

BOLETÍN

COMISIÓN DE DERECHO PRIVADO

Juezas y Jueces
para la Democracia

Nº 32

JULIO 2023

Personalidad jurídica
Mar Menor

Ignacio Martin Verona

El concepto de
consumidor (II parte)

Javier Menéndez Estébanez

CUESTIONES DEBATIDAS

REFERENCIAS DE
RESOLUCIONES DE
AUDIENCIAS PROVINCIALES
RELATIVAS AL CONTROL DE
OFICIO DE LA USURA

JURISPRUDENCIA
RECOMENDADA

BOLETÍN

COMISIÓN
DE DERECHO
PRIVADO

32

DIRECCIÓN

Ana García Oruño
Ignacio Martín Verona

COORDINACIÓN

Fátima Mateos Hernández y
Janire Recio Sánchez

DISEÑO Y MAQUETACIÓN

Teresa Compairé Jaime

IMÁGENES

Pixabay, Freepick,
Ana Bermejo Pérez

EDITA

Juezas y Jueces
para la Democracia

ISSN 2695-9941

Madrid

SUMARIO

EDITORIAL

ARTÍCULOS

PERSONALIDAD JURIDICA

MAR MENOR

Ignacio MARTÍN VERONA

EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR

(II Parte)

Francisco Javier MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

CUESTIONES DEBATIDAS

REFERENCIAS DE RESOLUCIONES
DE AUDIENCIAS PROVINCIALES
RELATIVAS AL CONTROL DE OFICIO
DE LA USURA

JURISPRUDENCIA RECOMENDADA

EDITORIAL

Como ya indicábamos en el anterior volumen del boletín, continúa la situación de sobrecarga de trabajo que afecta a los juzgados y tribunales de la jurisdicción civil de toda España. Los retrasos en las respuestas judiciales provocados por las sucesivas huelgas de los distintos operadores jurídicos, junto con la creciente litigación en masa, la ausencia de una correcta medición de las cargas de trabajo y la todavía ausente y pendiente de aprobación por las Cortes ley de eficiencia procesal, acrecientan cada vez más la precariedad de los juzgados civiles.

"Continúa la situación de sobrecarga de trabajo que afecta a los juzgados y tribunales de la jurisdicción civil de toda España"

Nuestro compromiso asociativo es cada vez más necesario para defender los derechos de los ciudadanos, de los colectivos vulnerables en materia de vivienda y para impetrar la especialización de una jurisdicción de familia con recursos y medios para abordar los importantes retos y conflictos que se evidencian en el día a día.

En este boletín se contiene un resumen de los destacados más relevantes, tanto a nivel legislativo, como de resoluciones del

Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal de Justicia de la Unión Europea, junto con cuestiones prejudiciales y de constitucionalidad. Asimismo, se acompaña la segunda y última entrega sobre el concepto de consumidor en nuestro ordenamiento jurídico y su aplicación jurisprudencial junto con un artículo muy interesante sobre la personalidad jurídica del Mar Menor. Por último, hemos elaborado una tabla sobre el control de oficio de la Usura por las Audiencias Provinciales. Esperamos que resulten de vuestro interés y nos facilite el trabajo diario.

PERSONALIDAD JURÍDICA MAR MENOR

Ignacio MARTÍN VERONA

Magistrado Juzgado de Primera
Instancia nº 12 de Valladolid



La reciente ley 19/2022, de 30 de septiembre, de Reconocimiento de personalidad jurídica del Mar Menor y su cuenca, ha conferido por primera vez en España la condición de sujeto de derecho a una entidad natural, el ecosistema lagunar del Mar Menor, en Murcia, con el objetivo explícito –según expresa la Exposición de Motivos- de “dotarlo de una carta de derechos propios, con base en su valor ecológico intrínseco y la solidaridad intergeneracional, garantizando así la protección para las generaciones futuras”.

La propia norma justifica esta novedosa figura, que ensancha el concepto de personali-

dad jurídica a seres no creados por la mano humana, en la necesidad de “situarnos a la altura de las exigencias del nuevo período geológico en el que ha entrado nuestro planeta, el Antropoceno”, así como ampliar nuestra responsabilidad con el medio natural gravemente dañado por el modelo de desarrollo humano, con apoyo en “las evidencias de las ciencias de la vida y del sistema tierra”.

Se trata, en definitiva, de sustituir una visión antropocéntrica de la existencia por una interpretación ecocéntrica, que garantice los derechos bioculturales de las personas amenazados por la degradación ecológica,

trasformando a la laguna del Mar Menor “de objeto de protección, recuperación y desarrollo” a “sujeto inseparablemente biológico, ambiental, cultural y espiritual”.

Pero ¿cuál es el alcance real de esta nueva categoría de sujetos de derechos naturales? La respuesta a esta cuestión dependerá de la significación que quiera o pueda darse

a las solemnes expresiones que contiene la ley, de hondo calado político y cultural, lo que deja en manos de la ciudadanía y el conjunto de operadores jurídicos hasta dónde puedan llegar sus efectos en la ineludible labor de conquistar un cambio de modelo económico y social al que se nos acucia en un momento de grave crisis medioambiental a nivel planetario.

