

***EL SISTEMA HIPOTECARIO, EL
NOTARIO Y EL CONSUMIDOR A LA
LUZ DE LA CRISIS DEL AÑO 2008***



**CONSEJO GENERAL
DEL NOTARIADO**



Autor:

Jorge Alberto LATINO

Dirección:

Don Alfonso CAVALLÉ CRUZ

Don Isidoro LORA-TAMAYO

Don Rodrigo TENA ARREGUI

ÍNDICE:

I) <u>Introducción</u>	p. 1
II) <u>La Crisis del año 2008. Causas y Consecuencias</u>	p. 2
A) Causas Generales: El Individualismo	p. 2
B) Causas Específicas de la Crisis	p. 3
C) Consecuencias de la crisis	p. 4
D) La crisis se traslada al mundo jurídico	p. 6
III) <u>Deber de Información Precontractual</u>	p. 10
A) Introducción	p. 10
B) Conceptos Generales. Diferencias y Similitudes con figuras afines	p. 14
C) Posiciones sobre el Deber de Información	p. 16
D) Justo Precio o Precio Justo	p. 17
E) Marco Tulio Cicerón	p. 19
F) Santo Tomás de Aquino	p. 21
G) Francisco de Vitoria	p. 26
H) Domingo de Soto	p. 27
I) Orden Jesuita: Luis de Molina; Leonardus Lessius; Juan de Lugo	p. 27
J) Hugo Grocio	p. 29
K) Samuel Pufendorf	p. 30
L) Robert Joseph Pothier	p. 31
LL) Hans Kelsen	p. 33
IV) <u>Reflexión Final</u>	p. 34
V) <u>Protección al Consumidor</u>	p. 35
A) Evolución	p. 35
B) Concepto de “Consumidor” y Principios rectores	p. 36
C) Información Precontractual	p. 38

<i>VI) <u>El Notario y el Requirente en el plano del Consumidor</u></i>	p. 42
A) Introducción	p. 42
B) Cláusulas Abusivas	p. 45
C) El Deber de Información y las Condiciones Generales de Contratación	p. 48
D) Cláusulas no negociadas individualmente	p. 52
<i>VII) <u>Control de Contenido y Control de Transparencia</u></i>	p. 54
A) Introducción	p. 54
B) El artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE	p. 56
1) Comprensibilidad y Claridad	p. 58
2) El alcance del Control de Transparencia en materia de Precio	p. 60
3) Consecuencias de infringir los deberes	p. 62
<i>VIII) <u>La situación en España</u></i>	p. 63
A) Pronunciamientos sobre “Cláusulas Suelo”	p. 63
B) Las Extralimitaciones del TJUE	p. 66
C) La STJUE 21 diciembre 2016 y 26 de enero 2017	p. 67
D) ¿Retroactividad o Irretroactividad de la nulidad declarada?	p. 68
E) Incumplimiento del deudor. Cláusulas de vencimiento anticipado	p. 70
<i>IX) <u>Panorama de la situación desde la óptica del Registrador</u></i>	p. 71
<i>X) <u>La situación en Argentina</u></i>	p. 73
<i>XI) <u>Conclusión</u></i>	p. 76
<i><u>El Notariado frente a estas realidades</u></i>	p. 83

“Me ha complacido mucho su carta, amigo mío. Encuentro en ella algo que es hoy insólito encontrar en un joven, y especialmente en un joven argentino. Pregunta usted algunas cosas, es decir, admite usted la posibilidad de que las ignora. Ese poro de ignorancia que deja usted abierto en el área pulimentada de su espíritu, le salvará. Por él se infiltrará un superior conocimiento. Créame: no hay nada más fecundo que la ignorancia consciente de sí misma.”

*Carta a un joven argentino que estudia filosofía
Don José Ortega y Gasset*

I) INTRODUCCIÓN:

La crisis acaecida en el año 2008 afectó transversalmente a la economía, a la sociedad, a la política y, en consecuencia, al derecho. Es por ello que el objeto de este trabajo es mostrar, desde una perspectiva multidisciplinar, pero sin perder de vista que el enfoque jurídico será siempre el horizonte, cómo se produjo y desarrolló esta crisis, las consecuencias que trajo, y el modo en que se buscó dar contención y respuesta a los problemas generados. Así, el estudio girará en torno a distintos ejes: la crisis, el deber de información y el consentimiento, el sistema bancario y el consumidor, la hipoteca, y el rol del notario.

Comenzaremos analizando la crisis para dar paso a la evolución del desarrollo teórico y conceptual de lo que hoy conocemos como deber de información precontractual. Nos preguntaremos cuál es el conocimiento que debe ponerse en común a la hora de contratar, qué nivel de información debe exigirse a los contratantes, y qué ocurre cuando alguien reserva para sí ciertos datos. Partiendo de Cicerón y llegando hasta nuestro tiempo se verá que, según la postura filosófico-jurídica que se adopte, variarán las consecuencias respecto de institutos tales como el abuso de posición dominante, las cláusulas abusivas, el control de transparencia, el resarcimiento, o el deber de información, entre muchos otros.

Luego se verá el alcance que tiene el derecho al consumidor en materia hipotecaria, y la trascendencia que ha tenido, y mantiene, la jurisprudencia en este tópico, llegando incluso a encontrar una vía indirecta a través del control de forma para entrar en el control de fondo, mediante distintas interpretaciones que se han dado al control de transparencia.

Por último, se estudiará el vínculo que tiene el notario en este entramado, su función asesora, el imprescindible cumplimiento del deber de información, y su rol ante las cláusulas abusivas y poco transparentes.

Pasemos a ello.

II) LA CRISIS DEL AÑO 2008: Causas y Consecuencias:

A) Causas generales: El Individualismo:

Para explicar el por qué de la implosión de la burbuja especulativa y financiera del año 2008, es necesario ahondar en sus causas, generales y específicas. Entre las tantas que podríamos mencionar, me interesa reparar, en primer lugar, en una causal enraizada en la crisis, y que es una característica propia del capitalismo como tal: el individualismo, que ha sido tomado en este caso de la mano de la irresponsabilidad y de la falta de control.

Niño Becerra¹ sostiene que el capitalismo se sustenta sobre tres bases: el individualismo, que en su opinión ha sido aportado por el calvinismo; la Ilustración, que le da su base filosófica; y la búsqueda de la maximización del beneficio individual. Se sientan así las columnas sobre las que reposará el sistema: propiedad privada y la libertad de mercado, sin fuerzas que limiten el poder de decisión de la persona. Ha de ser el individuo el que decida cómo y de qué manera utilizar los medios de producción que tiene a su alcance, y para ello *“el papel de los gobiernos debe ser mínimo, y el de los Estados, el imprescindible para garantizar el orden necesario para la libre elección.”*².

Tengamos también presentes las palabras de Álvarez Royo-Villanova: *“Como dice Adam Smith, padre intelectual del liberalismo, “todo para mí, nada para los demás, parece haber sido durante toda la historia el vil lema de los poderosos”. Se refiere no a los políticos sino sobre todo a los que detentan el poder económico, que en todo momento tratan de evitar que exista competencia. Son el derecho y la coacción del estado los que tienen que hacer que se respeten las reglas del mercado, pues los*

¹ NIÑO BECERRA, Santiago, *El Crash del 2010. Toda la verdad sobre la crisis*, Tercera Edición, Editorial Debolsillo, España, 2010

² Ibidem, p. 43

operadores por sí mismos tratarán de pervertirlas en su propio interés. La libertad individual sin control no crea el mercado sino la opresión o el monopolio ... ”³.

B) Causas específicas de la crisis:

No es tarea sencilla, ni mucho menos breve, explicar el por qué de la crisis. Ríos de tinta han encontrado su cauce en distintas teorías y análisis, pero podemos decir que hay denominadores comunes que de allí se desprenden.

El primero de estos denominadores es el abuso que se hizo de las llamadas “hipotecas subprime”, otorgándose créditos a personas que no estaban en condiciones de solicitarlos, el segundo la burbuja sobre el valor de los inmuebles que permitió que el engranaje funcionara como una bomba de tiempo, y el tercero la titulación de esas hipotecas.

Abadía esquematiza el origen de la crisis de la siguiente manera: “1) 2001. Explosión de la burbuja Internet; 2) La Reserva Federal de Estados Unidos baja en dos años el precio del dinero del 6.5 % al 1 %; 3) Esto dopa un mercado que empezaba a despegar: el mercado inmobiliario; 4) En 10 años, el precio real de las viviendas se multiplica por dos en Estados Unidos; 5) Durante años, los tipos de interés vigentes en los mercados financieros internacionales han sido excepcionalmente bajos; 6) Esto ha hecho que los Bancos hayan visto que el negocio se les hacía más pequeño ... 7) A alguien, entonces, en América, se le ocurrió que los Bancos tenían que hacer dos cosas: a) Dar préstamos más arriesgados, por los que podrían cobrar más intereses; b) Compensar el bajo Margen aumentando el número de operaciones (1000 x poco es más que 100 x poco); 8) En cuanto a lo primero (créditos más arriesgados), decidieron: a) Ofrecer hipotecas a un tipo de clientes ... b) Cobrarles más intereses, porque había más riesgo; c) Aprovechar el boom inmobiliario; d) Además, llenos de entusiasmo, decidieron conceder créditos hipotecarios por un valor superior al valor de la casa ... porque, con el citado boom inmobiliario,

³ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo, “Mercado, Regulación y Ética”, en *El Notario del Siglo XXI*, nº 22, Nov-Dic 2008, <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-22/1795-mercado-regulacion-y-etica-0-8771387458566006>

esa casa, en pocos meses, valdría más que la cantidad dada en préstamo, A este tipo de hipotecas, les llamaron “hipotecas subprime”⁴”⁵

En cuanto los préstamos, estos se fijaban durante dos o tres años a un tipo de interés «de enganche», artificialmente bajo, antes de subir de golpe al tipo de interés variable, «de continuación». De esta forma, hacían préstamos a personas de bajos ingresos a un tipo de interés de enganche cuando sabían que no podrían permitirse pagar el tipo de interés de continuación, y *“lo hacían para que, cuando los prestatarios llegaran al final del período de enganche, tuvieran que refinanciar, de modo que los prestadores pudieran sacarles más dinero”⁶*. Así, la recesión estadounidense del año 2000 se solucionó con el inicio de una oleada de especulación inmobiliaria en muchos países y con la puesta en marcha de una serie de redes financieras basadas en el apalancamiento de deudas sustentadas en unas expectativas que, en última instancia, se basaban en la creencia de que el valor de los bienes inmuebles iba a continuar creciendo indefinidamente y nunca se produciría el impago de los créditos hipotecarios involucrados en esa especulación inmobiliaria; de forma que se concedían *“créditos hipotecarios a personas a las que ninguna entidad financiera se los concedía debido a su nula solvencia financiera y, además, sin cuestionar el valor asignado a los inmuebles a hipotecar. A continuación, se ponía en marcha un procedimiento por el que un conjunto de esos créditos era “empaquetados”, “cortados a trozos” y convertidos en garantías de unos bonos que eran asegurados, emitidos y renegociados hasta la saciedad ...”⁷*

Aquellos que supieron prevenir la crisis y aprovecharla en su favor calcularon, sin equivocarse, que la situación colapsaría en 2007 o 2008, una vez finalizado el período de “enganche”.

C) Consecuencias de la Crisis:

⁴ Se llaman “hipotecas prime” a las que tienen poco riesgo de impago. En una escala de clasificación entre 300 y 850 puntos, las hipotecas primen están valoradas entre 850 y 620. Se llaman “hipotecas subprime” las que tienen más riesgo de impago y están valoradas entre 620 y 300.

⁵ ABADÍA, Leopoldo, *La Crisis Ninja y Otros Misterios de la Economía Actual*, Editorial Espasa, Décima Edición, Madrid, 2009, p. 20 y ss.

⁶ Ibidem p. 88.

⁷ NIÑO BECERRA, Santiago, ob. Cit. (Cfr. Nota 1), p. 95

A nivel general, podemos traer a escena el pensamiento de Bauman para describir el paradójico resultado al que se ha llegado a nivel social, al ser las clases menos pudientes las que buscaron, y buscan, aferrarse a los inmuebles: *“Es comprensible que Rockefeller haya querido que sus fábricas, ferrocarriles y pozos petroleros fueran grandes y robustos, para poseerlos durante mucho, mucho tiempo (para toda la eternidad, si medimos el tiempo según la duración de la vida humana o de la familia). Sin embargo, Bill Gates se separa sin pena de posesiones que ayer lo enorgullecían: hoy, lo que da ganancias es la desenfrenada velocidad de circulación, reciclado, envejecimiento, descarte y reemplazo -rio la durabilidad ni la duradera confiabilidad del producto-. En una notable inversión de la tradición de más de un milenio, los encumbrados y poderosos de hoy son quienes rechazan y evitan lo durable y celebran lo efímero, mientras los que ocupan el lugar más bajo -contra todo lo esperable- luchan desesperadamente para lograr que sus frágiles, vulnerables y efímeras posesiones duren más y les brindan servicios duraderos.”*⁸

Lo ocurrido en Estados Unidos se ha replicado, en mayor o menor medida, a lo largo del globo: Álvarez Royo-Villanova explica que en España, el descontrolado crédito inmobiliario a los promotores inmobiliarios llevó a la quiebra a casi todas las cajas de ahorro y a buena parte de los bancos; y que los préstamos hipotecarios concedidos a particulares y no pagados, dieron lugar a una crisis social, económica y jurídica: *“Los problemas aparecieron primero en relación con las ejecuciones hipotecarias. La combinación del aumento del paro y el fin de la burbuja inmobiliaria produjo, a partir de 2009, la multiplicación de ejecuciones y lanzamientos (los llamados desahucios), dando lugar a una verdadera emergencia social, con grandes repercusiones sobre la opinión pública e incluso sobre el mapa político español.”*⁹ Destaca también la gravedad de naturalizar el hecho que en España se construyeran casi tantas viviendas como en el resto de Europa junta durante varios años, y negar que este mercado estuviera sometido a ciclos: *“Nadie vio venir el súbito parón de ventas, ni los promotores, ni los Bancos que les prestaban dinero -lo cual es aún más grave- ... La opinión pública ha admitido a simples especuladores como modelos de empresario; el*

⁸ BAUMAN, Zygmunt, *Modernidad Líquida*, Fondo de Cultura Económica, 2da reimpresión, España, 2017, p. 19

⁹ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo, “La contratación hipotecaria y el consumidor: lecciones de una crisis”, en *Escritura Pública*, nº 107, Sept-Octubre 2017, Consejo General del Notariado, p. 12 y ss

poder político -de derecha y de izquierda- ha legislado como si la desregulación de cualquier sector fuera necesariamente un bien, o ha alentado las más sorprendentes compras apalancadas; la gente “normal” ha comprado inmuebles con la única finalidad de venderlos rápido ... Y todo esto estaba bien. Si persiguiendo mi beneficio de forma egoísta contribuyo al bien común, sobra cualquier consideración moral sobre la forma de obtención de mi beneficio -o sobre su importe-. Tampoco debe importar si eso nos lleva a una sociedad en la que se pueda vivir en paz o con dignidad. La eficiencia y el crecimiento económico se encargarían de todo.”¹⁰

En esta línea, Matilde Cuenca Casas critica fuertemente la situación de indefensión en la que se dejó librado al consumidor, entre otras cuestiones por la disminución de valor de mercado de los bienes inmuebles que provocó, frente a la ejecución de una hipoteca, el valor del bien no sea suficiente para cubrir el pago de la deuda garantizada. Sostiene así que esto ocurrió porque falló, en primer lugar, la tasación realizada en el momento de la constitución de la hipoteca, la cual no se hizo a valor de mercado en tal momento, sino que se “ha inflado” partiendo de la idea de que el valor subiría y, en segundo lugar, porque ese valor de tasación “inflado” ha permitido a la entidad financiera “prestar más” para hacer más negocio superando en ocasiones el 80% del valor de tasación.¹¹

Colocando la crisis en cifras, la situación del mercado inmobiliario en España, en comparación con lo sucedido en otros mercados que han pasado por episodios de burbuja inmobiliaria similares (Estados Unidos, El Reino Unido e Irlanda, por ejemplo), presenta que: entre 2007 y 2012 la demanda cayó un 77%, frente a 158% en USA y el 151% en Gran Bretaña; y la contracción de la nueva oferta de vivienda residencial fue del 81%, una cifra que supera las registradas en Estados Unidos (-63%), Gran Bretaña (-32%) y en línea con la contracción de Irlanda (-90%).¹²

D) La crisis se traslada al mundo jurídico:

¹⁰ Ídem

¹¹ CUENA CASAS, Matilde, “Crédito Responsable, “Fresh Start” y dación en pago. Reflexiones sobre algunas propuestas legislativas”, en *El Notario del Siglo XXI*, N° 43, Mayo-Junio 2012, <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-43/458-credito-responsable-fresh-start-y-dacion-en-pago-reflexiones-sobre-algunas-propuestas-legislativas-0-38528345374882544>

¹² RUBIO GUERRERO, Juan José, “Comportamiento del sector inmobiliario residencial en España: Balance y Perspectivas”, en *Hacia un nuevo modelo de mercado hipotecario*, Dykinson, 2014, p. 117

La crisis social se trasladó después al mundo jurídico.

Alcalá Díaz¹³ sostiene que, dentro de los cambios experimentados por la legislación reguladora del Mercado Hipotecario en relación con los titulares de crédito, se destaca la sustancial modificación de los objetivos de la política legislativa, pudiendo señalarse dos etapas bien diferenciadas: una primera con un conjunto de normas dictadas hasta 2011 en las que el objetivo del legislador fue la dinamización y flexibilización del mercado hipotecario, buscando con ello agilizar la contratación de productos financieros; y una segunda etapa marcada por la crisis económica y del mercado hipotecario, que se inicia en 2011 y se extiende con distintas normas a lo largo de 2012 y 2013, buscando proteger al deudor-consumidor sin recursos, reforzando la transparencia e información, incrementando las vías que eviten la ejecución hipotecaria, protegiendo al deudor cuando ésta ya se ha iniciado y, finalmente, suprimiéndola en los casos en los que el deudor hipotecario carezca de recursos.

Tal como desarrollaremos luego en este trabajo, tras una cuestión prejudicial presentada al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) por el magistrado Fernández Seijo, el procedimiento de ejecución hipotecario terminó siendo declarado parcialmente contrario a la Directiva europea de consumidores 93/13, por lo que fue reformado por la Ley 1/2013, que introdujo la posibilidad de alegar cláusulas abusivas y de la apreciación de oficio de las mismas. Así, el *“problema aumentó cuando la sentencia de 9 de mayo de 2013 anuló en una acción de cesación unas cláusulas suelo. La sentencia, que introducía el concepto de transparencia material, supuso un verdadero seísmo en la contratación hipotecaria. Criticada tanto por la doctrina como por los bancos y las asociaciones de consumidores, terminó siendo parcialmente anulada por la sentencia del TJUE de 21 diciembre de 2016, que declaró que su doctrina sobre la irretroactividad de sus efectos era contraria a la Directiva 93/13. En esta situación, la adaptación de la Directiva 2017/14 –que pretende evitar el crédito irresponsable y establecer una protección uniforme para el consumidor- aparece como la oportunidad para poner orden en este ámbito de la contratación, a lo que debemos contribuir todos los actores del mismo.”*¹⁴

¹³ ALCALÁ DIAZ, María Ángeles, “La reforma de la normativa de protección del deudor hipotecario”, en *Hacia un nuevo modelo de Mercado Hipotecario*, Dykinson, Colegio Notarial Castilla-La Mancha, 2014, p. 14 y 15

¹⁴ ROYO-VILLANOVA, Segismundo Álvarez, ob. Cit. (Cfr. Nota 9), p. 12

Entre las reformas legislativas que encuentran su causa en la crisis podemos mencionar:

15

- La Ley 2/ 2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, en la que se regula por primera vez el llamado préstamo o crédito responsable (art. 29);
- el Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativas; mediante la cual se establece la inembargabilidad de ingresos mínimos familiares a los deudores hipotecarios para el caso de ejecución de su vivienda habitual, y la modificación de los porcentajes del valor de tasación por los que puede adjudicarse bienes inmuebles el acreedor como consecuencia de la ejecución;
- la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección de cliente de servicios bancarios en cuyo desarrollo se dictó la Circular 5/2012, de 27 de junio del Banco de España, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, con la cual se regulan los diversos deberes de información y los instrumentos documentales a los que debe incorporarse dicha información, incluyendo una "Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario" cuya finalidad es que quienes demanden servicios bancarios de préstamo hipotecario, dispongan de la información adecuada para adoptar sus decisiones de financiación. Regula en esta línea la llamada "Ficha de Información Precontractual" (FIPRE), que las entidades de crédito deberán proporcionar a los clientes que soliciten información sobre los préstamos hipotecarios ofertados y se facilita mediante un documento estandarizado¹⁶;
- el Real Decreto Ley 6/2012 de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, mediante la cual se buscó facilitar la reestructuración de la deuda hipotecaria de los deudores situados en el umbral de

¹⁵ Retomaremos varias de ellas a lo largo del trabajo.

