

CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y CONSUMIDORES: UNA VISIÓN JURISPRUDENCIAL

GENERAL CONDITIONS OF THE CONTRACTING AND CONSUMERS: A JURISPRUDENTIAL VIEW

PEDRO-JOSÉ VELA TORRES*

Recibido: 25/06/2018

Aceptado: 30/07/2018

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL FENÓMENO DE LA ESTANDARIZACIÓN NEGOCIAL Y SU REGULACIÓN CON ANTERIORIDAD A LA LCGC. II.- LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN 1. LA LEY DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS. 2. CARACTERÍSTICAS DE LAS CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN. 3. UNA CLÁUSULA QUE REGULA UN ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO (EL PRECIO) PUEDE SER UNA CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN. 4. RELACIÓN ENTRE ACCIONES COLECTIVAS E INDIVIDUALES. 5. LOS CONTROLES DE TRANSPARENCIA Y DE ABUSIVIDAD SOLO PROCEDEN EN CONTRATOS CON CONSUMIDORES. 6. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LAS CONDICIONES GENERALES INCLUIDAS EN CONTRATOS CON CONSUMIDORES. 7. CLÁUSULAS DE INTERÉS VARIABLE EN CONTRATOS DE PRÉSTAMO. TIPOS DE REFERENCIA. III.- LA DEPURACIÓN DEL CONCEPTO DE CONSUMIDOR COMO PRESUPUESTO PARA LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONSUMO. 1. LA NOCIÓN DE CONSUMIDOR EN LA NORMATIVA COMUNITARIA. 2. LA EVOLUCIÓN INTERPRETATIVA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU REFLEJO EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA. 3. EVOLUCIÓN DE LA NOCIÓN DE CONSUMIDOR EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. 4. EL ÁNIMO DE LUCRO ES EXCLUYENTE DE LA CONDICIÓN DE CONSUMIDOR EN EL CASO DE PERSONAS JURÍDICAS O ENTES SIN PERSONALIDAD, PERO NO NECESARIAMENTE EN EL CASO DE PERSONAS FÍSICAS. 5. LOS CONTRATOS DE CONSUMO MIXTOS O CON DOBLE FINALIDAD. IV.- CONDICIONES GENERALES EN CONTRATOS CON CONSUMIDORES. CONTROL DE OFICIO Y SUPERACIÓN DE OBSTÁCULOS PROCESALES. 1. CONTROL DE OFICIO. 2. REMOCIÓN DE OBSTÁCULOS PROCESALES. 3. INCIDENCIA DE RESOLUCIÓN DEL TJUE SOBRE LA EFICACIA DE LAS NORMAS DE DERECHO NACIONAL. V.- RELACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CITADA. VI.- BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY: I.- INTRODUCTION. GENERAL CONDITIONS ABOUT THE PHENOMENON OF DEALING STANDARDIZATION AND HIS REGULATION BEFORE LCGC. II.- GENERAL CONDITIONS OF CONTRACTING. 1. LAW OF GENERAL CONDITIONS OF CONTRACTING AND GENERAL LAW FOR THE PROTECTION OF CONSUMERS AND USERS. 2. CHARACTERISTICS OF THE GENERAL CONDITIONS OF CONTRACTING. 3. A CLAUSE WHICH REGULATES AN BASIC ELEMENT OF THE CONTRACT (PRIZE) CAN BE A GENERAL CONDITION OF CONTRACTING. 4. THE RELATIONSHIP BETWEEN COLLECTIVE ACTIONS AND SINGLE. 5. THE TRANSPARENCY AND ABUSIVE CONTROLS ONLY ARE APPROPRIATE IN CONTRACTS WITH CONSUMERS. 6. THE TRANSPARENCY CONTROL OF THE GENERAL CONDITIONS INCLUDED IN CONTRACTS WITH CONSUMERS. 7. CLAUSES OF VARIABLE INTEREST IN THE LOAN CONTRACT. THE REFERENCE RATES. III.- EXPLANATIONS OF THE CONCEPT OF CONSUMERS AS BUDGET TO THE APPLICATION OF THE CONSUMER RULES. 1. THE CONCEPT OF CONSUMER IN COMMUNITY RULES. 2. THE INTERPRETATIVE EVOLUTION OF THE TJUE AND HIS REFLECTION IN THE SPANISH JURISPRUDENCE. 3. EVOLUTION OF THE CONCEPT OF CONSUMER IN THE SPANISH LEGISLATION. 4. PROFIT MOTIVE EXCLUDING THE

* Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

<https://dx.doi.org/10.17651/rej.n18.a8>

CONDITION OF CONSUMER IN THE CASE OF LEGAL PERSON AND ENTITIES WITHOUT LEGAL PERSONALITY, BUT NO NECESSARILY IN THE CASE OF NATURAL PERSONS. 5. THE CONTRACT OF CONSUME MIXED OR CONTRACT WITH DOUBLE AIM.IV.- GENERAL CONDITIONS IN THE CONTRACTS WITH CONSUMERS. SELF CONTROL AND OVERCOMING OF PROCEDURALS OBSTACLES. 3. INCIDENCE OF THE RESOLUTION OF THE TJUE ABOUT THE EFFECTIVENESS OF THE RULES OF NATIONAL LAW.V.- JURISPRUDENCE CITED. VI.- BIBLIOGRAPH.

Resumen: En los últimos años y como consecuencia de la crisis económica, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se ha enfrentado a un inusitado número de asuntos relativos a contratos sometidos a condiciones generales en que el adherente era un consumidor. Ante la falta de respuesta legislativa a varios de los problemas más importantes presentados y la necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico español las directrices procedentes de la normativa y jurisprudencia de la Unión Europea, la jurisprudencia española ha tenido que suplir las lagunas legales existentes y crear un completo cuerpo de doctrina, que se resume en el presente trabajo.

Palabras clave: Condiciones generales de la contratación. Consumidores y usuarios. Reciente jurisprudencia española.

Abstract: In the last years and as consequence of the economic crisis, the Room of the Civil of the Supreme Court has faced an unusual number of matters relative to contracts submitted to general conditions in which the adherent was a consumer. Before the lack of legislative response to several of the most important presented problems and the need to incorporate into the juridical Spanish classification the directives proceeding from the regulation and jurisprudence of the European Union, the Spanish jurisprudence has had to replace the legal existing lagoons and to create a complete body of teaching, which is summarized in the present paper.

Keywords: General conditions of the contracting. Consumers and users. Spanish recent jurisprudence.

I. INTRODUCCIÓN. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL FENÓMENO DE LA ESTANDARIZACIÓN NEGOCIAL Y SU REGULACIÓN CON ANTERIORIDAD A LA LCGC.

Con anterioridad a la promulgación de la Ley de Contrato de Seguro de 1980 (LCS) y de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 (LGDCU), no existía en el Derecho español ninguna regulación específica del fenómeno de la estandarización negocial, pese a que desde principios del siglo XX ya se había detectado la utilización de condiciones generales en el tráfico y éstas habían comenzado a ser objeto de atención por parte de los juristas, que utilizaban distintas expresiones para identificarlas tales como, entre otras, las de *contratos de adhesión*, *contratos tipo*, o *contratos en masa*.

Al compás de los cambios acaecidos tras la Revolución Industrial, tanto en el ámbito civil como en el mercantil, pero sobre todo en este último, pronto se extendió la

práctica empresarial de utilizar contratos con clausulados predispuestos y, por tanto, no negociados individualmente. Con ello, se permitía a las grandes empresas y a los intervinientes en el tráfico económico responder de forma ágil y eficaz a la creciente demanda generada por la masificación del tráfico económico (piénsese, verbigracia, en los contratos de suministro de fuentes de energía: agua, gas, electricidad, etc.). Las condiciones generales ofrecían la importante ventaja de reducir los costes de celebración de los contratos y permitir su cálculo anticipado, al tiempo que facilitaban en el interior de las empresas la división de tareas y la coordinación entre sus integrantes.

Sin embargo, no todo eran ventajas. Al mismo tiempo, esta técnica de concluir o celebrar contratos generaba importantes riesgos e inconvenientes para los adherentes (así llamados por cuanto que, en realidad, cuando deciden celebrar el contrato no hacen otra cosa que *adherirse* a un contrato que le viene ya dado e impuesto por el predisponente). Se explica así que pronto la técnica de las condiciones generales fuera observada con preocupación doctrinal y jurisprudencial, al pasar a convertirse en muchas ocasiones, al socaire del principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), en instrumento privilegiado para la realización de prácticas abusivas que alteraban gravemente el justo equilibrio de las prestaciones en beneficio de la parte predisponente del contrato y en perjuicio del adherente¹. Y se explica así, igualmente, que algunos años después, tan pronto esta nueva técnica fue consolidándose en el tráfico negocial, el legislador se decidiera a intervenir, terminando por regularla mediante el establecimiento de una serie de controles formales y materiales. De hecho, esta intervención legislativa en el ámbito de la estandarización negocial explica buena parte del fenómeno característico de la contratación mercantil contemporánea que se ha dado en llamar *crisis del modelo de contrato codificado*.

