por la totalidad de la cantidad vencida y sobre base del título notarial inscrito del préstamo hipotecario o 2) instar un procedimiento declarativo para resolver el contrato e instar la ejecución del título judicial. Véase GÓMEZ POMAR, 2019, pp. 177-194.

⁹⁵ Sentencia TJUE *Aziz*.

⁹⁶ STS 705/2015, de 23 de diciembre de 2015 (Roj: STS 5618/2015; MP: Vela Torres) o la STS 79/2016, de 18 de diciembre de 2016 (Roj: STS 626/2016; MP: Vela Torres). Véase DÍAZ FRAILE 2015, p. 329.

Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social⁹⁷, que introdujo cambios en los apartados 1.º y 2.º del artículo 639 de la LEC, exigiendo un mínimo de tres impagos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses para el vencimiento anticipado.

La polémica litigiosa española no ha concluido, pues las dudas sobre la posibilidad de emplear la ejecución especial sobre bienes hipotecados de la LEC por la totalidad de la deuda (que exigiría en principio una cláusula de vencimiento anticipado válida en el título ejecutivo inscrito) han persistido en los tribunales españoles. En este debate, recientemente, el TJUE en el caso *Abanca*⁹⁸ se ha tenido que pronunciar sobre el destino de los procedimientos judiciales en que hay cláusulas de vencimiento anticipado abusivas.⁹⁹ En particular, en relación con la posible integración de la laguna contractual dejada por las cláusulas de vencimiento anticipado abusivas. El Tribunal Supremo, con anterioridad a la sentencia TJUE en el caso *Abanca*¹⁰⁰ consideró que debían continuar las ejecuciones hipotecarias siguiendo el procedimiento previsto en estos casos en la LEC a pesar de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado. Muchos discrepan, y consideran que solo cabe de resolución contractual ordinaria prevista en el artículo 1124 CC (que el propio Tribunal Supremo, despejando dudas un tanto artificiales o basadas en un relicto jurídico, ha considerado recientemente que resulta de aplicación en contratos tradicionalmente unilaterales, como el préstamo¹⁰¹).

La cuestión ha seguido pendiente hasta la muy reciente sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2019¹⁰², que ha entendido que el contrato de préstamo hipotecario no podría sub-

⁹⁷ *BOE* núm. 116, de 15.5.2013.

⁹⁸ Sentencia TJUE *Abanca*. Sobre esta sentencia ya hay distintos –y contrapuestos– posicionamientos doctrinales en España: ALFARO ÁGUILA-REAL, *Derecho mercantil*, 2019 (disponible en <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2019/03/la-sentencia-del-tjue-sobre-clausulas.html>); PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 2019 (disponible en <https://almacenederecho.org/la-sentencia-de-la-gran-sala-del-tribunal-de-justicia-sobre-clausulas-de-vencimiento-anticipado-abusivas/>); DÍAZ FRAILE, *Notarios y Registradores*, 2019 (disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/clausula-de-vencimiento-anticipado-comentario-a-la-stsje-26-de-marzo-de-2019/>); MARTÍN FABA, CESCO, 2019, disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/STJUE_de_26_de_marzo_de_2019_sobre_vencimiento_anticipado_del_credito_hipotecario.pdf); GÓMEZ POMAR, 2019, p. 2; CARRASCO PERERA, 2019, p. 611.

⁹⁹ Véase HERNÁNDEZ TORRES, 2018, pp. 222 ss. aplicando la doctrina del TJUE al vencimiento anticipado.

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 705/2015 de 23 de diciembre de 2015. Véase DÍAZ FRAILE, 2015, p. 329.

¹⁰¹ Sentencia del Tribunal Supremo 432/2018 de 11 de julio de 2018.

¹⁰² Sentencia del Tribunal Supremo 463/2019, de 11 de septiembre de 2019.

sistir sin la cláusula de vencimiento y la posibilidad de acceder al procedimiento de ejecución hipotecaria (que presupone, de facto, la existencia de la facultad del prestamista de poder vencer la totalidad de lo debido ante un incumplimiento del deudor de cierta entidad). Sin vencimiento anticipado, la garantía resulta en gran medida ilusoria, pues no cabe pensar que se concede financiación a largo plazo sin un remedio procesal eficaz para reintegrar plenamente al acreedor ante un incumplimiento relevante del deudor. Sin el cauce sustantivo y procesal que abre la cláusula de vencimiento anticipado se altera de tal modo la economía del contrato de préstamo hipotecario que decae su causa y con ella se produciría la ineficacia total del contrato. Además, la inaplicación de la ejecución hipotecaria y el riesgo de la ejecución de una sentencia declarativa de resolución por incumplimiento tiene efectos muy negativos para el propio deudor.

De acuerdo con el Tribunal Supremo, ha de integrarse la laguna producida por la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado pactada, según lo que permite la STJUE en el Asunto *Abanca*. No hace el Tribunal Supremo en esta Sentencia apreciaciones de alcance general acerca de la integración de lagunas por abusividad, una cuestión muy defectuosamente entendida por el TJUE y por la doctrina, también por la española. La integración debe realizarse, según el Tribunal Supremo en la sentencia de 11 de septiembre de 2019, con arreglo al artículo 693.2 de la LEC (en la versión posterior a 2013), según se ha entendido la apreciación de la gravedad del incumplimiento y otras circunstancias por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de 2015 y 2016, en la estela de la STJUE en el Asunto *Aziz*. Si bien debe tenerse en cuenta, como «criterio orientador», el nuevo régimen imperativo de vencimiento anticipado del artículo 24 LCCI. A pesar de que no coincide la jurisprudencia de 2015 y 2016 con la reglamentación, muy específica, de la LCCI, y a pesar de la indicación de la transitoria primera, apartado 4 LCCI de no aplicar retroactivamente el régimen del artículo 24 LCCI a los contratos ya vencidos (sea cual fuere su situación de pago o su situación procesal)¹⁰³.

Finalmente, el Tribunal Supremo ha tratado de facilitar orientaciones concretas para los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso, en los que no se haya producido todavía la entrega de la posesión al adquirente, en un ejercicio loable de pormenor aunque sigue arrojando algunas dudas en cuanto a su aplicación por los

¹⁰³ Véase SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, 2019, p. 271 explicando la jurisprudencia del TS y del TJUE en relación con las cláusulas de vencimiento anticipado y en la pp. 281 ss. el nuevo régimen del artículo 24 LCCI.

tribunales de instancia (en cuanto a procesos afectados, momento de determinación de la satisfacción del número exigido de impagos, etc.).

Así, los procesos de ejecución en que, con anterioridad a la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por una cláusula contractual nula por su contenido (virtualmente todas, dado que respondían a la previsión vigente entonces del art. 693.2 LEC), deben ser sobreseídos. Los procesos en que, tras la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, y el incumplimiento del deudor no reúna los requisitos de gravedad y proporcionalidad sentados ahora por el Tribunal Supremo, deben sobreseerse. Si en estos procesos el impago del deudor hipotecario satisface la gravedad cuantitativa del artículo 24 LCCI, seguirán su tramitación.

Los autos de sobreseimiento que se dicten en aplicación no tendrán efecto de cosa juzgada respecto de una nueva demanda ejecutiva basada, ya no en el vencimiento anticipado por previsión contractual, sino en el vencimiento anticipado por aplicación de disposiciones legales (se aclara cuáles sean: las del art. 24 LCCI).

A pesar de este esfuerzo orientador del Tribunal Supremo, está por ver si la incertidumbre en la materia se ha disipado por completo.

5.1.3 Comisión de apertura

El análisis jurisprudencial que se ha realizado en España sobre la comisión de apertura se desglosa en dos: por un lado, la consideración de la comisión de apertura como parte del precio del contrato –o no– y el eventual análisis de su abusividad.

Las vicisitudes jurisprudenciales de la cláusula de comisión de apertura culminan esencialmente con las decisiones del tribunal Supremo en enero de 2019¹⁰⁴. Hasta este pronunciamiento, el debate jurisprudencial se había centrado en si la comisión de apertura formaba o no parte del precio del contrato o de costes repercutibles al prestatario y en su administrabilidad¹⁰⁵. Esta distinción

¹⁰⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 44/2019 de 23 de enero de 2019.

¹⁰⁵ Un primer grupo de Audiencias Provinciales se pronunciaron por la validez de la comisión de apertura: SAP de Tarragona 41/2017, de 7 de febrero de 2017, la SAP A Coruña 211/2017, de 7 de junio, SAP Valencia 86/2017 de 15 de febrero de 2017 y SAP de León 67/2018, de 27 de febrero de 2018, entre otras. En particular, la SAP A Coruña 211/2017, de 7 de junio, entendió que la comisión de apertura es (una parte) del precio del contrato, concretamente aquella que se corresponde con el servicio financiero que consiste en la realización del conjunto de tareas para la evaluación crediticia del eventual deudor hipotecario (el análisis de su solvencia, la necesidad de constituir garantías, etc.) de cara al otorgamiento del préstamo solicitado y la fijación de los términos del contrato en función de su nivel de riesgo crediticio. Un segundo grupo de Audiencias Provinciales consideró

era importante porque la calificación de la cláusula como precio o como cláusula accesoria condicionaba el tipo de control (transparencia únicamente o abusividad) al que quedaban sometidas, de acuerdo con la aproximación del Tribunal Supremo. El debate entre las Audiencias Provinciales en relación a si la comisión de apertura forma parte del precio del contrato ha sido clarificado por la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 que ha establecido que la comisión de apertura forma parte del precio del contrato.

El Tribunal Supremo ha entendido que la comisión de apertura, junto con el interés remuneratorio, se integra en las retribuciones que las entidades financieras reciben por conceder el préstamo al prestatario y por lo tanto forma parte del precio del préstamo –y del contrato¹⁰⁶. El Tribunal Supremo entiende que el precio del contrato está formado por múltiples elementos, ligados a distintos factores y que pueden ser pagaderos en distintos momentos de la vida del contrato –de forma continuada a lo largo de la vida del contrato o de una vez, al inicio del contrato–.

Este es el argumento del Tribunal Supremo:

«No es aceptable la tesis mantenida por la Audiencia Provincial, según la cual solamente el interés remuneratorio tendría la naturaleza de precio del préstamo. Tal como expone la recurrente, la comisión de apertura no es una partida ajena al precio del préstamo; por el contrario, el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen las dos partidas principales del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario, y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales.»

En efecto, para conceder un préstamo a un cierto prestatario que lo solicita, el prestamista realiza servicios que le suponen un

que la comisión de apertura no refleja el coste de ningún servicio efectivamente prestado por la entidad financiera y que la evaluación de la solvencia crediticia del cliente y la viabilidad del préstamo constituyen tan solo una de las actividades ordinarias de la entidad financiera. Ejemplos de esta línea jurisprudencial son la SAP de Asturias de 14 de septiembre de 2017, EDJ 2017/198389, y la SAP de las Islas Baleares de 1 de febrero de 2018 EDJ 2018/16074, entre otras.

¹⁰⁶ Las Circulares 8/1990, en su apartado 1 bis.b de la norma tercera y el anexo II, apartado 4 de la Orden de 5 de mayo de 1994, distinguían entre la comisión de apertura y las restantes comisiones y gastos repercutibles a cargo del prestatario que la entidad podía aplicar sobre los préstamos hipotecarios. Una parecida línea está prevista por la Orden 5/2012, de 27 de junio que establece que la tasa anual equivalente (TAE), que refleja el coste efectivo del préstamo debe incluir «las comisiones y demás gastos que el cliente deba pagar a la entidad como contraprestación por el crédito recibido o los servicios inherentes al mismo.» La Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito regula la comisión de apertura de forma muy similar a la Circular de 1990.

coste adicional –a los que experimentaría en ausencia de este concreto préstamo–: tramitar y estudiar la solicitud y evaluar la solvencia del prestatario, así como la puesta a disposición de los fondos financiados –lo que supone un coste de financiación y de oportunidad al prestamista–.

Así lo explica el Tribunal Supremo en la Sentencia 44/2019, de 23 de enero de 2019:

«La propia naturaleza del préstamo y de las operaciones necesarias para la concesión del mismo (estudio de la solicitud y gestiones relacionadas con la misma, recopilación y análisis de la información sobre la solvencia del solicitante y de su capacidad para pagar el préstamo durante toda su duración, evaluación de las garantías presentadas, preparación del contrato y suscripción del mismo, entrega del dinero prestado mediante su ingreso en la cuenta del prestatario o en la forma que este designe, etc.) muestran que la etapa inicial del préstamo, esto es, su preparación y concesión, exige de la entidad financiera la realización de una serie de actividades que son de una naturaleza distinta al servicio que supone la disposición del dinero por el prestatario durante la duración del préstamo.

Ello justifica que la normativa relativa a esta actividad bancaria prevea la posibilidad de que, además del interés remuneratorio, la entidad financiera pueda cobrar como parte integrante del precio una comisión de apertura.»

Con posterioridad a esta Sentencia del Tribunal Supremo, el Abogado General Hogan del 15 de mayo de 2019¹⁰⁷ ha venido a coincidir con esta línea argumental:

«34. En el procedimiento principal, las partes no están de acuerdo en si, en particular, a los gastos de gestión les corresponde una contraprestación.

35. No obstante, a mi parecer esto suscita pocas dudas. En la medida en que estos gastos tienen la finalidad de sufragar el coste administrativo asociado a la concesión del préstamo, que, según la información facilitada por el órgano jurisdiccional remitente, parece constituir el único servicio prestado en virtud del contrato, dichos gastos deben considerarse parte del precio pagado por el préstamo.»

En esta interpretación, la comisión de apertura supone la remuneración de actividades –costosas– que ha de realizar el prestamista, pues son inseparables de la transacción objeto de contrato. Como cualquier coste marginal, los costes variables unitarios en los que incurre la entidad financiera al analizar la solicitud de financiación y evaluar la solvencia del prestatario y las condiciones

¹⁰⁷ Conclusiones del Abogado General Hogan asunto C-621/17, *Gyula Kiss y CIB Bank Zrt. v. Emil Kiss y Gyuláné Kiss*.

contractuales de financiación son inherentes a la concesión del préstamo hipotecario.

El precio del préstamo hipotecario (asumamos un préstamo a interés variable, que aún sigue siendo mayoritario en la práctica hipotecaria española) vendría dado por dos componentes separados en cuanto a su presentación contractual al prestatario: una parte fija e inmediata –la comisión de apertura– y una parte variable y diferida –el interés de referencia más el *spread* que se haya pactado. A su vez, cada una de estas dos partes del precio reflejarían distintos costes variables endógenos en la operación: el coste de la evaluación de solvencia y del resto de tareas preparatorias del otorgamiento de la financiación, de un lado, y el coste financiero para el prestamista de esa operación, de otro. Así, la comisión de apertura es una parte del «precio final o completo» que el prestatario ha de pagar por la concesión y disfrute del préstamo. Es una parte que se corresponde con ciertos costes variables de concederlo, aunque constituye una parte del precio que es fija (no varía u oscila a lo largo de la vida del préstamo) y se desembolsa de una vez al inicio del contrato. Otra parte consiste en el tipo de interés remuneratorio del crédito hipotecario, que puede determinarse como interés variable –el interés de referencia más un *spread*– y que se paga en distintos momentos de tiempo, a plazos, durante la vida del crédito hipotecario¹⁰⁸.