¹⁶ ALCALÁ DIAZ, María Ángeles, ob. Cit. (Cfr. Nota 13), p. 17

exclusión, y se creó el Código de Buenas Prácticas para la reestructuración de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual;

- el Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, que paralizó temporalmente los desahucios en casos de colectivos especialmente vulnerables;

- la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Dictada luego de la Sentencia del Tribunal Supremo del 9 de mayo, en virtud de la cual se introdujo la posibilidad de alegación o apreciación de oficio del carácter abusivo de las cláusulas suelo, facultando al notario a que tramite la ejecución para que pueda advertir a las partes de que alguna cláusula del contrato puede resultar abusiva¹⁷. Asimismo, se determinan los requisitos de validez de las cláusulas suelo y techo, y de los instrumentos de cobertura de riesgo por variabilidad de los tipos de interés en los préstamos y créditos hipotecarios. Esta ley también modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, sobre Enjuiciamiento Civil, y pasa a exigir para la ejecución del bien hipotecado, el impago de al menos 3 plazos mensuales o un número de cuotas equivalente a 3 meses, debiendo figurar esta condición en la escritura de formalización de la hipoteca;

- A nivel comunitario nos encontramos con la Directiva 2011/83/UE, del 25 de Octubre, sobre los Derechos de los consumidores; con la STJUE de 14 de Marzo de 2013, por la cual se declara la incompatibilidad de la legislación española en materia de ejecución con la normativa comunitaria sobre protección de los consumidores; y con la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de Febrero de 2014, sobre contratos de créditos celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

A modo de cierre de este apartado, retomo la idea expresada en un principio sobre el individualismo, y lo asocio al concepto desarrollado por Tena Arregui sobre el Derecho Líquido: el Derecho líquido es el Derecho que se adapta pasivamente a las circunstancias cambiantes y que, más que freno, es instrumento o emanación del poder, y que lleva al desorden, la arbitrariedad y el despotismo. La *“impredecibilidad, propia*

¹⁷ RIVAS RUIZ, Amanay, PRÍES PICARDO, Adolfo, “Legislación aplicable en materia de protección al cliente bancario”, en *Cuadernos de Derecho de Comercio*, Dykinson, N° Extraordinario 2014, diciembre, p. 307 y 308.

del Derecho líquido, hace que el Derecho no pueda funcionar como freno al abuso, sino que se constituya él mismo en un instrumento de abuso (lo que supone pasar de la lucha por el Derecho a la lucha con el Derecho). Por eso, una característica notable de esta época de ausencia de Derecho es el exceso de sentencias y decisiones judiciales. Pero si del campo judicial pasamos al legislativo, el panorama no es mucho mejor ... En la época del Derecho sólido la tarea de control correspondía al Estado, que la ejercía a través de su instrumento clásico: la norma imperativa. Pero en la época del Derecho líquido esa función ha sido delegada, y los actores fuertes del mercado son reacios a la norma imperativa ... aspiran al No Derecho ... No Derecho no significa que no haya normas. De hecho, suele haber muchas. Pero son líquidas, se cumplen de una manera o de otra o, simplemente, no se cumplen ... nos encontramos ante un nuevo episodio de la comentada fusión entre Derecho y Moral, con la particularidad de que la Moral ha sido sustituida previamente por la Economía ... si en la época del No Derecho no se necesita a la norma, menos aún se necesita a alguien que controle su aplicación ...”¹⁸. Concluye que el mayor error que puede cometer un jurista es aceptar sin más esa idea de que el Derecho debe “adaptarse a los tiempos”, cuando en realidad los principios que inspiran el Derecho no deben cambiar: “la única adaptación que procede es la que persigue adecuar las normas para golpear las nuevas formas de abuso y violencia que puedan surgir.”¹⁹

III) DEBER DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL:

A) Introducción:

Díez-Picazo enseña que el contrato es un acuerdo de voluntades y, por consiguiente, algo que es una obra libre y espontánea de sus autores. Para que exista contrato, debe existir un consentimiento, que ha de ser serio, espontáneo y libre. Cuando alguna de estas cualidades o condiciones del consentimiento no se da, se dice que el

¹⁸ TENA ARREGUI, Rodrigo, “Derecho Líquido. Reflexiones en torno a la Ley 41/2007 de Reforma Hipotecaria”, en *El Notario del Siglo XXI*, nº 25, May-Jun 2009, <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-25/1604-derecho-liquido-reflexiones-en-torno-a-la-ley-41-2007-de-reforma-hipotecaria-0-2764456144314684>

¹⁹ Ídem

consentimiento se encuentra viciado, de suerte que en el contrato existe una irregularidad que ha de determinar, o al menos permitir, su invalidación.²⁰

Resulta de gran riqueza analizar qué aspectos del deber de información se vinculan con la validez del contrato, para lo cual se debe tener presente que muchos desarrollos teóricos parten de la casuística y tornan difícil su delimitación. Así, es importante diferenciar el supuesto de inducción al error referida a cuestiones intrínsecas a la cosa, esenciales o no, que dan lugar a insidia y pueden afectar la validez del contrato, de la no revelación de hechos extrínsecos a la cosa, obtenidos por vías lícitas en un contexto de libertad contractual. Mi intención en este sentido es señalar que no toda información precontractual conocida por una de las partes y no expresada al momento de contratar provoca un error que pueda hacer impugnabile al acto, sino ser considerada una negociación en el marco de la autonomía de la voluntad y de la libre contratación en el mercado.

Este apartado buscará, entonces, determinar si el no comunicar esa información puede afectar la validez del contrato o si, en cambio, forma parte de las reglas del mercado y no merece sanción alguna. Ello permite trazar un paralelismo con el contrato de crédito hipotecario otorgado por el banco y autorizado por el notario, en donde se encuentran distintas opiniones respecto a la información extrínseca que maneja una de las partes y la otra no, sea el banco, el tomador del crédito o un inversor, o información intrínseca al contrato que se está celebrando, vinculada a servicios accesorios que se deben contratar en relación al objeto principal (seguros y pólizas, tarjetas de crédito y débito, cuando se pide un crédito hipotecario), la cual muchas veces se informa y otras muchas no, incluyéndolas dentro de cláusulas de adhesión

Esto se vincula, por un lado, al nivel de exigencia en el conocimiento que debe reclamarse al consumidor del crédito hipotecario²¹, y por otro lado al tipo de

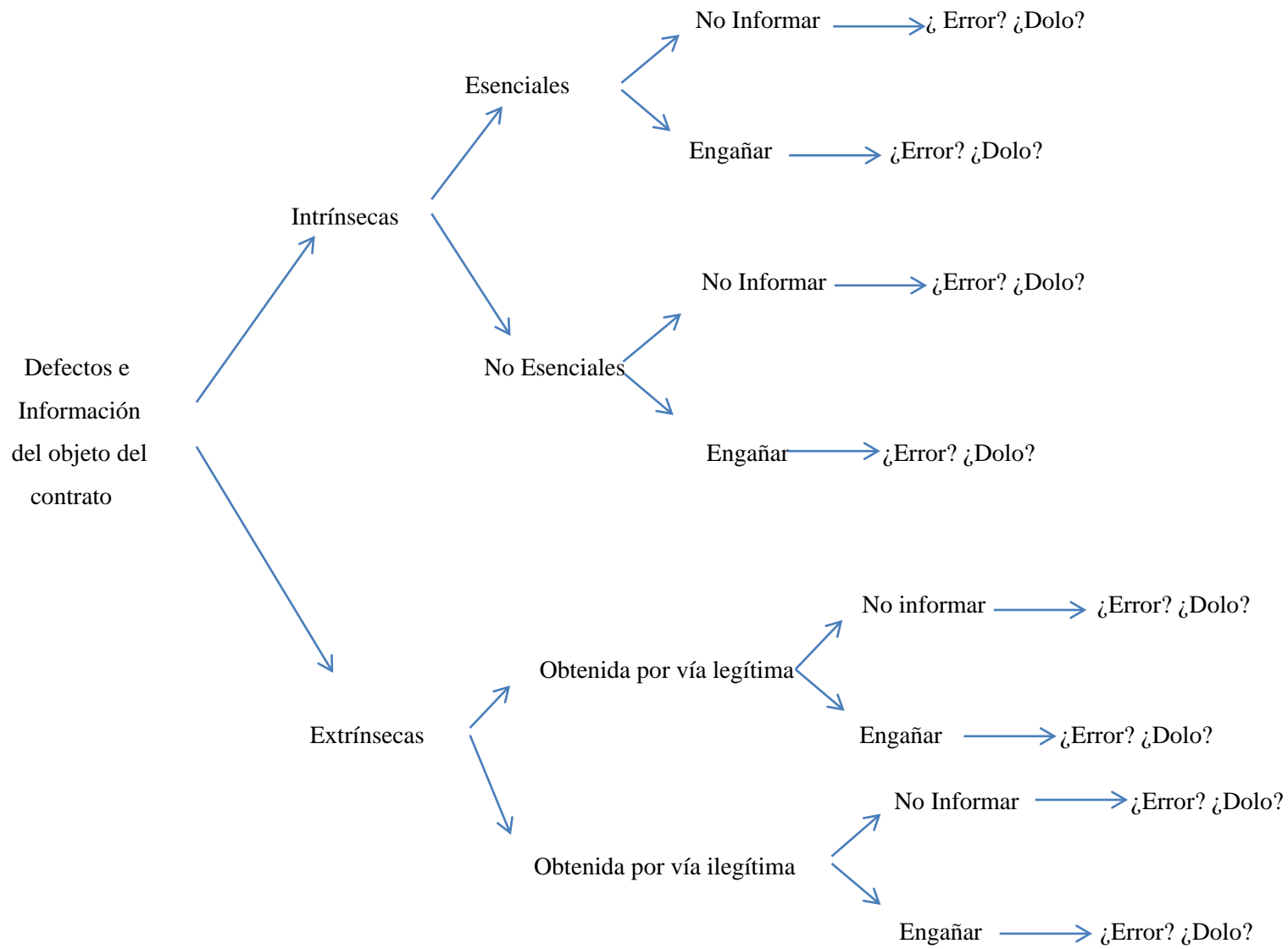
²⁰ DÍEZ-PICAZO. Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T.I, Thomson Civitas, Sexta Edición, 2007, p. 185.

²¹ Así, por ejemplo, siendo presidente de la Asociación Hipotecaria Española, Santos Gonzáles expresó: "¿cuál es el nivel de formación de los ciudadanos? Tal vez este es el quid de la cuestión, porque no es responsabilidad de las entidades financieras "asesorar" ni "formar" a la ciudadanía en cuestión de finanzas. Como tampoco le es exigible al fabricante de coches hacerlo sobre mecánica y al de energía sobre "ciclos combinados", que también afectan al precio. Solo por poner algún ejemplo." Ver en este sentido *Escritura Pública*, N° 83, Septiembre/octubre 2013, p. 51

asesoramiento que el notario debe dar a los contratantes, puesto en el centro de la escena en estos últimos años.

Esquemática y gráficamente podemos decir que el análisis versará sobre:

- 1) Defectos intrínsecos en aspectos esenciales del objeto del contrato;
- 2) Defectos intrínsecos en aspectos no esenciales del objeto del contrato;
- 3) Información extrínseca al objeto del contrato obtenida por vía legítima;
- 4) Información extrínseca al objeto del contrato obtenida por vía ilegítima.



B) Conceptos Generales. Diferencias y similitudes con figuras afines:

Giraremos en torno a supuestos de interés práctico, como ser el caso en el cual una de las partes contratantes tiene presente que está engañando, mal informando, u ocultando información a la otra, ya sea comercializando un producto que posee defectos intrínsecos, que hacen que la contraparte, de haberlos podido conocer, no la hubiera adquirido o hubiera pagado menos de su valor; o bien cuando posee información extrínseca que puede afectar el precio del producto que está comercializando, en el corto, mediano o largo plazo, diferenciando aquí si la información fue obtenida de manera legítima, o si se posee información privilegiada obtenida por vías ilegítimas, como ser filtraciones internas.

Nuestra primera aproximación al objeto de estudio será diferenciar el supuesto de error del de dolo en materia contractual, para analizar si al deber de información precontractual le son aplicables esas reglas, por subsumirse en estas dos categorías, teniendo en cuenta que conforme el artículo 1265 del Código Civil, será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.

Díez-Picazo plantea la cuestión desde una óptica sumamente enriquecedora en lo que a este estudio respecta, y observa que, aunque se hayan producido vicios del consentimiento, sólo bajo ciertas condiciones o bajo ciertos requisitos el contrato puede ser anulado: *“La decisión no recae tanto sobre si el necesario consentimiento se encontraba o no viciado, cuando sobre si es o no justo que ese contratante quede o no vinculado y continúe o no estándolo ... Por ello, más que una monolítica categoría dogmática de vicio del consentimiento contractual, que tenga que ser entendida desde un punto de vista lógico, existe lo que puede llamarse un casuismo dogmatizado o, si se prefiere, una tipificación legal de casos de justicia o injusticia de vinculación contractual, atendiendo a los hechos ocurridos en el momento de su constitución, de manera que en algunos casos se permite que quien quedó injustamente vinculado por un contrato, pueda desligarse de él y obtener una decisión judicial en virtud de la cual las cosas se restituyan o devuelvan al estado que tenían cuando el contrato se celebró, siempre que ello sea posible.”*²² Como vemos, no nos atendremos a categorías rígidas, sino que primará la casuística y la concepción de “justicia” que se maneje.

²² Ibidem p. 186

El artículo 1269 del Código Civil establece que hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho. Hablamos de insidias positivas, de acciones a través de las cuales se logra el engaño de la contraparte contratante, pero debe plantearse también el “dolo negativo”, la reticencia o silencio del contratante que calla hechos o circunstancias cuyo conocimiento hubiera podido hacer cambiar de parecer al contratante. Díez-Picazo expresa que *“para decidir si en la pura reticencia o en el puro silencio existe o no dolo, debe valorarse sobre todo hasta qué punto es lícito o ilícito el silencio y hasta qué punto puede ser considerado como maquinación o como artificio. No se trata sólo de que la buena fe imponga el deber de informar plenamente al otro contratante, pues la simple violación de los deberes precontractuales de buena fe nos sitúa más bien en el terreno de la responsabilidad por culpa in contrahendo o en el error provocado ... se trata de saber si, por el conjunto de circunstancias que rodean al contrato, la ocultación merece ser considerada insidia, lo que en algunos casos ha de recibir una respuesta positiva ... Será menester examinar los deberes precontractuales de información que hubieran existido entre las partes y la violación de tales deberes, de manera que solo donde existieran tales deberes precontractuales de información y estos hubieran sido incumplidos, el dolo negativo podrá tener lugar”*²³

En cuanto al error, este se define como la equivocada o inexacta creencia o representación mental que sirve de presupuesto para la realización de un acto jurídico²⁴, y que, para poder afectar la validez del acto jurídico, debe ser relevante. La regla, entonces, no es la invalidación del contrato frente a error, sino el cumplimiento del contrato pactado, con todas sus consecuencias favorables o desfavorables, soportando cada contratante las equivocaciones que haya podido padecer²⁵. Así, el artículo 1266 del Código Civil dispone que para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo; el error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo; sólo dando lugar el simple error de cuenta a su corrección.

²³ Ibidem p. 202 y ss.

²⁴ Ibidem p. 207

²⁵ Ibidem p. 209

También importa diferenciar los supuestos de error con los de incumplimiento contractual doloso: si el vendedor da al comprador cosas peores de las que este se esperaba, se plantea la cuestión de si el vendedor incumplió con su obligación contractual o si interpretó incorrectamente lo que constituía el objeto de la venta: en el primer caso, el comprador puede solicitar la resolución del contrato o la reducción del precio y, bajo ciertos supuestos, pedir la indemnización de daños sobre la base de un incumplimiento. En el segundo caso, puede solicitar que se declare inválido el contrato y rehusarse a pagar el precio de la venta. Esta alternativa existe en casi todos los textos romanos que fueron adoptados en el medioevo en relación con el error. *“El contenido de la declaración se determina de acuerdo a como un común destinatario de la declaración, prudente e informado, lo habría entendido.”*²⁶

Por último, no siempre se hace fácil distinguir el error general del deber precontractual de información. Schermaier ha dicho que “error” y “deber de información” señalan el alcance de los dos polos entre los que todo orden civil de valores reposa para establecer validez contractual y deber: la consideración de la intención (subjctiva) de las partes y la valoración de la declaración de voluntad (objetiva) de las partes, o para ponerlo en términos más simples, la intención y la confianza: *“... la importancia de la intención para la validez de los actos jurídicos está distribuida en el derecho entre el error y la interpretación de las declaraciones de voluntad; un poco descuidados, los deberes de información juegan un rol importante en el establecimiento y determinación de la responsabilidad contractual.”*²⁷

Vemos entonces que los conceptos de error, dolo, deber de información precontractual, muchas veces se asocian y su delimitación depende de la postura filosófico-jurídica que le sirva de base, lo cual se observará con claridad a continuación, al analizar distintas corrientes de pensamiento.

C) **Posiciones sobre el deber de información:**

Durante siglos ha existido –y aun hoy se mantiene– discusión en derredor de la obligación precontractual de informar a la contraparte sobre defectos, vicios o

²⁶ Ibidem, p. 65

²⁷ SCHERMAIER, Martin Josef; “Error, falsa representación y deberes precontractuales de información: la tradición del civil law”; en *Revista de Derecho Privado*, nº 23, Universidad de Externado de Colombia, 2012, p. 55 y ss

vicisitudes que pueden afectar el contrato que se está celebrando, ya sean intrínsecas al objeto mismo de contratación o extrínsecas a este.

Tomamos como punto de partida a Marco Tulio Cicerón, por ser quien realiza un análisis novedoso que luego es retomado por muchos autores: en primer lugar plantea el supuesto del Mercader de Rodas, que involucra a un hombre bueno que lleva desde Alejandría a Rodas una carga de trigo en un tiempo en que los rodios sufren escasez y hambre por falta de alimentos, y sabiendo que habían levantado anclas del puerto de Alejandría otros mercaderes con naves cargadas de trigo se cuestiona si debe decir esto a los rodios, o puede callarse para vender su mercancía más cara; y en segundo lugar analiza el caso de un hombre bueno que tiene una casa con algunos defectos que él solo conoce y los demás ignoran, por lo que, suponiendo que no declara estos defectos a los compradores y vende la casa mucho más cara de lo que pensaba, se pregunta si pecará contra la justicia y la honestidad. Éste será nuestro puntapié inicial, siendo importante introducir un instituto que reconoceremos como un denominador común en los distintos planteos doctrinarios que realizaremos: el Justo Precio.

D) Justo Precio o Precio Justo:

La noción latina de *iustum pretium*, justo precio o precio justo, significa el precio que cada cosa tiene y que se debe satisfacer por ella para que exista la necesaria equivalencia en las contraprestaciones, y cuya no observancia daría lugar, a partir del Derecho romano postclásico, a la rescisión de la venta por lesión.²⁸

Valmaña Valmaña²⁹ sostiene que en la etapa romana clásica regía el criterio de la voluntad contractual de las partes para la determinación del precio, y únicamente se exigía que el precio fuese cierto, determinado, real y verdadero. La noción latina de *iustum pretium*, surgiría en el Derecho romano postclásico, a través de las Constituciones de Diocleciano y Maximiano, que dan origen a la rescisión del contrato de compraventa por *laesio ultradimidium*, y es en el Derecho canónico donde se consolidaría la idea del justo precio a través de la moral contractual, lo que es tomado

²⁸ VALMAÑA VALMAÑA, Silvia, "Evolución histórica del concepto de Justo Precio y de la rescisión por *Laesio Ultradimidium*", en *Revista de Derecho UNED*, N° 16, 2015, p. 746.

²⁹ *Ibidem*, p. 773

por la escuela del Derecho natural, cuyos seguidores no hablaban del precio justo sino del precio legítimo.

El precio justo evoluciona en España, y es receptado por distintas legislaciones, tales como el Fuero Real, las Partidas, el Ordenamiento de Alcalá, y la Novísima Recopilación, pero con la llegada del movimiento codificador europeo del siglo XIX, y debido a la tendencia económica liberal, el Proyecto del Código Civil español de 1851 suprime la acción rescisoria por *laesio ultradimidium* en la compraventa y en los demás contratos conmutativos, rompiendo con la tradición jurídica que la institución tuvo, y provocando que la doctrina del justo precio en la compraventa no llegue a consagrarse en el Código Civil.³⁰

Valmaña Valmaña también muestra el correlato que este devenir histórico ha tenido en la jurisprudencia, y así expone una sentencia del Tribunal Supremo del 23 de febrero de 2007, en la que se establece que *“ni siquiera es requisito del contrato que el precio – elemento del mismo- sea justo; sí lo era en Derecho romano que permitía la acción de rescisión por laesio enormis, pero el Código Civil en este extremo siguió el criterio germánico ya recogido en el Proyecto de 1851; no exige que el precio sea justo, sino es el que han pactado las partes al amparo del principio de autonomía de la voluntad prescindiendo del valor real de la cosa (así lo dicen las sentencias del T. S. de 19 de abril de 1990, 16 de mayo de 1990, 20 de julio de 1993, 13 de diciembre de 1996, 5 de marzo de 1997)”*. Concluye así que el criterio adoptado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no exige que el precio sea justo, sino que sea cierto, y que pueda determinarse con referencia a otra cosa cierta, o al arbitrio de persona determinada, sin necesidad de que se determine cuantitativamente en el momento de la celebración del contrato, observándose la libertad contractual de las partes para determinar el precio en la compraventa, sin que dependa su validez del justo precio.³¹

Ahora sí, adentrémonos en las principales corrientes de pensamiento en materia de información precontractual:

E) MARCO TULIO CICERON (103 a.C. – 43 a.C.)