Visto retrospectivamente, llama la atención como los principales iusprivatistas españoles de la primera mitad del siglo XX se mostraban cautelosos, cuando no claramente reticentes, ante este fenómeno de estandarización y advertían sobre sus peligros.

Así, Garrigues llegó a describir las condiciones generales de los contratos bancarios como «*un marco dibujado a gusto del banco con vistas a conseguir descargar sobre el cliente todos los hechos que pudieran originar daño o responsabilidad*»².

Castán puso de manifiesto que las condiciones generales presentaban «*indudables anomalías jurídicas y peligros prácticos.... [por lo que] ha tenido que surgir, frente a ellas, una reacción en la literatura jurídica y en la jurisprudencia*»³.

¹ VELA TORRES, P.: «La contratación a través de condiciones generales y clausulados negociales predispuestos». En “La contratación mercantil, disposiciones generales, protección de los consumidores”. Luis María Miranda Serrano (aut.), Pedro José Vela Torres (aut.), Adolfo Pries y Picardo (aut.), 2006, págs. 357-391.

² GARRIGUES, J.: *Contratos bancarios*. Madrid, 1958.

³ CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil común y foral*. Tomo III. Madrid, 1941.

Y Federico de Castro, en su obra *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, hacía un diagnóstico durísimo, al decir:

«Las asesorías de las grandes empresas aguzan su ingenio para descargar a sus Casas de cualquier responsabilidad, a la vez que procuran encadenar al cliente de modo y forma que la voluntad del empresario sea soberana para decidir sobre cualquier contingencia posterior a la perfección del contrato. El hallazgo de una nueva cláusula, que astutamente refuerce la prepotencia del empresario, será copiada y agregada enseguida en el texto de las condiciones generales de las demás empresas. De modo que la extensión de estas condiciones se hace mayor, a la vez que disminuyen las facultades del cliente. La misma forma objetiva y abstracta de su redacción ha facilitado el empleo corriente de las condiciones generales. Se ha observado que condiciones, de las que se avergonzaría un comerciante de proponerlas individualmente, se disimulan en el fárrago de reglas articuladas, escritas de modo esotérico, se excusan como propias de una rama de la industria o del comercio, si han de ser compiladas por una asociación; así, doblemente anónimas, todos los empresarios se aprovechan de ellas, aunque a nadie agrade aparecer como su autor»⁴.

De este modo, la doctrina española empezó a denunciar cómo las condiciones generales de la contratación entrañaban graves riesgos que hacían posible su impugnación. De un lado, por cuanto que planteaban problemas respecto de la virtualidad misma del consentimiento prestado por el adherente, toda vez que éste podía estar viciado por un defectuoso conocimiento y entendimiento de un clausulado muy complejo y, por ende, incomprensible. De otro lado, por cuanto que la autonomía de la voluntad del contratante que se ve compelido a aceptar un contrato con condiciones generales puede ser más aparente que real, esto es, no existir verdaderamente, dado que cuando se utilizan condiciones generales no cabe hablar realmente de la existencia de libertad de contratación y negociación, al menos no en sentido pleno, al quedar reducida la autonomía de voluntad del adherente a decidir si quiere contratar o no pero sin poder participar en modo alguno en la fijación del contenido contractual.

Por su parte, la jurisprudencia comenzó a utilizar como remedio a estos inconvenientes dimanantes del empleo de condiciones generales la normativa sobre interpretación de los contratos, en particular la antigua regla *contra proferentem* contenida en el art. 1288 CC, conforme al cual la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad.

II. LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.

1. La Ley de Condiciones Generales de la Contratación y la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

⁴ DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. Madrid, 1975.

Pese a que la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) contenía referencias implícitas a las condiciones generales de la contratación, en tanto en cuanto regulaba los clausulados predispuestos en contratos celebrados con consumidores, fue la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), la primera norma jurídica de carácter general que reguló en España la utilización de condiciones generales.

Como ha denunciado la doctrina más cualificada, se trata de una Ley técnicamente desafortunada que regula los requisitos de incorporación de las condiciones generales y las reglas de interpretación aplicables a este tipo de cláusulas, pero que, lamentablemente, no establece ningún tipo de control de contenido⁵. No obstante, pese a sus errores y desaciertos técnicos, es una Ley vigente que contiene buena parte del Derecho aplicable a una parcela de la realidad contractual de extraordinaria virtualidad práctica como lo es la celebración de contratos a través de condiciones generales predispuestas por el predisponente e impuestas a la otra parte contratante (el adherente).

La LCGC, además de establecer su propia regulación, confirió nueva redacción al art. 10 LGDCU e introdujo en la LGDCU un nuevo art. 10 bis y una nueva disposición adicional primera que contenía el catálogo no exhaustivo de cláusulas que se consideraban abusivas.

Posteriormente el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (TRLGCU), dedicó el Título II del Libro II a las condiciones generales y las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores (arts. 80 a 91).

Consecuentemente, la regulación actual de las condiciones generales de la contratación está sometida a un doble régimen, dependiendo de que adherente sea o no un consumidor o usuario. El ámbito objetivo de aplicación de la normativa resultante es más amplio para los consumidores, puesto que los mencionados preceptos de su Ley especial se aplican no sólo a las condiciones generales en sentido estricto, sino también a toda cláusula contractual que, aunque no sea general, sea predispuesta y, además, tenga la consideración legal de abusiva.

Como recuerda la STS⁶ 511/2017, de 20 de septiembre, la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, no contenía un listado de cláusulas que se considerasen en todo caso abusivas, sino que, en un anexo, al que se remite el art. 3.3, recogía una lista, indicativa y no exhaustiva, de cláusulas que podían ser declaradas abusivas. A su vez, aunque la Propuesta de Directiva relativa a los derechos de los consumidores, de la Comisión Europea, de 8 de octubre de 2008, sí estableció dos anexos [Anexo II: Cláusulas

⁵ PAGADOR LÓPEZ, J.: *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*. Madrid, 1999.

⁶ Salvo que se indique expresamente lo contrario, todas las referencias a sentencias del Tribunal Supremo deben entenderse hechas a resoluciones de la Sala Primera, de lo Civil.

contractuales que se consideran abusivas en cualquier circunstancia (que se conoció doctrinalmente como lista negra); y Anexo III: Cláusulas contractuales presuntamente abusivas (que se divulgó como lista gris)], el texto definitivo de la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de Octubre de 2011, no incorporó tales anexos, sino que se limitó a modificar la Directiva 93/13/CEE y mantuvo el sistema de lista enunciativa, delegando en los Estados miembros la posibilidad de imponer un mayor rigor en el control de las cláusulas abusivas.

En nuestro derecho interno, el legislador optó por un sistema de lista única, pero no cerrada (llamado vulgarmente de lista negra), contenido en los arts. 85 a 90 TRLGCU, que establece que las cláusulas contenidas en tales preceptos tienen la consideración de abusivas en todo caso (art. 82.4). Este mayor rigor en el control de las cláusulas abusivas es conforme a la Directiva 93/13/CEE, por su carácter de norma de mínimos, como se desprende de su art. 8, y ha sido afirmado por la STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08.

2. Características de las condiciones generales de la contratación

El art. 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) dice que son condiciones generales de la contratación «las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos».

A su vez, cuando el contratante sea consumidor, el art. 80 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGCU) utiliza la expresión «cláusulas no negociadas individualmente» en los contratos celebrados con consumidores.

Y para conocer el significado de «cláusula no negociada individualmente», hemos de acudir a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuyo art. 3.2 establece que se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente «cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en los contratos de adhesión».

Como han puesto de manifiesto las sentencias de la Sala Primera TS 241/2013, de 9 de mayo, 649/2017, de 29 de noviembre, y 669/2017, de 14 de diciembre, la exégesis del art. 1 LCGC lleva a concluir que los requisitos para ser condición general de la contratación son los siguientes:

a) Contractualidad: se trata de «cláusulas contractuales» y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo

haya sido por el propio empresario o por terceros, por lo que no es fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular, en el caso de los contratos de adhesión.

c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes. Aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato no pueda obtenerse más que mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin, ya que se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

Desde un punto de vista negativo, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación resulta irrelevante:

a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y

b) Que el adherente sea un profesional o un consumidor. A tal efecto, la Exposición de Motivos LCGC indica que «la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual», y que « [I] las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores».

Parece claro que la utilización de condiciones generales tiene un sentido económico, por lo que en determinados sectores y de manera relevante en la contratación bancaria, fue determinante que se sustituyesen los tratos personalizados de los términos y las condiciones de los contratos por la contratación por medio de condiciones generales propias del tráfico en masa, en el que el destinatario -tanto si es otro profesional o empresario como si es consumidor o usuario-, las acepta o rechaza sin posibilidad de negociar de forma singularizada, dando lugar a lo que la STS 406/2012, de 18 de junio, denomina «contratación seriada» y califica como «un auténtico modo de contratar, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico».