Como cláusula de precio, es esencial que el consumidor pueda apreciar su existencia y magnitud para determinar su excedente individual procedente del contrato (el precio es la pieza fundamental para dividir el excedente entre oferente y consumidor, sea en una compraventa de bienes y servicios, sea en un contrato de financiación). Por ello el total del precio del contrato –interés remuneratorio más comisión de apertura y, en su caso, otras comisiones o cargos– necesariamente ha de formar parte de la información precontractual que se le ofrece al consumidor¹⁰⁹ y más concretamente, se debe incluir en las fichas de información normalizada que regulan en la normativa de transparencia bancaria. La normativa aplicable no condiciona la estructura del precio –variable o constante, de pago inmediato o a lo largo de la vida del contrato– sino que tiene por objetivo asegurar su transparencia. Por lo tanto, la estructura y componentes del precio se pueden ordenar y presentar de distintos modos. La decisión relativa a los parámetros y componentes que

¹⁰⁸ Esta tipología de estructura de precio que distingue entre remuneración inicial por la celebración del contrato y remuneración por uso del servicio está prevista, por otra parte, en la propia normativa de protección de consumidores y usuarios (art. 87.5 II TRLGDCU).

¹⁰⁹ Artículo 60.2 TRLGDCU.

formarán parte del precio no conlleva que éstos puedan considerarse como abusivos bajo el TRLCU¹¹⁰.

Por su parte, el TJUE, en contratos de consumo de naturaleza financiera, ha intentado distinguir entre el precio como contraprestación del servicio que constituye el objeto principal del contrato y el coste total del servicio para el consumidor, que incluye cualesquiera pagos que el consumidor deba realizar al prestatario o a terceros –tales como aranceles notariales y registrales. El TJUE, sin cuestionar la existencia de costes del préstamo para el consumidor distintos y adicionales al interés remuneratorio, diferencia entre los costes totales del crédito para el consumidor y el precio del contrato *stricto sensu*. El coste total del crédito es el sacrificio económico total por recibir el crédito y ha de condensarse o reflejarse, por mandato del Derecho de la Unión Europea, en la TAE¹¹¹, en la que se integran el tipo de interés remuneratorio –fijo o variable–, las comisiones y otros gastos incluidos y efectuados por el prestatario al prestamista o a terceros y definidos en el contrato¹¹².

Este conjunto no se identificaría necesariamente y en todo caso con el precio en sentido estricto que supone la contraprestación del servicio financiero del anticipo de numerario y que sería, en una concepción formalista del préstamo, el único objeto principal del contrato. El TJUE parece entender que el objeto principal del contrato, no sujeto a control de abusividad si es transparente,¹¹³ viene definido por la cláusula contractual relativa al precio en sentido estricto y debe ser interpretado de forma restrictiva¹¹⁴, de forma que el objetivo final de evitar cláusulas abusivas no quede amenazado en su consecución efectiva). Sin embargo, el TJUE en *Kásler y Káslerné Rábai* (49 a 51) consideró que una cláusula que establece una comisión es parte del objeto principal del contrato si constituye la contraprestación por los bienes y servicios proporcionados a título principal y que tal materia debe ser determinada por los órganos jurisdiccionales nacionales.

En todo caso, desde el punto de vista económico y de bienestar de los consumidores no es, en principio, ni mejor ni peor que el precio a cargo del prestatario se estipule de forma unitaria, como una única serie de pagos variables (los intereses periódicos, generalmente mensuales) o como la combinación de una parte fija que se paga de una vez al celebrar el contrato, más un flujo de pagos mensuales durante la vigencia del préstamo. Lo cierto es que, en el

¹¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 44/2019, de 23 de enero de 2019.

¹¹¹ La TAE está definida en el artículo 4.15) y en el anexo I de la Directiva 2014/17.

¹¹² Sentencia TJUE *Matei* [44].

¹¹³ Artículo 4.2 Directiva 93/13.

¹¹⁴ Sentencia TJUE *Kásler y Káslerné Rábai* [42].

momento de celebración del contrato, el precio (se configure únicamente como pago de intereses o se desdoble en parte inicial y pago de intereses) que ha de asumir el consumidor por recibir el préstamo, puesto en valor presente, ha de cubrir el total de los costes variables (los de evaluación, estudio y otorgamiento, más los financieros) del prestamista. Si no va a cubrir el total de costes, el prestamista prefiere no contratar. Como dice el Abogado General Hogan en las Conclusiones del asunto Gyula Kiss:

«Al expresar este punto de vista no he pasado por alto el argumento formulado por el Sr. Gyula Kiss en el sentido de que dicha cláusula significa que el banco repercute sus costes operativos en los consumidores, incluidos los relativos a sus obligaciones legales. No obstante, el hecho de que los consumidores sean quienes paguen, directa o indirectamente, los costes que afronta una empresa no es sino un reflejo de la realidad, ya que resulta difícil imaginar quién más podría pagarlos.»

Según el (acertado, en nuestro criterio) entendimiento funcional y económico del precio adoptado por el Tribunal Supremo en relación con la comisión de apertura, esta forma parte del precio del contrato y, por lo tanto, constituye parte del objeto esencial del mismo. Por ello queda excluida del control de contenido, porque no es acertado emprender y realizar un control judicial *ex post* de precios estipulados en condiciones generales y determinar su posible proporcionalidad o adecuación cuantitativa¹¹⁵. Queda sujeta, sin embargo, al control de transparencia sustantiva o material. Ya hemos mencionado la importancia de este extremo para verificar que el prestatario consumidor puede apreciar su excedente contractual individual procedente del contrato que se propone celebrar y cómo la normativa sectorial europea y española establece cautelas importantes en este sentido. La citada Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 abordó expresamente esta cuestión y concluyó que típicamente se trata de una cláusula que supera las exigencias de la transparencia sustantiva:

«Además, no se suscitaban dudas razonables sobre el carácter transparente de la cláusula. Son razones que sustentan la transparencia de esta cláusula que es de general conocimiento entre los consumidores interesados en contratar un préstamo hipotecario el hecho de que, en la gran mayoría de los préstamos hipotecarios, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura además del interés remuneratorio; es uno de los extremos sobre los que la entidad bancaria está obligada a informar al potencial prestatario de acuerdo

¹¹⁵ El TJUE ha reiterado, en las sentencias TJUE *Kásler y Káslerné Rábai y Matei* que el control de precios queda extramuros de la Directiva 93/13 y excluido del ámbito de aplicación de artículo 4.2 de la misma.

con la regulación de las fichas normalizadas de información y, de hecho, suele ser uno de los extremos sobre los que versa la publicidad de las entidades bancarias; se trata de una comisión que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo, lo que hace que el consumidor medio le preste especial atención como parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo; y la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permiten apreciar que constituye un elemento esencial del contrato.»

5.2 CLÁUSULAS DISTRIBUTIVAS

Las cláusulas distributivas no aumentan o reducen de por sí el excedente contractual sino que lo reparten entre los contratantes. Con frecuencia, lo que hacen es distribuir entre las partes costes inherentes a la transacción que son determinados de forma exógena por terceros ajenos a la transacción. Como ya se ha apuntado, su naturaleza y función en el contrato, que las hace ajenas a la incidencia sobre la ganancia conjunta, determina que no tenga sentido preguntarse por su contenido sustantivo y su «calidad» en términos de buena fe y equilibrio de las prestaciones, y ello condiciona cómo abordar su tratamiento.

Como sucede en relación con cláusulas productivas, la litigación española en materia de cláusulas distributivas en la contratación hipotecaria ha sido muy abundante. En esta sección nos centraremos en el análisis de la jurisprudencia en materia de cláusulas de gastos y tributos relativos al préstamo hipotecario. En primer lugar, nos ocuparemos de la cláusula en lo relativo al pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados y a continuación en lo tocante al pago de los aranceles notariales y registrales. Finalmente nos ocuparemos de la cláusula de gastos en relación con costes que no son –al menos no esencialmente– exógenos, sino que las partes tienen alguna influencia sobre tales costes y, singularmente, sobre la elección de quien realiza las actividades generadoras de dichos costes y, con ello, sobre su montante.

5.2.1 Cláusulas que se refieren al pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados

Una de las cláusulas distributivas que han generado mayor debate y actividad tanto jurisprudencial como legislativa ha sido la relativa a la cláusula que asigna el coste del impuesto de actos jurídicos documentados a una de las partes del contrato, generalmente el deudor consumidor.

El punto de partida de la discusión interpretativa en el Tribunal Supremo se encuentra en la interpretación formalista y a la vez expansiva del artículo 89.3 del TRLGDCU, una norma «idiosincrática» –ausente de los listados de cláusulas abusivas de otros países– del Derecho español, por obra de la Sala Primera del Tribunal Supremo¹¹⁶. Se ha interpretado que la atribución contractual al prestatario del pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados (IAJD) y otros honorarios y gastos asociados la celebración del contrato se incardinaba dentro del ámbito de aplicación del artículo 89.3 TRLGDCU y, por ello, estaría vedado a una cláusula no negociada, puesto que dicha provisión legal prohíbe la imposición al consumidor del abono de gastos derivados de las tareas de documentación y tramitación que la ley atribuye al empresario¹¹⁷.

La ley del IAJD¹¹⁸ en su artículo 29 preveía antes de su modificación en noviembre de 2018¹¹⁹ que «será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan». A su vez, el Reglamento que desarrollaba la Ley del IAJD¹²⁰, en su artículo 68, interpretaba la fórmula legal –ambigua, ciertamente– aclarando que el adquirente en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria (el sujeto pasivo del impuesto, según la ley y el reglamento) era el prestatario¹²¹.

La práctica de las administraciones tributarias y la interpretación jurisprudencial había mantenido, sin discrepancias apreciables, la interpretación de la fórmula legal operada por el Reglamen-

¹¹⁶ Sentencias del Tribunal Supremo 147/2018 y 148/2018, ambas del 15 de marzo de 2018, apoyándose en la anterior STS705/ 2015, de 23 de diciembre de 2015. Véase DÍAZ FRAILE, 2015, p. 329.

¹¹⁷ Véase GÓMEZ POMAR, *Centro de Estudios de Consumo*, 2018 (http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Mucho_ruido_y_pocas_nueces_Al_hilo_de_las_recientes_vicisitudes_en_materia_de_IAJD.pdf) defendiendo que la atribución del pago del IAJD no debe entenderse incluido en el ámbito de aplicación del artículo 89.3 del TRLGDCU.

¹¹⁸ Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, *BOE* núm. 251, de 20 de octubre de 1993.

¹¹⁹ El artículo único.1 del Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre (*BOE* núm. 271, de 9 de noviembre de 2018) ha añadido un segundo párrafo a este artículo, que explicita que cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista. Esta reforma legal se aplica únicamente a los hechos imposables devengados a partir de la entrada en vigor del citado Real Decreto-ley, y por ende no rige para los préstamos hipotecarios concluidos con anterioridad (aquellos objetos de los pleitos masivos suscitados ante los tribunales españoles).

¹²⁰ Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, *BOE* núm. 148, de 22 de junio de 1995.

¹²¹ Artículo 68 del Real Decreto 828/1995:

«Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario.»

to del tributo. Tras la Sentencia de la Sala 1.^a de 23 de diciembre de 2015, que cuestionó la validez de cláusulas en condiciones generales de imposición global al consumidor de los gastos e impuestos del préstamo hipotecario, incluyendo el IAJD, comenzaron a surgir dudas. Hasta octubre de 2018, la Sala 3.^a del Tribunal Supremo mantenía la posición tradicional que ponía en valor el artículo 68 del Reglamento.¹²² Sin embargo, en la jurisprudencia menor de la jurisdicción civil la cuestión era polémica. Mientras algunos tribunales entendían que el impuesto lo debía soportar el acreedor, es decir, la entidad financiera¹²³, otros consideraban que este coste fiscal lo debía soportar el consumidor deudor.¹²⁴

En cuanto a la abusividad, desde la Sentencia de la Sala 1.^a de 23 de diciembre de 2015 se ponían de relieve distintas dimensiones para la aplicación de este juicio. Por un lado, el lenguaje de la condición general de la contratación que distribuía la carga del impuesto entre las partes contractuales¹²⁵. Algunos contratos de préstamo establecían que el consumidor deudor sería quién habría de soportar «cualquier coste que pudiera resultar de la transacción». Este tipo de cláusulas han sido consideradas generalmente por los tribunales como abusivas¹²⁶. En otros casos, el contrato incluía una cláusula que atribuía al consumidor el pago de costes, tasas o impuestos inherentes a la transacción objeto del contrato independientemente de quién fuera el sujeto pasivo dicho coste. Los tribunales españoles han interpretado de forma mayoritaria que la transferencia de la carga fiscal del impuesto al consumidor en una cláusula no negociada suponía abusividad de la misma¹²⁷.

La Sala 1.^a del Tribunal Supremo, en esta materia, se hacía eco de la posición prevalente en la Sala 3.^a en cuanto al sujeto pasivo del IAJD (prevalente, como veremos, hasta octubre de 2018, aunque el cambio de criterio se revelara, finalmente, efímero).

Así, afirman las Sentencias de la Sala 1.^a de 15 de marzo de 2018:

«La jurisprudencia de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de este Tribunal Supremo ha interpretado tales preceptos en el sentido de que, tanto en préstamos como en créditos con garantía hipotecaria, el sujeto pasivo del impuesto sobre transmisio-

¹²² Por ejemplo, STS 148/2018 de 3 de marzo de 2018.

¹²³ SAP Ávila, 50/2017 de 3 de marzo de 2017.

¹²⁴ Véase la Sentencia del Juzgado de Primera instancia 7 bis de Pamplona, 513/2017, de 9 de noviembre de 2017.

¹²⁵ MARÍN LÓPEZ, 2018, p. 15.

¹²⁶ En el Tribunal Supremo, Sentencias de 15 de marzo de 2018. También en otros niveles jurisdiccionales: por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Logroño 177/2017, 178/2017 y 266/2017 de 31 de octubre de 2017 y Sentencia del Juzgado de Primera Instancia 7 bis de Pamplona 513/2017, de 9 de noviembre de 2017.

¹²⁷ Entre otras, Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander 553/2017 de 8 de noviembre de 2017.

nes patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario (sentencias de 19 de noviembre de 2001; 20 de enero de 2004; 14 de mayo de 2004; 20 de enero de 2006; 27 de marzo de 2006; 20 de junio de 2006; 31 de octubre de 2006; 6 de mayo de 2015 y 22 de noviembre de 2017). En tales resoluciones se indica que la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible sea el prestatario, de conformidad con lo establecido en el artículo 8.d), en relación con el 15.1, LITPAJD.

En su virtud, respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, en armonía con la jurisprudencia de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo, debemos concluir que el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario.»

Por ello, aun cuando no oculta la Sala 1.^a cierto reparo al obrar de este modo, tras establecer la nulidad por abusividad de la cláusula no negociada que coloca a cargo del prestatario todos los gastos e impuestos de la operación de financiación, en sede de juicio sobre los efectos restitutorios no condena a la devolución al consumidor prestatario de cantidades por la parte variable del IAJD:

«Es decir, anulada la condición general que imponía al consumidor el pago de todos los impuestos, cualquiera que fuera el reparto que la ley hubiera hecho respecto de una y otra parte, el tribunal debe fijar los efectos restitutorios inherentes a tal declaración de nulidad, lo que, en el caso del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, viene determinado por su ley reguladora y su reglamento (en la interpretación que de tales normas han hecho el Tribunal Constitucional y la Sala Tercera del Tribunal Supremo); y como resultado de ello, acordar que el profesional restituya al consumidor las cantidades que hubo de pagar por impuestos cuyo pago la ley impone al profesional.