³⁰ *Ibidem*, p. 741

³¹ *Ibidem*, p. 765 y ss.

A la hora de desarrollar su visión de aquello que es honesto y aquello que es útil³² el célebre romano plantea, como se dijo, un primer supuesto de lo que hoy llamaríamos deber de información precontractual, y expresa que hay muchos casos en que parece que lo útil no se compadece con lo honesto, de suerte que hay que poner mucha atención para ver si se opone de pleno o si puede unirse con la honestidad. *“Las cuestiones a que nos referimos son de este orden: si, pongo, por ejemplo, un hombre bueno lleva desde Alejandría a Rodas una carga de trigo en un tiempo en que los rodios sufren escasez y hambre por falta de alimentos, sabiendo él que habían levantado anclas del puerto de Alejandría otros mercaderes y viendo que las naves cargadas de trigo iban rumbo a Rodas, ¿debe decir esto a los rodios, o se callará para vender su mercancía más cara?”*³³

Tengamos presente que para ese entonces los juristas romanos admitían el derecho de los negociantes a permanecer en silencio respecto de los factores que afectaban al valor de la cosa³⁴. Para desarrollar su posición, Cicerón plantea un debate entre Diógenes de Babilonia y Antípatro: *“Diógenes decía que el vendedor debía manifestar los defectos según lo exija el derecho civil de cada pueblo, en lo demás conducirse sin engaños y, puesto que vende, querer vender con la mayor ganancia posible. «He traído mi mercancía, la he expuesto, vendo lo mío no más caro que los demás, quizás más barato, porque tengo mayor provisión. ¿A quién perjudico?» Pero he aquí que de la otra parte se levanta Antípatro y argumenta así «¿Qué dices tú? Siendo así que debes mirar el bien de los hombres y servir a la sociedad humana y has nacido con tal condición y tienes unos principios de la naturaleza a los que debes someterte y seguir de forma que tu interés sea el interés común, y a su vez el interés común el tuyo, ¿ocultarás a los*

³² En la visión de Cicerón, nadie debe buscar su utilidad particular perjudicando a la comunidad. La primera obligación debe ser con la patria, y los bien capacitados aspirarán al poder, buscando la gloria verdadera, que consta de la benevolencia popular, de la lealtad y de la admiración. Y en esta línea, a la hora de pronunciarse sobre lo honesto y sobre lo útil, sostiene que *“... hay algunas sectas filosóficas que con los límites que establecen para el sumo bien y para el sumo mal alteran todo el concepto de los deberes. Pues quien establece el sumo bien de forma que no se halla unido a la virtud y lo mide por su propia utilidad y no por la honestidad, éste, si quiere ser consecuente consigo mismo ... no podrá cultivar la amistad, ni la justicia, ni la libertad.* Ver en este sentido la Introducción realizada por José Guillén Cabañero en CICERÓN, *Sobre los deberes*, Traducción de GUILLÉN CABAÑERO, José, Segunda Edición, Alianza Editorial, Madrid, 2015, p. 21.

³³ Ibidem p. 251 y ss

³⁴ DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, *Los Límites del Deber Precontractual de Información*, Dir. MORALES MORENO, Antonio Manuel, Universidad Autónoma de Madrid, 2009, p. 25

hombres las ventajas y la abundancia de que disponen?». Responderá quizás Diógenes: «Una cosa es encubrir y otra callar. Nada te oculto ahora a ti si no te digo cuál es la naturaleza de los dioses, cuál es el bien supremo, cosas cuyo conocimiento te sería más útil que la baratura del trigo; pero no todo lo que te sería útil escuchar tengo obligación de decírtelo» «Sí la tienes, por cierto -responderá el otro-, puesto que sabes que la sociedad humana está vinculada por lazos establecidos por la naturaleza.» «Lo sé -responderá Diógenes-, pero, ¿desde que esta sociedad es de tal condición que uno no puede tener nada suyo? Porque, si es así, ni siquiera puede venderse nada, hay que regalarlo»³⁵

El segundo supuesto que Cicerón propone es el de un hombre bueno que tiene una casa malsana construida con malos materiales, y que amenaza a la ruina. Sólo él lo sabe y los demás ignoran. Entonces, si el vendedor no declara estos defectos a los compradores y vende la casa mucho más cara de lo que pensaba, ¿pecará contra la justicia y la honestidad? Nuevamente el debate entre Antípatro y Diógenes se hace presente: «Pues sí –responde Antípatro-. ¿Qué otra cosa es si no el no enseñar el camino al viajero extraviado, que fue prohibido en Atenas bajo pena de públicas maldiciones, si no es esto, el permitir que el comprador se precipite y termine por error siendo víctima de un gran fraude? Esto es peor que inducirlo en el error a sabiendas» Responde Diógenes: «¿Pero, es que te obligó a comprar quien ni siquiera te invitó a ello? Él anunció en un cartel su venta porque no le gustaba, a ti te gustaba y la compraste. Y si los que anuncian: «vendo una casa de campo, hermosa, muy bien construida», no se piensa que sean culpables de engaño, aunque no sea buena, ni construida por un buen arquitecto, mucho menos lo serán los que no alabaron la casa. Cuando el comprador puede libremente examinar las condiciones de la casa en venta, ¿cómo podemos hablar de fraude por parte del vendedor? Si no es necesario mantener lo que se dice, ¿piensas que uno ha de responder de lo que no ha dicho? ¿Qué cosa más estúpida que el propio vendedor vaya contando los defectos de lo que vende? Por consiguiente, no sería más absurdo que el señor encargue al pregonero que grite: «Vendo una casa insalubre?»³⁶

Cicerón sienta su posición: debe darse preminencia a la honestidad. En su parecer no deben ocultarse los defectos de la cosa ni la información que se tenga respecto a

³⁵ CICERÓN, ob. Cit. (Cfr. Nota 32), p. 251 y ss.

³⁶ Ibidem p. 245

factores que puedan alterar el precio del producto. Adopta, entonces, la postura de Antípato, no debiendo desprotegerse al comprador, que, por ser parte de la sociedad, merece ser protegido. *“Aquel comerciante de trigo no debió ocultar nada a los rodios, ni el que vende la casa a los compradores. Porque el ocultar no consiste en callar una cosa cualquiera, sino el querer en tu provecho que lo que tú sabes lo ignoren aquellas personas a quienes sería útil el saberlo. ¿Quién no advierte la índole de este ocultar y de quién es propia? No lo es ciertamente de un hombre abierto, sencillo, ingenuo, justo y bueno, sino de un hombre taimado, misterioso, astuto, falaz, malicioso, sagaz, hábil, bellaco. ¿No es inútil el hacerse merecedor de tantos y de otros muchos nombres infamantes?”*

En contra de la posición de Cicerón se pronuncian, como veremos, distintos escolásticos, que concluyen que no existe obligación del vendedor de revelar su información que no haga al aspecto interno de la cosa al comprador al momento de la negociación. De La Maza Gazmuri expresa así que *“la respuesta de Cicerón para el caso del mercader de Rodas no convenció a Santo Tomás. Grocio, por su parte, consideró que el silencio del vendedor podía violar la regla de la caridad, pero no se encontraba en pugna con el derecho. Más tarde, Pothier, con mayores dudas, pensó que ese tipo de reticencias obligaban sólo en el foro de la conciencia, pero que, en cambio, podían resultar problemáticas en términos de justicia conmutativa.”*³⁷

F) SANTO TOMAS DE AQUINO (1225 - 1274)

Santo Tomás trata el deber de información precontractual en la Summa Teológica, Secunda Secundae, cuestión 77, “El fraude que se comete en las compraventas”, y allí expone cuatro problemas vinculados al fraude que se comete en las compraventas y a la usura que se realiza en los préstamos. Plantea así: 1) La venta injusta por razón del precio: ¿es lícito vender una cosa en más de lo que vale?; 2) La venta injusta por razón de la cosa vendida; 3) ¿Está obligado el vendedor a manifestar los defectos de la cosa vendida?; 4) ¿Es lícito en el comercio vender una cosa a mayor precio de lo que costó al ser adquirida?

³⁷ DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, ob. Cit. (Cfr. Nota 34), p. 25

Si bien nos centraremos en el punto tercero, comenzaré con algunas apreciaciones de Santo Tomás referidas a los restantes planteamientos que servirán para adentrarnos en su pensamiento.

El teólogo italiano considera que utilizar el fraude para vender algo en más del precio justo es absolutamente un pecado, por cuanto se engaña al prójimo en perjuicio suyo. Teniendo presente la postura ciceroniana, considera que toda mentira debe excluirse de los contratos³⁸, aunque aclara que, si el vendedor ignora la existencia de defectos en la cosa vendida, no incurre en pecado, porque sólo materialmente comete una injusticia, pero su acción en sí no es injusta. Más cuando tenga conocimiento de ello está obligado a recompensar al comprador, y viceversa, todo lo dicho sobre el vendedor debe aplicarse también al comprador.³⁹

Por otra parte, el valor de las cosas que están destinadas al uso del hombre se mide por el precio a ellas asignado, para lo cual se ha inventado la moneda, como expresa Aristóteles en la *Ética a Nicómaco*. En consecuencia, si el precio excede al valor de la cosa o, por lo contrario, la cosa excede en valor al precio, desaparecerá la igualdad de justicia, por lo cual lo que realmente vale es en sí injusto e ilícito⁴⁰. Tomando a San Agustín, aclara que el precio de las cosas objeto de comercio no se determina según la jerarquía de su naturaleza, sino según la utilidad que los hombres tienen de ellas. Por consiguiente, no es menester que el vendedor o comprador conozcan las cualidades ocultas de la cosa vendida, sino solamente aquellas por las que se vuelven aptas para los usos humanos.⁴¹

Vemos como es el concepto de justo precio el que gira en torno a los argumentos y al pensamiento tomista. En esta línea, Decock y Hallebeek explican que el principio aristotélico tomista de justicia reposa en el hecho que, en caso de estarse frente a

³⁸ DE AQUINO, Santo Tomás, *Suma de Teología*, T. III, Parte II-II(a), 77.1, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1998, p. 593 y ss

³⁹ Ídem

⁴⁰ Ídem

⁴¹ DE AQUINO, Santo Tomás, ob. Cit. (Cfr. Nota 38), 77.2, p.595

mercancía defectuosa, el precio de venta se debe corresponder a la cualidad del objeto vendido.⁴²

Santo Tomás explica que “... *la ley humana obliga a la restitución, por ejemplo, si uno de los contratantes ha sido engañado en más de la mitad del precio justo. Pero la ley divina no deja impune nada que sea contrario a la virtud, por lo que se considera ilícito si en la compraventa no se observa la igualdad de la justicia. Y queda obligado el que recibió más a resarcir al que ha sido perjudicado si el perjuicio fuera notable.*”⁴³

Teniendo presentes estos parámetros en el pensamiento tomista, dedicaré un espacio al análisis del punto tercero: ¿Está obligado el vendedor a manifestar los defectos de la cosa vendida? Santo Tomás realiza el siguiente análisis, que paso a transcribir:⁴⁴

Objeciones por las que parece que el vendedor no está obligado a manifestar los defectos de la cosa vendida:

1. Al no forzar el vendedor al comprador a realizar la adquisición, parece que somete a su juicio la cosa que le vende. Mas a la misma persona pertenece la valoración y el conocimiento de la cosa. Luego no parece que se deba culpar al vendedor si el comprador se engaña en su apreciación, realizando la compra precipitadamente y sin hacer una cuidadosa investigación sobre las condiciones de la mercancía.

2. Más aún: Parece estúpido que una persona realice algo que impida su propia operación. Ahora bien: si indica los defectos de la cosa que ha de ser vendida, impide su venta; como también Tulio, en el libro *De offic.*, pone en boca de un personaje que introduce en escena: *¿Hay algo más absurdo que hacer anunciar por un pregón público: ¿Vendo una casa pestilente?* Luego el vendedor no está obligado a manifestar los defectos de la cosa vendida.

3. Y también: es más necesario al hombre conocer el camino de la virtud que conocer los defectos de las cosas que se venden. Ahora bien: el hombre no está obligado a dar a todo el mundo consejo y decirle la verdad sobre lo concerniente a la virtud, aunque a

⁴² DECOCK, Wim y HALLEBEEK, Jan, “Pre-contractual duties to inform in Early Modern Scholasticism”, en *The Legal History Review*, nº 78, 2010, p. 92.

⁴³ DE AQUINO, Santo Tomás, ob. Cit. (Cfr. Nota 38), 77.1, p.595

⁴⁴ Ibidem, 77.2, p. 597

nadie debe decir falsedad. Luego mucho menos está obligado el vendedor a manifestar los defectos de la mercancía, dando así como un consejo al comprador.

4. Todavía más: si alguien está obligado a revelar los defectos de la cosa que vende, no es sino para que disminuya su precio. Pero a veces también la cosa disminuiría de precio, incluso sin defecto de la cosa vendida, por algún otro motivo; por ejemplo, si el vendedor, al llevar trigo a un lugar donde hay mucha carestía de él, sabe que en su seguimiento llegan otros con más mercancías, lo que, si fuera conocido por los compradores, darían al vendedor un precio más bajo. Ahora bien: no es oportuno, según parece, que el vendedor tenga que manifestarles tales circunstancias. Luego, por igual razón, tampoco ha de manifestar los defectos de la cosa vendida.

En cambio: está Ambrosio, en III *De offic.*, que dice: *En los contratos está ordenado que se manifiesten los defectos de las cosas que se venden, y si el vendedor no lo hace, aunque la mercancía pasare al dominio del comprador, el contrato será anulado como fraudulento.*

Solución: *Hay que decir:* Siempre es ilícito poner a alguien en ocasión de peligro o de daño, aunque no sea preciso que un hombre preste siempre a otro auxilio o consejo para conseguir un fin cualquiera, sino que esto solamente es necesario en algún caso determinado; por ejemplo, cuando uno está puesto al cuidado de una persona o cuando alguien no puede ser socorrido por otro. Mas el vendedor que ofrece una cosa en venta pone al comprador, por esto mismo, en ocasión de daño o peligro si, por ofrecerle una cosa defectuosa, a causa de sus defectos, puede acarrearle perjuicio o riesgo. Hay perjuicio, en efecto, si por tal defecto la mercancía que se saca a la venta resulta de menor valor, pero el vendedor nada rebaja de su precio en atención al defecto. Hay riesgo, sin embargo, si, a causa de aquel defecto, el uso de la cosa se vuelve difícil o nocivo; por ejemplo, si uno vende a otro un caballo cojo por un caballo corredor, o una casa ruinoso por una sólida, o alimento podrido o envenenado por alimento bueno. Por consiguiente, si tales defectos están ocultos y el vendedor no los revela, será ilícita y fraudulenta la venta, y el vendedor estará obligado a reparar el daño.

Pero, si el defecto es manifiesto, como, por ejemplo, cuando se trata de un caballo tuerto o cuando el uso de la cosa, aunque no convenga al vendedor, pueda ser conveniente a otros, y si, por otra parte, el vendedor hace una rebaja en el precio en proporción al defecto, no está obligado a manifestar el defecto de la cosa, porque tal vez

el comprador querría que por tal defecto le hiciese una rebaja mayor de la que debería hacerse. De ahí que el vendedor pueda lícitamente velar por su interés callando el defecto de la cosa.

Respuesta a las objeciones:

1. A la primera hay que decir: Que no puede formarse juicio sino de una cosa conocida, puesto que, como observa el Filósofo en *Ethic.*, *cada uno juzga según lo que conoce*. Por consiguiente, si los defectos de una cosa puesta en venta están ocultos, salvo que los manifieste el vendedor, no se puede formar suficientemente un juicio exacto el comprador sobre ella. Ocurriría lo contrario si los defectos son manifiestos.

2. A la segunda hay que decir: Que no es menester que se haga publicar por un pregón el defecto de la cosa que se pone en venta; porque si así se publicasen los defectos, se alejaría a los compradores, mientras que quedarían ignorantes de las otras cualidades de la cosa por la que ésta es buena y útil. Debe, en cambio, manifestarse el defecto individualmente a cada persona que se acerque a comprarla, la cual podrá comparar así simultáneamente todas las condiciones del objeto unas con otras, las buenas y las malas. Nada impide, en efecto, que una cosa defectuosa para un fin determinado sea útil para otros muchos.

3. A la tercera hay que decir: Que aunque es cierto que el hombre no está obligado a decir a todo el mundo la verdad sobre lo concerniente a la práctica de las virtudes, sin embargo está obligado a decírsela en el caso de que, por un acto suyo, amenace a otra persona un peligro en detrimento de su virtud si no le revelara la verdad; y esto es lo que ocurre en el caso propuesto.

4. A la cuarta hay que decir: Que el defecto de una cosa hace que ésta sea de menor valor en el presente del que aparenta. Pero, en el caso recogido en la objeción, sólo para más adelante se espera que el trigo tenga menor valor por la llegada de muchos negociantes, que es ignorada por los compradores; de ahí se sigue que el vendedor que vende una cosa según el precio corriente no parece quebrantar la justicia al no manifestar lo que va a suceder después. Sin embargo, si lo expusiera o rebajase su precio, practicaría una virtud más perfecta, aunque a esto no parece estar obligado por deber de justicia.

Aquí Santo Tomás finaliza su planteo.

Vemos como continúa bifurcándose el desarrollo teórico, pudiéndose distinguir entre vicios ostensibles y vicios no ostensibles de la cosa: mientras que no hay deber de manifestar lo que ya es público, existe el deber de informar los vicios no ostensibles en la medida en que se causen un daño a la contraparte, o que puedan causarlos. En esta línea Decock y Hallebeek expresan que, en el pensamiento tomista, la obligación de revelar la información extrínseca a la cosa solo existe si podría causarle un daño al adquirente o un riesgo de daño, y si no es ese el caso, puede mantener silencio respecto de los defectos en la medida en que el precio se adecúe al estado de la cosa vendida.⁴⁵

Resultan de fundamental importancia las respuestas que el Santo da a estas objeciones, especialmente a la cuarta. Allí se realiza una separación entre **vicios o defectos intrínsecos a la cosa, y vicios o defectos extrínsecos a la misma**: “*Aquinas ... denies that from the non-obligation of disclosure in the case of the ‘Merchant of Rhodes’ one can infer the same principle of non-obligation in the case of latent defects. For the first time, then, though it is not expressed in the abstract, the distinction between extrinsic and intrinsic qualities of a purchase-sale contract is brought to bear upon the question of duties of disclosure.*”⁴⁶

G) FRANCISCO DE VITORIA: (1483/86 – 1546)

En su obra *De Justitia*, el fraile dominico español trata el caso de los defectos en la cosa, y sigue la línea de Santo Tomás: el vendedor no está obligado a expresar el defecto intrínseco que padece en la medida en que el precio sea justo y no haya riesgo de daño para el comprador. De Vitoria plantea aquí una analogía con el matrimonio, y considera que un matrimonio contraído bajo falsas presunciones es de todos modos válido. Así, el contrato solamente se reputa inválido cuando una de las partes ingresa involuntariamente a él, habiendo sido forzada. También sigue la línea tomista en lo que respecta a los vicios o defectos extrínsecos de las cosa: “*Vitoria distinguishes between a merchant’s simply keeping silent (tacere) about future market conditions, and his making positive statements about the future that are not in line with his own information (decipere). Only the latter act is formally speaking a positive act of deceit from bad faith (deceptio positiva mala fide) and therefore a sin that obliges the ‘Merchant of*

⁴⁵ DECOCK, Wim y HALLEBEEK, Jan, ob. Cit. (Cfr. Nota 42), p. 97

⁴⁶ Ibidem p. 100

Rhodes' to make restitution. Keeping silent, on the other hand, is not considered a sin by Vitoria at all. For a businessman is not expected to put his own interests at risk (agere rem suam) by behaving 'like a teacher'. The ultimate criterion then is the current market price, determined by public information ... To support his view, he refers to the anecdote about Thales the Milesian, told by Aristotle in his Politics. Eager to show that philosophers can easily get rich if they like, even though their ambition is of another sort, Thales hired all the olive-presses in winter because he knew by virtue of his astronomical predictions that there would be a great harvest of olives in the coming year. In summer, naturally, he made a substantive profit. An excellent story, showing that speculative activities based on a dominant knowledge position were approved ...”⁴⁷

H) DOMINGO DE SOTO: (1494 – 1560)

Domingo de Soto, teólogo dominico, se centra en el estudio de los defectos intrínsecos de la cosa, considerando que del análisis de los defectos extrínsecos deben ocuparse los juristas, sin perjuicio de lo cual puede observarse en su pensamiento la influencia de la postura de Francisco de Vitoria.