En lo relativo al conocimiento y consentimiento de las condiciones generales de la contratación, la jurisprudencia (por todas, STS 649/2017, de 29 de noviembre) ha establecido las siguientes conclusiones:

a) La prestación del consentimiento a una cláusula predisposta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que, o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula,

o debe renunciar a contratar.

b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre una pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación, aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario.

En lo que atañe al requisito de la predisposición, lo determinante es que las cláusulas hayan sido elaboradas o redactadas antes de la celebración del contrato, a cuyo efecto resulta indiferente el formato o soporte en que estén recogidas (documento impreso, archivo informático, etc.), así como que el predisponente sea o no su autor material, pues es suficiente con que las utilice, con independencia de su autoría.

Así, el sujeto que predispone no necesariamente será el sujeto denominado legalmente como predisponente en la relación contractual, sino que lo será quien incorpore las cláusulas predispuestas al contrato. Si la ley exigiera que, para poder aplicar la normativa protectora, el predisponente debiera ser el autor material del contenido contractual, a éste le sería fácil eludir el régimen legal de condiciones generales mediante el encargo de la redacción a un tercero.

3. Una cláusula que regula un elemento esencial del contrato (el precio) puede ser una condición general de la contratación

Aunque en principio resulte lógico que una cláusula que afecta al objeto principal del contrato, como es el precio, se incluya como una condición particular, es posible que se haya incluido en el clausulado general y se configure como una condición general de la contratación (por ejemplo, en el caso del interés remuneratorio con cláusula suelo). En este sentido, la sentencia Sala 1ª TS 222/2015, de 29 de abril, indica:

« [...] Que la cláusula de un contrato celebrado con un consumidor regule un elemento esencial del contrato no obsta a que tenga la consideración legal de condición general de la contratación si concurren los requisitos para ello (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad), ni la excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 1993/93/CEE ni de las normas de Derecho interno que la transponen, como es el caso de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el TRLCU.

»Esta cuestión fue ya resuelta en la STJUE de 10 de mayo de 2001, asunto C-144/99, caso “Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos”. La legislación holandesa no permitía el control de contenido por falta de

transparencia, ni la interpretación “contra proferentem” (que se prevén en los citados arts. 4.2 y 5 de la Directiva) de las condiciones generales relativas a los elementos esenciales del contrato, porque el artículo 231 del libro VI del “Burgerlijk Wetboek” (Código Civil holandés) excluía del concepto de condiciones generales aquellas que tuvieran por objeto las “prestaciones esenciales”, que por tanto estaban sometidas al régimen general de ineficacia contractual de los contratos por negociación. Pues bien, el Tribunal de Justicia, en la citada sentencia, entendió que Holanda había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para garantizar la adaptación completa del Derecho neerlandés no sólo al art. 5 de la Directiva (interpretación “contra proferentem”), sino también al artículo 4.2 de la citada Directiva (posibilidad de tal control de abusividad si hay una falta de transparencia en esas condiciones generales reguladoras de las prestaciones esenciales)».

Igualmente, la STS 166/2014, de 7 de abril, afirmó la posibilidad de que una cláusula que recaer sobre el objeto principal del contrato no haya sido objeto de negociación individual. Para que pueda existir negociación individual, como mínimo, ambas partes habrán de tener capacidad de influir en la configuración del contrato, aunque ello no signifique que efectivamente se haya influido en la fijación de la cláusula. Desde esta perspectiva, la propia noción de negociación individual tiene difícil encaje en los contratos de consumo, en los que el consumidor no tiene capacidad para modificar el clausulado predispuesto que le ofrece el empresario. Como explicó la sentencia 222/2015, de 29 de abril y reprodujo la sentencia 669/2017, de 14 de diciembre:

« [...] La negociación individual presupone la existencia de un poder de negociación en el consumidor, que tiene que ser suficientemente justificado por cuanto que se trata de un hecho excepcional, y no puede identificarse con que el consumidor pueda tener la opción de elegir entre diversos productos ofertados por ese predisponente, o entre los ofertados por los diversos empresarios o profesionales que compiten en el mercado. De no ser así, estaríamos confundiendo la ausencia de negociación con la existencia de una situación de monopolio en el oferente de determinados productos o servicios, o de una única oferta en el predisponente, lo que ya fue rechazado en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo».

Además, como resaltaron las SSTS 241/2013, de 9 de mayo, y 265/2015, de 22 de abril, el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas conforme a cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio. Cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores, ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, pese a la cual vea rechazado su intento de negociar. Tampoco es obstáculo a la aplicación del régimen jurídico de las condiciones generales que haya varios empresarios o profesionales que oferten los servicios o productos demandados por el consumidor, porque no es preciso que exista una posición monopolística del

predisponente para que las cláusulas de los contratos que celebra con los consumidores puedan ser consideradas como no negociadas.

Así lo ha considerado también el TJUE en diversas sentencias relacionadas con intereses remuneratorios de préstamos a consumidores, por ejemplo, en materia de cláusula suelo (STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15) o de hipoteca multidivisa (STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16).

4. Relación entre acciones colectivas e individuales

La STS 123/2017, de 24 de febrero, recoge que la sentencia del TJUE de 14 de abril de 2016 (asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14), en relación con la litispendencia y la prejudicialidad civil (instituciones claramente relacionadas con la cosa juzgada, en cuanto que la primera es tutelar de la cosa juzgada -STS 150/2011, de 11 de marzo- y la segunda implica una litispendencia impropia -sentencia 628/10 de 13 de octubre-) entre acciones colectivas en defensa de los consumidores y acciones individuales, estableció en su parte dispositiva que:

«El artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la de los litigios principales, que obliga al juez que conoce de una acción individual de un consumidor, dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula de un contrato que le une a un profesional, a suspender automáticamente la tramitación de esa acción en espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva que se encuentra pendiente, ejercitada por una asociación de consumidores de conformidad con el apartado segundo del citado artículo con el fin de que cese el uso, en contratos del mismo tipo, de cláusulas análogas a aquella contra la que se dirige dicha acción individual, sin que pueda tomarse en consideración si es pertinente esa suspensión desde la perspectiva de la protección del consumidor que presentó una demanda judicial individual ante el juez y sin que ese consumidor pueda decidir desvincularse de la acción colectiva».

Y en su apartado 30, indicó:

«Por lo tanto, las acciones individuales y colectivas tienen, en el marco de la Directiva 93/13, objetos y efectos jurídicos diferentes, de modo que la relación de índole procesal entre la tramitación de las unas y de las otras únicamente puede atender a exigencias de carácter procesal asociadas, en particular, a la recta administración de la justicia y que respondan a la necesidad de evitar resoluciones judiciales contradictorias, sin que la articulación de esas diferentes acciones deba conducir a una merma de la protección de los consumidores, tal como está prevista en la Directiva 93/13».

De lo anterior cabe extraer que, para la apreciación de cosa juzgada, entre acciones colectivas y acciones individuales no existe identidad objetiva, puesto que tienen

«objetos y efectos jurídicos diferentes».

A su vez, las sentencias del Tribunal Constitucional 148/2016, de 19 de septiembre y 206/2016, 207/2016 y 208/2016, todas de 12 de diciembre, establecieron:

«La identidad -que no mera similitud- de objeto entre ambos procesos [acción colectiva y acción individual], de otro lado, resulta cuanto menos dudosa. La demanda de cesación se configura por ley como instrumento de control abstracto de cláusulas ilícitas, y lo que se pretende con ella es que el profesional demandado deje de recomendarlas o suscribirlas con sus potenciales clientes. En este caso, la acción de cesación de ADICAE impugnaba, entre otras, la cláusula suelo cuyo contenido coincide con la firmada por los recurrentes años antes con la misma entidad bancaria. Pero lo cierto es que en ese proceso no se conoció de la cláusula suelo de "su" contrato, ni de las circunstancias concurrentes en su celebración (arts. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE y 82.3 del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios), como por ejemplo el cumplimiento del principio de transparencia. El objeto controvertido por tanto entre ambos procesos es similar, pero no idéntico. Ello no obsta, por supuesto, a que el Juzgado a quo, al dictar Sentencia sobre el fondo, deba de tener en cuenta los pronunciamientos ante todo del Tribunal Supremo, máximo intérprete de la legalidad ordinaria (art. 123 CE), en torno a la validez o nulidad de este tipo de cláusula.

»Pero extender de manera automática un efecto de cosa juzgada derivado de la estimación de la acción de cesación, a todas las cláusulas iguales insertas en la universalidad de contratos en vigor, además de no preverse en las normas que regulan dicha acción colectiva, puede llegar a atentar contra la autonomía de la voluntad del consumidor que no desee tal nulidad en su contrato, en los términos observados antes por nuestro Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. O cercenar las posibilidades de su impugnación individual si la demanda de cesación se desestima por mor de una línea de defensa jurídica de la entidad actora, distinta de la que hubiera sostenido el reclamante individual con base en las circunstancias concurrentes sólo por él conocidas».