Para adoptar esta decisión, la jurisdicción civil no puede enjuiciar si le parece adecuada la determinación del sujeto pasivo obligado al pago del impuesto que hace la normativa reguladora de cada impuesto. La determinación de quién es el sujeto pasivo de un impuesto es una cuestión legal, de carácter fiscal o tributario, que no puede ser objeto del control de transparencia o abusividad desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE, sobre contratos celebrados con consumidores, ni de la legislación nacional protectora de consumidores.

Pese a la estimación del recurso de casación en lo referente a la abusividad de la cláusula, debemos compartir los criterios expuestos por la Audiencia Provincial sobre el impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, en cuanto a que no cabe devolución alguna por las cantidades abonadas por la constitución del préstamo.»

Irrumpe entonces el (efímero) cambio jurisprudencial en la Sala 3.^a del Tribunal Supremo por obra de varias Sentencias de

octubre de 2018. Esta modificación de la doctrina judicial contencioso-administrativa tuvo corta vida¹²⁸. En esas nuevas sentencias, la sección correspondiente de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo acordó la anulación del artículo 68.2 del Reglamento del IAJD, por contradicción con la interpretación que la propia Sala daba a la fórmula legal que configuraba el sujeto pasivo del impuesto en el caso de escrituras de préstamo hipotecario, según la cual el IAJD debía ser pagado por el prestamista y no por el prestatario. El fundamento argumental del cambio de criterio es que la hipoteca que garantiza el préstamo es el negocio inscribible que determina el obligado al pago del impuesto y que el interesado en la elevación a escritura pública e inscripción es el prestamista y por lo tanto debía ser considerado como sujeto pasivo del impuesto¹²⁹.

De forma extraordinaria, sin embargo, pocas semanas más tarde, el Pleno de la Sala 3.^a corregía el cambio jurisprudencial operado el 18 de octubre anterior por medio de varias Sentencias de 27 de noviembre de 2018, según las cuales y con base en las exigencias de la «seguridad jurídica»¹³⁰, restablecía la jurisprudencia anterior que entendía que el sujeto pasivo del IAJD sobre préstamos hipotecarios era el prestatario.

Curiosamente, el Gobierno, al motivar el Real Decreto-ley 17/2018 que modificó en esos turbulentos días la Ley del IAJD para cambiar –de cara al futuro, al contrario que el pronunciamiento interpretativo de la Sentencia de 18 de octubre de 2018– recurre igual-

¹²⁸ Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, 1505/2018, 1523/2018, 1531/2018, de 16, 22 y 23 de octubre de 2018.

¹²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, 1523/2018 de 22 de octubre de 2018, que establece que «[...] el beneficiario del documento que nos ocupa no es otro que el acreedor hipotecario, pues él (y solo él) está legitimado para ejercitar las acciones (privilegiadas) que el ordenamiento ofrece a los titulares de los derechos inscritos. Solo a él le interesa la inscripción de la hipoteca (el elemento determinante de la sujeción al impuesto que analizamos), pues ésta carece de eficacia alguna sin la incorporación del título al Registro de la Propiedad».

¹³⁰ Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, 1669/2018 1670/2018 y 1671/2018, de 27 de noviembre de 2018. Afirma el Pleno de la Sala 3.^a:

«El valor de la jurisprudencia está en estrecha dependencia con el principio de seguridad jurídica, el cual requiere, en su proyección sobre la actividad jurisprudencial, la previsibilidad de las resoluciones judiciales, que es un factor de competitividad del sistema jurídico en un entorno global, y tal previsibilidad no queda asegurada si la jurisprudencia queda al albur de cualquier cambio ocasional en la composición de un órgano colegiado. Otra cosa es, como es natural, si el cambio jurisprudencial se justifica con la modificación de factores jurídicos, no necesaria o únicamente de las normas directamente concernidas, o fácticos, o bien en la invocación de principios o presupuestos sistemáticos novedosos o no aplicados previamente. No resulta un fundamento suficiente, por el contrario, basar un cambio jurisprudencial en la mera discrepancia con criterios interpretativos previos de las mismas normas jurídicas sin más apelación que al disenso subjetivo con la interpretación anterior y con la sola invocación del principio de legalidad, que avala del mismo modo tanto a la jurisprudencia existente previamente como a la que se pretende establecer.»

mente, a fin de justificar la extraordinaria y urgente necesidad que ha de sustentar el uso del Decreto-ley, a la exigencia de atajar la inseguridad jurídica –aunque ahora, achacando implícitamente al propio Pleno de la Sala 3.^a la creación de la inseguridad jurídica al regresar, corrigiendo el criterio de la sección especializada, a la jurisprudencia tradicional en la materia–. A ello añade una curiosa conexión entre seguridad jurídica y protección del consumidor al afirmar [que] «el Gobierno no puede desatender el mandato constitucional de garantizar a los ciudadanos sus derechos como consumidores, dentro de los que ha de entenderse el de contar con un marco jurídico estable y claro».

Como ya se ha anticipado en la Sección 3 anterior, lo cierto es que las cláusulas que se refieren al pago del IAJD, coste exógeno al contrato (el «si» y el «cuánto» del tributo lo fija la autoridad tributaria y es evidente que prestamista y prestatario estarían encantados de que no existiera tal coste) no plantean una cuestión enjundiosa desde el punto de vista contractual o de la protección del consumidor.

Si la ley tributaria o una cláusula contractual válida determinan que es el prestatario quien ha de abonar el IAJD, este componente del coste variable total de recibir el servicio de financiación con garantía hipotecaria será pagado directamente por el consumidor. El resto del coste total del crédito vendrá dado por otras comisiones y por los intereses pagaderos a lo largo de la duración del crédito. Si la ley tributaria determina que quien ha de hacer frente al impuesto es el prestamista y no se permiten cláusulas contractuales que trasladen directamente esa obligación de pago del tributo sobre el prestatario, el importe del IAJD será pagado por el prestamista a la administración tributaria. Pero como ese pago a cargo del prestamista es un coste variable real e indubitado de la operación de crédito, el banco lo repercutirá al adquirente del servicio elevando exactamente en la misma cuantía una de las restantes comisiones o los intereses del préstamo. En definitiva, en el momento de contratar, es indiferente lo que diga la ley fiscal o el contrato: dadas unas ciertas condiciones del mercado de crédito, el importe del IAJD será absorbido por las partes en una proporción que no depende de lo que diga la ley fiscal ni la cláusula contractual, válida o nula¹³¹.

¹³¹ Lo señalado en el texto es cierto con independencia de las elasticidades relativas de la oferta y la demanda de crédito. Esas elasticidades son relevantes para determinar, en términos de impacto económico, cuánto de un tributo sobre una transacción económica (como el IAJD, o el ITP, o el IVA) soporta en realidad cada parte en la transacción en términos de «precio total recibido» y «precio total pagado». O si, pongamos por caso, se incrementara el IAJD, en cuánto subirían esos «precios totales». Por ejemplo, si el Real Decreto-ley 17/2018, al convertir de forma universal al prestamista en sujeto pasivo del IAJD supone una elevación de la carga fiscal sobre las operaciones de préstamo hipoteca-

La única diferencia es de «presentación» o, si se prefiere, de «transparencia». Y en esta dimensión del problema, no parece que existan ventajas sistemáticas de concentrar el «precio total» del préstamo hipotecario únicamente en el interés pagadero durante muchos años tras el momento de la decisión de contratar una determinada hipoteca, frente a desagregar la carga tributaria del IAJD respecto de los intereses. Si los consumidores financieros fueran perfectamente racionales, les resultaría indiferente que un cierto componente del «coste total» del crédito se les presente como un pago que han de afrontar de inmediato, al concertar el crédito, o de manera diferida a lo largo de la vida del contrato.

Más bien, a la vista de la evidencia conductual existente, parece que meter todo en el saco de un coste diferido a lo largo de muchos años es contraproducente para los consumidores, pues estos (y acaso singularmente los consumidores de servicios financieros) están aquejados de un fuerte sesgo «presentista» en sus decisiones, esto es, están más atentos a los costes inmediatos en el tiempo que a los más alejados temporalmente. Por tanto, es probable que les «duela más» –y por tanto sean más sensibles a ese coste y acaso demanden menos crédito o estén más atentos a sus consecuencias– un pago inmediato que uno del mismo valor esperado pero incluido en el flujo total de pago de intereses a su cargo durante, 20, 30 o acaso más años¹³².

La litigación española no ha sido irrelevante, sin embargo, pues ha supuesto abrir una vía de redistribución –de enorme magnitud agregada– entre partes del contrato al socaire de la protección del consumidor frente a cláusulas abusivas o de la interpretación pro consumidor de la disciplina fiscal. Evidentemente sí, a toro pasado, lo que se pagó directamente por el prestatario a la autoridad tributaria, o lo que percibió el prestamista para ingresarlo en la hacienda autonómica como pago del impuesto, se dice que estaba mal abonado, porque el sujeto pasivo del tributo no es el que parecía ser, o la cláusula que permitía percibir cantidades del prestatario con destino al pago del impuesto se declara nula, ahora sí, la cosa ya no da igual. Pero simplemente porque el resto del «precio» del contrato

rio por ese concepto, al convertir en irrelevantes las posibles exenciones o bonificaciones en favor de determinadas categorías de sujetos pasivos, cómo se repartirá entre prestamistas y prestatarios en el conjunto del mercado ese aumento de la tributación va a depender de las elasticidades relativas de oferta y demanda de crédito hipotecario. Pero las elasticidades no inciden en que la distribución de la carga tributaria entre las partes puede hacerse por disposición directa de la ley, por cláusula contractual de asunción o repercusión directa del tributo o por la vía de precio indirecta a través de comisiones e intereses del crédito, y que todas ellas arrojan el mismo resultado, dadas cualesquiera condiciones del mercado de crédito.

¹³² BAR-GILL, 2012, pp. 21 y 117; CAMPBELL, *Working Paper European Central Bank*, 2016.

de crédito (las otras comisiones y los intereses) no se pueden modificar o ajustar a posteriori para responder a ese cambio. El banco que, *ex ante*, al contratar con el prestatario, hubiera podido «recuperar» vía comisiones o intereses lo que en concepto de IAJD debiera asumir como prestamista, ya no puede hacerlo, pues al ser posterior al contrato la conciencia de tener que asumir el IAJD, ya no cabe modificar las comisiones e intereses fijados en el contrato en el pasado, acaso hace varios años.

Por eso mismo, lo mollar de las sentencias de la Sección Segunda de la Sala de lo contencioso-administrativo que cambiaron el criterio tradicional sobre el sujeto pasivo del IAJD referido a los préstamos hipotecarios no es lo que tocaría al futuro, sino lo que suponían de revisión del pasado. El revuelo y la fulgurante caída de valor en bolsa de los bancos españoles cotizados tras anunciarse la primera de las sentencias de la Sección Segunda no derivaban de los efectos de esta para los «futuros» préstamos hipotecarios, sino de su dimensión retroactiva, máxime dada la incertidumbre asociada a su magnitud, pues cuánto hacia atrás se proyectarían tales efectos era algo que, en octubre de ese año, y dado el desconcierto de nuestro Derecho tributario y nuestro Derecho privado en la materia, nadie podía a ciencia cierta estimar.

En concreto, la alteración *ex post* de las condiciones económicas de los préstamos hipotecarios ya celebrados podía suponer la restitución de todos los pagos por IAJD. Su importe, dada la magnitud agregada y que alcanzaría a buen número de años podía ser extraordinariamente elevada.

Por esta misma razón, el Real Decreto-ley 17/2018, idéntico a la jurisprudencia emanada en octubre de 2018 de la Sección Segunda de la Sala de lo contencioso-administrativo en cuanto a su contenido prescriptivo (esto es, que el sujeto pasivo del IAJD es el prestamista) no produjo efectos perceptibles en la cotización del sector financiero español, pues sus efectos no alcanzaban a los contratos ya celebrados, sino únicamente a los que se escrituraran a partir de su entrada en vigor.

Hacia el futuro, las sentencias de la Sección Segunda de la Sala Tercera hubieran supuesto, caso de haberse mantenido su jurisprudencia –del mismo modo que lo supondrá, previsiblemente, el Real Decreto-ley 17/2018, que no es otra cosa que el equivalente funcional de esa jurisprudencia pero adoptando forma legislativa– que los prestamistas debieran encauzar la recuperación de los costes exógenos incurridos por la «nueva» carga tributaria que ahora recae sobre ellos (y que no pueden trasladar directamente mediante cláusulas contractuales no negociadas, al menos no sin riesgos, tras la

Sentencia de la Sala Primera de 23 de diciembre de 2015) bajo la vestidura de un incremento de comisiones o de tipos de interés.

¿Cambia a mejor la situación de los futuros contratantes de crédito hipotecario como consecuencia de este cambio en la normativa fiscal? Ni un ápice. Los costes variables exógenos ligados al otorgamiento de crédito hipotecario, van a ser los mismos, cualquiera que sea el sujeto pasivo «formalmente» designado por la norma legal o su interpretación judicial, de modo que si no cambian las condiciones del mercado de crédito el coste total que pagarán los futuros prestatarios será, en términos esperados, el mismo. El bienestar de los consumidores no habrá cambiado lo más mínimo.

¿Hay que ser, entonces, más ambiciosos, y revisar la contratación hipotecaria pasada en relación con las cláusulas relativas al IAJD? Naturalmente, si los prestamistas son forzados a devolver a los prestatarios el importe del IAJD que afrontaron los consumidores en los últimos años (¿cuántos?), estos últimos saldrán beneficiados, pues reciben, por hipótesis, una «transferencia pura» en términos económicos.

Más si hay o no que dar dinero a los consumidores que contrataron en el pasado un préstamo hipotecario no es la cuestión pertinente, ni desde el punto de vista jurídico ni desde el económico. Las transferencias puras entre sujetos privados (accionistas actuales de los bancos prestamistas condenados al pago, de un lado; prestatarios antiguos que litigan para obtener la restitución de lo pagado en concepto de IAJD, de otro) son, por definición, neutras en términos de bienestar social. Debemos, con todo, mirarlas con recelo si son costosas de efectuar y no tienen un efecto positivo para el porvenir, en términos de mejores incentivos de conducta para las empresas a quienes se fuerza a pagar o más bienestar para los consumidores futuros. En ambos planos, el del coste que supondría una masiva operación de redistribución de decenas de miles de millones de euros a través de los colapsados órganos de la justicia española, y el de los deseables efectos futuros, no arrojan un balance positivo.

En realidad, si bien se mira, el importe del IAJD fue, en la mayor parte de los casos, financiado por los prestamistas, pues lo que estos financian es, en la entraña de las cosas, lo mismo, sea cual sea la regla contractual (o legal) de distribución entre las partes del IAJD (y otros costes exógenos de la contratación del crédito hipotecario).