Respecto de los defectos intrínsecos de la cosa, si bien de Soto sigue el camino de Santo Tomás, estando a la validez del contrato en la medida en que no se cause un daño al adquirente, debiéndose reducir el precio de modo tal que sea acorde al producto que se está comerciando si esto ocurre, agrega un tercer requisito: tener en cuenta la utilidad que le dará el comprador a la cosa que está adquiriendo. Así, el vendedor podrá guardar para sí la información relativa a los defectos de la cosa en la medida en que ese defecto no la haga inutilizable para el comprador.⁴⁸

I) ORDEN JESUITA: LUIS DE MOLINA (1535 – 1600); LEONARDUS LESSIUS (1554 – 1623); JUAN DE LUGO (1583 – 1660):

Resulta de sumo interés mencionar las posturas de estos tres teólogos en lo que respecta a las cuestiones extrínsecas que pueden afectar el precio del producto del cual se está disponiendo, ya que incursionan en el debate del comerciante que obtiene información privilegiada. No hablamos, entonces, de la información obtenida por el mercader de Rodas, ya que allí el mercader obtuvo de buena fe la información y fue diligente en

⁴⁷ Ibidem p. 116 y ss

⁴⁸ Idem

arribar a Rodas antes que los demás comerciantes. Aquí planteamos el caso de aquel a quién le brindan información privilegiada y confidencial, a la cual no podría acceder cualquier otra persona que se encuentre en igual situación.

Bajo estas circunstancias, Molina considera que el mercader de Rodas obtuvo su información de forma lícita y gracias a su esfuerzo, no siendo por ello recriminable su actuar, pero sí lo sería el de aquel que obtiene información confidencial por una vía ilegítima. Lessius y Lugo, por el contrario, no consideran ilícita la información privilegiada obtenida por vía ilegítima, por lo que el vendedor no tiene obligación alguna de ponerla en conocimiento del comprador.

Decock y Hallebeek desarrollan este pensamiento: “... *in Molina’s opinion, the conclusions concerning the ‘Merchant of Rhodes’ cannot be applied without qualification to the case of insider trading. In speculating, the ‘Merchant of Rhodes’ does not appropriate to himself knowledge of a fact which should be commonly known. Rather, his profit-making is based on his industry, business acumen, and good luck (spectat ad industriam, artem atque eventum fortunae). Contrary to Molina, however, Lessius and Lugo hold that taking advantage of insider information about a future decree is allowed, even if it is to the detriment of other citizens. They simply ignore the distinction drawn by Molina between different types of knowledge. Lessius states that, contrary to a civil servant, a citizen is not expected nor under an obligation to promote the benefit of others ... Similar differences in considering pre-contractual duties to inform about extrinsic circumstances are to be found in the three Jesuits’ respective assessment of lying. Molina is careful to stress that using lies, deceit, and fraud is strictly forbidden ... Lessius, on the other hand, repeats Aragón’s point of view that the ‘Merchant of Rhodes’ can lawfully make false statements both as a matter of justice and charity in order to protect his self-interest when either he or the buyer is going to suffer damages because of a future decrease in price. Lugo is of the same opinion as Lessius ...*”⁴⁹

J) HUGO GROCIO: (1583 – 1645)

⁴⁹ DECOCK, Wim y HALLEBEEK, Jan, ob. Cit. (Cfr. Nota 42), p. 97

El jurista protestante holandés, en quien se pueden rastrear influencias de autores escolásticos, “*sustrajo el derecho natural de la jurisdicción del teólogo moral*”⁵⁰. Grocio no escapa al análisis de la temática que se está desarrollando.

Respecto a los vicios intrínsecos a la cosa en su obra *Del Derecho de la Guerra y de la Paz*, Grocio expresa que: “*A los precedentes pertenece el que quien contrata con otro debe indicar los defectos conocidos de él en la cosa de que se trata, lo cual no suele determinarse únicamente por las leyes civiles, sino que además es muy conforme a la naturaleza del acto, pues entre los contratantes hay una unión más cercana que la común de los hombres.*”⁵¹

En consecuencia, el autor holandés está en contra de la información intrínseca a la cosa que es retenida por el vendedor, lo cual también trata en su *Introducción a la jurisprudencia holandesa* concluyendo, en resumidas cuentas, que el comprador tiene la posibilidad de reclamar la reducción del precio o la rescisión, según el defecto afecte el uso que el adquirente puede darle a la cosa, o directamente la haga inutilizable.⁵²

Grocio también trata en *Del Derecho de la Guerra y de la Paz* la información extrínseca conocida por el vendedor, que puede afectar el valor de la cosa: “*Mas no se ha de decir lo mismo de lo que no toca a la cosa: como si uno sabe que hay en camino muchas naves, que traen trigo, pues indicar una cosa semejante es seguramente justo y laudable, de manera muchas veces que no puede omitirse sino violando la regla de la caridad, mas no es injusto, esto es, en pugna con el derecho de aquel con quien se negocia; de suerte que puede tener lugar aquí lo que ese mismo Diógenes decía a propósito, según referencias de M. Tulio: Lo transporté, lo expuse: vendo lo mío no en más que los otros, y por ventura aun en menos, por ser mayor la abundancia, ¿a quién se hace daño? Luego no ha de seguirse generalmente lo del mismo Cicerón: que es ocultar cuando tú quieres que lo que sabes lo ignoren, por mirar a tu provecho, aquéllos a quienes convendría saberlo: pero esto tiene lugar únicamente cuando se trata de lo que atañe de suyo a la cosa expuesta, como si la casa es pestilente, si ha sido*

⁵⁰ SCHNEEWIND, J.B., *La invención de la autonomía. Una historia de la filosofía moral moderna*, Trad. RUIZ RIVAS, Jesús Héctor, México, 2009, p.111

⁵¹ GROCIO, Hugo, *Del Derecho de la Guerra y de la Paz*, T.II, Editorial Reus, Madrid, 1925, p. 199 a 201

⁵² DECOCK, Wim y HALLEBEEK, Jan, ob. Cit. (Cfr. Nota 42), p. 127

*mandada derribar por la autoridad, los cuales ejemplos se ven allí mismo. Mas declara los vicios conocidos a aquél con quien tratas, como la servidumbre de los edificios que M. Mario Gratidiano vendía a Sergio Orata, comprados antes por él mismo; porque la ciencia, igual por ambas partes, hace iguales a los contratantes.”*⁵³

De esta forma, el retener información obtenida por propios medios no infringe el derecho del comprador, y como mucho puede constituir un acto contra la caridad, pero no contra el derecho.

K) SAMUEL PUFENDORF: (1632 – 1694)

Exponente del derecho natural moderno alemán, se aparta de Grocio en estas cuestiones y así, respecto de los defectos intrínsecos, este jurista y filósofo protestante considera que aquel que va a comercializar una cosa está obligado a indicar no solo sus cualidades, sino también sus defectos, en la medida en que los conozca, ya que de lo contrario sería imposible determinar el precio justo: *“(the) Neceffity of difcovering the Faults arifes from the Nature of the thing, becaufe otherwife a Juft Price could not be afligned; and not from the common Bond of Humanity (as it that received a clofer Tie by Contract) nor from the Contractors entring into fome fort of Acquaintance, which may fcem to oblige them to other Duties than thofe that are required by tiie Nature of Contracts ...”*⁵⁴

En cuanto a las cuestiones extrínsecas, Pufendorf considera que no hay obligación por parte del vendedor de expresar la información que ha conseguido, y fundamenta esto trayendo a escena el argumento de la “cortesía”: la naturaleza no obligue a hacerle a otro un acto gratuito de cortesía, salvo en casos de extrema necesidad. En sus palabras: *“But as it cannot be doubted but the Faults of the thing itfelf ought to be declared; for whether circumfiantial Matters, which tho' they be not of the Suftance of the thing itfelt, yet help in the juft prizing of it, ought to be laid open, both on the fide of the Buyer, and of the Seller, has been controverted among the Antients ... And therefore the Merchant did not act unjuftly, in faying nothing of the Ships that were coming. For Justice only obliges us to expofe what immediately concerns the thing itfelf ... whether he acted*

⁵³ GROCIO, Hugo, ob. Cit. (Cfr. Nota 51), p. 199 a 201

⁵⁴ PUFENDORF, Samuel, *Of the Law of Nature and Nations*, Libro V, 4ª Edición, Londres, 1719, p. 477 y ss

againft the Law of Courtefy and Goodnature, is another Queftion, which I would not eafily hold in the affirmative. For Good-nature does not oblige me to do another Man a Courtefy gratis, except he be in extreme want of it."⁵⁵

L) ROBERT JOSEPH POTHIER: (1699 – 1772)

El autor francés, fuente directa en la redacción del Código Civil de 1804, estudia en su *Tratado del Contrato de Compra y Venta*, el caso del mercader de Rodas. Allí analiza “las obligaciones del vendedor resultantes de la buena fe”, y examina, en el fuero interno, si la buena fe del enajenante lo obliga a no emplear engaño alguno y a no callar nada de lo concerniente a la cosa vendida y, en el fuero externo, si lo obliga a no disimular las circunstancias extrínsecas que al comprador le puedan interesar conocer.

Respecto al fuero interno, Pothier sostiene que “*si bien en muchos negocios de la sociedad civil las reglas de la buena fe se limitan a prohibirnos la mentira, permitiéndonos por otra parte el callar lo que a los demás les interesaría saber, cuando tenemos por nuestra parte un interés igual en no descubrirselo; sin embargo en los contratos en que versan intereses recíprocos, entre los cuales se cuenta el de compra y venta, no solo prohíbe la buena fe el que mintamos, sino también el que callemos aquello que le interesa saber al que trata con nosotros, tocante a la cosa objeto de nuestro contrato. He aquí la razón: la justicia y la equidad con respeto a tales contratos consiste en la igualdad, y cuanto tiende a disminuirla es opuesto a la equidad ...*”⁵⁶ Asimismo, a diferencia de Santo Tomas, considera que se debe dejar al comprador en perfecta libertad para comprar o dejar de comprar, aun por el justo precio, si este no le conviene; en la medida en que no se oculten sus vicios.⁵⁷

Pothier luego se detiene en el análisis de las cuestiones acaecidas en el fuero externo, y estudiando específicamente el supuesto planteado por Cicerón comenta: “... *no debe dudarse que en el (fuero) externo ningún comprador puede quejarse de que el vendedor no le haya instruido en las circunstancias extrínsecas a la cosa vendida, cualquiera que fuese el interés que en saberlas tuviese. La decisión de Cicerón sufre muchas*

⁵⁵ Ibidem p. 479

⁵⁶ POTHIER, Robert Joseph, *Tratado del Contrato de Compra y Venta*, Imprenta J. Roger, Barcelona, 1841, p. 122 y ss

⁵⁷ Ibidem p.123

*dificultades aun en el fuero interno, de manera que la mayor parte de los que han escrito sobre el derecho natural, la consideraron como extremadamente rigurosa ... Sus ganancias en tal caso no son injustas, pues son una recompensa debida a la diligencia con que procuró llegar el primero, y del riesgo que corrió de perder en sus géneros, si algún accidente le hubiese impedido llegar a tiempo.”*⁵⁸

Parece clara la postura de Pothier: los defectos intrínsecos de la cosa deben ser informados a la contraparte negocial, no ocurriendo lo mismo con las cuestiones extrínsecas al objeto del contrato, como la información de la que gozaba el mercader de Rodas. Este posicionamiento de Pothier, en principio categórico, parece luego debilitarse ante la casuística, al detenerse nuevamente en el concepto de Justo Precio: *“A pesar de estas razones y autoridades no creo que pueda defenderse de la nota de injusta la ganancia que haga un vendedor por la reticencia de algún hecho que deberá causar una baja en el precio, cuando esta ha de ser de mucha consideración y verificarse dentro muy corto intervalo, como fuera en el caso propuesto en que nuestro comerciante tuviese noticia de que estaba para arribar al puerto de Rodas una flota cargada de trigo, circunstancia que por cierto había de causar una baja considerable en el precio de este artículo. En el contrato de compra y venta, lo mismo que en los demás contratos conmutativos, exige la equidad que lo que cada una de las partes da sea equivalente a lo que recibe, y que ninguna de ellas quiera enriquecerse a costa de la otra. Ahora bien, en la especie propuesta si por medio de su disimulo logra ese comerciante vender el trigo a 50 pesos el moyo que es el precio corriente, ¿puede sin hacerse ilusión persuadirse que ese trigo, que él sabe que dentro dos días no valdrá más que 10 pesos, sea el equivalente de los 50 que ahora recibe? Diríase que basta que al tiempo del contrato valga los 50 pesos. Mas yo respondo: por más que una cosa tenga un valor actual y momentáneo de 50 pesos, si ha de bajar necesariamente, ¿puede ser considerada por quien sabe esta circunstancia como un ver dadero equivalente del dinero que recibe que siempre valdrá 50 pesos? ¿No es quererse enriquecer a expensas de los compradores por medio de ese afectado silencio el obligarles así a comprar una cosa que consta que a los dos días ira de venderse por cuatro quintas partes menos?”*⁵⁹

⁵⁸ Ibidem p. 125 y ss

⁵⁹ Ibidem p 127

LL)HANS KELSEN: (1881 – 1973)

La teoría de Kelsen libera de todo juicio de valor ético o político al Derecho, buscando la positivización del mismo a través de normas que se imponen coactivamente.⁶⁰ Kelsen reconoce la existencia de normas sociales, como la moral, las cuales forman parte del ordenamiento jurídico, pero considera que son de difícil delimitación en virtud de la subjetividad que presentan: no hay una única moral, sino muchos sistemas morales, diferentes entre sí y hasta contradictorios. Asimismo, la violación de esas normas morales puede dar lugar a injusticias, las cuales serán sancionables o no según exista una norma coactiva que lo repudie.⁶¹

Siguiendo nuestra línea de estudio serán punibles aquellos supuestos en que la norma coactiva así señale. Por ejemplo, lo sería el actual régimen de los artículos 1484 a 1488 del Código Civil: 1484: El vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso a que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella; pero no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos; 1485: El vendedor responde al comprador del saneamiento por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, aunque los ignorase. Esta disposición no regirá cuando se haya estipulado lo contrario, y el vendedor ignorará los vicios o defectos ocultos de lo vendido; 1486: En los casos de los dos artículos anteriores, el comprador podrá optar entre desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó, o rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicio de peritos. Si el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador, tendrá éste la misma opción y además se le indemnizará de los daños y perjuicios, si optare por la rescisión; 1487: Si la cosa vendida se perdiere por efecto de los vicios ocultos, conociéndolos el vendedor, sufrirá éste la pérdida, y deberá restituir el precio y abonar los gastos del contrato, con los daños y perjuicios. Si no los conocía, debe sólo restituir el precio y abonar los gastos del contrato que hubiese pagado el

⁶⁰ KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Trad. VERNENGO, Roberto, 2ª reimpresión, 1982, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 66

⁶¹ *Ibidem* p. 71

comprador; 1488: Si la cosa vendida tenía algún vicio oculto al tiempo de la venta, y se pierde después por caso fortuito o por culpa del comprador, podrá éste reclamar del vendedor el precio que pagó, con la rebaja del valor que la cosa tenía al tiempo de perderse. Si el vendedor obró de mala fe, deberá abonar al comprador los daños e intereses.

En cambio, respecto de aquello que no se encuentre positivamente regulado y sancionado, no cabrá castigo jurídico alguno.

IV) Reflexión final:

Una primera lectura del camino transitado sobre el deber de información precontractual nos hace pensar que hemos pasado de un extremo a otro en lo que a las consecuencias del incumplimiento respecta: de una sanción rigurosa por parte de Cicerón, nos encontramos hoy con lo que pareciera ser una primacía de la autonomía de la voluntad, que ha derivado en normas generales de prohibición de omisión de información precontractual relevante, que tienen como consecuencia la dificultad de fijar parámetros para su reproche jurídico. Veremos, por ejemplo, lo dispuesto por el artículo 65 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Desde el punto de vista de la información extrínseca, el devenir de la historia muestra que se le ha dado cada vez menos relevancia a la teoría del Justo Precio y así, mientras Santo Tomás establece parámetros y pautas claras y categóricas respecto a cuándo el adquirente al que se le ha ocultado determinada información puede reclamar, a medida que la autonomía de la voluntad cobra fuerza e influye en la doctrina por sobre el equilibrio de las prestaciones y el justo precio, difícilmente el ocultamiento de lugar a la invalidez del contrato.

Esto último no ocurre, en cambio, con la información intrínseca que se oculta al adquirente, y hemos visto que el legislador se ha preocupado y ocupado por dotarlo de acciones jurídicas para resguardar sus derechos vulnerados, tanto en el Código Civil (artículos 1484 a 1488) como en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (artículo 60).

Retomaremos esto al analizar, por un lado, esta temática desde la perspectiva del Derecho del Consumidor, y, por otro lado, al estudiar las polémicas que ha suscitado la sentencia del TJUE vinculado a las cláusulas suelo y al tipo de interés del contrato de

hipoteca, en donde parece dársele nuevamente importancia a la teoría del Justo Precio para apaciguar un escenario considerado injusto por el Tribunal, aunque eligiendo un camino que ha sido sumamente cuestionado.

V) PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR:

A) Evolución:

El Derecho al Consumidor ha ido evolucionando y se ha consolidado con el devenir de la historia. Partimos así de un sistema económico liberal, en el cual el Estado se inhibe de intervenir por darle primacía a la autonomía de la voluntad y a la libertad de contratación, en donde se considera que el consumidor y el empresario están en igualdad de condiciones. De allí que la teoría del libre mercado fuera la predominante, y que se acuñara la famosa frase “laissez faire, laissez passer”. La consecuencia de ello fue que el contrato, celebrado sin importar las posibles asimetrías en las posiciones contractuales, debía ser cumplido hasta sus últimas consecuencias.

Con la revolución industrial se produce el fenómeno de la producción en masa y de la sociedad de consumo, y el contrato pasa a ser un instrumento de abuso del débil. Tras la Revolución Francesa, que tuvo como una de sus banderas el que todos los hombres debían ser libres e iguales, el Código Napoleón reguló la propiedad privada y el contrato en esta misma línea, es decir, desde la perspectiva de la autonomía de la voluntad, con la idea de competencia perfecta entre los empresarios.

Con la Segunda Revolución Industrial, los cambios técnicos y la industrialización se profundizaron aceleradamente, impulsados por nuevas formas de energía, lo cual afectó sobremanera a la sociedad, y sobre todo a la situación del obrero. Ellos son retratados, por ejemplo, por el Papa León XIII en 1891 en su encíclica *Rerum Novarum*: “... *lo realmente vergonzoso e inhumano es abusar de los hombres como de cosas de lucro y no estimarlos en más que cuanto sus nervios y músculos pueden dar de sí.*”⁶² De a poco, comienzan a surgir las ideas del Estado Social.

Así todo, habrá que esperar hasta fines del siglo XIX para que, en Estados Unidos, cobre importancia la figura del consumidor: “*Fue en los Estados Unidos de América*

⁶² León XIII, *Rerum Novarum*, http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html

donde florecieron las primeras organizaciones de consumidores, teniéndose constancia, como antecedente más lejano, de la creación de la Liga de Consumidores en el año 1891 en la ciudad de Nueva York ... Sin embargo, el gran impulsor del movimiento de protección de los derechos de los consumidores fue el Presidente John Fitzgerald Kennedy, quién, hábilmente, identificó en su campaña electoral consumidor con votante, prometiendo su protección con una serie de medidas concretas, y poco después, el 15 de marzo de 1962, día en el que presentó su Mensaje Especial al Congreso sobre Protección de los Consumidores, acuñó la frase «consumidores, por definición, nos incluye a todos», mencionando ya cuatro derechos básicos del consumidor: seguridad, información, elección y audiencia, además de los medios de fortalecer los programas de protección de los consumidores.»⁶³

Luego del impulso dado por Kennedy, comienzan a observarse movimientos legislativos para proteger al consumidor y, a nivel europeo, es con la Carta de Protección al Consumidor elaborada por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa el 17 de mayo de 1973 en donde comienza una política comunitaria en este sentido.

A nivel español, la situación del consumidor se encuentra actualmente regulada por el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU).

B) Concepto de Consumidor y principios rectores:

La doctrina⁶⁴ suele distinguir entre una noción “concreta” y una noción “abstracta” de consumidor: mientras que la noción abstracta lo considera como el “ciudadano que adquiere o utiliza bienes y servicios”, estando protegido en su faz de ciudadano de una forma global pero no individual, la noción concreta permite ejercer individualmente los derechos al consumidor en su propio interés⁶⁵. A su vez, entre las nociones concretas de consumidor, se distingue una noción amplia, que lo entiende como “cliente” y otra de carácter más restrictivo, referida al consumidor final, que es la que más recepción ha

⁶³ ACEDO PENCO, Ángel, “La noción de consumidor y su tratamiento en el derecho comunitario, estatal y autonómico. Breve referencia al concepto de consumidor en el derecho extremeño”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, N° 18, 2000, p. 300

⁶⁴ *Ibidem*, p. 311

⁶⁵ *Ídem*

tenido. Así, Acedo Penco entiende que *“el concepto de consumidor final comprende todo adquirente o usuario de un producto o un servicio sin tener en cuenta la naturaleza de la relación jurídica operada por el transferente del bien o de la prestación, ni de la misma existencia de la transacción. Este criterio del uso privativo limita la cualidad de consumidor de forma general al no profesional que persigue la satisfacción de necesidades particulares, ya sean personales o familiares. Se excluye, por tanto, al empresario (industrial, comerciante, agricultor, artesano o profesional) cuando actúe como tal ...”*⁶⁶

En esta línea, el artículo 1 TLGDCU dispone que son consumidores o usuarios las personas que adquieren, utilizan o disfrutan bienes o servicios “como destinatarios finales”. Los redactores decidieron referirse conjuntamente a los consumidores y usuarios, sin que ello tenga consecuencia práctica alguna.⁶⁷

Delimitado el concepto con el que trabajaremos, Busto Lago⁶⁸ destaca que, conforme al principio general de protección del consumidor, hay una serie de corolarios básicos que no deben perderse de vista:

- En caso de conflicto con un profesional o empresario se aplicará la norma más favorable para los intereses del consumidor, si están llamadas varias normas a disciplinar la relación jurídica de que se trate;
- Se desplaza de las normas jurídico-privadas de alcance general a favor de las normas propias del Derecho de Consumo;
- Las normas del consumidor y usuario tienen naturaleza imperativa y no susceptibles de renuncia en virtud de convenios celebrados ex ante;
- El contrato debe integrarse en beneficio del consumidor;

⁶⁶ Ibidem, p. 313

⁶⁷ Ver en este sentido BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Comentario Libro I, Título I, Capítulo I, Art. 3, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias. Real Decreto Legislativo 1/2007*, Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Thomson Reuters, 2da Edición, 2015, p. 56 y ss.