De la jurisprudencia de la Sala 1ª TS (las sentencias antes citadas y la 375/2010, de 17 de junio), así como de la del TJUE y el TC, cabe deducir, en relación con los consumidores que no se personaron en el procedimiento en que se ejercitó la acción colectiva, que el llamamiento que se les hace conforme al art. 15 LEC no es suficiente para justificar la extensión frente a ellos de la eficacia de cosa juzgada que establece el art. 222.3 de la misma Ley. Una interpretación conjunta de los arts. 15, 222.3 y 221 LEC lleva a la conclusión de que la cosa juzgada de la sentencia estimatoria de la acción colectiva afectará únicamente a los consumidores no personados que estén determinados individualmente en la propia sentencia, conforme dispone el art. 221.1-1.ª LEC.

A su vez, en el caso de las acciones para la tutela de derechos de consumidores indeterminados o no fácilmente determinables, la eficacia de cosa juzgada tampoco se producirá frente a los no personados, sin perjuicio de que puedan hacer valer sus derechos

o intereses conforme a lo dispuesto en los arts. 221 y 519 LEC o, en su caso, ejercer las acciones individuales. Con la particularidad de que, en los casos en que, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declare ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, «la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente» (art. 221.1-2º LEC). Como dijo la indicada sentencia 375/2010, de 17 de junio, «el requisito de la identidad subjetiva para determinar la concurrencia de litispendencia o cosa juzgada [...] debe determinarse en función de los sujetos perjudicados en quienes se concrete el ejercicio de la acción».

Cuando en una sentencia que resuelve una acción colectiva se declara la falta de transparencia o la abusividad de una cláusula contractual que posteriormente vuelve a enjuiciarse con ocasión del ejercicio de una acción individual, lo resuelto en la primera sentencia no tiene efecto de cosa juzgada en el segundo procedimiento, porque en aquella ocasión se enjuició una acción colectiva y en ésta una acción individual.

Pero ello tampoco quiere decir que el pronunciamiento de la sentencia que resolvió la acción colectiva no surta ningún efecto en el procedimiento en que se ejercitó la acción individual. Como han dicho las SSTS 367/2017, de 8 de junio, y 593/2017, de 7 de noviembre, la sentencia que estimó la acción colectiva debe tener como consecuencia que en aquellos litigios pendientes en los que se ejercita una acción individual respecto de la misma cláusula, la regla general sea que el juez aprecie el carácter abusivo de la cláusula por las razones expresadas en aquella sentencia, salvo cuando consten en el litigio circunstancias excepcionales, referidas al perfil del cliente o a la información suministrada por el predisponente en ese caso concreto, que se aparten significativamente de lo que puede considerarse el estándar medio y justifiquen un fallo diferente.

5. Los controles de transparencia y de abusividad solo proceden en contratos con consumidores

La Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación indica claramente que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores, pero añade:

«Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios».

Sin embargo, lo expresado en la exposición de motivos carece de desarrollo normativo en el texto legal, lo que, suscita el problema de delimitar, desde el punto de

vista de la legislación civil general, a la que se remite, los perfiles de dicho control del abuso contractual en el caso de los adherentes no consumidores.

A su vez, la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo, como no podía ser menos dada la meritada previsión legal, rechazó expresamente en su fundamento jurídico 233 c) que el control de abusividad pueda extenderse a cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario. Pero igualmente en el fundamento jurídico 201 recordó que el control de incorporación de las condiciones generales se extiende a cualquier cláusula contractual que tenga dicha naturaleza, con independencia de que el adherente sea consumidor o no, al decir:

«En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC -"[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" -, 7 LCGC -"[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]"-».

Esta diferencia de tratamiento según el adherente sea o no consumidor la han resaltado también, en similares términos, las sentencias 149/2014, de 10 de marzo; 166/2014, de 7 de abril; y 688/2015, de 15 de diciembre. Esta última, además, respecto de la caracterización del control de las condiciones generales de la contratación en contratos entre profesionales, afirmó que:

«[l]a exigencia de claridad, concreción, sencillez y comprensibilidad directa del art. 7 b) LCGC no alcanza el nivel de exigencia que aplicamos al control de transparencia en caso de contratos con consumidores».

La sentencia 246/2014, de 28 de mayo, fijó la siguiente doctrina jurisprudencial:

«La compraventa de un despacho para el ejercicio de una actividad profesional de prestación de servicios queda excluida del ámbito de aplicación de la legislación especial de defensa de los consumidores, sin que resulte sujeta al control de contenido o de abusividad, debiéndose aplicar el régimen general del contrato por negociación».

Y, en fin, la sentencia 227/2015, de 30 de abril, estableció:

«[e]n nuestro ordenamiento jurídico, la nulidad de las cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino como una técnica de protección del adherente que tiene la condición legal de consumidor o usuario, esto es, cuando éste se ha obligado en base a cláusulas no negociadas individualmente».

[...] «las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de consumidor o usuario, cuando reúnen los requisitos de incorporación, tienen, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas, por lo que sólo operan como límites externos de las condiciones

generales los mismos que operan para las cláusulas negociadas, fundamentalmente los previstos en el art. 1.255 y en especial las normas imperativas, como recuerda el art. 8.1 LCGC».

En cuanto al control de transparencia, diferente al mero control de inclusión, está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de la Sala 1ª TS, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Es más, el art. 4.2 de la Directiva conecta esta transparencia con el juicio de abusividad, porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato.

Conexión entre transparencia material y abusividad que ha sido resaltada por la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15), al decir en su párrafo 49 que: «el control de la transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato procede del que impone el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13». Y que ha reiterado en la STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14 -Banco Primus- (apartado 62, que se remite a las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 41, y de 9 de julio de 2015, Bucura, C-348/14, EU:C:2015:447, apartado 50); y en la STJUE de 20 de septiembre de 2017, C-186/16 –Andriuc- (apartado 43, que se remite a la STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, apartado 32).

Precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad es lo que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor (SSTS 367/2016, de 3 de junio; 30/2017, de 18 de enero; 41/2017, de 20 de enero; 57/2017, de 30 de enero; 587/2017, de 2 de noviembre; 639/2017, de 23 de noviembre; y 8/2018, de 10 de enero).

Ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No correspondiendo a los tribunales la configuración de un «tertium genus» que no ha sido establecido legislativamente, dado que no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores.

6. El control de transparencia de las condiciones generales incluidas en contratos con consumidores

En las SSTTS 367/2017, de 8 de junio, y 593/2017, de 7 de noviembre, se define el control de transparencia respecto de las cláusulas que afectan a elementos esenciales del contrato, al decir:

«4.- [a]demás del filtro de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato. Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.

»5.- A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se facilitó al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula».

A su vez, en las sentencias del pleno de la sala 1ª TS 241/2013, de 9 de mayo, y 171/2017, de 9 de marzo (esta última, con cita de la STJUE de 26 de enero de 2017, caso Banco Primus, C-421/14), se aborda el control de transparencia de la cláusula de interés remuneratorio, que debe haber sido redactada por el profesional de manera clara y comprensible, y que, en el caso de intereses variables, ha de quedar claro que el precio del crédito está constituido por el tipo de referencia variable más el diferencial pactados. Y concluía la segunda de las resoluciones pactadas:

«Si partimos de la base de que, incluso en los contratos de adhesión con consumidores, rige la autonomía de la voluntad de los contratantes respecto del precio y la contraprestación, esto presupone la plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, para lo cual es preciso que el consumidor tenga un conocimiento cabal y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de la celebración del contrato. Como explica la doctrina, la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el consumidor. En caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no pudieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración, faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia de consentimiento.

»Por eso, el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó».

En la jurisprudencia del TJUE han abordado esta cuestión las sentencias de 21 de marzo de 2013, asunto *C-92/11*, caso *RWE Vertrieb*; 30 de abril de 2014, asunto *C-26/13*, caso *Kásler y Káslerne Rábai*; 26 de febrero de 2015, asunto *C-143/13*, caso *Matei*; y 23 de abril de 2015, asunto *C-96/14*, caso *Van Hove*. A tenor de estas resoluciones, no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, la carga jurídica y económica del contrato.

La jurisprudencia de la sala 1ª TS, con base en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo, la Directiva 93/13/CEE o simplemente, la Directiva) y los arts. 60.1 y 80.1 TRLCU, ha exigido también que las condiciones generales de los contratos concertados con los consumidores cumplan con el requisito de la transparencia. Esta línea jurisprudencial se inicia en las sentencias 834/2009, de 22 de diciembre; 375/2010, de 17 de junio; 401/2010, de 1 de julio; y 842/2011, de 25 de noviembre. Y se perfila con mayor claridad en las sentencias 406/2012, de 18 de junio; 827/2012, de 15 de enero de 2013; 820/2012, de 17 de enero de 2013; 822/2012, de 18 de enero de 2013; 221/2013, de 11 de abril; 638/2013, de 18 de noviembre; y 333/2014, de 30 de junio. Más específicamente, en relación con las denominadas «cláusulas suelo» en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, la aplicación del control de transparencia se inicia en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, y continúa en las sentencias 464/2014, de 8 de septiembre; 138/2015, de 24 de marzo; 139/2015, de 25 de marzo; 222/2015, de 29 de abril; 705/2015, de 23 de diciembre; 367/2016, de 3 de junio; 41/2017, de 20 de enero; 57/2017, de 30 de enero; 171/2017, de 9 de marzo; y 367/2017, de 8 de junio, entre otras muchas.