Veámoslo con un ejemplo muy sencillo. Supongamos que la operación que se financiaría es la adquisición de una vivienda con un precio de compra (total, incluidos los impuestos sobre la adquisición) de 100.000 € y un importe de IAJD de 1.000 €. Por simpli-

cidad, ignoramos otros gastos y costes del crédito hipotecario (a los que, dicho sea de paso, se les aplicaría la misma lógica) y no consideramos que existan límites en términos de *Loan-to-Value* a la financiación.

Pensemos primero en una situación, denominada A, en la cual el prestamista se ve constreñido por razones jurídicas (la norma tributaria fija que el sujeto pasivo es el prestamista y los tribunales consideran que no cabe una cláusula no negociada de repercusión directa del tributo sobre el prestatario) a hacer el pago del IAJD a la administración tributaria. En A, el banco entrega 100.000 € al prestatario –para que este a su vez satisfaga el precio de adquisición– y 1.000 € a la administración tributaria. Pero los dos componentes son realmente financiados por el banco, de modo que la cifra efectiva que el prestamista está adelantando al consumidor en la operación de crédito es de 101.000 €, aunque el «nominal» del préstamo sea solo de 100.000 €. Evidentemente, el banco tendrá que recibir su remuneración por la financiación efectivamente concedida (101.000 €), a través de las comisiones y los intereses legalmente admisibles. Por tanto, el prestatario pagará una remuneración total que se corresponda con lo que el prestamista realmente ha financiado en favor del consumidor, y no solo con lo que nominalmente este ha recibido como importe explícito prestado.

En la situación B, es el consumidor, bien porque la norma fiscal así lo establece directamente, bien porque una cláusula contractual válida así lo dispone, quien ha de abonar el importe de 1.000 € a la autoridad tributaria. El consumidor entonces solicitará un préstamo de nominal igual a 101.000 €, de los que usará 100.000 € para pagar al vendedor de la vivienda y 1.000 € para satisfacer el impuesto a la administración tributaria. Al igual que en la situación A anterior, el prestatario habrá de satisfacer la remuneración (vía solo intereses, o comisiones más intereses) correspondiente a lo realmente (y aquí también, nominalmente) financiado, esto es, 101.000 €. La diferencia entre A y B es únicamente el nominal del préstamo, pues el importe realmente financiado y el coste del crédito son idénticos para el prestatario. Arbitrar y ejecutar (con elevado coste de litigación) medidas jurídicas que prohíban (peor aún, que lo hagan a posteriori) la situación B y reconduzcan todos los contratos a la situación A, que es idéntica para el consumidor, supone ignorar gravemente la sustancia de las cosas.

Con la litigación sobre la cláusula que impone al consumidor (entre otros gastos) el pago del IAJD, y con independencia de las vicisitudes sobre el significado de la previsión legal en materia tributaria, se ha tratado de enjuiciar (condenándola) su abusividad, en

definitiva, su contenido sustantivo en términos de los derechos y obligaciones de las partes, teniendo en cuenta –pues lo ordena la Directiva 93/13 y el TRLGDCU– el conjunto del contrato. Sin embargo, desde el punto de vista de su naturaleza económica estamos ante una cláusula no productiva, que no incide en las conductas de las partes que generan excedente contractual. De hecho, como vimos en la Sección 2 y acabamos de confirmar en esta Subsección, es una cláusula que ni siguiera altera el excedente individual de cada parte. La única preocupación seria que genera es de simple «conciencia» y comprensión por parte del prestatario. Y esta, salvo supuestos patológicos, generalmente no está en cuestión, tanto por la inmediatez del coste que supone –pagar el IAJD de modo inmediato– como por el modo habitual en que la negociación precontractual se produce entre las partes.

El artículo 14.1.e) LCCI ha regulado la cuestión, en apariencia de manera taxativa («se distribuirán del siguiente modo» reza el precepto). En relación con el IAJD, se remite a la normativa tributaria aplicable (Ley y Reglamento del IAJD, ahora tras el cambio de sujeto pasivo operado en noviembre de 2018. Según parte de la doctrina, esto no ha despejado todas las dudas, en particular con la cuota fija del IAJD¹³³).

5.2.2 Cláusulas relativas a la distribución de los aranceles notariales y registrales

En relación con los aranceles notariales y registrales, la jurisprudencia se ha centrado, de manera muy parecida a como lo ha hecho con el IAJD, en la determinación de la abusividad de la cláusula que atribuía el pago de dichos aranceles al consumidor y por otro, la interpretación de las normas reguladoras de los aranceles notariales y registrales para establecer la atribución de dicho pago entre las partes contractuales en aquellos casos en los que se hubiera determinado –lo que finalmente ha prevalecido– que la cláusula era abusiva.

a) ARANCELES NOTARIALES

A los aranceles notariales se entendía que se referían también aquellas cláusulas del préstamo hipotecario que atribuían al consumidor el pago de todos los gastos e impuestos derivados de la celebración del préstamo hipotecario. Como se ha señalado anterior-

¹³³ MARÍN JIMÉNEZ, 2019, p. 385.

mente, dichas cláusulas fueron juzgadas abusivas por el Tribunal Supremo.¹³⁴

Si acudimos a la normativa reguladora¹³⁵, observamos que el Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en Arancel.¹³⁶ No obstante la diversidad de negocios jurídicos –préstamo e hipoteca–, el arancel debe ser único.¹³⁷

Según la normativa reguladora del Arancel deberán pagarlo quienes «hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario» y, en el caso de que no estuviera claro qué persona hubiera requerido los servicios notariales, «a los interesados según las normativas sustantivas y fiscales»¹³⁸.

En los tribunales, de nuevo ante la ambigüedad de las reglas escritas, surge la discrepancia en torno a quién debía soportar los aranceles notariales vinculados al otorgamiento del contrato de préstamo hipotecario. Algunos interpretaban que la parte interesada era la entidad financiera¹³⁹, mientras que otros entendían que lo era el consumidor¹⁴⁰. Un tercer grupo consideraba interesadas en los servicios del Notario a ambas partes, por lo que concluían que las dos habían de sufragar parte de los mismos¹⁴¹.

¹³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015: «[...] no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista según preveía el ordenamiento jurídico en el momento de la firma del contrato.»

¹³⁵ Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios.

¹³⁶ Artículo 63 del Reglamento del Notariado.

¹³⁷ Sentencias del Tribunal Supremo 44/2019, 46/2019, 47/2019, 48/2019, 49/2019, todas de 23 de enero de 2019.

¹³⁸ Norma sexta del Anexo II, del Real Decreto 1426/1989. Véanse las sentencias de la Audiencia Provincial de Gran Canaria, núm. 856/2016, de 6 de julio de 2017; y las sentencias de la Audiencia Provincial de Logroño, núm. 177/2017, 187/2017 y 266/2017, de 31 de octubre de 2017: todas ellas consideran que el segundo criterio debería aplicarse con carácter subsidiario al primero.

¹³⁹ Véase, por ejemplo, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 6 de Zamora, núm. 203/2017, de 17 de octubre de 2017.

¹⁴⁰ Véase la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 bis de Pamplona, núm. 513/2017, de 9 de noviembre de 2017.

¹⁴¹ Habían adoptado esta postura –distribuyendo los gastos a partes iguales entre las partes– las sentencias de la Audiencia Provincial de Logroño, núm. 177/2017, 187/2017 y 266/2017, de 31 de octubre de 2017. En esta misma línea se ha pronunciado el Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Barcelona mediante la publicación, con fecha 8 de enero de 2018, de un documento titulado «Criterios unificadores del Juzgado de Primera Instancia número 50 de Barcelona en materia de cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios» (disponible en: <http://www.icab.es/files/242-499135-DOCUMENTO/CriteriosUnificadoresClausulasAbusivas.pdf>).

Algunos juzgados, como es el caso del Juzgado de Primera Instancia Instrucción núm. 2 de Palencia, en sentencia núm. 177/2017, de 28 de septiembre de 2017, considera-

El Tribunal Supremo se ha pronunciado recientemente respecto de la interpretación de la parte «requirente» de los servicios del Notario y, en su caso, de la parte «interesada», y ha entendido que la intervención notarial interesa a ambas partes contratantes. Así, los costes del arancel notarial deben repartirse entre ambas partes.¹⁴² El Tribunal Supremo ha establecido que el coste del Arancel notarial debe dividirse por mitades entre las partes, asumiendo así que el interés en los servicios del notario corresponde tanto al prestamista –que al elevar a escritura pública el contrato obtiene un título ejecutivo¹⁴³– y al prestatario, que obtiene un préstamo con garantía hipotecaria, que indudablemente tiene un coste financiero menor que si fuera, por ejemplo, un préstamo personal sin garantía real¹⁴⁴.

Algunos juzgados se han alzado ya mediante cuestiones prejudiciales, como han hecho ya en otros ámbitos de la contratación hipotecaria,¹⁴⁵ frente a este criterio de reparto de gastos notariales¹⁴⁶.

Al igual que en el caso del IAJD, nos encontramos aquí ante costes exógenos a las partes, y cualquier criterio de reparto de los mismos es, *ex ante*, del todo indiferente para el resultado final, no solo para el bienestar conjunto, sino también para el excedente individual del consumidor. Y de nuevo, lo único relevante es el conocimiento del consumidor de la existencia e importe de los aranceles para poder hacerse una idea del coste del crédito.

El artículo 14.1.e) ii) LCCI, ha alterado el criterio del Tribunal Supremo (que sin embargo continúa siendo de aplicación a los contratos anteriores a la entrada en vigor de la LCCI), al establecer que el prestamista asumirá –por entero– el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario, si bien se mantiene que el coste de las copias habrá de asumirlo quien las solicite.

ron equitativa la solución de distribuir los gastos entre las partes, pero sin precisar el porcentaje que correspondía abonar a cada una de ellas.

¹⁴² Sentencias del Tribunal Supremo 44/2019, 46/2019, 47/2019, 48/2019, 49/2019, todas de 23 de enero de 2019.

¹⁴³ Artículo 517.2.4 LEC.

¹⁴⁴ El Tribunal Supremo atribuye el pago del arancel notarial por mitades en relación a la escritura de otorgamiento y modificación del préstamo hipotecario mientras que el arancel notarial derivado de la escritura de cancelación de la hipoteca será a cargo del prestatario –que es el interesado– y las copias de las distintas escrituras notariales serán a cargo del solicitante de las mismas.

¹⁴⁵ GÓMEZ POMAR y LYCZKOWSKA, 2017, p. 93 documentan el fenómeno de la utilización estratégica de la cuestión prejudicial para obtener interpretaciones determinadas de la normativa española en favor del consumidor hipotecario.

¹⁴⁶ Autos del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 6 de Ceuta, de 13 y 20 de marzo de 2019, Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Palma de Mallorca de 12 de marzo de 2019.

b) ARANCELES REGISTRALES

El Tribunal Supremo se ha pronunciado también en una línea parecida en relación con los aranceles registrales. La atribución del pago de los aranceles registrales, al igual que los aranceles notariales, a menudo se encontraba en cláusulas no negociadas del préstamo hipotecario que imponían al prestatario la generalidad de gastos y tributos del contrato y que, como se ha comentado anteriormente, el Tribunal Supremo ha entendido abusivas.

A diferencia de la regulación del arancel notarial que imputa el pago del arancel al interesado en la operación¹⁴⁷, la normativa relativa a los aranceles del Registro de la Propiedad¹⁴⁸ establece que el arancel lo deberá pagar aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho.

El Tribunal Supremo, atendiendo al hecho de que la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad ofrece a las entidades financieras las ventajas de la ejecución especial hipotecaria sobre el bien dado en garantía, ha entendido que el pago de los aranceles registrales derivados de la inscripción del préstamo hipotecario corresponde al prestamista, como parte interesada en la inscripción.¹⁴⁹ A su vez, los gastos derivados de la inscripción de la escritura de cancelación, que libera del gravamen al prestatario, le corresponden a éste, por ser el interesado¹⁵⁰.

El artículo 14.1.e) iii) LCCI respalda el criterio del Tribunal Supremo, al establecer que los gastos de inscripción de las garantías en el registro de la propiedad corresponderán al prestamista.

Las consideraciones precedentes acerca de la futilidad de este tipo de previsiones cuando nos hallamos ante cláusulas que ni siquiera afectan al excedente individual del consumidor cuando consideramos el contrato en su conjunto y no miramos únicamente al régimen de gastos, son aquí también de aplicación.

¹⁴⁷ El artículo 6 de la Ley Hipotecaria dispone que la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que adquiera el derecho, por quien lo transmita o por quién tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir.

¹⁴⁸ Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad. El apartado 1 del anexo II prevé que

«Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado».

¹⁴⁹ Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo 44/2019, 46/2019, 47/2019, 48/2019, 49/2019, todas de 23 de enero de 2019. Esta interpretación coincide con la que venían fijando distintos juzgados de primera instancia y algunas audiencias.

¹⁵⁰ Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo citadas en la nota precedente.

5.2.3 Cláusulas sobre gastos de gestoría y tasación

En relación con los gastos de gestoría y tasación se plantean cuestiones similares a las de las subsecciones precedentes. Hay algunas diferencias, sin embargo. En cuanto a la tasación independiente del objeto de la garantía hipotecaria, ahora la LCCI la impone con carácter obligado en su ámbito de aplicación (lo que incluye los contratos de préstamo hipotecario con consumidores): artículo 13¹⁵¹.

Ya desde la Ley 1/2013 se exigía tanto para la ejecución judicial como extrajudicial de la hipoteca que el inmueble hubiera sido objeto de tasación con los requisitos de la legislación del mercado hipotecario¹⁵². Por otro lado, la Ley del mercado hipotecario (art. 3 bis I), establece que las entidades de crédito estarán obligadas a aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en la propia legislación del mercado hipotecario y no esté caducada, sin perjuicio de que la entidad de crédito pueda realizar las comprobaciones que estime pertinentes, de las que en ningún caso podrá repercutir su coste al cliente que aporte la certificación.

Se trata, por tanto, en materia de gastos de tasación, de un coste exógeno en su naturaleza, pues se impone legalmente a las partes. En cuanto a su importe, lo cierto es que sí hay cierta capacidad de incidir sobre el mismo, pues las partes pueden elegir un tasador u otro, y no todos son igualmente eficientes o cargan los mismos costes por la tasación.

Los tribunales han considerado mayoritariamente¹⁵³ que los gastos de tasación debe asumirlos el consumidor, porque no crean

¹⁵¹ «Los inmuebles aportados en garantía habrán de ser objeto de una tasación adecuada antes de la celebración del contrato de préstamo. La tasación se realizará por una sociedad de tasación, servicio de tasación de una entidad de crédito regulados por la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, y/o profesional homologado conforme al Real Decreto 775/1997, de 30 de mayo y a la disposición adicional décima de esta Ley, independiente del prestamista o del intermediario de crédito inmobiliario, utilizando normas de tasación fiables y reconocidas internacionalmente, de conformidad con lo establecido por la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras.»

¹⁵² Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario (si bien la regulación de la independencia y fiabilidad de la tasación procede fundamentalmente de la reforma de esta Ley operada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre).