⁶⁸ BUSTO LAGO, José Manuel, Comentario Libro I, Título I, Capítulo V, Art. 19, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias. Real Decreto Legislativo 1/2007*, Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Thomson Reuters, 2da Edición, 2015, p. 241 y ss.

- Existe responsabilidad solidaria frente al consumidor del empresario y de aquellos que actúen por su cuenta (auxiliares, mandatarios, agentes), aun en el caso que lo hagan en nombre propio y de los distintos agentes del daño.

Con esto en miras, continuemos con el análisis que nos ocupa.

C) Información Precontractual:

Álvarez Lata expresa que el contenido del derecho a la información del consumidor y usuario, dentro del TRLGDCU, protege, por una parte, la información como derecho en general para todos los consumidores, y por otra parte la información como obligación precontractual y contractual. Agrega que el derecho a la información ha conquistado una posición de preeminencia en la Ley, por cuya efectividad deben velar los poderes públicos, de manera que se garantice que el consumidor tenga siempre en su poder información precisa para el eficaz ejercicio de sus derechos.⁶⁹

López Maza y García Vicente señalan que la información precontractual abarca las condiciones jurídicas y económicas principales del contrato, que son aquellas que permiten al consumidor decidir racionalmente, y remarcan que el artículo 60 del TRLGDCU establece el contenido mínimo y las cualidades que debe presentar la información, tanto desde la perspectiva de lo que el consumidor debe saber, como de la forma en que se le debe transmitir esa información.⁷⁰ Así, la información que se suministre al consumidor debe ser suficiente, precisa y concreta.

Este artículo 60 dispone:

Información previa al contrato.

1. Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el

⁶⁹ ÁLVAREZ LATA, Natalia, Comentario Libro I, Título I, Capítulo IV, Art. 17, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias. Real Decreto Legislativo 1/2007*, Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Thomson Reuters, 2da Edición, 2015, p. 198 y ss.

⁷⁰ LÓPEZ MASA, Sebastián, GARCÍA VICENTE, José Ramón, Comentario Libro II, Título I, Capítulo I, Art. 60, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias. Real Decreto Legislativo 1/2007*, Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Thomson Reuters, 2da Edición, 2015, p. 822 y ss.

contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas.

2. Serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y cualesquiera otras que resulten de aplicación y, además:

a) Las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios.

b) La identidad del empresario, incluidos los datos correspondientes a la razón social, el nombre comercial, su dirección completa y su número de teléfono y, en su caso, del empresario por cuya cuenta actúe.

c) El precio total, incluidos todos los impuestos y tasas. Si por la naturaleza de los bienes o servicios el precio no puede calcularse razonablemente de antemano o está sujeto a la elaboración de un presupuesto, la forma en que se determina el precio así como todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales o, si dichos gastos no pueden ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que puede ser necesario abonar dichos gastos adicionales.

En toda información al consumidor y usuario sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio total, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación, utilización de distintos medios de pago u otras condiciones de pagos similares.

d) Los procedimientos de pago, entrega y ejecución, la fecha en que el empresario se compromete a entregar los bienes o a ejecutar la prestación del servicio.

e) Además del recordatorio de la existencia de una garantía legal de conformidad para los bienes, la existencia y las condiciones de los servicios posventa y las garantías comerciales.

f) La duración del contrato, o, si el contrato es de duración indeterminada o se prolonga de forma automática, las condiciones de resolución. Además, de manera expresa, deberá indicarse la existencia de compromisos de permanencia o vinculación de uso exclusivo de los servicios de un determinado prestador así como las penalizaciones en caso de baja en la prestación del servicio.

g) La lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando no sea aquella en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación.

h) La existencia del derecho de desistimiento que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercitarlo.

i) La funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables, como son, entre otras, la protección a través de la gestión de los derechos digitales o la codificación regional.

j) Toda interoperabilidad relevante del contenido digital con los aparatos y programas conocidos por el empresario o que quepa esperar razonablemente que conozca, como son, entre otros, el sistema operativo, la versión necesaria o determinados elementos de los soportes físicos.

k) El procedimiento para atender las reclamaciones de los consumidores y usuarios, así como, en su caso, la información sobre el sistema extrajudicial de resolución de conflictos prevista en el artículo 21.4.

3. El apartado 1 se aplicará también a los contratos para el suministro de agua, gas o electricidad – cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas–, calefacción mediante sistemas urbanos y contenido digital que no se preste en un soporte material.

4. La información precontractual debe facilitarse al consumidor y usuario de forma gratuita y al menos en castellano.

Se señalan como finalidades del deber de información precontractual el advertir al consumidor sobre el alcance del compromiso que está asumiendo, y el dar a conocer las cualidades y calidades del objeto del contrato.⁷¹ Podemos decir así que debe proporcionarse toda aquella información precisa sobre las características generales del contrato para satisfacer el propósito perseguido.

Los citados López Maza y García Vicente expresan que *“el contenido mínimo de los deberes de información se subdivide entre la información sobre lo que podríamos denominar “condiciones esenciales” del contrato (las prestaciones principales, qué se contrata) y los contenidos “accesorios” (o mejor, que no son prestación principal), esto es, cómo se contrata.”*⁷²

En el artículo 65 del TRLGDCU, se dispone la integración del contrato frente a frente a la falsedad, omisión o inexactitud de la información; y así los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante.

⁷¹ Ibidem p. 825 y ss.

⁷² Ibidem p. 831 y ss.

Retomando las teorías desarrolladas a comienzo de este aporte decimos que, si bien las omisiones engañosas relevantes que puedan inducir a error al consumidor están prohibidas, no en todos los casos se torna sencillo delimitar, por un lado, la información que hace al libre mercado y a la actividad económica que una de las partes desarrolla, y, por otro lado, la omisión engañosa que pueda perjudica al consumidor.

Busto Lago señala que los defectos de información en sectores como el bancario y el financiero han cursado en algunos ámbitos por la vía de los vicios de la voluntad, lo cual convive con los instrumentos de tutela derivados de las normas sobre condiciones generales y cláusulas no negociadas que sancionan con la no incorporación a las cláusulas cuyo desconocimiento no es imputable al consumidor y obran en su perjuicio, manteniéndose, en principio, el resto del contrato. Se pregunta asimismo si acaso sea ésta la vía adecuada cuando el desconocimiento no reviste la esencialidad precisa para provocar la anulación de todo el contrato, sino para operar sobre alguna de sus cláusulas o efectos.⁷³

En cuanto a la protección que recibe el consumidor en este tópico, estudiaremos: la protección frente a cláusulas abusivas, la libertad de elección del notario, el deber de información, las condiciones generales de contratación, las cláusulas no negociadas individualmente, y el control de transparencia.

VI) El Notario y el requirente en el plano del Consumidor:

A) Introducción:

El TRLGDCU regula de forma específica la interacción y los contratos resultantes entre consumidores y bancos. Así, el artículo 59 bis, 1, letra g) contiene el concepto de “servicio financiero”: financiero es todo servicio que se desarrolla en el ámbito bancario, de crédito, de seguros, de inversión privada, de inversión o de pago; lo cual incluye los préstamos, el crédito al consumo y los contratos de crédito relativos a bienes inmuebles. Asimismo, como se dijo, la ley regula el deber de información precontractual en el artículo 60. En esta línea, Busto Lago expresa que “*las normas del Derecho de consumo no son extrañas a las relaciones jurídicas propias del ámbito*

⁷³ GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, Comentario Libro II, Título II, Art. 80, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias. Real Decreto Legislativo 1/2007*, Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Thomson Reuters, 2da Edición, 2015, p. 1076.

bancario o financiero, cuando una de las partes es, precisamente, un consumidor o usuario.”⁷⁴

Libre elección y deber de información:

El Reglamento Notarial, en su artículo 126, dispone:

Todo aquél que solicite el ejercicio de la función pública notarial tiene derecho a elegir al notario que se la preste, sin más limitaciones que las previstas en el ordenamiento jurídico, constituyéndose dicho derecho en elemento esencial de una adecuada concurrencia entre aquellos.

En las transmisiones onerosas de bienes o derechos realizadas por personas, físicas o jurídicas, que se dediquen a ello habitualmente, o bajo condiciones generales de contratación, así como en los supuestos de contratación bancaria, el derecho de elección corresponderá al adquirente o cliente de aquellas, quien sin embargo, no podrá imponer notario que carezca de conexión razonable con algunos de los elementos personales o reales del negocio.

A salvo de lo dispuesto en el párrafo anterior, se estará a lo dispuesto en la normativa específica. En defecto de tal, a lo que las partes hubieran pactado y, en último caso, el derecho de elección corresponderá al obligado al pago de la mayor parte de los aranceles.

Los notarios tienen el deber de respetar la libre elección de notario que hagan los interesados y se abstendrán de toda práctica que limite la libertad de elección de una de las partes con abuso de derecho o infringiendo las exigencias de la buena fe contractual.

Junto al derecho que tiene el consumidor de elegir libremente al notario encontramos, tal como se ha venido desarrollando, un campo de trabajo sumamente enriquecedor en el deber de información, lo cual refleja el artículo 81 del TRLGDCU:

Artículo 81. Aprobación e información.

1. Las empresas que celebren contratos con los consumidores y usuarios, a solicitud de la Agencia Española de Consumo y Seguridad Alimentaria y Nutrición, de los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, estarán obligadas a remitir las condiciones generales de contratación que integren dichos contratos, en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud, al objeto de facilitar el estudio y valoración del posible carácter abusivo de determinadas cláusulas y, en su caso, ejercitar las competencias que en materia de control y sanción les atribuye esta ley.

⁷⁴ BUSTO LAGO, José Manuel, ob. Cit. (Cfr. Nota 68) p. 251.

2. Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, informarán a los consumidores y usuarios en los asuntos propios de su especialidad y competencia.

3. Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que utilicen las empresas públicas o concesionarias de servicios públicos, estarán sometidas a la aprobación y control de las Administraciones públicas competentes, cuando así se disponga como requisito de validez y con independencia de la consulta al Consejo de Consumidores y Usuarios, prevista en esta u otras leyes, todo ello sin perjuicio de su sometimiento a las disposiciones generales de esta norma.

Coincidimos con Prada Solaesa al sostener que el papel del notario no se limita simplemente a la formalización de negocios jurídicos para facilitar su prueba posterior, sino que es propio de los sistemas de notariado latino-germánico, como consustancial al carácter de servicio público que tiene la función notarial, que el notario controle la legalidad adecuando la voluntad de los contratantes a la misma, informándoles y asesorándoles en forma que busque equilibrar su diferente posición y asistiendo al otorgante necesitado de ello, incluso en el caso de que se pretenda el otorgamiento conforme a minuta.⁷⁵

Así, se dice que una de las características del notario de tipo latino es su deber de información y asesoramiento. Fernández Lozano sostiene que mientras el deber de información supone una actividad de comunicación de datos que puedan ser de interés al otorgante de la escritura, con las debidas advertencias del caso, el asesoramiento supone el consejo u opinión sobre un tema concreto planteado por uno de los comparecientes, siempre ajustado a la legalidad y al equilibrio, con especial atención a la parte más débil, atento a que la imparcialidad del notario es una imparcialidad “compensadora”⁷⁶. En este sentido, el artículo 147 del Reglamento Notarial dispone que, sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales y prestará

⁷⁵ PRADA SOLAESA, Pilar de, “La función informadora y asesora del notario en la contratación inmobiliaria e hipotecaria. Especial referencia a la contratación en masa. Su intensa relación con la imparcialidad notarial”, en *Suelo y vivienda en el Siglo XXI*, Consejo General del Notariado, España, 2005, p. 131

⁷⁶ FERNÁNDEZ LOZANO, José Luis, “Reflexiones sobre las condiciones esenciales para un correcto asesoramiento notarial”, en *Suelo y vivienda en el Siglo XXI*, Consejo General del Notariado, España, 2005, p. 107

asistencia especial al otorgante necesitado de ella, asesorará con imparcialidad a las partes, y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios.

Fernández Lozano manifiesta también su preocupación por el otorgamiento de las escrituras de préstamos hipotecarios en el despacho notarial: *“La imagen del notario que acude a la sede de firmas de la entidad bancaria, radicada casi siempre en las oficinas principales, que espera largos minutos a ser recibido, que se sienta en el despacho habilitado al efecto por el banco, junto con otros empleados de éste (que realizan la comprobación de la escritura) y en presencia (parcial, total o detrás de un biombo) del apoderado de la entidad ... es francamente deplorable. El prestatario piensa, en la mayor parte de las ocasiones, que está en presencia de empleados del banco, entre los que incluye al propio notario ... Ello tiene su clara repercusión: el cliente no se atreve a preguntar directamente al notario; y, si lo hace, tiene la sensación de estar hablando con un empleado más de la entidad.”*⁷⁷. Así que el notario no es un simple suministrador de servicios, sino un controlador de la legalidad del sistema y de los agentes económicos del mercado, por lo que la concepción de instrumento público como un “producto económico” que “valdrá lo que la sociedad quiere que valga” es totalmente rechazable. Concluye que el notario no debe limitarse a asesorar expresando lo que la escritura dice, cuando ésta está redactada conforme a una minuta elaborada por la parte más fuerte, sino que tiene que insistir en asesorar especialmente al comprador, tratando de equilibrar una situación que ab initio se presenta desequilibrada y a favor de una de las partes.⁷⁸

Destaquemos aquí que distintos Colegios Notariales, como el de Madrid, Andalucía, Asturias, Baleares, Canarias, Castilla-La Mancha, Murcia o Valencia han prohibido la firma en las oficinas bancarias, fuera de la oficina pública notarial. Nos detenemos en el caso del acuerdo del Colegio Notarial de Madrid de 14 de Julio de 2009, mediante el cual se prohíbe la firma fuera de la oficina pública notarial en oficinas o dependencias de entidades de crédito, promotoras inmobiliarias, agencias inmobiliarias o profesionales relacionadas con la gestión de documentos o asesoramiento, y despachos de abogados. Este acuerdo, conforme Resolución de la Comisión Nacional de Comunicaciones de 24 de septiembre de 2012 *“no restringe la competencia entre*

⁷⁷ Ibidem p. 118

⁷⁸ Ibidem p. 121

notarios y se ajusta a la normativa que regula su actividad, que ... ha de realizarse en la notaría, como oficina pública que es, siendo excepcional actuar fuera de ella". Al respecto, el notario Pérez De Madrid Carreras considera que se trata de una resolución bien fundamentada, que indaga correctamente en la esencia de la función notarial, aclarando que debe tenerse en cuenta la adecuación y la proporcionalidad de la restricción y la finalidad perseguida, y así "la CNC implícitamente se refiere a este hecho, al afirmar que hay casos lícitos de firma fuera del despacho del notario y que la limitación del lugar de firma no se hace de manera generalizada sino "en supuestos específicos, justificados y excepcionales" en los que exista una protección del consumidor"⁷⁹.

Es por todo lo expresado que el notario debe prestar especial atención a las denominadas Cláusulas Abusivas y a las Condiciones Generales de Contratación.

B) Cláusulas Abusivas:

El artículo 82 TRLGDCU señala el concepto y el alcance de las cláusulas abusivas:

Artículo 82. Concepto de cláusulas abusivas.

1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.

El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

3. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive:

⁷⁹ PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio, "La competencia en la función notarial: límites", en *El notario del Siglo XXI*, nº 46, Nov-Dic 2012, <http://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-46/255-la-competencia-en-la-funcion-notarial-limites-0-5644782321196778>

- a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario,
- b) limiten los derechos del consumidor y usuario,
- c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,
- d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,
- e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o
- f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

Respecto de la buena fe mencionada en la definición que brinda el artículo, la doctrina la vincula con la relatividad de la noción de abuso y con el análisis de otras circunstancias que pueden llegar a determinar que la cláusula proporciona al empresario una ventaja no justificada o desigual. En consecuencia, la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual exige tener en cuenta: la naturaleza de los bienes o servicios que sean objetos del contrato, todas las circunstancias que concurran en su celebración, y todas las demás cláusulas del contrato o de otro contrato del que dependa.⁸⁰

González Pacanowska sostiene que la doctrina suele distinguir entre cláusulas “negras” y cláusulas “grises”: son “negras” aquellas cuya abusividad deriva de contrastar su contenido con la regla legal, reputándose siempre abusivo; mientras que son “grises” aquellas que requieren analizar si en el caso concreto se vulnera el límite legal descrito de manera imprecisa o se genera el efecto que se juzga indeseable, para lo cual debe tenerse presente el punto 3 del mencionado artículo 82.⁸¹ Asimismo, señala que caben distinguir tres supuestos en cuanto a la disciplina aplicable a las cláusulas contractuales en contratos en los que intervengan empresarios y consumidores: 1) A la contratación entre empresarios con condiciones generales, se le aplicará la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación (LCGC); 2) A la contratación entre empresarios y consumidores con condiciones generales, habrá que atender tanto la LCGC como el

⁸⁰ GONZÁLEZ PACANOWSKA, ob. Cit (Cfr. Nota 73), p. 1119

⁸¹ GONZÁLEZ PACANOWSKA, ob. Cit (Cfr. Nota 73), p. 1106

TRLGDCU; 3) A las cláusulas no negociadas individualmente pero incorporadas por el empresario al contrato con el consumidor, se aplicará el TRLGDCU.⁸²

El artículo 83 de la TRLDGPU dispone la consecuencia en caso de presentarse cláusulas con estas características:

Artículo 83. Nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato.

1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.
2. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva.

A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario.

Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato.

En esta línea, De Castro entiende que las ventajas establecidas imperativamente en beneficio de las personas socialmente más débiles quedarían muertas si, con la imposición de una cláusula o condición ilícita, se pudiera reservar la parte más fuerte la posibilidad de terminar, cuando quisiera, la relación contractual.⁸³

La nulidad “total” del contrato tendrá lugar cuando el mismo no pueda subsistir si, tras la supresión de la cláusula quedara privado de alguno de sus elementos esenciales, en línea con lo dispuesto por el artículo 9.2 de la LCGC: la sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su

⁸² Ibidem p. 1031

⁸³ DE CASTRO y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, 1971, reimpr., Madrid, Civitas, 1985, p.494, nota tomada de Ibidem, p. 1160.

no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil.

Además, el artículo 84 del TRLGDCU dispone que los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Debe destacarse que gran parte de la doctrina entiende que la denegación habrá de limitarse a la cláusula proscripta, pues de extenderse a todo el contrato la solución sería desproporcionada y contraria a los intereses del consumidor; proponiéndose en consecuencia una suerte de nulidad parcial, que va de la mano con el artículo 83 TRLGDCU.⁸⁴ No debe perderse de vista que el notario no sólo debe tener en cuenta las sentencias inscriptas en este Registro, sino también las del Pleno.

C) El Deber de Información y las Condiciones Generales de Contratación:

El artículo 1 LCGC dispone que son condiciones generales de la contratación las cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. Se deja en claro que el hecho de que ciertos elementos de una cláusula, o que una, o varias cláusulas aisladas, se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.

En base a esta definición, la doctrina sostiene que son caracteres esenciales de este tipo de cláusulas: la predisposición, la vocación de utilización en una multiplicidad de ocasiones y su imposición al adherente por el predisponente.⁸⁵

Además, la LCGC dispone que las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por

⁸⁴ GONZÁLEZ PACANOWSKA, ob. Cit (Cfr. Nota 73), p. 1091

⁸⁵ Ibidem p. 135. En igual sentido Ver VELA TORRES; José, "La contratación a través de condiciones generales y clausulados negociales predisuestos", en *La Contratación Mercantil, disposiciones generales, protección de los consumidores*, Marcial Pons, 2006, España, p. 369

todos los contratantes, debiendo el contrato hacer referencia a esas condiciones generales incorporadas. En esta línea, no podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas. El artículo 5 LCGC resalta que la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez:

Requisitos de incorporación.

1. Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.

No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.

2. Cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración.

3. En los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma.

4. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

En consecuencia, no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato, ni las que no hayan sido firmadas, ni las condiciones generales que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y

se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

Los adherentes podrán exigir que el Notario autorizante no transcriba las condiciones generales de la contratación en las escrituras que otorgue y que se deje constancia de ellas en la matriz, incorporándolas como anexo. En este caso el Notario comprobará que los adherentes tienen conocimiento íntegro de su contenido y que las aceptan.

Vemos que el rol del notario frente a este tipo de cláusulas consistirá en un deber de información, advirtiendo al adherente su condición de tal, y previniéndolo sobre el régimen especial que le resultará aplicable, para lo cual deberá ponerse a su disposición el contrato, que deberá tener una redacción transparente, clara, concreta y sencilla, luego de lo cual se requerirá el consentimiento formal de su incorporación. En cuanto al control de contenido, Prada Solaesa considera que, si bien al notario no le compete la declaración de nulidad, sí debe advertir si a su juicio algunas cláusulas pueden tener carácter de abusivo, y debe denegar su autorización frente a actos o contratos en que se pretenda incluir cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales.⁸⁶

Vela Torres agrega que, aunque el adherente sea plenamente consciente de lo que ha firmado, no por ello ha abdicado al control judicial posterior, pudiendo declararse la nulidad en caso que la cláusula sea considerada abusiva, sin perjuicio que ello no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, debiendo integrarse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil.⁸⁷

Es de destacarse que, si bien la LCGC distingue entre no incorporación (artículo 7) y nulidad (artículo 8), somete ambos supuestos al régimen de la nulidad contractual (artículo 9).⁸⁸

Detengámonos, por último, en el Registro de Condiciones Generales de Contratación, cuya exposición de motivos expresa que es un Registro de cláusulas contractuales y de sentencias cuya finalidad primordial es proteger al consumidor frente a las cláusulas

⁸⁶ PRADA SOLAESA, Pilar de, ob. Cit. (Cfr. Nota 75), p. 136 y ss

⁸⁷ VELA TORRES; José, ob. Cit. (Cfr. Nota 85)

⁸⁸ Ídem

abusivas y evitar que se incluyan tales cláusulas en los contratos celebrados con los consumidores, sobre todo como medio para hacer efectivo el ejercicio de acciones contra las condiciones generales no ajustadas a la Ley. Vela Torres explica que en este Registro se configura un doble acceso: *“uno a través del depósito de los documentos o contratos en que se incluyan condiciones generales de la contratación, en lo que se ha denominado un registro de formularios donde el Registro cumple una función esencialmente conservaticia. Y otro para la publicidad de las sentencias relativas tanto a la nulidad o a la no incorporación de una condición general como a las dictadas en procesos en los que se ejercita alguna acción colectiva ... en este segundo caso no se trata de un mero depósito sino de un auténtico sistema de inscripción”*, y resalta que la inscripción registral de las condiciones generales produce importantes efectos, *“puesto que además de lo previsto genéricamente en el art. 1 del Reglamento sobre la publicidad de las condiciones y de las resoluciones judiciales, el art. 17 del propio Reglamento establece efectos relativos a la prescripción de las acciones colectivas de cesación y retractación, a la vinculación de Jueces y Tribunales, y a obligaciones impuestas a Notarios y Registradores ...”*⁸⁹

Control de Cláusulas abusivas en ausencia de sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales:

Reiteramos que la competencia de los notarios no alcanza la declaración de nulidad por estar reservado a los órganos jurisdiccionales, pero trataremos aquí si puede denegarse la autorización del instrumento que presente cláusulas que estime abusivas.

Mientras que algunos autores consideramos que los notarios pueden negarse a autorizar el documento frente a criterios objetivos, otros sostienen que, en defecto de sentencia inscrita, el notario debiera limitarse a realizar las advertencias oportunas sobre la posible abusividad, y para ello se fundan en la STS 20 de mayo de 2008, donde al referirse al control de legalidad, el Tribunal considera que este no supone un juicio negativo sobre la viabilidad jurídica del establecimiento de dicho control, y menos un juicio sobre su oportunidad, sino que ha de responder a la voluntad del legislador plasmada en una norma: *“carece de amparo legal el hecho de que reglamentariamente se anudo al juicio de legalidad desfavorable del Notario, con la amplitud y generalidad*

⁸⁹ Ibidem, p. 376 y 379

que lo hacía el precepto impugnado, la consecuencia de denegación de su autorización o intervención.”⁹⁰

No compartimos este último criterio, que no sólo consideramos contrario a los principios esenciales del notariado latino, sino además infundado. En esta línea, González-Meneses considera, junto a muchos otros notarios, que el razonamiento que sirve de base a la decisión judicial es erróneo, por cuanto el control notarial de legalidad tiene base legal suficiente con independencia de que una norma de simple rango reglamentario lo reafirme o no, siendo desafortunada la tesis judicial según la cual el pretendido control notarial de la legalidad no sería más que un invento de la reforma reglamentaria del año 2007, y no algo que forma parte desde siempre y por esencia del diseño institucional y legal de la función.⁹¹ Nos sumamos así a su conclusión: “... *el resultado final ha sido una norma que permite cuestionar no sólo el acierto o corrección del juicio notarial de validez sino la propia veracidad de la fe del notario en el plano fáctico, y ello tanto por los jueces como por cualesquiera autoridades administrativas y funcionarios en el ejercicio de sus competencias ... Y si no era suficiente con ello, el recurso registral contra el Reglamento ha negado la mayor, el propio presupuesto de esa presunción de validez o legalidad, que sería el juicio notarial de validez o legalidad. Y el TS les ha dado la razón, reduciéndonos al estatus ... de unos simples notarios anglosajones. Ya no hay problema con la doble calificación, porque la calificación notarial simplemente no existe ... Y lo importante no es que con ello sufra menoscabo nuestra posición institucional, sino lo que sufre menoscabo es la autodeterminación de los ciudadanos, que son los verdaderos dueños de esas escrituras que nosotros custodiamos, por mucho que los protocolos notariales, como conjunto de libros, sean propiedad del Estado.”⁹²*

D) Cláusulas no negociadas individualmente:

González Pacanowska señala que la abusividad como causa específica de nulidad de una cláusulas no se circunscribe a la hipótesis de ser aquella una condición general de la

⁹⁰ GONZÁLEZ PACANOWSKA, ob. Cit (Cfr. Nota 73), p. 1092

⁹¹ GONZÁLEZ-MENESES, Manuel, “El Consejo y la acción normativa del Estado”, en *Notario del Siglo XXI*, n°21, Sept-Oct 2008

⁹² Ídem

contratación, sino que puede predicarse de cualquier cláusula del contrato que no hubiere sido individualmente negociada, expresión más amplia que abarca también a las condiciones generales.⁹³ En este sentido, se entiende por cláusulas no negociada individualmente aquella que es “*redactada previamente y en cuyo contenido e incorporación al contrato los consumidores “ni han tenido intervención, ni en la mayoría de los casos se les ha permitido su modificación”.*”⁹⁴

Los requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente son los que se desprenden del citado artículo 80, que viene a recoger los “tres tipos de controles”⁹⁵:⁹⁶ el control de incorporación, el control de interpretación y el control de contenido:

Artículo 80. Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente.

1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.

c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

⁹³ Ibidem p. 1030

⁹⁴ Ibidem p. 1035

⁹⁵ Ibidem p. 1048. La infracción del deber de redactar las cláusulas de forma clara y comprensible puede: ser considerada como un obstáculo a su incorporación al contrato, ser considerada un desencadenante de una interpretación favorable al adherente o consumidor, o ser considerada como un ingrediente para apreciar el carácter abusivo de una cláusula. Ver ibidem p. 1070

2. Cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor.

Respecto al control de incorporación, los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, y hemos destacado junto a Busto Lago que, en caso de conflicto sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá siempre la interpretación más favorable al consumidor; lo que se reproduce en el artículo 6 LCGC:

Artículo 6. Reglas de interpretación.

1. Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerán éstas sobre aquéllas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares.

2. Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente.

3. Sin perjuicio de lo establecido en el presente artículo, y en lo no previsto en el mismo, serán de aplicación las disposiciones del Código Civil sobre la interpretación de los contratos.

Respeto al control de contenido, dedicaremos un apartado especial, por dar paso a otro de los temas centrales del trabajo: el control de transparencia.

VII) Control de Contenido y Control de Transparencia:

A) Introducción:

Llegamos al corazón de este aporte. Desarrollaremos la evolución del concepto de transparencia, y veremos cómo, en nuestro parecer, se adoptó una postura incorrecta con respecto a las cláusulas suelo, al no someterlas al control de fondo, a un control sustantivo del contenido abusivo, sino que, a través del control de transparencia, se las atacó sosteniendo que falló el nivel de información, y argumentando que no se han respetado las formas. Coincidiendo con Cámara Lapuente, creemos que lo correcto es radicar el control de transparencia en el control de incorporación, en lugar de ubicar dicho filtro de transparencia en la abusividad.⁹⁷

⁹⁷ Como veremos, numerosos argumentos avalan esa recalificación de la naturaleza jurídica de ese filtro en España: la falta de ligazón en la Directiva de los arts. 4.2 y 5 con el art. 6, de manera que no es una

Veremos, en esta línea, que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE dispone que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por lo cual se buscó una vía indirecta a través del control de forma para entrar en el control de fondo, mediante distintas interpretaciones que se han dado al control de transparencia. En palabras de Cámara Lapuente: *“situados en el terreno del art. 4.2 de la Directiva, en que la falta de transparencia llevaría al juzgador a tener que evaluar no el “desequilibrio de derechos y obligaciones de las partes” como en el resto de las cláusulas, sino la justicia económica del contrato, ante la dificultad, imposibilidad o inoportunidad de esa ponderación, los defensores de las tesis que conecta la falta de transparencia y abusividad fabrican o preconstituyen un argumento que no es realmente demostración o resultado, sino justificación preconcebida: falta de transparencia = desequilibrio = no poder comparar ofertas y no poder entender impacto económico = desequilibrio “subjetivo” (representación que se hizo consumidor), no objetivo (no objetiva relación calidad/precio). Recuérdese la mayor facilidad de declarar que una cláusula no es compatible que declarar que su contenido es abusivo y que la regla de transparencia no debería usarse para funciones para las que no fue creada ... En este punto, cuando algunas sentencias y doctrinas consuman el maridaje del control formal con el de contenido, cabe hacer propias las palabras de un autor alemán: “se necesita ciertamente mucha menos explicación o justificación para considerar que una cláusula no está redactada de forma clara y comprensible que para*

sanción contemplada en la Directiva por la falta de transparencia, sino que las sanciones específicas se relegan a los Estados miembros; la expulsión más sencilla del contrato de la cláusula tenida por no transparente (no incorporada, más protectora, por tanto con el adherente), frente a la necesidad de ponderación de todos los criterios que han de concurrir para que una cláusula sea abusiva (arts. 82.1 y 82.3 TRLGDCU), incluida la prueba del “desequilibrio sustancial de derechos y obligaciones” y el perjuicio; la posibilidad de abordar con un control de transparencia más o menos homogéneo los contratos en los que el adherente sean no sólo consumidores, sino también empresarios (al residenciarse también en los arts. 5 y 7 de la LCGC), entre otros. Ver en este sentido CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “Un examen crítico de la STJUE de 21 diciembre 2016: Nulidad Retroactiva sí, falta de transparencia “abusiva” de las cláusulas suelo no”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, Nº 1, p. 392

establecer que su contenido es abusivo. En consecuencia, la regla de la transparencia no debería ser exagerada con una función para la que no estaba diseñada".⁹⁸

En esta línea, al comentar la sentencia del STJUE 21 Diciembre 2016, Cámara Lapuente se pregunta cómo da el paso esta sentencia de decir que el Tribunal de Luxemburgo conserva soberanía sobre la interpretación del art. 6.1 (significado de “no vincularán”), a decir que la falta de transparencia del art. 4.2 tiene la misma consecuencia, parece un tanto endeble y corre así: A) El TS interpretó que el art. 4.2 comprendía no sólo una transparencia formal sino también material; B) El control de la transparencia material de las cláusulas sobre el objeto principal del contrato ex art. 4.2 es el mismo que el del art. 5 de la Directiva para todo tipo de cláusulas no negociadas; C) el TJUE ha declarado que es fundamental que el consumidor tenga información precontractual de las condiciones generales y sus consecuencias.⁹⁹

A nivel nacional, el TS no existe un solo control de transparencia, sino dos: uno general para cualesquiera cláusulas, que encaja en el tradicional control de inclusión o incorporación (ex arts. 5 y 7 LCGC y art. 80.1 a/b TRLGDCU, basado en la concreción, claridad, sencillez, accesibilidad, legibilidad) y un control especial, reforzado y distinto de aquél para las cláusulas que versan sobre el objeto principal del contrato, que el TS llama de “transparencia” stricto sensu, adornado con dos rasgos: un control no formal, literal o gramatical, sino de comprensibilidad real del alcance del contrato que, además, debe permitir conocer no sólo la “carga jurídica”, sino también la “carga económica”.

100

B) El artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE:

Comencemos introduciendo la Directiva 93/13/CEE, que en su artículo 4 dispone:

Artículo 4

⁹⁸ Ibidem p. 603

⁹⁹ CÁMARA LAPUENTE, Sergio, ob. Cit. (Cfr. Nota 97) p. 390

¹⁰⁰ CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas”, en *Anales Colegial Notarial de Madrid*, Tomo LV, Curso 2014/2015, España, p. 560

1. Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.

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

Según el segundo apartado de este artículo 4, que no se encontraba en la propuesta originaria de la Comisión sino que se introdujo por influencia alemana, la descripción del objeto y la adecuación económica entre el precio y su contraprestación no se somete al juicio de abusividad, en la medida en que la redacción sea clara y comprensible.

En base a este artículo 4.2 se ha sostenido la idea de que el deber de transparencia es una obligación que no está exclusivamente vinculada con el control de inclusión, sino que también guarda relación con el enjuiciamiento del carácter abusivo, conjuntamente con el art. 5 de la Directiva 93/13/CEE, frase primera, que contiene la llamada regla de transparencia: *“en los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible.”*

Vázquez Muiña entiende que la razón que lleva a afirmar que el art. 5 de la Directiva 93/13/CEE también conecta la falta de transparencia de las cláusulas con el carácter abusivo de las mismas reside en su estructura, pues dicho precepto establece el deber de redacción de las cláusulas de manera “clara y comprensible” sin disponer una consecuencia jurídica concreta para el caso de incumplimiento, lo cual permite inferir que el art. 5 de la Directiva 93/13/CEE ha sido configurado por el legislador comunitario como una cláusulas general o norma de estructura abierta, que engloba en un supuesto de hecho una pluralidad de manifestaciones del deber de transparencia, cada una de las cuales se dará a conocer en una fase del contrato determinada: en la incorporación de las cláusulas, en la interpretación y en el control de contenido,

correspondiendo una consecuencia jurídica concreta al incumplimiento del deber de transparencia en cada una de ellas.¹⁰¹

A tenor del art. 5, el considerando 20º de la Directiva sólo añade como explicación “*que los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas y que, en caso de duda, deberá prevalecer la interpretación más favorable al consumidor*”. En virtud de ello, Cámara Lapuente señala que la transparencia va ligada a la posibilidad real de conocer las cláusulas, expresión que apela más al fundamento de su “incorporación” al contrato, que a un control de contenido sobre el equilibrio jurídico de lo acordado.¹⁰²

Podemos decir entonces que:

- 1) no se delimita con precisión qué comprende la claridad y la comprensibilidad;
- 2) se debate el alcance del control de transparencia en materia de Precio;
- 3) no se delimita con precisión cuáles son las consecuencias de infringir estos deberes.

1) Comprensibilidad y Claridad:

El TJUE exige en esta materia “claridad y comprensibilidad”, lo cual se configura, para parte de la doctrina, como un deber de ofrecer ex ante información sobre cláusulas que afecten al riesgo económico del contrato, cuyo incumplimiento pueda tener trascendencia para apreciar su carácter abusivo. Otra postura, en cambio, entiende que el problema no reside en desconocer lo que el contrato dice, sino en que el objeto o el efecto de la cláusula se traducen en un importante desequilibrio en perjuicio del consumidor porque su propia formulación le coloca, de algún modo, a merced de decisiones arbitrarias del predisponente o le impiden valorar cuáles sean sus derechos y deberes derivados del contrato.

¹⁰¹ VÁZQUEZ MUIÑA, Tania, “El control de Transparencia de las cláusulas contractuales predispuestas: un control autónomo residenciado en el Art. 60 TRLGDCU”, en *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*, 2016, España, p. 558 y ss.

¹⁰² CÁMARA LAPUENTE, Sergio, ob. Cit. (Cfr. Nota 100) p. 566

En principio, podemos decir que se habla de “oscuridad en las cláusulas” como contraposición al concepto de “claridad” cuando:¹⁰³

- la falta de concreción impide al consumidor valorar ex ante el alcance de sus derechos y obligaciones;
- implica una reserva de discrecionalidad o arbitrariedad del predisponente;
- impide al consumidor valorar ex ante el alcance de sus derechos y obligaciones;
- impide al consumidor el ejercicio efectivo de los derechos que le corresponden.

Esto significa que, mediante la exigencia de la redacción “clara y comprensible” de la cláusula, el legislador comunitario persigue el objetivo de hacer notorio al cliente, antes de que devenga vinculante el contrato, el plano comprensivo de las ventajas y desventajas, a fin de que pueda elegir conscientemente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, lo que implica una redacción de las cláusulas visualmente perceptible y materialmente comprensible. La transparencia en la redacción de las cláusulas cumple, por lo tanto, un cometido de información precontractual, cuyo incumplimiento puede dar lugar a un desequilibrio en perjuicio del consumidor, consistente en la alteración de la onerosidad del contrato o en una sorpresa o frustración de unas expectativas legítimas.¹⁰⁴

Así, tiene una importancia esencial que el consumidor pueda prever, basándose en criterios claros y comprensibles las consecuencias del contrato y, en concreto, las modificaciones posteriores del precio por el profesional.¹⁰⁵

Entonces, para cumplir el canon de transparencia existen dos momentos en que el empresario debe suministrar información clara y comprensible al consumidor: antes y durante la ejecución del contrato. La falta de información precontractual no puede ser

¹⁰³ GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, Comentario Libro II, Título II, Art. 82, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias. Real Decreto Legislativo 1/2007*, Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Thomson Reuters, 2da Edición, 2015, p. 1129.

¹⁰⁴ VÁZQUEZ MUIÑA, Tania, ob. Cit. (Cfr. Nota 101) p. 562

¹⁰⁵ CÁMARA LAPUENTE, Sergio, ob. Cit. (Cfr. Nota 100) p. 594

compensada, en principio, por el mero hecho de que los consumidores serán informados durante la ejecución del contrato.¹⁰⁶

Esta configuración del control de transparencia (oportunidad real de conocer las cláusulas y sus consecuencias; información transparente antes del contrato y después, durante su ejecución; suministro de la información en tiempo útil) la ha realizado el TJUE al hilo de cláusulas que no versaban sobre el objeto principal del contrato, por lo tanto, interpretando el canon de transparencia del art. 5 de la Directiva.¹⁰⁷

Cámara Lapuente considera así que la transparencia pasa a cumplir no sólo una función precontractual ligada al consentimiento, sino una función postcontractual ligada al desequilibrio de derechos y obligaciones que podrían ocasionar las cláusulas no transparentes: *“De ahí a la emergencia de una suerte de “falta de transparencia sustantiva” y no meramente formal o, en otros términos, de abusividad procedimental o abusividad por falta de transparencia ... hay un paso muy corto”*¹⁰⁸

2) **El alcance del control de transparencia en materia de Precio:**

Dado que el objeto principal del contrato presentado de forma clara y comprensible está exento del control sustancial por desequilibrio, resulta crucial delimitar qué se entiende a estos efectos por “objeto principal”. Cámara Lapuente introduce tres tesis al respecto: la primera tesis doctrinal consiste en distinguir entre cláusulas que definen el objeto principal y cláusulas accesorias o puramente eventuales (postura en la que se enrola); la segunda tesis considera que todo lo referido al “precio”, por muy improbable e irrelevante que sea, debe entenderse incluido en el control de abusividad; y la tercera tesis entiende que para decidir si una cláusula versa sobre el objeto principal debe atenderse a la importancia que la misma tiene para el consumidor y su incidencia en la decisión de comportamiento económico.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Ídem

¹⁰⁷ Ibidem p. 595

¹⁰⁸ Ibidem p. 571

¹⁰⁹ Ibidem p. 624. El TS declina acogerse a ninguna de estas tesis y literalmente apela a la literalidad de la Directiva, “sin distinguir entre elementos esenciales y no esenciales del tipo de contrato en abstracto (...) sino a si son “descriptivas” o “definidoras” del objeto principal de contratos concretos en el que se

Respecto a si el precio es o no un elemento de ponderación por los tribunales, el Considerando 19 de la Directiva dispone que “a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio; que de ello se desprende, entre otras cosas, que en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor.