En estas sentencias se ha establecido la doctrina consistente en que, además del filtro o control de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato. Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.

A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se facilitó al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula.

Aunque la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, enunció hasta seis motivos diferentes cuya conjunción determinó que las cláusulas suelo analizadas fuesen consideradas no transparentes (que damos por reproducidos en aras de la brevedad), ya advirtió el auto de 3 de junio de 2013, que resolvió la solicitud de aclaración de la citada sentencia, que tales circunstancias constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. Pero que no se trataba de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determinaba que la presencia aislada de alguna, o algunas, fuera suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo. No existen medios tasados para obtener el resultado: un consumidor perfectamente informado. El perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios.

Así lo puso también de relieve la sentencia 171/2017, de 9 de marzo, al afirmar que en cada caso pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia.

7. Cláusulas de interés variable en contratos de préstamo. Tipos de referencia

Los intereses remuneratorios del préstamo, objeto de pacto conforme a los arts. 1755 CC y 315 CCom, constituyen, esencialmente, el precio del negocio y, en consecuencia, sirven económicamente al prestamista para cubrir sus costes de financiación y obtener el lucro pretendido con la operación.

En el mercado bancario y financiero se utilizan dos sistemas de determinación del tipo de interés remuneratorio: el interés nominal fijo, que suele ser un porcentaje, y el interés variable.

El tipo fijo tiene la ventaja de establecer el contenido contractual desde el inicio de la relación hasta su finalización y, por tanto, ofrece una mayor previsibilidad, en comparación con el interés variable, sobre la cantidad total a satisfacer en concepto de

intereses remuneratorios. Por el contrario, al ser inmune a la fluctuación de los tipos de interés, puede acabar perjudicando a una u otra parte.

Para contrarrestar este riesgo, se utiliza el interés variable, frecuente en las operaciones a largo plazo, a fin de acomodar la ejecución del préstamo a las oscilaciones del precio del dinero. Para ajustar el interés a los niveles del mercado, la duración total del contrato se divide en períodos (usualmente múltiplos de mes), en cada uno de los cuales se aplica el tipo resultante de las condiciones pactadas (sentencia de la sala 1ª TS de 26 de noviembre de 1996, ROJ: STS 6680/1996).

Como recuerda la STS 669/2017, de 14 de diciembre, en el cálculo del interés variable se establecen dos elementos contractuales que, conjuntamente, intentan mantener la economicidad del contrato. El primer elemento es el temporal, en función del cual el tipo de interés aplicable se revisa cada cierto tiempo. El segundo elemento establece los parámetros o criterios conforme a los cuales se calcula el interés aplicable, de manera que el tipo de interés resultante se desglosa en dos componentes: a) un tipo de referencia indicativo del precio del dinero (por ejemplo, por citar la práctica española, Mibor, Ceca, Euribor o IRPH); y b) eventualmente, un margen o diferencial establecido en términos porcentuales, que se sumará o restará, en su caso, al tipo de referencia. En consecuencia, cuando se utiliza el sistema de índice de referencia más diferencial, el precio del préstamo no es solo el correspondiente al índice, sino el resultante de la suma del valor del índice en cada periodo contractual más el margen.

Respecto a los tipos de referencia, cuando el prestatario es consumidor, el art. 85.3 TRLGCU permite las cláusulas por las que el empresario se reserva la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés cuando se encuentren adaptados a un índice, «siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el empresario esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna».

III. LA DEPURACIÓN DEL CONCEPTO DE CONSUMIDOR COMO PRESUPUESTO PARA LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONSUMO.

1. La noción de consumidor en la normativa comunitaria

Como ha resaltado la Sala Primera del Tribunal Supremo en diversas resoluciones (por ejemplo, sentencias 16/2017, de 16 de enero, o 224/2017, de 5 de abril, por citar solo algunas) el concepto de consumidor que contiene la legislación española (con la excepción de la referencia a las personas jurídicas y entes sin personalidad) procede de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante, TRLGCU) y también en algunas otras Directivas cuyas leyes de transposición no han quedado incluidas en el texto de 2007.

El Derecho comunitario parte de una noción de consumidor caracterizada por dos elementos: (i) debe tratarse de una persona física; y (ii) debe actuar con fines ajenos a su actividad profesional o empresarial.

En cuanto a las Directivas cuya transposición ha quedado refundida por el Real Decreto Legislativo 1/2007, coinciden la Directiva 85/577 (ventas fuera de establecimiento, art. 2), la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas, art. 2.b), la Directiva 97/7 (contratos a distancia, art. 2.2) y la Directiva 99/44 (garantías en las ventas de consumo, art. 1.2.a) en que consumidor es «toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional», con ligeras variantes de redacción entre ellas.

En lo que respecta a las Directivas cuyas transposiciones se encuentran fuera del TRLGCU, la idea se reitera invariablemente, al aludir todas a la «persona física» (ninguna Directiva de consumo contempla las personas jurídicas en su ámbito) que actúe con un fin o propósito «ajeno a su actividad comercial o profesional» (Directiva 98/6 sobre indicación de precios, art. 2.e; Directiva 2002/65 sobre comercialización a distancia de servicios financieros, art. 2.d; Directiva 2008/48 sobre crédito al consumo, art. 1.2.a), o «a su actividad económica, negocio o profesión» (Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico, art. 2.e), o a «su actividad económica, negocio, oficio o profesión» (Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales, art. 2.a, y Directiva 2008/122 sobre contratos de aprovechamiento por turno, art. 2.f).

A su vez, en otras normas internacionales o comunitarias, que están o han estado en vigor en España, se adopta una noción similar. Así, el Reglamento 44/2001 del Consejo UE, de 22 diciembre 2000, sobre competencia judicial en materia civil y mercantil, introdujo un foro de competencia especial en su art. 15.1 para «contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional». Concepto que reitera el art. 17.1 del Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que ha sustituido al anterior. Y el Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales contempla también en su art. 6 los «contratos de consumo», entendidos como los celebrados «por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional ('el consumidor') con otra persona ('el profesional') que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional».

2. La evolución interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su reflejo en la jurisprudencia española

La jurisprudencia del Tribunal europeo siempre ha interpretado el concepto de consumidor de forma restrictiva⁷. En una fase inicial, simultaneaba el aspecto negativo de la definición (actuar al margen de actividades empresariales) con una serie de explicaciones ejemplificativas mediante las que ilustraba en qué consistía esa actuación no profesional. Por ejemplo:

- En la STJCE de 14 de marzo de 1991 (asunto *di Pinto*), recaída en un asunto en que un empresario contrató en su domicilio unos servicios de publicidad, concluyó que dicho contrato constituía un acto de gestión realizado para satisfacer necesidades que no son *las necesidades familiares o personales* del comerciante (§ 16), por lo que no merece la calificación de consumidor;
- En la STJCE de 17 de marzo de 1998 (asunto *Dietzinger*, sobre un contrato de fianza concluido por un particular para garantizar la devolución de un préstamo para una finalidad empresarial ajena), señaló que la Directiva «no limita su ámbito de aplicación en función de la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, *siempre que tales bienes o servicios estén destinados al consumo privado*».

A su vez, cuando el TJCE ha interpretado los arts. 13 y 14 del Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial (actual art. 15 del Reglamento UE 44/2001) ha mantenido la misma postura:

- En las SSTJCE de 21 de junio de 1978; 19 de enero de 1993; 3 de julio de 1997; 27 de abril de 1999; 11 de julio de 2002; 20 de enero de 2005 –asunto *Gruber*–; 20 de enero de 2005 –asunto *Engler*–; 21 de junio de 1978, asunto *Bertrand*; o 19 de enero de 1993, asunto *Shearson Lehman Hutton Inc.*; se insiste que esas disposiciones «*sólo se refieren al consumidor final privado que no participe en actividades comerciales o profesionales*» y que «*sólo engloban los contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo*».
- Asimismo, en este grupo de resoluciones se mantenía que el concepto de consumidor «debe interpretarse de forma restrictiva» (STJCE 3 julio 1997, asunto *Benincasa*), «*pues cuando una persona celebra un contrato para usos relacionados con su actividad profesional debe considerarse que aquélla se encuentra en igualdad de condiciones con su co-contratante*» (STJCE 20 enero 2005, asunto *Gruber*).

La STJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16 (asunto *Schrems*), resume la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de consumidor y establece las siguientes pautas:

⁷ CÁMARA LAPUENTE, S.: «El concepto legal de consumidor en el Derecho Privado Europeo y en el Derecho español. Aspectos controvertidos o no resueltos». *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2011), Vol. 3, Nº 1, pp. 84-117. ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt

- (i) El concepto de «consumidor» debe interpretarse en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de éste, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras.
- (ii) Sólo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido para la protección del consumidor como parte considerada económicamente más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional.
- (iii) Dado que el concepto de «consumidor» se define por oposición al de «operador económico» y que es independiente de los conocimientos y de la información de que la persona de que se trate dispone realmente, ni la especialización que esa persona pueda alcanzar en el ámbito del que forman parte dichos servicios ni su implicación activa en la representación de los derechos e intereses de los usuarios de éstos, le privan de la condición de «consumidor».