¹⁵³ Hay algunas excepciones en las que los Tribunales han entendido que debe ser la entidad financiera la que se haga cargo de los gastos de tasación, como es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, núm. 55/2016, de 10 de marzo de 2016. También parte de la doctrina había defendido esta postura. Véase, entre otros, AGÜERO ORTIZ, *Centro de Estudios de Consumo*, 2016, argumentando que el objetivo de la tasación es, por un lado, permitir al acreedor acceder a procedimientos ejecutivos judiciales y extrajudiciales en caso de impago del deudor; y, por el otro, utilizar el contrato de préstamo

un desequilibrio entre las partes contratantes¹⁵⁴. Es el consumidor prestatario el interesado en la tasación de la vivienda, dado que sin tasación la entidad financiera no concedería el préstamo y el contrato no se celebraría.

El artículo 14.1.e) i) LCCI respalda el criterio mayoritario de los tribunales y del Tribunal Supremo, al establecer que los gastos de tasación del inmueble corresponderán a prestatario que los gastos de inscripción de las garantías en el registro de la propiedad corresponderán al prestamista.

En relación con los gastos de gestoría, hay que partir de la idea de que la celebración de un préstamo hipotecario y la constitución de la garantía hipotecaria suponen en España un no desdeñable volumen de «papeleo» (tramitación de los documentos para el pago de los tributos y para la gestión notarial y registral). Por motivos históricos, en España hay empresas especializadas en la realización de estas gestiones documentales y administrativas, previo pago de unos honorarios, por supuesto. Su intervención en un contrato de préstamo hipotecario –incluso aunque es innegable que las partes pueden realizar dichos trámites personalmente– es casi universal y los contratantes suelen echar mano de los servicios de una empresa de gestoría¹⁵⁵.

En este sentido, los gastos de gestoría no son, en puridad, exógenos e impuestos a las partes. Por un lado, el uso de la gestoría es voluntario (aunque casi universal). Por otro, el importe de los gastos de gestoría no viene prefijado por una regla legal o un arancel público, sino por el coste y la eficiencia de una u otra empresa de gestoría y la capacidad negociadora de las partes en el contrato a fin de obtener el precio más bajo posible (en todo caso, no puede ser inferior al coste real para la gestoría de ejecutar el encargo de

hipotecario en los mercados financieros para emitir bonos hipotecarios y otras garantías. En consecuencia, la autora interpreta que los gastos de tasación no son un requisito necesario para celebrar un contrato de hipoteca. Esta línea de argumentos, nuevamente, se muestra como irrelevante para el análisis que estamos realizando. Sin ejecutabilidad, y sin costes de financiación reducidos para el acreedor, los términos del contrato de préstamo para el consumidor serían financieramente menos favorables, por lo que está claro que, al final, el beneficiario del servicio financiero es el prestatario.

¹⁵⁴ Véanse, por ejemplo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, núm. 269/2015, de 18 de noviembre de 2015 y núm. 255/2016, de 17 de octubre de 2016; de la Audiencia Provincial de Pontevedra, núm. 175/2014, de 14 de mayo de 2014 y núm. 46/2015, de 6 de febrero de 2015; de la Audiencia Provincial de Córdoba, núm. 17/2015, de 4 de diciembre de 2015; y de la Audiencia Provincial de Palencia, núm. 177/2017, de 28 de septiembre de 2017.

¹⁵⁵ El artículo 40 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios asume que la gestión de los trámites del préstamo será llevada a cabo por parte de una gestoría y que las partes deberán ponerse de acuerdo en el nombramiento de dicho gestor. El incumplimiento de esta obligación constituye una infracción de lo previsto en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito.

gestión, pues de lo contrario la gestoría se negaría a realizar el encargo).

Estas empresas generalmente participan en la operación a petición de la entidad financiera –aunque sus servicios benefician a ambas partes, que se ahorran el coste de tiempo y esfuerzo de realizar la tramitación documental necesaria– y sus honorarios generalmente son cargados al prestatario. Los consumidores también han discutido las cláusulas contractuales que, como se ha visto, les imponen estos gastos también a ellos, considerando que son abusivas.

Los gastos de gestoría a menudo estaban incluidos en cláusulas genéricas de gastos que han sido declaradas abusivas, ya sea por falta de información al consumidor de la existencia misma de estos gastos,¹⁵⁶ sea porque el consumidor no tuvo la oportunidad de decidir acerca de la empresa de gestoría o la empresa que llevaría a cabo a tasación,¹⁵⁷ o porque el banco no ha ofrecido información precontractual suficiente relativa a la identidad y a los costes que supondrán la contratación de dicha empresa¹⁵⁸. El juicio sobre su abusividad ha venido fuertemente condicionado por la consideración como abusiva de la cláusula de atribución general de gastos y tributos derivados de la tramitación y formalización del préstamos hipotecarios.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado recientemente sobre la pertinencia de la contratación de una gestoría para realizar los trámites inherentes a la contratación de un préstamo, entendiendo que beneficia tanto al prestamista como al prestatario. Por ello, ha determinado que su coste debe ser atribuido por mitad a las dos partes¹⁵⁹.

De nuevo, el artículo 14.1.e) i) LCCI, ha alterado el criterio del Tribunal Supremo (que continúa siendo de aplicación a los contratos anteriores a la entrada en vigor de la LCCI), al establecer que el prestamista asumirá en su totalidad los gastos de gestoría. En este caso, a la vista de que parece a todas luces mayor el conocimiento y la capacidad del prestamista de seleccionar a la gestoría más eficiente y obtener un precio más favorable por sus servicios (aumentándose así el excedente conjunto del contrato, lo que da un elemento productivo a la cláusula que impone o reparte los gastos de

¹⁵⁶ Véase, por ejemplo, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Palencia, núm. 177/2017, de 28 de septiembre de 2017.

¹⁵⁷ Véase, por ejemplo, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 bis de Pamplona, núm. 513/2017, de 9 de noviembre de 2017.

¹⁵⁸ Véase la misma sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 bis de Pamplona.

¹⁵⁹ Sentencias del Tribunal Supremo 44/2019, 46/2019, 47/2019, 48/2019, 49/2019, todas de 23 de enero de 2019.

gestoría), tal vez el juicio sobre la decisión del legislador de la LCCI haya de ser más benévolo que en los casos del IAJD y los aranceles notariales y registrales.

6. LA APLICACIÓN DE LOS CONTROLES *EX POST* SOBRE CONDICIONES GENERALES EN LOS CONTRATOS DE HIPOTECA EN ESPAÑA

La litigación hipotecaria en España, centrada en los controles *ex post* (fundados en la Directiva 93/13 y el TRLGDCU) sobre distintas cláusulas de los contratos de hipoteca ha generado unos costes sociales difíciles de cuantificar, costes financieros de gran magnitud para las entidades financieras y notable incertidumbre en la contratación financiera en España.

Desde luego, solo mirando a los costes generados no podemos juzgar cabalmente lo ocurrido. Lo peor es que con todos esos costes parece cuestionable que la litigación hipotecaria haya conseguido lo que, en principio, habría de ser su objetivo principal: el incremento de la transparencia y la calidad en los contratos con los consumidores –en este caso financieros–.

Pocos pueden dudar de que la masiva litigiosidad hipotecaria española no puede explicarse sin la burbuja inmobiliaria y crediticia en España durante los primeros años del siglo XXI, que produjo una expansión inusitada del crédito hipotecario, a lo que se añadió la crisis financiera y económica a partir del año 2008, que a su vez determinó una crisis hipotecaria (de ejecuciones, de desahucios, de pleitos) de graves consecuencias sociales y económicas¹⁶⁰.

Creemos que un factor coadyuvante ha sido el defectuoso entendimiento que ha prevalecido en España acerca de cómo los controles *ex post* sobre términos contractuales de los contratos de hipoteca basados en la normativa sobre condiciones generales europea y española inciden sobre las variables contractuales más relevantes. Ello ha llevado a una aplicación de tales controles con un enfoque que ha sido, en buena medida, poco selectivo y escasamente atento a la naturaleza y función de las cláusulas contractuales que se hallaban en juego. Esta falta de diferenciación –doctrinal y jurisprudencial– acerca de la morfología de las cláusulas contractuales y de la consideración de su papel en el contrato al analizar su abusividad o falta de transparencia, ha evitado que se pudiera acotar adecuadamente el debate sobre cada uno de los términos con-

¹⁶⁰ GANUZA FERNÁNDEZ y GÓMEZ POMAR 2018.

tractuales cuestionados en las distintas olas de litigación hipotecaria. Hemos tratado de ofrecer muestras de esta actitud en la Sección anterior en relación con algunas de las cláusulas más discutidas ante los tribunales españoles.

Con todo ello hemos generado los juristas unos costes sociales muy considerables y, en buena medida, evitables. Insistimos, los costes de litigación –de las partes y de la sociedad en su conjunto que paga la administración de justicia– pueden estar bien empleados y gastados si redundan en un aumento de la transparencia y calidad de los contratos financieros con consumidores en España. Sin embargo, ese aumento es difícilmente rastreable por efecto de la litigación padecida.

Integrar la función económica y contractual dentro de la relación entre las partes de las distintas cláusulas, con el fin de realizar los controles legalmente previstos sobre ellas, hubiera permitido afinarlos de modo que se aplicaran allí donde tienen sentido, y de la forma que permite obtener resultados en cuanto a mejorar la protección del consumidor. Además, controles menos «a bulto» y más perfilados hubiera permitido reducir la incertidumbre jurídica que la litigación ha generado. Este enfoque que patrocinamos entendemos que no requiere la modificación de los textos legales europeos o españoles básicos en la materia¹⁶¹, sino interpretarlos y aplicarlos a la luz del papel de los distintos términos en la economía y dinámica del contrato.

6.1 EL CONTROL SOBRE CONDICIONES CONTRACTUALES PRODUCTIVAS

Como se ha explicado anteriormente, las cláusulas productivas –tanto si definen el objeto principal del contrato, como si no– influyen y determinan la magnitud del excedente generado por el contrato, a nivel agregado y también, con frecuencia en relación con cláusulas distributivas –como la de precio– en el nivel del excedente individual de cada contratante. Por ejemplo, una cláusula suelo o techo, al asignar riesgos sobre tipos de interés entre las partes, puede mejorar o empeorar la ganancia conjunta cuando las partes –como es probable que suceda– difieren en sus actitudes ante el

¹⁶¹ Otra cosa son las Sentencias del TJUE, como *Kásler y Káslerné Rábai* y su progenie, o *Gutiérrez Naranjo*, que han cercenado sensiblemente –sin buenas razones, creemos– la flexibilidad en cuanto a los remedios y consecuencias en materia de abusividad que permite la Directiva 93/13. O las decisiones poco meditadas del reciente legislador español, como la del nuevo párrafo segundo del artículo 83 TRLGDCU, fruto de la LCCI, que irreflexivamente fusiona en sus efectos dos controles distintos, como el de transparencia material y abusividad de contenido.

riesgo en esa dimensión. Pero no solo afecta al excedente global o conjunto del contrato, pues como al tiempo afecta al precio que el prestatario ha de pagar como remuneración, incide de forma directa también en el excedente respectivo de prestamista y prestatario. Pensemos en cambio en una cláusula de un contrato de compraventa que permite al comprador consumidor alterar, dentro del mismo término municipal, el lugar de entrega de la prestación si lo comunica antes de una cierta fecha. Esta cláusula previsiblemente mejora la ganancia contractual, pues faculta al consumidor a recibir la cosa allí donde le reporta más utilidad (si el consumidor es indiferente al lugar de entrega, ¿para qué tomarse la molestia de prever el cambio en el lugar de entrega?) y no supone costes apreciables para el vendedor, pero de por sí no afecta a la proporción en que el excedente del contrato se reparte entre las partes.

Una cláusula contractual productiva, al incidir –para mejor si es adecuada, para peor si no supone una asignación eficiente– en la ganancia conjunta que crea la relación contractual, plantea cuestiones que se relacionan con el control de transparencia sustantiva. Analizar una cláusula contractual bajo esta perspectiva supone preguntarse si el consumidor, con anterioridad a la conclusión del contrato, y más allá de la presentación formal y la redacción de la cláusula, ha dispuesto de información que le permita, de forma razonablemente sencilla, evaluar el impacto económico que le supone el contrato que va a celebrar¹⁶² o, como establece el TJUE, para que el consumidor disponga, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración¹⁶³.

En particular, para el consumidor, será singularmente importante conocer cuáles son los costes o sacrificios que le impone el contrato y por lo tanto qué nivel de bienestar puede esperar de éste, pues con frecuencia el beneficio o utilidad que espera obtener depende fundamentalmente de la naturaleza objetiva del bien o servicio y esta se ve menos afectada por el clausulado contractual. El consumidor debe conocer el excedente que le proporciona el contrato con la empresa A para poder compararlo con el que eventualmente pudiera ofrecerle la empresa B, C o D.

No obstante, esta no es la única dimensión de eficiencia relevante en el plano contractual en relación con las cláusulas productivas. La «calidad» de la cláusula contractual también tendrá un impacto en la generación de excedente contractual conjunto. Una cláusula productiva será de mejor calidad cuando genera un exce-

¹⁶² FENOY PICÓN, 2018, p. 865.

¹⁶³ Véanse las sentencias TJUE *RWE Vertrieb* y *Gutiérrez Naranjo*, entre otras

dente contractual conjunto mayor que otra cláusula alternativa. Por ejemplo, una cláusula contractual X, que reduce el excedente conjunto del contrato en relación con el que resulta de la alternativa contractual Y, para con ello poder el predisponente apropiarse de una mayor porción del excedente contractual (aunque el total sea inferior con X que con Y, la parte que obtiene el profesional es mayor con X), fácilmente podemos entender que es abusiva en su contenido, tanto en el plano jurídico (art. 82.1 TRLGDCU, art. 3.1 Directiva 93/13) como económico.

Por lo tanto, la calidad de la cláusula contractual que determina la atribución de derechos y obligaciones entre las partes contractuales e impacta en el excedente contractual conjunto es un análisis pertinente en relación con las cláusulas contractuales productivas. Concretamente, el análisis de abusividad del contenido de una cláusula debiera favorecer las cláusulas contractuales no negociadas que maximizaran el excedente contractual conjunto¹⁶⁴, como si éstas formaran parte de un contrato económicamente completo¹⁶⁵. Tal y como se explicará a continuación, este elemento de calidad sustantiva de la cláusula contractual no está presente en las cláusulas distributivas, que no influyen en el excedente agregado generado por el contrato, sino que simplemente «reparten» el excedente generado entre las partes contractuales.

Por tanto, en relación con las cláusulas productivas tanto el control de transparencia material como el de contenido o abusividad resultan en abstracto pertinentes. Pero ello no quiere decir que deban confundirse o incluso aplicarse sobre los mismos aspectos de la cláusula productiva. El control de transparencia sustantiva o material debe limitarse a aquellos elementos de la cláusula que afectan al efectivo conocimiento del consumidor acerca de los costes o sacrificios que se le derivarán del contrato que se propone –o le proponen– realizar. El control de abusividad debe referirse a la reducción o falta de optimización del excedente contractual que resulta de la cláusula.

El primero ha de centrarse –«subjétivamente», si se quiere, aunque no de forma individualizada para cada consumidor¹⁶⁶– en la comprensión por el consumidor del excedente contractual que

¹⁶⁴ La idea de que los términos implícitos de un contrato previstos legalmente o aplicados judicialmente deben tender a maximizar el excedente conjunto es el punto de arranque del análisis económico del Derecho de contratos: CRASWELL, 2000.