Pertiñez Vilchez señala que el carácter abusivo de las cláusulas relativas a los elementos esenciales “*no puede hacerse depender de que el precio resulte caro o barato, sino del hecho de que por defecto de la cláusula, el precio o la prestación resulten distintos de los que el consumidor creía haber pactado a partir de la información precontractual aportada por el empresario.*”¹¹⁰

González Pacanowska considera que el control de los elementos esenciales se resume en: “*no se deben controlar, porque iría en contra de los principios básicos de la economía de mercado; no se pueden controlar, porque no existe un paradigma de contraste; y, finalmente, no hace falta controlarlos, porque, a diferencia del contenido jurídico, se seleccionan y consienten por el consumidor y su control corresponde a la competencia*”¹¹¹; y así “*la cláusula ha de evitar la incertidumbre relativa al precio o al alcance de la deuda, de manera que el consumidor puede conocer, sobre la base de criterios claros y comprensibles, el importe de los cargos asociados al servicio o los riesgos económicos de la operación. Segundo, el profesional debe proporcionar información adecuada sobre las condiciones de ejercicio del derecho a la modificación unilateral del precio y sobre la facultad del consumidor a terminar el contrato en caso*

incluyen o, por el contrario, afectan al “método de cálculo” o “modalidades de modificación” del precio”.

¹¹⁰ PERTINEZ VILCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzandi 2004, p. 99 y ss. Cita tomada de GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, ob. Cit. (Cfr. Nota 100), p. 1137.

¹¹¹ GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, ob. Cit. (Cfr. Nota 103), p. 1130

de modificación válida.”¹¹² De esta forma, el defecto en la información de la redacción de la cláusula puede dar lugar a un desequilibrio y a ausencia de buena fe.

En esta línea, una opinión muy extendida¹¹³, el empresario debe formular las cláusulas teniendo en consideración el conocimiento del consumidor medio, por ser antieconómico pretender una redacción que fuese asequible para todos y cada uno de los posibles destinatarios en función de sus propias y subjetivas circunstancias.¹¹⁴

El Informe de la Comisión de 27 de abril de 2000 advierte que ha de distinguirse entre el ámbito excluido (adecuación entre precio y contraprestación) y las cláusulas relativas al precio (las que estipulan el método de cálculo o las modalidades de modificación) y sujetas a control.¹¹⁵

3) Consecuencias de infringir estos deberes:

Cámara Lapuente señala que el art. 4.2 (para el objeto principal) y el art. 5.1 (para las demás cláusulas no negociadas) de la Directiva al establecer el mismo deber de redacción “clara y comprensible” no establecen las consecuencias jurídicas por incumplir ese deber, como sí se hace en relación con las cláusulas abusivas definidas en el art. 3, las cuales, a tenor del art. 6 “no vincularán” al consumidor. Esto ha sido denunciado en la doctrina europea como una grave laguna de la Directiva y ha dado pie a tres interpretaciones en las transposiciones estatales: primera, la falta de transparencia ocasiona la no incorporación de la cláusula al contrato, la cláusula no es abusiva, simplemente no se incorpora; segunda, la falta de transparencia hace per se, automáticamente abusiva la cláusula (conectando entonces los arts. 4.2 y 5.1 tanto con el art. 3 como con el art. 6 de la Directiva); tercera, esa vulneración de la transparencia es un factor más para declarar abusiva la cláusula ya que, al no superar el filtro de

¹¹² Ibidem p. 1128

¹¹³ Ibidem. P. 1063

¹¹⁴ En la STS 24 marzo el control de transparencia versa sobre la comprensibilidad no sólo gramatical sino real en el sentido de no “implicar una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio o la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Ver CÁMARA LAPUENTE, Sergio, ob. Cit. (Cfr. Nota 97) p. 601 y ss.

¹¹⁵ GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, ob. Cit. (Cfr. Nota 100), p. 1131

comprensión, ha de pasar a evaluarse si la cláusula causa un desequilibrio perjudicial y contrario a la buena fe, evaluando el resto de circunstancias.¹¹⁶

El art. 5 tan sólo establece que “en caso de duda” se producirá la consabida interpretación contra proferentem, y derivar de la mención de este remedio específico que esa sea la única sanción posible del deber de transparencia por efecto de la Directiva parece desacertado, ya que ni la norma comunitaria impide que los Estados miembros adopten otras medidas al efecto, ni la interpretación más favorable al consumidor, dejando subsistente la cláusula será el remedio adecuado en numerosos supuestos: cuando la cláusula no sea dudosa y tenga un solo sentido, que el consumidor no llegue a comprender; cuando la cláusula sea totalmente incomprensible; cuando puedan existir remedios nacionales más protectores con el consumidor que la regla hermenéutica, etc.¹¹⁷

VIII) La situación en España:

A) Pronunciamientos sobre “Cláusulas Suelo”:

Vázquez Muiña considera que, aunque el deber de transparencia ha ocupado un lugar muy destacado en la contratación con cláusulas predispuestas, ha sido la STS de 9 de mayo de 2013, en materia de cláusulas suelo, la que ha delimitado definitivamente este deber, fijando el Pleno del Alto Tribunal su verdadero alcance y contenido a través del control de transparencia establecido por el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas: *“Con estos pronunciamientos -que constituyen por sí solos doctrina jurisprudencial y culminan con la declaración del carácter abusivo de las cláusulas suelo enjuiciadas por un defecto de transparencia- se supera la concepción de la transparencia como una cuestión únicamente vinculada al control de inclusión de las cláusulas predispuestas, y se incorpora a nuestro ordenamiento la interpretación que tanto la normativa y la jurisprudencia comunitarias como el Código Civil europeo realizan de este deber.”*¹¹⁸

¹¹⁶ CÁMARA LAPUENTE, Sergio, ob. Cit. (Cfr. Nota 100) p. 562

¹¹⁷ Ibidem p 566

¹¹⁸ VÁZQUEZ MUIÑA, Tania, ob. Cit. (Cfr. Nota 101) p. 557

Navarro Arrivas sostiene que la “cláusula suelo” no es más que una salvaguarda por parte de la entidad financiera para establecer un tipo de interés mínimo a cobrar, con independencia de la evolución del índice de referencia¹¹⁹. De esta forma, si la suma del índice de referencia y el diferencial cae por debajo de esa cota mínima, la entidad aplicará para el cálculo de los intereses el tipo mínimo establecido. Señala también que las cláusulas suelo suponen una carga o gasto para los clientes de las entidades financieras, y al mismo tiempo un beneficio para la entidad, siendo su naturaleza la de un contrato de opción. En consecuencia, la cláusula suelo tiene un precio, llamado “prima de opción”, y lo que hace la entidad financiera al incorporar al contrato de préstamo es asegurarse que el prestatario entregue derechos al banco, los cuales tienen un determinado valor económico, tal como ocurre con las comisiones de apertura o con los seguros.¹²⁰

Sabido es que la transposición de la Directiva 93/13 por la Ley 7/1998 omitió el texto del artículo 4.2, lo que ha generado gran debate en la doctrina, y así un sector opina que la norma comunitaria debe entenderse aplicable, y otro sector entiende que frente a la falta de transposición nada impide que pueda apreciarse también el desequilibrio que afecta a las prestaciones principales del contrato. En esta línea, Cámara Lapuente señala que el silencio negligente del legislador español “*alimentó un debate entre los partidarios de entender que debía ser colmado con una interpretación conforme a la Directiva y quienes sostenían que la ausencia de la norma permitía preconizar la existencia de un nivel de protección más alto de la Directiva, habilitando incluso un control judicial de precios a través del régimen de las cláusulas abusivas. El desconcierto llegó hasta el Tribunal Supremo, el cual, al hilo del examen de las cláusulas de redondeo en el cálculo del interés variable de los préstamos hipotecarios (que, por cierto, en modo alguno caen en el tipo de cláusulas exentas de control de contenido del art 4.2), planteó al TJUE una cuestión prejudicial que abocaría en la conocida sentencia de 3 de junio de 2010, en el asunto CajaMadrid. Fue en parte la manera de plantear la cuestión por el TS y su visión del Derecho español vigente lo que indujo al Tribunal de Luxemburgo, excediendo claramente su competencia acerca de la interpretación del Derecho europeo, a declarar que en España los tribunales pueden*

¹¹⁹ NAVARRO ARRIVAS, Eliseo, “Cláusulas suelo y tasa anual equivalente”, en *Hacia un Nuevo Modelo de Mercado Hipotecario*, Directora: ALCALÁ DIAZ, María Ángeles, Dykinson, España, 2014, p. 170.

¹²⁰ Ídem

apreciar el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente que se refiera al objeto principal del contrato, incluso aunque esa cláusula hubiese sido redactada de manera clara y comprensible.”¹²¹

González Pacanowska señala que “a la hora de dictaminar sobre la denominada “cláusulas suelo”, se ha introducido la distinción entre la transparencia, claridad, concreción y sencillez de los artículos 5 y 7 LCGC de un lado, y un filtro de transparencia superior, derivado del artículo 80.1 TRLGDCU, de otro. Las cláusulas suelo, según el TS, cumplían “aisladamente consideradas” los requisitos de incorporación establecidos en los mentados artículos 5 y 7. A continuación, no obstante, residencia en el artículo 80.1 TRLGDCU un filtro de transparencia superior, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato de modo que permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de como juega o puede jugar en la economía del contrato. El TS se muestra disconforme con el nivel de información que se ajustaba a la normativa específica aplicable al caso porque se estima inferior al que deriva del artículo 80.1 TRLGDCU y porque no garantiza el conocimiento de lo que se considera ser el objeto principal del contrato¹²² ... El TS incide reiteradamente sobre el carácter principal de la estipulación, pero esta calificación ha sido rechazada por parte de la doctrina que, entre otras cosas, advierte que el contrato puede subsistir despojado del suelo o interés mínimo, como admite el TS; lo que no parece casar con la idea de que se trata del objeto principal. ... Pero, al tiempo, el TS legitima las mismas cláusulas cuando se garantice que el consumidor es consciente de las ventajas que reportan a su contraparte ...”¹²³

Desde un punto de vista práctico, a tenor de esta postura, la información habrá de comprender el comportamiento previsible del índice de referencia, cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es “un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán

¹²¹ CÁMARA LAPUENTE, Sergio, ob. Cit. (Cfr. Nota 100) p. 557 y ss

¹²² GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, ob. Cit. (Cfr. Nota 103), p. 1065

¹²³ Ibidem p. 1143 y 1144

de forma imperceptible en su beneficio”.¹²⁴ Al no alcanzar ese nivel de transparencia, se estima que la cláusula es abusiva por suponer un desequilibrio en el reparto de los riesgos: las cláusulas suelen “*dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como variable.*”¹²⁵

Resumimos este desarrollo en tres cuestionamientos que encuentra Cámara Lapuente respecto a la STS 9 mayo 2013: a) Que la cláusula suele definir el objeto principal del contrato de préstamo hipotecario con interés remuneratorio variable. Esta calificación parece haberse convertido en axioma para evitar entrar a argumentar sobre su equilibrio desde el punto de vista del control sustantivo, pero acaso merecería la pena reflexionar más si, en la restrictiva que debe hacerse de la norma comunitaria, el objeto principal del contrato comprende realmente cualquier aspecto referido al precio: si la cláusula suele ser verdaderamente un elemento esencial del contrato, eliminada aquélla éste no puede subsistir, cosa que no sucede, al quedar operativo el interés variable. b) Según el TS “no existe un solo control de transparencia, sino dos”: uno general para cualesquiera cláusulas, y un control especial, reforzado y distinto de aquél para las cláusulas que versan sobre el objeto principal del contrato, que el TS llama de “transparencia” stricto sensu, adornado con dos rasgos: un control no formal, literal o gramatical, sino de comprensibilidad real del alcance del contrato que, además, debe permitir conocer no sólo la “carga jurídica”, sino también la “carga económica” del contrato. c) Para el TS, dado que el control de transparencia es distinto del de incorporación, aquél produce la nulidad de las cláusulas no transparentes, que se consideran directamente abusivas (falta de transparencia = abusiva = nulidad).¹²⁶

B) Las extralimitaciones del TJUE:

Coincidimos con Cámara Lapuente, que al comentar el STJUE 21 Diciembre 2016 sostiene que el TJUE parece haber actuado ultra vires cuando conecta el control de transparencia con la abusividad, es decir, cuando se decide que la sanción por no

¹²⁴ Ibidem p. 1065

¹²⁵ Ídem

¹²⁶ CÁMARA LAPUENTE, Sergio, ob. Cit. (Cfr. Nota 100) p. 560

superar ese control (4.2 y 5 de la Directiva) en las cláusulas que definen el objeto principal del contrato debe ser necesariamente el carácter abusivo de dicha cláusula, conectando el art. 4.2 (control de elementos esenciales) con el 6 (consecuencias del carácter abusivo) por la vía del art. 3 (definición de cláusula abusiva). En realidad, el art. 4.2 (y el 5) al configurar el deber de que la redacción de la cláusula sea “clara y comprensible” sólo encuentra en la Directiva una sanción expresa (no en el art. 6, sino en el propio art. 5: interpretación contra proferentem) y, por tanto, sí quedaron fuera de la Directiva, como una laguna reiteradamente denunciada.¹²⁷

Así, el legislador de la Directiva 93/13 no conectó el control de transparencia de los arts. 4.2 y 5 con el carácter abusivo de las cláusulas (arts. 3 y 4.1) ni con su consecuencia (art. 6) sino que sólo estableció que las cláusulas que no fuesen claras y comprensibles serían sometidas a una interpretación contra proferentem. Y esto mismo lo dice el propio Informe de la Comisión Europea sobre los primeros cinco años de aplicación de la Directiva: *“la violación del principio de transparencia no entraña sanciones propiamente dichas, puesto que las cláusulas contractuales que no respetan los criterios de claridad y comprensibilidad no se consideran abusivas ni deben, por tanto, suprimirse.”*¹²⁸.

C) La STJUE 21 diciembre 2016 y 26 enero 2017:¹²⁹

La STJUE 21 diciembre 2016 recuerda que se *“ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta”*, y menciona dos límites: *la subsistencia de las normas procesales internas sobre cosa juzgada y la fijación de plazos razonables para recurrir, en interés de la seguridad jurídica.”*

La incidencia más evidente para el Derecho español de esta sentencia es, para Cámara Lapuente, que todos los *“órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de efectos en el tiempo que el Tribunal*

¹²⁷ CÁMARA LAPUENTE, Sergio, ob. Cit. (Cfr. Nota 97) p. 389 y ss

¹²⁸ Ibidem p. 391

¹²⁹ STJUE 21 diciembre 2016, Francisco Gutiérrez Naranjo c. Cajasur Banco, S.A.U., Ana María Palacios Martínez c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA), Banco Popular Español, S.A., c. Emilio Irlés López, Teresa Torres Andreu, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15. STJUE 26 enero 2017 (Banco Primus S.A. y Jesús Gutiérrez García, C-421/14).

Supremo acordó.”¹³⁰ Por lo tanto, en los casos pendientes de resolución judicial y en los venideros, los juzgados y tribunales españoles deben abstenerse de seguir la doctrina jurisprudencial del TS y deben aplicar una nulidad plenamente retroactiva, sin esperar ni a la futura modificación por el propio TS ni a un eventual cambio legislativo.¹³¹ Puntualizaremos sobre esta situación en el próximo apartado.

Pero, además, entiende el Tribunal que la interpretación del alcance de los arts. 6 y 7 de la Directiva sí es competencia del TJUE (ineficacia de las cláusulas abusivas en general).

Por su parte, en la STJUE 26 enero 2017 (Banco Primus), se dispone que las cláusulas del art. 4.2 “*sólo quedan exentas de la apreciación sobre su carácter abusivo cuando el tribunal nacional competente estime, tras un examen caso por caso, que han sido redactadas por el profesional de manera clara y comprensible*”.

D) ¿Retroactividad o Irretroactividad de la nulidad declarada?:

La falta de transparencia de las cláusulas predispuestas y no negociadas da lugar a una nulidad especial que carece de eficacia retroactiva. A esa conclusión llegó la STS 9 de mayo 2013 y ha sido refrendada en el ámbito de las acciones individuales por la STS 25 marzo 2015, a cuyo tenor los efectos devolutivos de la nulidad no pueden retrotraerse a antes de 9 mayo 2013, con argumentos relativos a los principios generales, la seguridad jurídica, la doctrina constitucional, la naturaleza de la acción colectiva de cesación que se habían planteado, y por el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico.¹³² Ya en el 2014 Cámara Lapuente sostenía que los argumentos empleados para esta conclusión no resultan en absoluto convincentes, por no tener apoyo en el Derecho europeo; por no está avalado por el TJUE; y porque esa nueva nulidad ex nunc sólo para las cláusulas abusivas por falta de transparencia es de todo punto incoherente con la nulidad ex tunc para las cláusulas nulas por control de contenido derivada de los arts. 83 TRLGDCU y 1303 CC.¹³³

¹³⁰ Ibidem p. 394

¹³¹ Ídem

¹³² CÁMARA LAPUENTE, Sergio, ob. Cit. (Cfr. Nota 100) p. 608

¹³³ Ibidem p. 609

La STJUE 21 diciembre 2016 ha resuelto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo español vulnera el art. 6 de la Directiva 93/13/CEE, de manera que las cláusulas suelo declaradas abusivas por falta de transparencia se ven afectadas por una nulidad ex tunc y, por tanto, procede la devolución de todas las cantidades indebidamente percibidas, sin límites temporales.

Este pronunciamiento dispone así que¹³⁴:

Dada la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, y tal como se desprende del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con su vigesimocuarto considerando, esta Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores» (sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábaj, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 78).

Para lograr tal fin, incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultado para modificar el contenido de la misma (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65).

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

De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes.

Pues bien, la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución

¹³⁴ Ver en este sentido <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d560d76121420a49d08e60a76b44f581ce.e34KaxilC3gMb40Rch0SaxyKbx10?text=&docid=186483&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=655597>

íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.

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

De todas las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

E) Incumplimiento del deudor. Cláusulas de vencimiento anticipado:

La STJUE 21 de enero de 2015 se pronuncia sobre la norma de disposición transitoria 2º de la Ley 1/2013 en relación con el artículo 114.III LH y la fijación de los intereses máximos imperativos para los intereses moratorios en los préstamos hipotecarios. Según el TJUE, no se opone al artículo 6.1 de la Directiva el hecho de que el juez nacional esté obligado, en virtud de tales normas y respecto de contratos anteriores a su entrada en vigor, a hacer que se recalculen las cantidades debidas con el fin de que el importe de los intereses de demora no rebase ese límite imperativo, pero establece dos límites: siempre que la aplicación de la disposición nacional no prejuzgue la apreciación por parte de dicho juez nacional del carácter abusivo de tal cláusula y siempre que no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que aprecie que es abusiva.¹³⁵

¹³⁵ GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, ob. Cit. (Cfr. Nota 103), p. 1217 y ss

El artículo 114 LH dispone que, salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés no asegurará, con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente; que en ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años; y que los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago.

González Pacanowska expresa que lo dicho por el TJUE implica que el juez nacional puede declarar el carácter abusivo de la cláusula cuando lo establecido en el contrato hubiera sido superior al límite máximo legal, pero también cuando sea inferior conforme a la ponderación circunstanciada que exige la apreciación de abusividad.

Ahora bien, en caso de intereses moratorios declarados abusivos, ¿la sanción debe ser el 0% de intereses o la aplicación del art. 1108CC como Derecho supletorio y, por tanto, conceder al prestamista el interés legal del dinero? Tras el uso de otros muchos criterios moderadores del interés moratorio abusivo (2,5 veces el interés legal, 3 veces, el montante de los intereses remuneratorios, etc.) a esta solución binaria, ha quedado reducido el debate tras la reforma del art. 83 TRLGDCU en 2014 por lo que cuando el juez aprecie que la estipulación es abusiva, la ha de dejar en absoluto sin aplicación.

Cámara Lapuente señala en este sentido que, como ha declarado el TJUE, las cláusulas abusivas no se modelan ni se integran ni procede la llamada reducción conservadora del contrato, por lo que la sanción ante la nulidad por abusivos de unos intereses moratorios es la eliminación de tales intereses (0%) y no la aplicación del art. 1108 CC, que los mantendría en el interés legal del dinero.¹³⁶

IX) Panorama de la situación desde la óptica del Registrador:

Destacamos aquí nuevamente el artículo 81 TRLDGPU, respecto del cual González Pacanowska¹³⁷ sostiene que la mención del artículo a la información que los registradores deben brindar, hace referencia a la información general y verbal del

¹³⁶ CÁMARA LAPUENTE, Sergio, ob. Cit. (Cfr. Nota 100) p. 554

¹³⁷ GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, ob. Cit. (Cfr. Nota 103), p. 1090

artículo 222.7 de la LH: Los Registradores en el ejercicio profesional de su función pública deberán informar a cualquier persona que lo solicite en materias relacionadas con el Registro. La información versará sobre los medios registrales más adecuados para el logro de los fines lícitos que se propongan quienes la soliciten.

La misma discusión de la que hablamos al tratar la función del notario se hace presente respecto del registrador: un sector de la doctrina¹³⁸ entiende que el registrador, con base en la función calificadora y en el artículo 18 LH, podrá apreciar el carácter abusivo de una cláusula y denegar su inscripción, aunque no haya sentencia al respecto. Otros sostienen que el ámbito del control queda reducido a lo dispuesto por el artículo 12, que debe complementarse con la RDGRN de 1 de octubre de 2010, a saber:

Artículo 12.