No obstante, en los últimos tiempos el TJUE ha abierto más el concepto de consumidor y lo ha interpretado de manera más flexible, sobre todo cuando se trata de aplicar la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Así, la STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14 (caso *Costea*), objetiva el concepto de consumidor, al poner el foco en el marco personal o profesional en que se encuadra la operación y no en las condiciones subjetivas del contratante. En esta resolución el TJUE concluye que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «consumidor» con arreglo la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado.

En supuestos de pluralidad de deudores, el ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (asunto C- 74/15, *Tarcău*), estableció que la Directiva 93/13/CEE define los contratos a los que se aplica atendiendo a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional, como mecanismo para garantizar el sistema de protección establecido por la Directiva. Señala el TJUE que dicha «*protección es especialmente importante en el caso de un contrato de garantía o de fianza celebrado entre una entidad financiera y un consumidor ya que tal contrato se basa, en efecto, en un compromiso personal del garante o del fiador de pagar la deuda asumida contractualmente por un tercero, comportando para quien lo asume obligaciones onerosas, que tienen como efecto gravar su propio patrimonio con un riesgo financiero a menudo difícil de calibrar*» (apartado 25).

A continuación, el TJUE explica, con cita de la sentencia *Dietzinger*, que, si bien el contrato de garantía o de fianza puede calificarse, en cuanto a su objeto, de contrato accesorio con respecto al contrato de crédito principal del que emana la deuda que garantiza, lo cierto es que, desde el punto de vista de las partes contratantes, se presenta como un contrato diferente «*ya que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal*». En consecuencia, concluye el Tribunal que la condición de consumidor debe apreciarse, no en el contrato principal, sino en el contrato de garantía o fianza (apartado 26).

Con lo cual concluye el ATJUE que «*los artículos 1, apartado 1, y 2, letra b), de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad*».

La doctrina del ATJUE de 19 de noviembre de 2015 fue reiterada por el ATJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-534/15, *Dumitras*), si bien este caso no se refería a una garantía personal (fianza) sino a una garantía real (hipoteca), al decir en su fallo:

«*Los artículos 1, apartado 1, y 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva se aplica a un contrato de garantía inmobiliaria celebrado entre personas físicas y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en virtud de un contrato de crédito, cuando esas personas físicas actúen con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezcan de vínculos funcionales con la citada sociedad, lo que corresponde determinar al tribunal remitente*».

En estas resoluciones, el TJUE excluye la condición de consumidor cuando, aun actuando al margen de una actividad empresarial o profesional, se tiene un “vínculo funcional” con el contratante profesional; es decir, no se es del todo ajeno al aspecto profesional o empresarial de la operación (piénsese, por ejemplo, en el administrador social que afianza un crédito contraído por la sociedad mercantil que administra).

A estos efectos de la vinculación funcional, la STS 594/2017, de 7 de noviembre, ha considerado que la tiene el cónyuge no comerciante por las deudas empresariales del otro cónyuge empresario, de las que responde legalmente, conforme a los arts. 6 y 7 del Código de Comercio, lo que excluye su tratamiento como consumidor.

Asimismo, la STS 314/2018, de 28 de mayo, intenta dotar de contenido al concepto de “vinculación funcional” al que se refiere la jurisprudencia del TJUE. El ATJUE de 19 de noviembre de 2015, ya citado, ofrece una primera si Lili que aproximación, al decir en su apartado 29 (reproducido posteriormente en el ATJUE de 14 de septiembre de 2016, § 34):

«De este modo, en el caso de una persona física que se constituyó en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, corresponde al juez nacional determinar si dicha persona actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o bien si actuó con fines de carácter privado».

La mencionada sentencia 314/2018 considera que con el término «gerencia» que utiliza el TJUE debemos entender cualquier modalidad de administración de la sociedad, por lo que, en cualquier modalidad de sistema de administración, quien participa directamente en la toma de decisiones de la empresa tiene vínculo funcional con ella. Es decir, a estos efectos, todos los administradores, sean del tipo que sean, han de considerarse empresarios y no consumidores. Así se deduce del propio ATJUE de 14 de septiembre de 2016, caso *Dumitras*, que, además, hace extensiva la vinculación funcional del administrador social al socio único.

Más problemática es la cuestión cuando no se trata de administradores, sino de socios con «participación significativa en el capital social».

Más allá de engorrosas magnitudes puramente numéricas o porcentuales que, además, en nuestro Derecho interno son divergentes según recurramos al Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (por ejemplo, *art. 151*), al *Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores* (*arts. 174 y 175*), o a la *Ley Concursal* (*art. 93.2.1º*), lo determinante a estos efectos será, o bien que el socio tenga una preeminencia tal en la sociedad que influya decisivamente en su toma de decisiones y suponga que, de facto, su voluntad y la del ente social coincidan, o bien que el socio en cuestión tenga un interés profesional o empresarial en la operación que garantiza, puesto que el TJUE utiliza el concepto de actividad profesional o vinculación funcional con la empresa en contraposición con las actividades meramente privadas (por todas, STJUE de 25 enero de 2018, asunto *C-498/16*).

En el caso que resolvió la STS 314/2018, aparte de que los fiadores-socios tenían un porcentaje relevante del capital social de la sociedad prestataria (un 25% cada uno), se tuvo en cuenta la finalidad del préstamo, que fue la financiación del activo circulante de la empresa, por lo que los socios que tenían esa participación también tenían responsabilidad en su infra-capitalización. Así como que la prestataria era una sociedad cerrada, mediante la que parte de los socios desempeñaban su propia actividad profesional. Como consecuencia de lo cual, se concluyó que los socios fiadores también tenían vinculación funcional con la empresa prestataria.

Por el contrario, no se apreció vinculación funcional en la fiadora que ni administraba la sociedad ni tenía la condición de socia de la misma.

A su vez, el ATJUE de 27 de abril de 2017 (asunto *C-535/16*, *Bachman*) se refiere a la condición de consumidor en caso de sucesión contractual (novación subjetiva). El

Tribunal resuelve la decisión prejudicial planteada por un tribunal rumano sobre el concepto de consumidor relevante a los efectos de la aplicación de la Directiva 93/13/CEE (art. 2, b). En el caso, se planteaba la aplicación de la Directiva a una relación bancaria establecida inicialmente entre un banco y una sociedad mercantil (por lo tanto, excluida del concepto de consumidor) cuando la posición contractual de esa sociedad la ocupó posteriormente una persona física. A ésta se le reconoce por el Tribunal de Justicia la condición de consumidor, al decir su parte dispositiva:

«El artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que una persona física que, a raíz de una novación, ha asumido contractualmente, frente a una entidad de crédito, la obligación de devolver créditos inicialmente concedidos a una sociedad mercantil para el ejercicio de su actividad, puede considerarse consumidor, en el sentido de esta disposición, cuando dicha persona física carece de vinculación manifiesta con esa sociedad y actuó de ese modo por sus lazos con la persona que controlaba la citada sociedad así como con quienes suscribieron contratos accesorios a los contratos de crédito iniciales (contratos de fianza, de garantía inmobiliaria o de hipoteca)».

La doctrina del caso *Bachman* ha sido aplicada por diversas sentencias de la Sala Primera TS en casos en que un contrato de préstamo hipotecario fue inicialmente suscrito entre la entidad financiera y el promotor inmobiliario, pero posteriormente se subrogó el comprador de la vivienda. Conforme a la jurisprudencia del TJUE, se ha considerado que la primera operación no puede acogerse a la normativa de protección de los consumidores, pero sí la segunda, cuando el prestatario subrogado sea una persona física que actúa al margen de una actividad empresarial o profesional (por ejemplo, sentencias 25/2018, de 17 de enero; y 32/2018, de 18 de enero).

3.- Evolución de la noción de consumidor en la legislación española

La primera definición de consumidor en la legislación española la ofreció el art. 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyos apartados 2 y 3 establecían:

«2. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.

»3. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros».

Es decir, conforme a la Ley de Consumidores de 1984, tenían tal cualidad quienes

actuaban como destinatarios finales de los productos o servicios, sin la finalidad de integrarlos en una actividad empresarial o profesional.

Esta identificación del consumidor con el destinatario final del producto o servicio fue la que impregnó la jurisprudencia que interpretó la Ley de Consumidores de 1984 y el sentido de su posterior reforma (así, SSTS 568/1999, de 18 de junio; 992/2000, de 16 de octubre; 179/2002, de 28 de febrero; 891/2004, de 21 de septiembre; 963/2005, de 15 de diciembre; 406/2012, de 18 de junio; o 157/2014, de 28 de marzo).

A su vez, el art. 3 del Texto Refundido de 2007 (TRLGCU) matizó tal concepto, al afirmar que «son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional».