¹⁶⁵ Sobre la noción de contrato completo, SHAVELL, 2004, capítulo 3.

¹⁶⁶ No podemos olvidar que estamos ante contratación en masa y en algunos casos, la «masa» es de millones de contratos. Por eso la atención y la relevancia de las normas generales (de carácter administrativo, esencialmente) sobre los contratos de diverso tipo en distintos sectores han de ser muy importantes en el análisis de transparencia material si se desea efectuarlo de forma económicamente sensata. Desde luego, esto supone ser más exigentes con los legisladores y reguladores en la materia, que con frecuencia no están a la altura.

espera recibir, y especialmente de los costes totales del contrato. Ello permite incluir con facilidad en el análisis los sesgos cognitivos y de conducta que aquejan a los consumidores en el momento de contratar¹⁶⁷, bien con carácter general, bien en el segmento específico de contratación de que se trate. El segundo debe indagar en la incidencia del reparto de derechos y obligaciones entre las partes del contrato sobre la ganancia contractual global y las desviaciones respecto de los términos que típicamente maximizan ese excedente conjunto. Pero no todos los elementos o dimensiones de la cláusula son igualmente relevantes para uno u otro análisis.

Esto se puede apreciar en relación con la cláusula suelo. El aspecto relevante desde la perspectiva del análisis de abusividad de la cláusula suelo es su incidencia en la asignación del riesgo de tipo de interés de mercado. Probablemente, desde este punto de vista, una cláusula suelo –especialmente si viene acompañada de una cláusula techo– supone una más adecuada asignación del riesgo de tipo de interés entre prestamista y prestatario que una simple cláusula de interés variable sin ninguna clase de limitación. En cambio, por lo que se refiere a la transparencia material lo importante no es esta función de asignación de riesgo de tipo de interés, sino, al afectar al interés remuneratorio, su efecto sobre el coste que espera afrontar el prestatario y por tanto sobre su decisión al comparar distintas ofertas de contrato de crédito (de otras entidades, pero también de la misma entidad) sin límites a la variación del tipo de interés o con límites distintos. Por eso, la opción del artículo 21.3 LCCI es desafortunada, pues vuelve a confundir ambas dimensiones de la cláusula, lo que tiene de asignación de riesgos de eventos inciertos –evolución futura de los tipos de interés– con lo que supone de impacto sobre la capacidad de evaluación por el consumidor de su excedente individual y posibilidad de comparación entre distintas ofertas.

Por otro lado, aunque es una cuestión que solo podemos dejar apuntada aquí¹⁶⁸, las consecuencias del control de abusividad y del de transparencia material no necesariamente han de coincidir y, en puridad, debieran generalmente ser divergentes. Si un cierto término no negociado es materialmente falto de transparencia y tiene un impacto sobre el excedente individual del consumidor que este no podía haber anticipado y evaluado precisamente por su carácter no transparente, la cláusula no debiera ser vinculante frente al consumidor (con lo que se respeta sin duda el art. 6.1 Directiva 93/13

¹⁶⁷ ZAMIR y TEICHMAN, 2018, capítulos. 2 y 8.

¹⁶⁸ Más extensamente, en GÓMEZ POMAR, ARTIGOT GOLOBARDES y GANUZA FERNÁNDEZ, 2018, sección 5.

que, en su tenor, no va más allá de esta falta de vinculación, aunque el TJUE le haya hecho decir al precepto lo que este no dice), pero el adherente debiera quedar colocado, tras la aplicación del control *ex post*, idealmente en una situación de bienestar individual equivalente a la que le habría proporcionado la mejor (desde la perspectiva del consumidor, esto es, la que le da mayor excedente individual) cláusula transparente en esa materia que se ofrece en el mercado al tiempo de contratar. En definitiva, la función contractual de la cláusula y el carácter del control *ex post* que se opera sobre la misma apuntan a remedios y consecuencias diversificados.

6.2 EL CONTROL SOBRE LAS CLÁUSULAS DISTRIBUTIVAS

Las cláusulas no productivas o meramente distributivas, por su propia naturaleza, no suscitan cuestiones de calidad sustantiva en cuanto a mejorar o empeorar el excedente conjunto de la relación contractual. No existirá normalmente alternativa en el mercado que pueda proporcionar un excedente mayor o menor que la cláusula en cuestión. Por tanto, el control de abusividad, entendido –como creemos que debe serlo– como una garantía jurídica de la calidad de los términos del contrato para promover la ganancia contractual conjunta, no parece tener espacio si se proyecta sobre las cláusulas distributivas.

La ilustración más clara de la afirmación anterior la encontramos en aquellas cláusulas no productivas que no solo no inciden en el excedente global, sino que ni tan siquiera, teniendo en cuenta el conjunto del contrato, alteran la porción individual que cada parte recibe del excedente conjunto. El ejemplo más significativo de esta clase de cláusulas la encontramos en las de asignación del pago de gastos y tributos en la contratación hipotecaria. Con la excepción de los gastos de gestoría, si pensamos en los tributos (IAJD) y en otros gastos (aranceles notariales y registrales, tasación), estamos ante costes variables exógenos impuestos a las partes por la normativa fiscal, civil o administrativa que los exige y cuantifica. Las cláusulas contractuales al efecto se limitan a repartir en una cierta forma (aunque sea imputando la totalidad a una sola de las partes) esos costes inevitables e inmodificables por las partes. Ya hemos explicado cómo la cláusula de reparto que se incluya en el contrato no va a determinar finalmente quien absorba de verdad esos costes exógenos.

Si una norma o una cláusula contractual válida determinaran que es el prestatario quien ha de abonar un cierto tributo o arancel, este componente del coste variable total de recibir el servicio de financiación con garantía hipotecaria será pagado directamente por

el consumidor. Por el contrario, si una norma estipula que ha de ser el prestamista quien ha de abonar el impuesto o gasto y se proscriben¹⁶⁹ cláusulas contractuales que trasladen directamente esa obligación de pago sobre el prestatario, el importe del tributo o el gasto será pagado por el prestamista a quien corresponda. Pero como ese pago a cargo del prestamista es un coste variable real de la operación de crédito, el banco lo repercutirá al adquirente del servicio elevando exactamente en la misma cuantía una de las restantes comisiones o los intereses del préstamo. En definitiva, en el momento de contratar, es indiferente lo que diga la norma o el contrato: dadas unas ciertas condiciones del mercado de crédito, el importe de los tributos y gastos como costes exógenos de la transacción será asumido por las partes en una proporción que no depende de lo que diga la norma fiscal o administrativa, ni la cláusula contractual, válida o nula¹⁷⁰.

Así, si el prestamista es el sujeto pasivo del impuesto o gasto X y puede repercutirlo contractualmente al consumidor, el interés remuneratorio más el *spread* sobre el principal y el coste del impuesto no incluirá ese importe. Evidentemente, el prestatario habrá abonado, como parte de su coste monetario total por recibir el crédito, el importe X a quien corresponda (autoridad tributaria, fedatario, etc.) Si, por el contrario, el prestamista es el sujeto pasivo del impuesto o gasto X y no puede repercutirlo contractualmente al consumidor, el coste financiero del préstamo para el consumidor habrá de incluir ese importe X a través de otro concepto, como por ejemplo un *spread* mayor al que se pediría si el coste del impuesto o gasto pudiera ser repercutido al consumidor de forma expresa.

En cualquier caso, desde el punto de vista económico, el excedente del consumidor será el mismo independientemente de quién sea, según la normativa fiscal o administrativa, quien haya de abonar el tributo o gasto e independientemente de que las reglas civiles permitan o no repercutir dicho coste contractualmente.

En este caso, es evidentemente baladí el sujetar este tipo de cláusulas a un control de abusividad o calidad sustantiva, pues las mismas son radicalmente irrelevantes no ya para el excedente conjunto, sino para el individual de las partes (incluido el consumidor, claro). La consideración como abusivas de estas cláusulas lo único que hará es que el reparto del coste que suponen los tributos y gastos no sea «explícito» a través de una cláusula contractual *ad hoc*, sino implícito a través del conjunto de elementos de precio (intere-

¹⁶⁹ Como ahora hace el artículo 14.1.e) LCCI.

¹⁷⁰ Véase Sección 4 anterior.

ses y comisiones) del contrato de préstamo hipotecario, siendo el resultado para la posición del consumidor exactamente la misma.

De hecho, en este caso, el control de transparencia material o sustantiva –que, como veremos, sí procede en general respecto de las cláusulas distributivas– debe orientarse a verificar si el consumidor conocía la existencia del tributo o gasto a su cargo y su importe, con el fin de que pudiera decidir si le interesa celebrar el contrato de crédito o no. Aquí no se trataría de que el consumidor pudiera comparar entre términos contractuales alternativos, u ofertas globales distintas de otras entidades, sino simplemente si le compensa o no contratar el préstamo hipotecario a la vista de esos costes exógenos que son los impuestos y gastos. No cabe en esto comparar entre ofertas distintas pues, por definición, esos costes exógenos son idénticos para todos los oferentes de crédito, al contrario que los costes endógenos, que dependen de la mayor o menor eficiencia de cada empresa en el mercado. De hecho, en la práctica, sería muy raro que un consumidor se viera afectado en su decisión de contratar el préstamo hipotecario por los gastos y tributos, dado que su importe será en principio, objeto de financiación por parte del prestamista, tal y como se explicó en la Sección 5 al abordar este tipo de cláusulas.

Por tanto, en relación con las cláusulas distributivas no es ni necesario ni útil realizar un control de la calidad de la cláusula a través de su sujeción a un control de abusividad. La única dimensión relevante para el bienestar del consumidor será si este ha tenido la oportunidad de conocer y evaluar de forma efectiva para sus propios intereses cómo la cláusula incide en su excedente contractual individual, lo cual supone en la mayor parte de los casos examinar si los costes para el consumidor inherentes a esa cláusula podían ser razonablemente asimilados y apreciados al momento de contratar.

En efecto, la eventual falta de transparencia sustantiva de una cláusula distributiva es relevante porque afecta a la corrección de las expectativas del consumidor acerca de la magnitud del excedente del contrato para aquel. Si sus expectativas se ven frustradas al conocer el coste real de la cláusula distributiva, el resultado puede ser indeseable, pues el consumidor podría haber preferido otra alternativa en el mercado o incluso no contratar de ninguna forma.

La falta de transparencia material de las cláusulas distributivas puede impedir al consumidor realizar una adecuada evaluación del excedente que le genera el contrato. Es posible imaginar que no obstante el menor –pero todavía positivo– excedente contractual obtenido, el consumidor hubiera celebrado igualmente el contrato. Sin embargo, en el límite es posible concebir situaciones en las que

si el consumidor hubiera podido conocer el coste o sacrificio real inherente al contrato que ha de soportar, el comprador o prestatario hubiera preferido celebrar un contrato distinto o incluso no celebrarlo en absoluto. Si el coste efectivo del contrato para el consumidor, incluido el coste asignado contractualmente a través de la cláusula no transparente, fuera mayor que el que se obtendría con la oferta alternativa de una empresa competidora, preferiría contratar con esta. Si ese excedente es inferior al precio de reserva del consumidor y por tanto su excedente contractual individual es negativo, prefiere racionalmente abstenerse de contratar¹⁷¹.

De nuevo, el análisis de la transparencia material o sustantiva de las cláusulas distributivas no puede abordarse de forma indiscriminada. No todas las cláusulas no productivas son iguales a los efectos de la comprensión efectiva por parte de los consumidores de los costes totales que suponen para estos. Ciertas cláusulas serán, para la generalidad de los consumidores, objeto de atención relevante, por ser cláusulas típicamente significativas, o porque la normativa sectorial correspondiente (piénsese, en el ámbito de los contratos de crédito, en la TAE y sus componentes) promueve la atención hacia las mismas o su presentación en un formato o a través de mecanismos particularmente (potencialmente al menos) efectivos para su evaluación por los consumidores.

Cuanto más visible y significativo sea un cierto elemento o dimensión del contrato para el consumidor, más fácil es –en ausencia de maniobras de ocultación u ofuscación por parte de un oferente– que el conjunto de los consumidores puedan efectivamente apreciar su impacto en el coste esperado y en el excedente individual que se confía recibir y, con ello, más factible es que se puedan comparar distintas ofertas y escoger la más favorable. Si un cierto término contractual es visible y relevante en este sentido, y se puede esperar que los consumidores se hallen razonablemente informados acerca de su impacto, más probable es que el propio funcionamiento del mercado pueda disciplinar a aquellas empresas que ofrecen términos que suponen mayor coste y, por ende, menor excedente al consumidor. El juicio de transparencia material ha de efectuarse teniendo en cuenta estos factores, pues de ellos depende en buena medida su valor añadido.

¹⁷¹ Esta visión parece estar en línea con lo apreciado por el TJUE en la Sentencia *Gyula Kiss*, en la que concluye que la exigencia de transparencia en relación con una cláusula contractual relativa a comisiones de gestión de un contrato de préstamo no exige identificar los servicios concretos proporcionados como contrapartida por esa comisión, ni aun menos el coste de los mismos para el prestamista, pues ello no le impide conocer el impacto de los sacrificios económicos del contrato en relación con los beneficios que le reporta el préstamo.

Si pensáramos que los tribunales, al ejecutar este análisis de transparencia material *ex post*, están dotados de infalibilidad y que siempre alcanzarán la conclusión correcta acerca de la suficiencia o insuficiencia en la transparencia de una cierta cláusula, estaríamos ante factores de importancia secundaria, en el mejor de los casos. Pero el presupuesto de acierto pleno en el análisis de transparencia material es una quimera, pues caben errores en ambos sentidos: considerar no transparente lo que en verdad permite la efectiva evaluación de coste y excedente por el consumidor, y juzgar como transparente una cláusula que no se presenta de un modo que el consumidor pueda razonablemente evaluar lo que obtendrá, en términos netos, del contrato. Por eso es importante calibrar adecuadamente el test de transparencia material a la visibilidad y significado de la cláusula en cuestión para los consumidores. Así reduciremos la posibilidad —elevada, nos tememos, en abstracto— de error en el juicio de transparencia sustantiva.

Naturalmente, la consideración de cuándo un tipo de cláusula es generalmente visible y relevante para la decisión del consumidor es algo que también debe hacerse con cuidado. Pero más allá de la necesaria prudencia, es muy conveniente que esa tarea se emprenda con un buen pertrecho de información empírica y conocimiento concreto del sector de la contratación de que se trate y sus características específicas. El TJUE, en alguna sentencia en particular¹⁷², da la sensación de preferir, a la hora de determinar cuándo un término contractual afecta al «objeto esencial» del contrato (podemos acaso presumir que resulta más visible y relevante uno que lo afecta que otros términos del contrato que no lo hacen) categorías apriorísticas, derivadas de las construcciones jurídicas tradicionales en cuanto a las prestaciones principales o los elementos esenciales de un tipo contractual que a la realidad del comportamiento de los consumidores. De nuevo, esta actitud, desafortunadamente, viene a dar la espalda a la sustancia económica del problema, sin la cual es difícil abarcar cabalmente la estandarización contractual y sus consecuencias para los consumidores.