1 ■ ¿ERA NECESARIA LA LEY?

Desde una perspectiva normativa, parece razonable pensar que sólo habría sido necesario impulsar desde la iniciativa popular la aprobación de la ley 19/2022 ante una situación de desprotección jurídica del Mar Menor, lo que aparentemente no sucede.

Así, determinadas zonas del entorno lagunar están incluidas desde hace años en la Red Natura 2000, ZEPA y ZEC, o dentro del catálogo de Lugares de Importancia Comunitaria, que implican diversos niveles de protección medioambiental, a lo que debe añadirse que en el año 2020 se aprobó por el gobierno regional de Murcia la Ley 3/2020, de 27 de julio, de Recuperación y protección del Mar Menor.

Esta norma autonómica establece de manera muy pormenorizada limitaciones de usos que afectan a la actividad industrial, la agricultura y ganadería, desarrollos urbanísticos o el turismo. La finalidad de la ley regional es la de adoptar medidas urgentes y extraordinarias orientadas a que el Mar Menor, como ecosistema natural, recupere y mantenga su buen estado natural, diseñando medidas no normativas (extracción de aguas subterráneas para drenaje del acuífero cua-

ternario; control de escorrentías y transporte de sedimentos contaminados mediante la construcción de estructuras de retención de aguas y sedimentos; plan de “salmuera cero”), y otras de carácter normativo. Entre éstas, cabe destacar las que se encaminan al control de la contaminación por nitratos de origen agrario, estableciendo medidas de ordenación y gestión agrícolas como la obligación de colocar barreras vegetales, prohibición de transformación de secano a regadío o límites de fertilización. La ley hace especial hincapié en la potestad de restitución de los regadíos ilegales, en coordinación con el organismo de cuenca –que corresponde a la administración estatal- cuyo objetivo es la recuperación de la funcionalidad de los terrenos en los que se haya conseguido el cese del uso ilegal para la retención de agua y la reducción de escorrentías.

“sólo habría sido necesario impulsar desde la iniciativa popular la aprobación de la ley 19/2022 ante una situación de desprotección jurídica del Mar Menor”

Medidas de menor intensidad se prevén con el fin controlar el tratamiento de residuos en explotaciones ganaderas y mineras, la explotación de los recursos pesqueros, o limitaciones en la navegación y las actividades turísticas y de ocio.

Como se declara en el artículo tercero de la

ley, la finalidad de la norma es conseguir una gestión integral del Mar Menor para garantizar “un uso sostenible y duradero”. Así, en el elenco de objetivos que contiene ese precepto, junto a fines de carácter marcadamente económico (poner en valor los productos y servicios que ofrece el Mar Menor; fomentar el desarrollo económico y la calidad de vida de la población ribereña), se anudan otros como el reconocimiento y la recuperación del patrimonio cultural e inmaterial -singularmente las prácticas y conocimientos locales asociados al buen uso de los recursos naturales-, o la lucha contra el cambio climático, que parecen sugerir un cambio de perspectiva en el enfoque del desafío que representa el grave deterioro actual del entorno del Mar Menor.

A diferencia de la ley autonómica, la Ley estatal no establece ninguna concreta regulación, más allá de reconocer el derecho de la entidad a existir y evolucionar naturalmente, con respeto a la ley ecológica, cuyo alcance se describe genéricamente en un triple derecho a la protección, a la conservación y a la restauración (art.º 2.2) .

Ambas normas contemplan un régimen de gobernanza y representación del Mar Menor. En la ley estatal, se incluye un comité de representantes - integrado por miembros de la administración del Estado, la autonómica y la ciudadanía-, un comité de seguimiento – los

guardianes y guardianas de la Laguna, designados por los ayuntamientos y diversos sectores de la sociedad civil-, y un comité científico.

Por su parte, la ley regional prevé una comisión interadministrativa que integra representantes de los tres niveles de la administración, un Consejo del Mar Menor, mediante el cual se confiere participación a la sociedad civil junto a los representantes de la administración autonómica y local, y un Comité de asesoramiento científico.

Si la finalidad de ambas normas es coincidente en otorgar un régimen de protección, conservación y recuperación eficaz del entorno del Mar Menor, no cabe duda, al margen

"la Ley estatal no establece ninguna concreta regulación, más allá de reconocer el derecho de la entidad a existir y evolucionar naturalmente, con respeto a la ley ecológica"



de los aspectos competenciales, que la ley regional preexistente ofrecía una regulación que por su nivel de detalle hacía superflua la aprobación de la ley del gobierno de España, generándose un nuevo conflicto entre administraciones en lo que respecta a la gobernanza al prever dos modelos paralelos desconectados entre sí, pero que responden a una misma función y con una representación prácticamente idéntica. Las novedades que ofrece la ley 19/2022 radican en el reconocimiento de la personalidad jurídica a la entidad natural y la legitimación que en su art.º 6 se otorga a cualquier persona física o jurídica para el ejercicio de las acciones que puedan corresponder en defensa del ecosistema del Mar Menor, que responden al origen de la iniciativa legislativa que impulsó su aprobación ante el hastío social provocado por el fracaso de la política institucional en la protección del medio natural.