Posteriormente, la Ley 3/2014, de 27 de marzo, reformó el mencionado art. 3, que pasó a tener el siguiente tenor literal:

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

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

Nótese que la principal modificación del 2014 consiste en que se amplía el concepto de consumidor no solo a las personas jurídicas, sino también a las entidades sin personalidad jurídica, siempre que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito objetivo ajeno a una actividad mercantil. Lo cual constituye una absoluta novedad en la legislación europea, puesto que, como hemos visto, en ninguna directiva comunitaria en materia de consumo se hace extensivo el concepto de consumidor a personas jurídicas y solamente se reconoce como tales a las personas físicas.

Podemos concluir, pues, que el Texto Refundido abandona el criterio del destino final de los bienes o servicios, para adoptar el de la incorporación de los mismos a una actividad empresarial o profesional.

4.- El ánimo de lucro es excluyente de la condición de consumidor en el caso de personas jurídicas o entes sin personalidad, pero no necesariamente en el caso de personas físicas

De la vigente redacción del art. 3 TRLGCU se desprende que el ánimo de lucro es incompatible con la cualidad legal de consumidor solo cuando se trata de personas jurídicas o entes sin personalidad, puesto que cuando el precepto se refiere a personas físicas no hace mención a dicha intencionalidad lucrativa, sino que únicamente atiende al carácter empresarial o profesional de la actividad⁸. Es decir, introduce un requisito negativo únicamente respecto de las personas jurídicas, de donde cabe deducir que la

⁸ MARÍN LÓPEZ, M.J.: “El «nuevo» concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 9, 2014.

persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque pueda tener un ánimo de lucro⁹.

Además, la redacción del art. 3 TRLGCU se refiere a la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial en la que se enmarque la operación, no a la actividad empresarial específica del cliente o adquirente (interpretación reforzada por la STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14, *Costea*).

La jurisprudencia comunitaria ha venido considerando que la intención lucrativa no debe ser necesariamente un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor, por ejemplo en la STJCE de 10 de abril de 2008 (asunto *Hamilton*), que resolvió sobre los requisitos del derecho de desistimiento en un caso de un contrato de crédito para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; o en la STJCE de 25 de octubre de 2005 (asunto *Schulte*), sobre un contrato de inversión.

No obstante, sin apartarse de dicha regla general, cabría considerar que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, fondos etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el art. 1.1º CCom (sentencias Sala 1ª TS 16/2017, de 16 de enero, y 356/2018, de 13 de junio).

A *sensu contrario*, cabría pensar que no porque se actúe sin ánimo de lucro se es necesariamente un consumidor, ya sea éste una persona física o una persona jurídica, porque lo verdaderamente relevante es que se trate de actos realizados fuera del mercado.

5. Los contratos de consumo mixtos o con doble finalidad

La noción de consumidor resulta problemática cuando los bienes o servicios contratados se destinan a fines mixtos, es decir, a satisfacer necesidades personales, pero también a actividades comerciales o profesionales. El art. 3 TRLGDCU (al igual que el anterior art. 1 LGDCU) no contempla específicamente este supuesto, por lo que la doctrina y la denominada jurisprudencia menor han considerado que son posibles varias soluciones: que el contratante siempre es consumidor (pues a veces usa el bien o servicio para fines personales); que nunca lo es (ya que lo usa para fines profesionales); o que lo será o no en atención al uso preponderante o principal.

A su vez, la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, que modificó las Directivas 93/13/CEE y 1999/44/CE, tampoco

⁹ Idea que subyace, por ejemplo, en la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, o en la regulación de la compraventa mercantil (art. 326 CCom.). Y más específicamente, en la Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio.

aborda expresamente este problema en su articulado. Pero en su considerando 17 aclara que, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor.

Como el tema no está resuelto normativamente y queda sujeto a interpretación jurisprudencial en cada caso, la Comisión Europea, en el «Libro verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo», de 15 de marzo de 2007, distingue entre dos conceptos de consumidor, según se trate de (i) personas físicas que actúan con fines ajenos a su negocio, empresa o profesión, o (ii) personas físicas que actúan con fines *básicamente* ajenos a su actividad empresarial o profesional. En el segundo caso se está refiriendo a las relaciones de carácter mixto y es la que se ha recogido en los denominados Principios del Derecho contractual comunitario (Acquis Principles o ACQP), concretamente en su art. 1:201:

«Es consumidor cualquier persona física que principalmente actúe con un propósito ajeno a su actividad negocial».

Y con redacción casi idéntica, en el artículo I.-1:105, apartado primero, del Marco Común de Referencia (MCR/DCFR):

«Un consumidor es una persona natural que actúa principalmente por motivos que no están relacionados con su oficio, empresa o profesión».

A este problema se enfrentó la STS 224/2017, de 5 de abril, que, ante la ausencia de una norma expresa en nuestro Derecho nacional, consideró adecuado seguir el criterio interpretativo establecido en el citado considerando 17 de la Directiva 2011/83/UE, que además coincide con la jurisprudencia comunitaria. Así, en la STJCE de 20 de enero de 2005 (asunto C-464/01, *Gruber*) se consideró que el contratante es consumidor si el destino comercial es marginal en comparación con el destino privado; es decir, no basta con que se actúe principalmente en un ámbito ajeno a la actividad comercial, sino que es preciso que el uso o destino profesional sea mínimo («insignificante en el contexto global de la operación de que se trate», en palabras textuales de la sentencia).

En fin, para determinar si una persona puede ser considerada consumidora a los efectos de la Directiva 93/13/CEE y del TRLGCU, en aquellas circunstancias en las que existan indicios de que un contrato persigue una doble finalidad, de tal forma que no resulte claramente que dicho contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el criterio del objeto predominante ofrece una herramienta para determinar, a través de un examen de la globalidad de las circunstancias que rodean al contrato -más allá de un criterio puramente cuantitativo- y de la apreciación de la prueba practicada, la medida en que los propósitos profesionales o no profesionales predominan en relación con un contrato en particular. De manera que, cuando no resulte acreditado claramente que un contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el contratante en cuestión

deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, en atención a la globalidad de las circunstancias y a la apreciación de la prueba.

Posteriormente, la ya citada STJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16, *Schrems*, ha reiterado la doctrina de la sentencia del caso Gruber, al decir:

«32. Por lo que respecta, más concretamente, a una persona que celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional y que, por tanto, tan sólo es parcialmente ajeno a ésta, el Tribunal de Justicia ha considerado que podría ampararse en dichas disposiciones únicamente en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, sólo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de enero de 2005, Gruber, C-464/01, EU:C:2005:32, apartado 39)».

IV. CONDICIONES GENERALES EN CONTRATOS CON CONSUMIDORES. CONTROL DE OFICIO Y SUPERACIÓN DE OBSTÁCULOS PROCESALES. -

El desarrollo jurisprudencial de la Directiva 93/13/CEE llevado a cabo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha supuesto una auténtica revolución en el tratamiento procesal de los procedimientos judiciales españoles sobre contratos en los que es parte un consumidor. Sobre todo, en tres facetas: el control de oficio que deben efectuar los tribunales; la relativización de los cauces procesales ordinarios; y la incidencia de las resoluciones del TJUE sobre la eficacia de las normas de Derecho nacional.

1. Control de oficio.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, desde la STJCE de 27 de junio de 2000 (caso Océano vs. Murciano Quintero), ha declarado reiteradamente la obligación del juez nacional de examinar de oficio la validez de las cláusulas de los contratos concertados con consumidores *«tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello»*, por varios argumentos básicos:

A) Por una razón de justicia material, en consideración a la desigual posición de las partes en los contratos de adhesión concertados con consumidores (STJUE de 14 de junio de 2012, caso BANESTO contra Joaquín Calderón Camino): la situación de inferioridad del consumidor motiva que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 prevea que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas. La situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. El juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual

incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional.

B) Por un objetivo de política general, manifestado en un efecto disuasorio frente a la utilización de cláusulas abusivas (STJUE de 26 octubre 2006, asunto Mostaza Claro): *«...dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores...»*.

La jurisprudencia del TJUE es tan clara y contundente que puede afirmarse que la tutela del consumidor prevalece sobre cualesquiera cuestiones relativas a procedimiento o plazos, con la única limitación de salvaguardar los principios de audiencia y contradicción. Las sentencias del TJUE permiten que el juez –aun sin alegación de las partes– realice los controles de inclusión, transparencia y abusividad, al margen del procedimiento o fase en que se suscite (SSTJUE de 9 de noviembre de 2010 –VB Pénzügyi Lízing– apartado 56; de 14 de junio 2012 –Banco Español de Crédito S.A.– apartado 44; de 21 de febrero de 2013 –Banif Plus Bank Zrt– apartado 24; y de 14 marzo 2013 –Mohamed Aziz– apartado 4).