7. CONCLUSIÓN

El enjuiciamiento de numerosas e importantes cláusulas de los contratos hipotecarios a la luz —severa— de la normativa de condiciones generales de contrato ha monopolizado el debate contrac-

¹⁷² Sentencia TJUE *Matei*.

tual y de justicia civil en España en los últimos años. En ese debate hemos empleado muchas energías intelectuales y cuantiosos recursos económicos y de tiempo de nuestro sistema de administración de justicia que acaso lamentaremos durante décadas.

El enfoque adoptado y su plasmación jurisprudencial, sin embargo, plantean dudas de efectividad, particularmente desde el punto de vista del bienestar del consumidor, que es el objetivo final de la Directiva 93/13 y de la normativa española en la materia. El análisis judicial *ex post* sobre las condiciones no negociadas en contratos con consumidores debiera estar íntimamente relacionado con el papel de las cláusulas contractuales en el contrato. Esto exige a ser menos mecánico en el diseñar el cómo de los controles y los efectos de su aplicación. Así, los exámenes de transparencia a los que debería quedar sujeta una cláusula productiva que refleja costes endógenos a la transacción habrían de ser distintos a los aplicados a una cláusula distributiva que atribuye costes exógenos. La aplicación uniforme de los controles de transparencia y de abusividad al margen de la naturaleza y función en el contrato de las cláusulas en cuestión no solo es un desenfoque teórico, sino que ha sido entre nosotros fuente de elevados costes sociales en litigación y efectos negativos sobre la administración de justicia. Todo ello era fácilmente evitable.

Muchas de las controversias que nos han ocupado, además de costosas, han tenido efectos redistributivos señalados. Por ejemplo, la litigación sobre cláusulas puramente distributivas como las relativas al IAJD o los aranceles notariales y registrales han tenido y tienen efectos redistributivos de rentas no solo entre entidades financieras y consumidores sino entre consumidores pasados y consumidores presentes y futuros.

La determinación *ex post* de la abusividad de las cláusulas contractuales puramente distributivas tiene efectos para las partes contractuales porque las consecuencias restitutorias de la abusividad operan una transferencia a posteriori de excedente contractual desde las entidades financieras a los consumidores sin que el excedente contractual agregado se modifique. Es decir, el efecto de la litigación ha sido neutral o indiferente desde el punto de vista del bienestar generado por el contrato, pero masivamente ha transferido a posteriori recursos de una parte del contrato a la otra. Con ello no hemos mejorado la asignación de recursos, simplemente hemos enriquecido a unos y empobrecido a otros, gastando ingentes recursos por el camino. Puestos a querer una redistribución masiva en favor de los ciudadanos que celebraron contratos de crédito hipotecario en el período de la burbuja inmobiliaria y crediticia (¿y por qué a ellos, y

no a otros que acaso lo necesitan más pero no pudieron comprar vivienda con una hipoteca?) hay medios más baratos que hacerlo a través de una oleada de litigación masiva.

Una segunda dimensión de la redistribución generada por la aplicación de la normativa de control de condiciones generales sobre cláusulas puramente distributivas tiene lugar entre consumidores pasados y consumidores presentes y futuros. Se puede esperar que los mayores costes de contratación hipotecaria que esta litigación a producido supongan precios más elevados en el futuro para el crédito hipotecario. Para saberlo con exactitud tendremos que esperar a estudios empíricos *ad hoc*.

Por otro lado, no parece claro que los contratos de préstamo hipotecario hayan ganado apreciablemente en transparencia como consecuencia de las disquisiciones en las que se ha embarcado la jurisprudencia y la doctrina españolas en torno a los costes exógenos de los contratos de hipoteca.

Todo ello, además, con un elevadísimo coste de litigiosidad añadida en un país como España aquejado de forma crónica de mayores niveles de litigación que los países de nuestro entorno.

¿Ha merecido la pena esta aventura en que se ha embarcado el Derecho privado español? ¿Ha servido para satisfacer los objetivos de la normativa europea y española de protección del contratante consumidor? ¿Ha mejorado el bienestar de los consumidores pasados, presentes y futuros en la contratación bancaria, más allá de transferencias de riqueza *ex post facto* a ciertos contratantes pasados de hipotecas y de efectos redistributivos no deseados entre aquellos y los consumidores presentes y futuros? Es difícil contestar en sentido afirmativo a estas preguntas, nos tememos.

La poco reconfortante experiencia española en la materia permite extraer algunas enseñanzas importantes, con todo. La primera, que la contratación en masa, y singularmente la financiera, genera efectos globales o generales no solo en la economía (en el propio sistema financiero) sino en el funcionamiento del Derecho y de la Administración de Justicia. Las malas y buenas soluciones que ofrezcamos van a transmitir sus ondas favorables o perniciosas al conjunto del sistema jurídico.

La segunda es que la contratación en masa es una realidad económica, como tantas otras que ha de regular el Derecho. Desconocer la sustancia económica del fenómeno objeto de regulación a la hora de diseñar, interpretar y aplicar las formas de respuesta a los problemas es un punto de partida poco prometedor si queremos encarar la tarea bien pertrechados intelectual y prácticamente.

Por eso, en este trabajo hemos intentado argumentar que la utilización de un instrumental económico básico en una relación contractual (costes, precios y su relación con los primeros, excedente y su distribución, cláusulas productivas y distributivas) permite afinar los instrumentos jurídicos para afrontar la contratación en masa, especialmente la financiera.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ADAMS, Michael: «Ökonomische Analyse des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen», en Neumann (Ed.) *Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte, Schriften des Vereins für Socialpolitik Band 140* (1984).
- ADAMS, Michael: *Ökonomische Begründung des AGB-Gesetzes-Verträge bei asymmetrischer Information Betriebsberater* (1989).
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, Civitas (2009).
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas (1991).
- «Cláusulas predispuestas que describen el objeto principal del contrato», *Almacén de Derecho* (2017) (disponible en: <http://almacenederecho.org/clausulas-predispuestas-describen-objeto-principal-del-contrato/>).
- «La sentencia del TJUE sobre cláusulas de vencimiento anticipado», *Blog Derecho mercantil* (2019), disponible en <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2019/03/la-sentencia-del-tjue-sobre-clausulas.html>).
- AGÜERO ORTIZ, Alicia: «Nulidad de la cláusula de gastos de préstamos hipotecarios: no son solo abusivos los gastos comprendidos en la STS de 23 de diciembre de 2015 (gastos, efectos y plazo)», 20, *Centro de Estudios de Consumo*, pp. 1-28 (2016).
- ARRUÑADA SÁNCHEZ, Benito y CASAS-ARCE, Pablo: «Préstamos hipotecarios y limitaciones al tipo de interés», en Juan-José Ganuza Fernández y Fernando Gómez Pomar (coord.), *Presente y futuro del mercado hipotecario español: un análisis económico y jurídico*, Aranzadi (2018).
- BADARINZA, Cristian, CAMPBELL, John Y. y RAMADORAI, Tarun: «International Comparative Household Finance», National Bureau of Economic Research Paper No. 22066, pp. 1-40 (2016).
- BAKOS, Yannis, MAROTTA-WURGLER, Florencia y TROSSEN, David R.: «Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard Form Contracts», *Journal of Legal Studies*, 43 (pp. 1-35) (2014).
- BAR-GILL, Oren: *Seduction by Contract*, Oxford University Press (2012).
- BECHUK, Lucian y POSNER, Richard: «One-Sided Contracts in Competitive Consumer Markets», 104, *Michigan Law Review*, pp. 827-835 (2006).
- BEN-SHAHAR, Omri y SCHNEIDER, Carl: *More than You Wanted to Know. The Failure of Mandated Disclosure*, Princeton University Press (2014).
- BEN-SHAHAR, Omri: «Fixing Unfair Contracts», 63 *Stanford Law Review*, pp. 869-906 (2011).
- «A Bargaining Power Theory of Default Rules», 109 *Columbia Law Review*, pp. 396-430 (2009).

- «The Myth of the ‘Opportunity to Read’ in Contract Law», 5 (1), *European Review of Contract Law*, pp. 1-28 (2009).
- BIX, Brian: Consent and Contracts, en Andreas Müller y Peter Schaber (eds.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, Routledge (2018) (disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3031183>).
- BOVER, Olympia, CASADO, José María, COSTA, Sonia, DU CAJU, Phillip, McCARTHY, Yvonne, SIERMINSKA, Eva, TZAMOURANI, Panagiota, VILLANUEVA, Ernesto y ZAVADIL, Tibor: «The Distribution of Debt Across Euro Area Countries: The Role of Individual Characteristics, Institutions and Credit Conditions», 12 (2), *International Journal of Central Banking*, pp. 71-128 (2016).
- CALO, Ryan: «Digital Market Manipulation», 82, *George Washington University Law Review*, pp. 995-1051 (2014).
- CALO, Ryan y ROSENBLAT, Alex: «The Taking Economy: Uber, Information and Power», 117, pp. 1623-1690 *Columbia Law Review* (2018).
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*, Aranzadi (2006).
- «Transparencias, desequilibrios e ineficiencias en el régimen de las cláusulas abusivas», LV *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, LV, 2014-2015, pp. 549-644 (2015).
- «Doce tesis sobre la STJUE de 21 diciembre 2016, su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no solo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo», *Indret* 1/2017, pp. 1-32 (2017).
- CAMPBELL, John Y. y COCCO, João F.: «Household Risk Management and Optimal Mortgage Choice», 118 *Quarterly Journal of Economics*, pp. 1449-1494 (2003).
- CAMPBELL, John Y.: «Restoring Rational Choice: The Challenge of Consumer Financial Regulation», *American Economic Review*, 106(5) :1-30 (2016).
- CAÑIZARES LASO, Ana: «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», 2 (3), *Revista de Derecho civil*, pp. 67-105 (2015).
- CARRASCO PERERA, Ángel: «La acción para reclamar intereses pagados en virtud de una cláusula suelo está prescrita cuando han transcurrido cuatro años desde que el contrato hipotecario ha sido consumado y cancelado», 21 *Centro Estudios de Consumo*, pp. 90-105 (2017).
- «De nuevo sobre el «control de transparencia» y el «control de contenido» en contratos celebrados entre no consumidores», 21 *Centro de Estudios de Consumo*, pp. 168-170 (2017).
- «Régimen de condiciones generales de contratación en el contrato de crédito inmobiliario», en Ángel Carrasco Perera (Dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Aranzadi (2019).
- «Nuevo régimen sobre vencimiento anticipado», en Ángel Carrasco Perera (Dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Aranzadi (2019).
- DE CASTRO BRAVO, Federico: «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», XIV (2), *Anuario de Derecho civil*, pp. 295-342 (1961).
- CHEN-WISHART, Mindy: «Regulating Unfair Terms», en Gullifer y Vogenauer (eds.), *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law. Essays in Honour of Hugh Beale*, Hart Publishing (2015).
- COAKLEY, Martha y Daniel, Alicia: «Improving Consumer Protection: Lessons from the 2008 Recession», 103 *Minnesota Law Review*, pp. 2477-2494 (2019).
- CORDERO LOBATO, Encarna: «No cabe sanción administrativa por «Introducción de cláusulas abusivas en los contratos» sin la declaración judicial previa del carácter abusivo de la cláusula», 22 *Centro de Estudios de Consumo*, pp. 192-194 (2017).

- CRASWELL, Richard: «Contract Law. General Theories», en Boudewijn Bouckaert y Gerrit de Geest (Eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. 1, Edward Elgar (2000).
- CZIUPKA, Johannes: *Dispositives Vertragsrecht. Funktionsweise und Qualitätsmerkmale gesetzlicher Regelungsmuster*, Mohr Siebeck (2010).
- DELLACASA, Matteo: «Judicial review of «core terms» in consumer contracts: defining the limits», *European Review of Contract Law*, 11 (2), pp. 152-176 (2015).
- DÍAZ FRAILE, Juan María: «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015», en Mariano Yzquierdo Tolsada (dir.), *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina Civil y Mercantil*, BOE/Dykinson 5618\2015, pp. 317-345 (2015).
- «La doctrina de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2019 sobre la cláusula de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios, Notarios y Registradores» (2019) (disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/clausula-de-vencimiento-anticipado-comentario-a-la-stsje-26-de-marzo-de-2019/>).
- DÍEZ GARCÍA, Helena: «Control notarial de cláusulas no transparentes y abusivas en los contratos de crédito o préstamo hipotecario», en Asociación de Profesores de Derecho civil, *Vivienda e hipoteca*, Tecnos (2018).
- EISENBERG, Melvin A.: *Foundational Principles of Contract Law*, Oxford University Press (2018).
- FENOY PICÓN, Nieves: «El control de transparencia (material) en la cláusula suelo: su análisis a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, de la doctrina española y de la jurisprudencia del Tribunal supremo», LXXI, *Anuario de Derecho civil*, pp. 855-1049 (2018).
- FURTH-MATZKIN, Meirav: «On the Unexpected Use of Unenforceable Contract Terms: Evidence from the Residential Rental Market», 9 *Journal of Legal Analysis*, pp. 1-49 (2017).
- «Bargaining in the Shadow of the Contract», Working Paper, John M. Olin Program in Law, Economics and Business, 6118 Harvard Law School (2018).
- GANUZA FERNÁNDEZ, Juan-José y GÓMEZ POMAR, Fernando (coord.): *Presente y futuro del mercado hipotecario español: un análisis económico y jurídico*, Aranzadi (2018).
- GILO, David y PORAT, Ariel: «The Hidden Roles of Boilerplate and Standard-Form Contracts: Strategic Imposition of Transaction Costs, Segmentation of Consumers, and Anticompetitive Effects», 104 *Michigan Law Review*, pp. 983-1032 (2006).
- GÓMEZ POMAR, Fernando y LYCZKOWSKA, Karolina: «Spanish Courts, the European Court and consumer law: some thoughts on their interaction», en Fabrizio Cafaggi y Stephanie Law (eds.), *Judicial Cooperation in European Private Law*, Edward Elgar (2017).
- GÓMEZ POMAR, Fernando, ARTIGOT GOLOBARDES, Mireia y GANUZA FERNÁNDEZ, Juan-José: «Standard Contract Terms and Legal Controls: A Reconstruction from the Law and Economics Theory of Contract», Working Paper, Universitat Pompeu Fabra, pp. 1-78 (2018).
- GÓMEZ POMAR, Fernando, ARTIGOT, Mireia y GANUZA FERNÁNDEZ, Juan-José: «Y todos estos pleitos, ¿para qué? », *InDret 4/2018*, pp. 1-8 (2018).
- GÓMEZ POMAR, Fernando: «Mucho ruido y pocas nueces. Al hilo de las recientes vicisitudes en materia de IAJD y contratación hipotecaria», *Centro de Estudios de Consumo* (2018) (disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Mucho_ruido_y_pocas_nueces_Al_hilo_de_las_recientes_vicisitudes_en_materia_de_IAJD.pdf).