En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración.

Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización.

RDGRN de 1 de octubre de 2010.

“... En definitiva, sólo una interpretación de los objetivos específicos del artículo 12 de la Ley Hipotecaria coordinada y ponderada con la normativa de protección de consumidores, unida a la posibilidad de apertura de la ejecución real hipotecaria con base en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria y a los imperativos demandados por el ordenamiento comunitario, permiten definir el ámbito de la función calificadora del Registrador respecto de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado a la que se refieren el párrafo segundo del reiterado artículo 12 LH. Y el resultado necesario de tal interpretación impide asumir la exclusión absoluta de la calificación de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, aunque sí una modalización en cuanto a su extensión. De este modo, dentro de los límites inherentes a la actividad registral, el Registrador podrá realizar una mínima actividad calificadora de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de

¹³⁸ Ibidem p. 1094

una cláusula, siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el Registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto.

Recordemos que conforme el artículo 18 LH, los registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro.

X) La situación en Argentina:

En la República Argentina el crédito hipotecario se encuentra en expansión en virtud de un conjunto de políticas nacionales que han tenido un fuerte impacto social, principalmente a partir del año 2017, y que se mantienen en auge.¹³⁹ Baste resaltar, por ejemplo, que en ese 2017 se produjo la mayor expansión de créditos privados de la década, conforme datos del Banco Central de la República Argentina, con créditos de hasta 30 años.¹⁴⁰

La metodología utilizada por el sistema financiero para materializar los créditos otorgados introduce el concepto de “Créditos Hipotecarios UVA”: el UVA (Unidad de Valor Adquisitivo), es un coeficiente que se actualiza conforme otro, el CER (Coeficiente de Estabilización de Referencia), un índice que se mueve palmo a palmo con la inflación y con la variación del índice de precios. A ello se suma una tasa nominal anual fija que varía entre el 3,5% al 7% para clientes, según cada tipo de banco.¹⁴¹

¹³⁹ Ver en este sentido <https://www.lanacion.com.ar/2112866-la-venta-de-inmuebles-en-la-ciudad-crecio-un-309-en-enero>).

¹⁴⁰ <https://www.lanacion.com.ar/2109659-por-el-boom-uva-2017-fue-el-ano-de-mayor-expansion-del-credito-a-privados-en-la-decada>

¹⁴¹ <https://www.lanacion.com.ar/1938332-el-bcra-rebautiza-la-uvi-como-uva-para-ajustar-creditos-por-inflacion>

Entre las ventajas que se mencionan respecto a estos créditos encontramos, por ejemplo:¹⁴²

- El crédito hipotecario UVA tiene cuota inicial que en algunos casos llega a ser un tercio de la del crédito hipotecario tradicional. Por cada 1.000.000 de pesos (aproximadamente 46.000 euros), el tomador de un crédito UVA paga una cuota inicial que, según el banco y el plazo, se ubica en promedio entre los \$5.500 (250 euros) en los bancos públicos y entre \$6.500 y \$8.000 (entre 295 y 365 euros) en los bancos privados. En tanto, quien haya optado por un crédito a tasa fija deberá afrontar un pago mensual que se ubica entre 14.000 y 18.000 pesos (entre 636 y 818 euros), según el tipo de banco.

- Tiene un acceso más fácil que el de un crédito hipotecario tradicional. Una cuota mensual más baja que el crédito hipotecario tradicional permite al tomador del crédito acceder a un monto más alto con menores ingresos; lo que se debe a que la cuota mensual del crédito no puede superar 25% del salario. Como ejemplo, los ingresos requeridos por un monto de 1.000.000 de pesos son unos \$25.000 (1136 euros) mensuales en tanto que por los préstamos tradicionales a tasa fija necesitaría ingresos por unos 45.000 pesos (2045 euros).

- Para los casos en los que la inflación supere en más de 10 puntos al salario, los créditos UVA incluyen una cláusula que obliga al banco (si el cliente lo solicita) a extender el plazo para volver a financiar hasta el 25% del monto del préstamo. Si el salario va a la par de la inflación, la cuota y el capital mantendrán siempre la misma proporción con el sueldo a lo largo de toda la vida del crédito.

La gran desventaja de esta modalidad es, como dijimos, que el valor de cada cuota y del capital se actualiza con la inflación. El tomador de crédito debe tener en cuenta que en algunos años su salario podría subir menos que la inflación y, en ese caso, habrá dos efectos: su cuota que se mide en una unidad UVA se actualizará con los nuevos precios y empezará a representar una mayor parte de sus ingresos mensuales; y el capital adeudado también se ajustará y exigirá ser cancelado con una mayor cantidad de salarios que en el momento inicial.

¹⁴² Datos recopilados de nota periodística de Carlos ARBIA, publicada en diario digital Infobae: <https://www.infobae.com/economia/2017/04/01/las-ventajas-y-desventajas-de-tomar-un-credito-hipotecario-uva/>

Desde la perspectiva jurídico-práctica, junto con la instrumentación de este tipo de créditos se suelen emitir letras hipotecarias, que son documentos que llevan incorporados un derecho de crédito que es literal y autónomo, y que extinguen por novación la obligación que era garantizada por la hipoteca. Así, *“son valores causales, es decir que contienen la expresión de su causa en su contenido cartular ... Son valores de creación individual, como los cheques o las letras de cambio o pagarés. La garantía hipotecaria que contiene este nuevo instrumento respalda el ‘crédito’ que lleva incorporado este valor.”*¹⁴³

En el pronunciamiento “Banco Río de La Plata c/ Coronel, José Leandro y Otra s/ Ejecución Hipotecaria”¹⁴⁴ se sostuvo que las letras hipotecarias escriturales son letras desmaterializadas, que no conforman títulos de crédito, y constituyen un único instrumento continente tanto de la deuda como de la garantía real; lo que constituyó un novedoso instrumento, creado por ley 24.441, con el objetivo de convertirse en elemento promotor del desarrollo del mercado hipotecario secundario y constituir un método de expansión o reactivación del sector inmobiliario y de la construcción. *“El régimen implementado por esa ley 24.441 se funda en la securitización (o titularización o titulación) la que, explica Andorno, “consiste en un proceso por el cual un conjunto de activos que presentan ciertas condiciones de homogeneidad, se reúnen en una cartera para ser afectados al pago de títulos emitidos con respaldo en la misma” ... Más claramente, la titularización o securitización consiste en un proceso que tiende a transformar un conjunto de activos que generan recursos en efectivo, en títulos que se destinan a la adquisición por inversores, generalmente mediante negociación bursátil,*

¹⁴³ “Banco Hipotecario S.A. c/ Horr Silvina Susana y otro/a s/ ejecución hipotecaria”, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, 26-abr-2017, MJ-JU-M-104349-AR, <https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/06/22/la-letra-hipotecaria-registral-puede-integrarse-a-los-fines-de-su-ejecucion-con-instrumentos-adicionales-que-la-complementan/>

¹⁴⁴ Sala II, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, causa nº 48.937, 13/10/05 en LLBA 2006-1, pág. 60. Cita tomada de <https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/06/22/la-letra-hipotecaria-registral-puede-integrarse-a-los-fines-de-su-ejecucion-con-instrumentos-adicionales-que-la-complementan/>

transformándose esos activos en instrumentos de mercado con mayor liquidez y menor riesgo.”¹⁴⁵

En los contratos de constitución de este tipo de hipotecas, nos encontramos con cláusulas como las siguientes:

- “el monto de cada cuota que el deudor deba abonar al acreedor se expresará en UVA”
- “los pagos de las cuotas de amortización e interés del préstamo se realizarán en Pesos, por el equivalente del valor de la cantidad de la UVA correspondiente a la fecha de hacerse efectivo el pago.”
- “Los intereses correspondientes se devengarán y liquidarán en pesos, calculados sobre el capital prestado con más su actualización conforme al valor de la UVA a la fecha de cálculo respectiva. En el aviso de vencimiento correspondiente, los intereses serán asimismo expresados en UVA, debiendo por ende el deudor determinar el valor correspondiente a la fecha de pago respectiva, conforme lo previsto.”
- “La letra podrá ser transferida mediante notificación con indicación del nombre de la persona o entidad a favor de la cual se efectúa la transferencia y la fecha de la misma, sin necesidad de notificación al deudor, salvo el supuesto en que mediare la modificación del domicilio de pago, y/o de la entidad a cargo de la administración y cobranza de la letra, lo cual deberá notificarse al deudor y al agente de registro de la letra.”

Todo ello, junto con la titulización de las hipotecas otorgadas en estas condiciones, debe llamarnos a estudiar y reflexionar respecto a la experiencia ocurrida con la crisis que estudiamos en este aporte, para no tropezar dos veces con la misma piedra.

XI) Conclusión:

Este aporte ha mostrado que la teoría del justo precio en su interconexión con el deber de información precontractual ha perdido terreno frente a la autonomía de la voluntad, y ello ha llevado, en un contexto de crisis, a recurrir al control de transparencia junto a

¹⁴⁵ “Banco Hipotecario S.A. c/ Horr Silvina Susana y otro/a s/ ejecución hipotecaria”, ob. Cit. (Cfr. Nota 143)

criterios económicos para intentar equilibrar una situación que se consideró desventajosa e injusta. En cuanto a las críticas que se han desarrollado en este trabajo sobre los pronunciamientos del TJUE, tengamos presente que en los dictámenes sobre casos del Tribunal de Luxemburgo procedentes de España, como los asuntos CajaMadrid (2010), Banesto (2012), Aziz (2013), Sánchez Morcillo (2014) o Unicaja (2015) no existe ni una sola cita de autor español, en ningún idioma, ni sobre la interpretación del régimen español de cláusulas abusivas, ni sobre la interpretación de la Directiva, aunque en algunos casos cruciales (como CajaMadrid y Banesto) abundan referencias a autores alemanes.¹⁴⁶

A nivel nacional, González Pacanowska considera que se tiene la impresión de que la jurisprudencia sobre cláusulas suelo ha intentado paliar las disfunciones de un mercado de competencia inelástica en el que el escrupuloso cumplimiento de los deberes impuestos por la regulación sectorial se ha mostrado deficiente y la respuesta del legislador tardía. Pero cuando el núcleo del problema consiste en la falta de conocimiento de una ventaja del predisponente que en sí misma no se rechaza, se dejan sin explicitar las posibles razones de fondo que podrían militar en su contra y que, quizá, tengan que ver con la introducción de límites en contratos con un margen de aleatoriedad o variabilidad, que pueden ser razonables a la vista del resto de las cláusulas del contrato o pueden ser abusivos cuando el riesgo se hace recaer, exclusivamente, sobre el adherente, en contra de la buena fe.¹⁴⁷ Y allí donde la cláusula no merece reproche de fondo *“la sanción no debiera ser la abusividad por no haber destacado o comunicado una ventaja que en sí misma se considera lícita y admisible al amparo de la autonomía de la voluntad ... A la postre, el defecto observado, según el propio TS, se subsana con la suma de más formalidades para que el consumidor sea consciente de la existencia y los efectos del suelo; pero sin rechazar que el predisponente disponga de la misma ventaja que la cláusula inicialmente le reportaba¹⁴⁸ ... esto no evitará que el problema de fondo pueda volver a surgir, pese a la información. Peor aún, acaso se olvide que la cláusula que provoca un desequilibrio*

¹⁴⁶ Ibidem p. 591

¹⁴⁷ Ibidem p. 1074

¹⁴⁸ Ídem

*en contra de la buena fe habrá de ser considerada abusiva por más que se resalte, se lea o se firme.”*¹⁴⁹

En cuanto a la función notarial, esta autora sostiene¹⁵⁰ que, a la vista de la jurisprudencia, parece que el hecho de haberse celebrado el contrato con la intervención de fedatario público no es en absoluto argumento decisivo, ni a favor del “conocimiento”, ni como obstáculo para la “abusividad”.

Adherimos también a Cámara Lapuente, quien señala que, si bien los notarios realizan un control especial de transparencia (comprobaciones relativas a la concordancia de la ficha FIPER con la escritura, firma manuscrita de determinadas cláusulas, etc.), es capital para preservar la función notarial acendrar el control de transparencia en el momento de la redacción y suscripción de las escrituras públicas, momento en que las partes contratantes están ante el fedatario público. Recordamos en esta línea lo dispuesto por el art. 23.2 de la LCGC: los notarios, en el ejercicio profesional de su función pública, velarán por el cumplimiento, en los documentos que autoricen, de los requisitos de incorporación a que se refieren los artículos 5 y 7 de esta ley.¹⁵¹ Y así, *“en el papel del notario para contribuir a expurgar las ilícitas cláusulas abusivas del tráfico negocial existen ciertamente dos momentos importantes (previo y posterior a la conclusión del contrato): el de la preparación y otorgamiento de la escritura pública en la que se plasmará el consentimiento de los contratantes y el de la ejecución extrajudicial de los préstamos escriturados que pueden contener cláusulas abusivas.”*¹⁵²

Cerramos entonces este aporte mencionando un nuevo impulso que se quiere dar al control preventivo con el Proyecto de Ley de Créditos Inmobiliarios de octubre de 2017¹⁵³, que establece una novedad en la regulación de la fase precontractual en el otorgamiento de la hipoteca, con el objetivo de garantizar que el prestatario tenga a su

¹⁴⁹ *Ibidem* p. 1076

¹⁵⁰ *Ibidem* p. 1089

¹⁵¹ CÁMARA LAPUENTE, Sergio, ob. Cit. (Cfr. Nota 100) p. 618

¹⁵² *Ibidem* p. 620

¹⁵³ Para un estudio pormenorizado de este Proyecto remitimos a CAPELL MARTÍNEZ, Albert <https://www.notariosyregistradores.com/web/normas/futuras-normas/proyecto-de-ley-reguladora-de-los-contratos-de-credito-inmobiliario-octubre-2017/>

disposición la información necesaria para que pueda comprender en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar.

Esta medida supone del notario la función de asesorar imparcialmente al prestatario, aclarando todas aquellas dudas que le pudiera suscitar el contrato, y de comprobar que se cumpla con el principio de transparencia material. Y para ello se recurre al acta notarial, como vehículo mediante el cual se constituirá prueba en beneficio de ambas partes, prestamista y prestatario, de que el primero ha cumplido con su obligación de entregar en los plazos previstos dicha documentación y el segundo podrá ejercer el derecho, que presupone también la existencia de un deber, a conocer las consecuencias de aquello a lo que se obliga.¹⁵⁴

Este proyecto dispone en su artículo 13:

Artículo 13. Comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material.

1) Sin perjuicio de las explicaciones adecuadas que el prestamista, el intermediario de crédito o su representante, en su caso, debe facilitar al prestatario, durante el plazo previsto en el artículo 12.1, el prestatario habrá de comparecer ante el notario por él elegido a efectos de obtener presencialmente el asesoramiento descrito en los siguientes apartados.

2) El notario verificará la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 12.1. En caso de que quede acreditado su cumplimiento hará constar en un acta notarial previa a la formalización del préstamo hipotecario:

a) El cumplimiento de los plazos legalmente previstos de puesta a disposición del prestatario de los documentos descritos en el artículo 12.1.

b) Las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado por el notario. A este respecto deberán recogerse las pruebas realizadas por el prestatario de entendimiento de diversos ejemplos de aplicación práctica de las cláusulas financieras, en diversos escenarios de coyuntura económica, en especial de las relativas a tipos de interés y en su caso de los instrumentos de cobertura de riesgos financieros suscritos con ocasión del préstamo.

c) En todo caso, el notario deberá informar individualizadamente haciéndolo constar en el acta, que ha prestado asesoramiento relativo a las cláusulas específicas recogidas en la FEIN y en la FIAE, de manera individualizada y con referencia expresa a cada una, sin que sea suficiente una afirmación genérica. Igualmente, y en presencia del notario, el prestatario responderá a un test que tendrá por objeto concretar la documentación entregada y la información suministrada.

d) La manifestación manuscrita y firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido, con una antelación mínima de siete días, los documentos descritos en el artículo 12.1, así como que comprende y acepta su contenido y que entiende los riesgos jurídicos y económicos de la operación.

¹⁵⁴ Remitimos a la exposición de motivos <https://regispro.es/acta-notarial-para-comprobar-la-transparencia-material-de-prestamos-hipotecarios-segun-el-proyecto-de-ley-de-creditos-inmobiliarios/>

3) El prestatario deberá comparecer ante el notario, para que este pueda extender el acta, como tarde el día anterior al de la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo.

4) Si no quedara acreditado documentalmente el cumplimiento en tiempo y forma de las obligaciones previstas en el artículo 12.1 o si no se compareciese para recibir el asesoramiento en el plazo señalado en el apartado 3, el notario expresará en el acta esta circunstancia. En este caso, no podrá autorizarse la escritura pública de préstamo.

5) Conforme al artículo 17 bis apartado 2.b) de la Ley del Notariado y el artículo 319 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el contenido del acta se presumirá veraz e íntegro, y hará prueba del asesoramiento prestado por el notario y de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos, a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material.

6) En la escritura pública de préstamo el notario autorizante insertará una reseña identificativa del acta a la que se refieren los apartados anteriores.

En dicha reseña se expresará el número de protocolo, notario autorizante y su fecha de autorización, así como la afirmación del notario bajo su responsabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en este artículo.

7) El acta donde conste la entrega y asesoramiento imparcial al prestatario no generará coste arancelario alguno.

El Notariado frente a estas realidades:

El notariado no es ajeno al contexto en el que se desarrolla, a las concepciones sociales, a los cambios ideológicos, ni a las crisis económicas. Ya lo ha dicho González Palomino, y en sentido coincidente Vallet de Goytisolo: *“el notario es una creación social, no una creación de las normas. En eso radica su fecunda fuerza y vitalidad reales, y su desdibujamiento legal. Las creaciones de la ley tienen siempre menos vigor que las de la realidad. El Notario, como jurista y como Notario, es una creación biológica de la realidad como lo fue el Jurisconsulto romano, con quien tiene tantas semejanzas.”*¹⁵⁵ Es por ello que consideramos indispensable reafirmar la esencia de los principios del sistema notarial de tipo latino, que representan estandartes de la seguridad jurídica.

Rechazamos con plena convicción aquellos pronunciamientos y posturas doctrinarias que alejan el control de legalidad de la órbita notarial. Por el contrario, consideramos que, siendo el notario *“el profesional del derecho encargado de una función pública, consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad ...”*, tal

¹⁵⁵ VALLET DE GOYTISOLO, Juan, “La misión del notariado”, en *Deontología Notarial*, DELGADO DE MIGUEL, Juan-Francisco, Consejo General del Notariado, año 1992, p. 424

como se lo definido en el primer Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Buenos Aires en el año 1948, éste no sólo puede, sino que debe, negarse a autorizar un documento cuando dictamine que su contenido sea abusivo, en base a criterios objetivos que escapan a sus convicciones subjetivas, y que reposan en la protección jurídica, y por tanto en el resguardo de la sociedad como tal.

Frente a lo desarrollado, no vemos con malos ojos la propuesta del Proyecto de Ley de Créditos Inmobiliarios respecto a la implementación de un acta notarial, como una forma de ajustarse a la realidad descripta, que sirva de *vehículo de prueba* en beneficio de ambas partes, prestamista y prestatario, de que el primero ha cumplido con su obligación de entregar en los plazos previstos la documentación correspondiente y el segundo podrá ejercer el derecho a conocer las consecuencias de aquello a lo que se obliga. Ahora bien, esto debe ser implementado con la convicción que el deber de asesoramiento e información previa es una de las tareas que nos identifican, pero en forma alguna podemos concluir que la función notarial se reduce a ello.

Cerramos entonces este aporte resaltando, en nuestro parecer, la virtud más importante del notario, reflejada en las palabras del mayor jurista de la historia argentina, Don Dalmacio Vélez Sarsfield, quien, frente al caso de un joven que pedía ser nombrado notario sin tener la edad requerida, consideró: *“Yo creo que ese joven es muy apto para ser escribano; pero el Congreso en sus resoluciones, siempre que van dirigidas al servicio de la causa pública, debe olvidar las personas y dirigirse por principios más generales. Yo, á un joven que no tuviese la edad que previene la ley, pero que manifestase disposición y aptitud para el desempeño de una administración de bienes ó de otro cargo, pudiera ser que le habilitara; pero no para este caso de ser escribano. La razón es esta: las leyes han puesto mil prevenciones á los escribanos, y para desempeñar bien este destino, no bastan unos conocimientos medianos; exige tal honradez que estoy por decir que es poco común, pues hay en él más medios de portarse mal que en cualquiera otro [...] Así es que debe exigirse más. Las leyes les ponen mil obligaciones á los escribanos [...] Ya sé que el examen se exige en todas partes; pero bien saben los señores representantes lo que importa un examen, y que jamás se puede examinar al escribano en aquello que interesa más, que es ser honrado. Digo, pues, que habiendo dejado este blanco la ley para que pueda ser escribano, no tal vez con aquellos principios principales que deben formar un escribano, al menos la*

ley debe ser constante en que ellos tengan siempre aquellas calidades que ella les ha exigido, cual es la edad.”¹⁵⁶

¹⁵⁶ “Conceptos del Doctor Vélez Sársfield sobre la profesión de Escribano”, en *Revista del Notariado*, n° 518, año 1944, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, p. 1125