2. Remoción de obstáculos procesales.

Como resalta la STS 705/2015, de 23 de diciembre, en esta materia se siguen las pautas marcadas en el auto de 6 de noviembre de 2013 (Roj: ATS 10482/2013), que resolvió el incidente de nulidad de actuaciones deducido contra la sentencia del Pleno nº 241/2013, de 9 de mayo. La Sala 1ª partió de la base de que, en dicha sentencia, el apartado 130 de sus fundamentos jurídicos establecía que:

«[e]n la medida en que sea necesario para lograr la eficacia del Derecho de la Unión, en los supuestos de cláusulas abusivas, los tribunales deben atemperar las clásicas rigideces del proceso, de tal forma que, en el análisis de la eventual abusividad de las cláusulas cuya declaración de nulidad fue interesada, no es preciso que nos ajustemos formalmente a la estructura de los recursos. Tampoco es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las cláusulas como abusivas».

Y sobre dicha base, el mencionado auto recordó que *«[l]a correlación o concordancia entre las peticiones de las partes y el fallo de la sentencia en que consiste la congruencia no puede ser interpretada como exigencia de un paralelismo servil del razonamiento de la sentencia con las alegaciones o argumentaciones de las partes, puesto que el deber de congruencia es compatible con un análisis crítico de los argumentos de las partes e incluso con el cambio de punto de vista jurídico expresado con el tradicional aforismo "iura novit curia" [el juez conoce el derecho] siempre que ello no suponga una mutación del objeto del proceso que provoque indefensión (por todas, sentencia núm. 365/2013, de 6 de junio)».*

Desde este punto de vista, lo importante es que las partes, sobre todo las demandadas, puedan defenderse, por lo que deben extremarse las garantías de los

principios de audiencia y contradicción.

En la práctica de estos últimos años, las entidades financieras han alegado que el control de transparencia fue una innovación introducida por la jurisprudencia en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo; y que, en procedimientos entablados con anterioridad, no podían haber alegado al respecto. Sin embargo, ello no es así, pues ya con anterioridad a la sentencia 241/2013, había referencias al mismo tanto en los informes de la Comisión Europea como en la jurisprudencia.

Así, el Informe de la Comisión Europea sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (COM/2000/0248 final) afirmaba:

«El principio de transparencia, que constituye la base del artículo 5, presenta distintas funciones según que se asocie a unas u otras disposiciones de la Directiva. En efecto, el principio de transparencia puede aparecer como un medio para controlar la inserción de condiciones contractuales en el momento de la conclusión del contrato (si se analiza en función del considerando nº 20 [31]) o el contenido de las condiciones contractuales (si se lee en función del criterio general establecido en el artículo 3)».

Y el Tribunal Supremo ya se había pronunciado en ese sentido, al declarar la nulidad de condiciones generales por falta de transparencia (sentencias de la Sala Primera núm. 834/2009, de 22 de diciembre, y núm. 375/2010, de 17 de junio) y al considerar el control de transparencia como distinto del mero control de inclusión, en la sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio, cuya doctrina fue reiterada en la núm. 221/2013, de 11 de abril.

3. Incidencia de las resoluciones del TJUE sobre la eficacia de las normas de Derecho nacional.

Partiendo de la primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho Nacional, las resoluciones del TJUE que declaran que una norma interna es contraria a la tan mencionada Directiva 93/13/CEE constituyen en la práctica decisiones que dejan en suspenso total o parcialmente la eficacia de la norma afectada¹⁰.

Así, sin necesidad de que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, o que el legislador la derogue o modifique expresamente, una resolución del TJUE surte efectos similares. Y así ha venido ocurriendo en los últimos tiempos con distintas disposiciones legales a las que haremos referencia más adelante, en particular, el art. 114.3 de la Ley Hipotecaria y el art. 693.2

¹⁰ Esta primacía del Derecho Comunitario ha sido recordada por la STJUE de 26 de febrero de 2013, apartado 59, al decir: "En efecto, según jurisprudencia asentada, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, que es una característica esencial del ordenamiento jurídico de la Unión (véanse los dictámenes 1/91, de 14 de diciembre de 1991, Rec. p. I-6079, apartado 21, y 1/09, de 8 de marzo de 2011, Rec. p. I-1137, apartado 65), la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado (véanse, en especial, las sentencias de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, Rec. p. 1125, apartado 3, y de 8 de septiembre de 2010, Winner Wetten, C-409/06, Rec. p. I-8015, apartado 61)".

de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹¹.

En consecuencia, en caso de contradicción entre una norma nacional y una comunitaria, el juez nacional debe interpretar la normativa nacional de conformidad con la comunitaria, si ello fuera posible; o incluso dejar de aplicar la normativa nacional en favor de la aplicación de la comunitaria¹².

De especial importancia en este sentido es la STJUE de 28 de julio de 2016 (asunto C-168/15), que abre la puerta a que se pueda pedir responsabilidad patrimonial a un Estado miembro si un tribunal nacional que resuelve en última instancia, no declara la nulidad de una cláusula abusiva en un contrato celebrado con consumidores. No obstante, establece un límite temporal a dicha doctrina, pues aclara que solamente se refiere a resoluciones judiciales dictadas después del 4 de junio de 2009, fecha de la STJUE del caso Pannon GSM (C-243/08, EU:C:2009:350), a partir de la que el TJUE impuso sin género de dudas la obligación de los tribunales nacionales de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, en cuanto dispusieran de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello.

Según esta última sentencia de 28 de julio de 2016, un tribunal que no actúe así, incumple manifiestamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia y, por lo tanto, comete una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión.

V.- RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA CITADA

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

STJCE de 4 de junio de 2009, asunto C-243/08.

STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08.

STJUE DE 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11.

STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13.

STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14.

ATJUE de 19 de noviembre de 2015, asunto C- 74/15.

¹¹ Son de especial trascendencia en relación con el control de cláusulas abusivas en contratos bancarios con consumidores, por su relación con España, las siguientes SSTJUE: 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11, Mohamed Aziz); 17 de julio de 2014 (asunto C-169/2014, Sánchez Morcillo); 21 de enero de 2015 (asunto C-482/2013, Hidalgo Rueda); 29 de octubre de 2015 (asunto C-8/2014, Peñalva López)

¹² La STJUE de 19 de enero de 2010 (C-555/07) dictaminó que, para dejar de aplicar una norma nacional por contradicción con una norma comunitaria, no es necesario plantear previamente la cuestión prejudicial.

STJUE de 14 de abril de 2016, asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14.

STJUE de 28 de julio de 2016, asunto C-168/15.

ATJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-534/15).

STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15.

STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14.

ATJUE de 27 de abril de 2017.

STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16.

STJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 148/2016, de 19 de septiembre.

STC 206/2016, de 12 de diciembre.

STC 207/2016, de 12 de diciembre.

STC 208/2016, de 12 de diciembre.

TRIBUNAL SUPREMO (SALA PRIMERA, DE LO CIVIL)

STS 375/2010, de 17 de junio.

STS 628/10 de 13 de octubre.

STS 150/2011, de 11 de marzo.

STS 406/2012, de 18 de junio.

STS 241/2013, de 9 de mayo.

STS 149/2014, de 10 de marzo.

STS 166/2014, de 7 de abril.

STS 246/2014, de 28 de mayo.

STS 222/2015, de 29 de abril.

STS 227/2015, de 30 de abril.
STS 688/2015, de 15 de diciembre.
STS 705/2015, de 23 de diciembre.
STS 367/2016, de 3 de junio.
STS 16/2017, de 16 de enero.
STS 30/2017, de 18 de enero.
STS 41/2017, de 20 de enero.
STS 57/2017, de 30 de enero.
STS 123/2017, de 24 de febrero.
STS 171/2017, de 9 de marzo.
STS 224/2017, de 5 de abril.
STS 367/2017, de 8 de junio.
STS 511/2017, de 20 de septiembre.
STS 587/2017, de 2 de noviembre.
STS 593/2017, de 7 de noviembre.
STS 594/2017, de 7 de noviembre.
STS 639/2017, de 23 de noviembre.
STS 649/2017, de 29 de noviembre.
STS 669/2017, de 14 de diciembre.
STS 8/2018, de 10 de enero.
STS 25/2018, de 17 de enero.
STS 32/2018, de 18 de enero.
STS 314/2018, de 28 de mayo.
STS 356/2018, de 13 de junio.

VI.- BIBLIOGRAFÍA

CÁMARA LAPUENTE, S.: «El concepto legal de consumidor en el Derecho Privado Europeo y en el Derecho español. Aspectos controvertidos o no resueltos». Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2011), Vol. 3, Nº 1, pp. 84-117. ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: «Derecho Civil común y foral». Tomo III. Madrid, 1941.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes». Madrid, 1975.

GARRIGUES, J.: «Contratos bancarios». Madrid, 1958.

MARÍN LÓPEZ, M.J.: “El «nuevo» concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU”, Revista CESCO de Derecho de Consumo, 2014, nº 9.

PAGADOR LÓPEZ, J.: «Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación». Madrid, 1999.

VELA TORRES, P.: «La contratación a través de condiciones generales y clausulados negociales predispuestos». En “La contratación mercantil, disposiciones generales, protección de los consumidores”. Luis María Miranda Serrano (aut.), Pedro José Vela Torres (aut.), Adolfo Prías y Picardo (aut.), 2006.