- «¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos? El Tribunal Supremo ante la Sentencia Abanca del TJUE», *InDret 2/2019*, pp. 1-12 (2019).
- «Core v. Non-Core Contract Terms and Legal Controls over Standard Terms: Bad Lessons from Europe?», *European Review of Contract Law*, pp. 177-194 (2019).
- GÓMEZ POMAR, Fernando y ARTIGOT GOLOBARDES, Mireia: «Ex post fairness controls and contract design: the Spanish experience», en Klaus Mathis y Avishalom Tor (eds.), *Consumer Law and Economics*, Springer (en prensa 2020).
- HERNÁNDEZ TORRES, Estefanía: «El vencimiento anticipado en el proyecto de ley sobre contratos de crédito inmobiliario», en *Los Contratos de Crédito Inmobiliario: Algunas soluciones legales*, Reus (2018).
- HOFFMANN, David: «Relational Contracts of Adhesion», 88(6) *University of Chicago Law Review*, pp. 1395-1461 (2018).
- JANSEN, Nils: «Unfair Contract Terms», en Nils Jansen y Reinhard Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, (2018).
- JOHNSTON, Jason Scott: «Do Product Bans Help Consumers? Questioning the Economic Foundations of Dodd-Frank Mortgage Regulation», 23(3) *George Mason Law Review*, pp. 617-696 (2016).
- KAR, Robin B. y RADIN, Margaret J.: «Pseudo-Contract and Shared Meaning Analysis», 132 (4), *Harvard Law Review*, pp. 1135-1219 (2019).
- KIM, Nancy: «Relative Consent and Contract Law», 18, *Nevada Law Journal*, pp. 165-219 (2017).
- LEIB, Ethan J. y EIGEN, Zev J.: «Consumer Form Contracting in the Age of Mechanical Reproduction: The Unread and the Undead», Vol. 2017 (1), *University of Illinois Law Review*, pp. 65-109 (2017).
- LÓPEZ JIMÉNEZ, José María (Coord.): «Comentarios a la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», Bosch (2019).
- MARÍN JIMÉNEZ, Manuel Jesús: «Asignación de gastos entre las partes en el contrato», en Ángel Carrasco Perera (Dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Aranzadi (2019).
- MAROTTA-WURGLER, Florencia: «Will Increased Disclosure Help? Evaluating the Recommendations of the ALI's 'Principles of the Law of Software Contracts'», 78, *University of Chicago Law Review*, pp. 165-186 (2011).
- MARTÍN FABÁ, José María: «STJUE de 26 de marzo de 2019 sobre vencimiento anticipado del crédito hipotecario», CESCO, pp. 1-23 (2019) (disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/STJUE_de_26_de_marzo_de_2019_sobre_vencimiento_anticipado_del_credito_hipotecario.pdf).
- MEDICUS, Dieter: *Allgemeiner Teil des BGB*, 10.^a ed. C. F. Müller (2010).
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: «Comentario a la disposición adicional primera», en Aurelio Menéndez y Luis Díez-Picazo (Dir.), Jesús Alfaró Águila-Real (Coord.), *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*, Cívitas (2002).
- «Las cláusulas de vencimiento anticipado en el contrato de préstamo hipotecario», en Lorenzo Prats y Gema Tomás (eds.), *Culpa y responsabilidad. Libro Homenaje a Ricardo de Ángel*, Aranzadi (2017).
- MIRANDA SERRANO, Luis María: «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria», *InDret 2/2018*, pp. 1-80 (2018).
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «El control de abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado del crédito hipotecario, por falta de pago», en Luis Díez Picazo (Coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, vol II, Aranzadi (2014).

- MUÑOZ ESPADA, Esther: *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario. Una ulterior evolución doctrinal hacia la vivienda colaborativa*, Aranzadi (2018).
- MUTHOO, Abhinay: *Bargaining Theory with Applications*, Cambridge University Press (1999).
- OMAN, Nathan B.: *The Dignity of Commerce. Markets and the Moral Foundations of Contract Law*, University of Chicago Press (2017).
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «10 tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato», *Almacén de Derecho* (2017) (disponible en: <http://almacendederecho.org/10-tesis-la-falta-transparencia-las-clausulas-referidas-los-elementos-esenciales-del-contrato/>).
- «La Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia sobre las cláusulas de vencimiento anticipado abusivo», *Almacén de Derecho* (2019) (<https://almacendederecho.org/la-sentencia-de-la-gran-sala-del-tribunal-de-justicia-sobre-clausulas-de-vencimiento-anticipado-abusivas/>)
- PAZOS CASTRO, Ricardo: *El control de las cláusulas abusivas de los contratos con consumidores*, Aranzadi, (2017).
- PÉREZ BENÍTEZ, Jacinto José: «Las consecuencias de la abusividad y de la falta de transparencia. El polémico artículo 6 de la Directiva», *Almacén de Derecho*, marzo de 2017 (2017) (<http://almacendederecho.org/las-consecuencias-la-abusividad-la-falta-transparencia-polemico-articulo-6-la-directiva/>).
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco: *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi (2004).
- «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *InDret* 3/2013, pp. 1-28 (2013).
- «Juicio Crítico a la declaración del carácter abusivo de la cláusula que en préstamos hipotecarios impone los gastos del otorgamiento de la escritura pública, de la inscripción registral y del impuesto de actos jurídicos documentados al prestatario consumidor (a propósito de la STS 23 diciembre 2015)», 19, *Lex Mercatoria*, pp. 93-99 (2016).
- *La nulidad contractual en la jurisprudencia. Especial referencia a los contratos de préstamo e inversión*, Tirant lo blanch (2019).
- RADIN, Margaret J.: *Boilerplate: The Fine Print, Vanishing Rights and the Rule of Law*, Princeton University Press (2012).
- RAISER, Ludwig: *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Hanseatische Verlagsanstalt (1935).
- RUB, Guy: «Copyright Survives. Rethinking the Copyright-Contract Conflict», 103, *Virginia Law Review*, pp. 1141-1248 (2017).
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*, Tirant lo Blanch (2019).
- SÁNCHEZ LERÍA, Reyes: «Sobre el deber de transparencia en el proyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», en Sánchez Lería y Vázquez-Pastor Jiménez (coord.), *Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales*, Reus (2018).
- SHAVELL, Steven: *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press (2004).
- VARIAN, Hall R., *Intermediate Microeconomics: A Modern Approach: Media Update*, 9th ed., W. W. Norton & Company (2019)
- VENDRELL CERVANTES, Carles: «Jurisprudencia europea y española sobre protección del consumidor hipotecario: hitos, lecciones prácticas y cuestiones pendientes», en Juan-José Ganuza Fernández y Fernando Gómez Pomar (coord.), *Presente y futuro del mercado hipotecario español: un análisis económico y jurídico*, Aranzadi (2018).

- ZAMIR, Eyal y FARKASH, Yuval: «Standard Form Contracts: Empirical Studies, Normative Implications, and the Fragmentation of Legal Scholarship», *Hebrew University of Jerusalem Legal Studies Research Paper Series*, N.º15-16, 29, pp. 137-170 (2016).
- ZAMIR, Eyal y KATZ, Ori: «Substituting Invalid Contract Terms: Theory and Preliminary Empirical Findings», *Hebrew University of Jerusalem Legal Studies Research Paper Series*, N.º 19-22, pp. 1-44 (2019).
- ZAMIR, Eyal y TEICHMAN, Doron: *Behavioral Law and Economics*, Oxford University Press (2018).
- ZUMAQUERO GIL, Laura: «Criterios de determinación del carácter abusivo de las cláusulas no negociadas individualmente que repercuten en el consumidor el pago del impuesto de plusvalía y los gastos de alta en los distintos suministros necesarios para la habitabilidad de la vivienda. Comentario a la STJUE, Sala Primera, de 16 de enero de 2014, asunto C-226/2012, “Constructora Principado, S. A., y José Ignacio Menéndez Álvarez”», 15-2014, *La Ley Unión Europea*, pp. 14-23 (2014).

JURISPRUDENCIA CITADA

Unión Europea

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 16 de mayo de 2000, Shirley Preston y otras v. Wolverhampton Healthcare NHS Trust y otros, Dorothy Fletcher y otras v. Midland Bank plc, C-78/98.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial SA v. Roció Murciano Quintero, Salvat Editores SA v. José M. Sánchez Alcón Prades, José Luis Copano Badillo, Mohammed Berroane y Emilio Viñas Feliú, C-240/98 a C-244/98.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 26 de octubre de 2006, Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium, S. L., C-168/05.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 4 de junio de 2009, Pannon GSM Zrt. v. Erzsébet Sustikné Györfi, C-243/08.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 10 de mayo de 2011, Comisión de las Comunidades Europeas v. Reino de los Países Bajos, C-144/99.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 21 de marzo de 2012, RWE Vertrieb AG v. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e. V., C-92/11.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, S. A. v. Joaquín Calderón Camino, C-618/10.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia 14 de marzo de 2013, Aziz v. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), C 415/11.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 16 de enero de 2014, Constructora Principado, S. A. v. José Ignacio Menéndez Álvarez, C-226/12.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de de 30 de abril de 2014, Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai v. OTP Jelzálogbank Zrt, C-26/13.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 26 de febrero de 2015, Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei v SC Volksbank România SA, C-143/13.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 23 de abril de 2015, Jean-Claude van Hove v. CNP Assurances SA, C-96/14.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 21 de diciembre de 2016, Francisco Gutiérrez Naranjo v. Cajasur Banco SAU, Ana María Palacios Martínez v Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA), Banco Popular Español SA v. Emilio Irlés López y Teresa Torres Andreu, C-154/15 y C-307/15.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus SA v. Jesús Gutiérrez García, C-421/14.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Auto de 22 de febrero de 2018, Liviu Petru Lupean y Oana Andreea Lupean v. SC OTP Baak Nyrt, C-119/17.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 7 de agosto de 2018, Banco Santander, S. A. v. Mahamadou Demba y Mercedes Godoy Bonet, Rafael Ramón Escobedo Cortés v. Banco de Sabadell, S. A., C-961/16 y C-94/17.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 20 de septiembre de 2018, OTP Bank Nyrt., OTP Faktoring Követeléskezel Zrt. v. Teréz Ilyés, Emil Kiss, C-51/17.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 14 de marzo de 2019, Zsuzsanna Dunai v. ERSTE Bank Hungary Zrt, C-118/17.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria, S. A. v. Alberto García Salamanca Santos y Bankia, S. A., v. Alfonso Antonio Lau Mendoza, Verónica Yuliana Rodríguez Ramírez, C-70/17 y C-179/17.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Conclusiones del Abogado General de 15 de mayo de 2019, Gyula Kiss, CIB Bank Zrt. v. Emil Kiss y Gyuláné Kiss, C-621/17.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Auto de 3 de julio de 2019, Bankia, S. A. v. Alfredo Sánchez Martínez, Sandra Sánchez Triviño, C-486/16.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 3 de octubre de 2019, Gyula Kiss and CIB Bank Zrt. v Emil Kiss and Gyuláné Kiss, C-621/17.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 3 de octubre de 2019, Kamil Dziubak Justyna Dziubak v. Raiffeisen Bank International AG, C-260/18.

España

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno). Sentencia núm. 406/2012 de 18 de junio.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª). Sentencia núm. 221/2013, de 11 de abril.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno). Sentencia núm. 241/2013 de 9 de mayo.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno). Sentencia núm. 464/2014 de 8 de septiembre.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno). Sentencia núm. 705/2015 de 23 de diciembre.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª). Sentencia núm. 79/2016 de 18 de febrero.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno). Sentencia núm. 788/2017 de 9 de marzo.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª). Sentencia núm. 171/2017, de 9 de marzo.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª). Sentencia núm. 1557/2017 de 16 de septiembre.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno). Sentencia núm. 367/2017 de 8 de junio.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno). Sentencia núm. 655/2017 de 1 de diciembre.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno). Sentencia núm. 669/2017 de 14 de diciembre.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno). Sentencia núm. 25/2018 de 17 de enero.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno). Sentencia núm. 147/2018 de 15 de marzo.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno). Sentencia núm. 148/2018 de 15 de marzo.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a). Sentencia núm. 432/2018 de 11 de julio.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a). Sentencia núm. 483/2018 de 11 de septiembre.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a). Sentencia núm. 489/2018, de 13 de septiembre.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Pleno). Sentencia núm. 1505/2018 de 16 de octubre.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a). Sentencia núm. 1523/2018 de 22 de octubre.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a). Sentencia núm. 1531/2018 de 23 de octubre.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Pleno). Sentencia núm. 1669/2018 de 27 de noviembre.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Pleno). Sentencia núm. 1670/2018 de 27 de noviembre.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Pleno). Sentencia núm. 1671/2018 de 27 de noviembre.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a). Sentencia núm. 673/2018 de 29 de noviembre.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a). Sentencia núm. 44/2019 de 23 de enero.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno). Sentencia núm. 46/2019 de 23 de enero.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno). Sentencia núm. 47/2019 de 23 de enero.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno). Sentencia núm. 48/2019 de 23 de enero.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno). Sentencia núm. 49/2019 de 23 de enero.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a). Sentencia núm. 647/2019 de 21 de mayo.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a). Sentencia núm. 849/2019 de 18 de junio.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno). Sentencia núm. 463/2019 de 11 de septiembre.

Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.^a). Sentencia núm. 175/2014 de 14 de mayo.

Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.^a). Sentencia núm. 46/2015 de 6 de febrero.

- Audiencia Provincial de Palencia (Sección 1.^a). Sentencia núm. 17/2015 de 28 de septiembre.
- Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a). Sentencia núm. 269/2015 de 18 de noviembre.
- Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1.^a). Sentencia núm. 17/2015 de 4 de diciembre.
- Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a). Sentencia núm. 255/2016 de 17 de octubre.
- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.^a). Sentencia núm. 822/2017 de 13 de enero.
- Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1.^a). Sentencia núm. 41/2017 de 7 de febrero.
- Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.^a). Sentencia núm. 86/2017 de 15 de febrero.
- Audiencia Provincial de Ávila (Sección 1.^a). Sentencia núm. 50/2017 de 3 de marzo.
- Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4.^a). Sentencia núm. 211/2017 de 7 de junio.
- Audiencia Provincial de Asturias (Sección 5.^a). Sentencia núm. 306/2017 de 14 de septiembre.
- Audiencia Provincial de Logroño (Sección 1.^a). Sentencia núm. 177/2017 de 31 de octubre.
- Audiencia Provincial de Logroño (Sección 1.^a). Sentencia núm. 176/2017 de 31 de octubre.
- Audiencia Provincial de Logroño (Sección 1.^a). Sentencia núm. 187/2017 de 31 de octubre.
- Audiencia Provincial de Logroño (Sección 1.^a). Sentencia núm. 266/2017 de 31 de octubre.
- Audiencia Provincial de Santander (Sección 4.^a). Sentencia núm. 553/2017 de 8 de noviembre.
- Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 5.^a). Sentencia núm. 38/2018 de 1 de febrero.
- Audiencia Provincial de León (Sección 1.^a). Sentencia núm. 67/2018 de 27 de febrero.
- Juzgado de Primera Instancia (núm. 2 de Palencia). Sentencia núm. 177/2017 de 28 de septiembre.
- Juzgado de Primera Instancia (núm. 6 de Zamora). Sentencia núm. 203/2017 de 17 de octubre.
- Juzgado de Primera Instancia (núm. 7 bis de Pamplona). Sentencia núm. 513/2017 de 9 de noviembre.
- Juzgado de Primera Instancia (núm. 17 de Palma de Mallorca). Auto de 12 de marzo de 2019.
- Juzgado de Primera Instancia (núm. 6 de Ceuta). Auto de 13 de marzo de 2019.
- Juzgado de Primera Instancia (núm. 6 de Ceuta). Auto de 20 de marzo de 2019.