2. LA ILP Y EL FRACASO DE LOS CONTROLES INSTITUCIONALES

La situación de deterioro medioambiental del entorno del Mar Menor se refleja en los siguientes datos: se calcula que hay unas 300.000 toneladas de nitratos acumuladas en el Campo de Cartagena, (lo que ha dado lugar a que la Comisión Europea advirtiera a España de la eventual imposición de sanciones ante el incumplimiento de la Directiva de Nitratos); en el año 2016 desapareció el 85% de la vegetación marina; y los cultivos ocupan el 60% de los tres primeros kilómetros del litoral, siendo un 25% de los regadíos de carácter ilegal.

La ley regional describe en su preámbulo el proceso de degradación ecológica, cuyos inicios data en los años sesenta a consecuencia de la transformación urbani-

zadora-turística que provocó el aumento de vertidos de aguas residuales, muchas veces incontrolados, y el resto de actividades asociadas a la presencia humana, destacando la expansión del regadío (que aumentó un 140% entre los años 1988 y 2009). Cuando sobrevienen episodios de lluvias torrenciales –Danas de los años 2016 y 2019- tienen lugar masivas muertes de peces y crustáceos, captadas en imágenes mediáticas que todos guardamos en nuestra memoria.

Pero este proceso de degradación medioambiental no se hizo de forma clandestina, sino a ojos vista de las instituciones que tenían en su mano impedirlo o, al menos, atenuarlo. Hubo un primer intento de ordenación y protección de litoral mediante la ley 3/1987, de 23 de abril, de Protección y Armonización de usos del Mar Menor, recurrida ante el Tribunal Constitucional por el Partido Popular, entonces en la oposición, y luego derogada por

" hay unas 300.000 toneladas de nitratos acumuladas en el Campo de Cartagena, en el año 2016 desapareció el 85% de la vegetación marina y un 25% de los regadíos son de carácter ilegal"



este mismo partido cuando accedió al gobierno en el año 2001, cuando aprobó la Ley de Suelo de la región de Murcia.

No fue hasta el año 2017 cuando el gobierno regional aprobó un decreto ley de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad ambiental del Mar Menor, que luego ganó la categoría de ley (ley 1/2018, de 7 de febrero), así como el decreto 259/2019 que aprobaba el Plan de gestión integral de los espacios protegidos del Mar Menor y la franja de litoral de Murcia.

Obviamente, como reconoce en su texto la ley 3/2020, la protección normativa no sólo resultó ineficaz, sino que fue desatendida por los responsables públicos en su obligación de poner fin a las actividades que afectaban de manera más intensa al ecosistema, como se desprende de la instrucción de la causa penal que se sigue por el Juzgado de Instruc-

ción nº 2 de Murcia, caso “Topillo”, en la que se investigan los vertidos durante años de desaladoras instaladas ilegalmente en casi cuarenta empresas y la presunta connivencia de ex altos cargos de la administración autonómica y estatal responsables de su control.

Es en esta desconfianza que se manifiesta públicamente por los colectivos que impulsaron la Iniciativa Legislativa Popular donde debe encontrarse la verdadera justificación y la razón de ser de la Ley 19/2022 cuando reconoce personalidad jurídica a un ente de la naturaleza, cuyo derecho a existir puede ser defendido a partir de ahora por cualquier ciudadano ante los tribunales, al margen de la pasividad, negligencia o connivencia de las autoridades públicas, lo que no puede entenderse sino como una aceptación por parte del legislador del fracaso del sistema institucional, y la asunción de un cambio de paradigma desde lo antropocéntrico a lo ecocéntrico.

“la protección normativa no sólo resultó ineficaz, sino que fue desatendida por los responsables públicos en su obligación de poner fin a las actividades que afectaban de manera más intensa al ecosistema”

3. LOS DERECHOS DEL SEÑOR MAR MENOR

Parece razonable pensar que de haberse ejercido oportunamente las facultades de inspección y control administrativo y la tutela judicial de los intereses públicos medioambientales durante los decenios en que se consumó la destrucción del entorno del Mar Menor, no habría surgido la necesidad social de dotarle de un sistema de protección distinto, novedoso y ciertamente ajeno a los ordenamientos de nuestro entorno.

Y precisamente ha sido en estos últimos años, coincidiendo con la tramitación y aprobación de la ley regional y el desarrollo de la ILP, cuando las instituciones han reaccionado desplegando de manera más eficaz sus facultades de protección. Prueba de ello son la tramitación de la causa penal por el ya mencionado “caso Topillo”, o la que se sigue ante el Juzgado de Instrucción nº 1 de Murcia, “caso Desaladora II”, en la que aparece imputado el ex presidente de la Región, Sr. Varcárcel, por su presunta participación en la autorización de la desaladora de Escombrecas.

En el ámbito contencioso administrativo, cabe destacar la decisión adoptada por el TSJ de Murcia en noviembre de 2021 ordenando el arranque de 4,91 hectáreas de cítricos en zonas protegidas sin autorización; o la sentencia de 10 de marzo de 2022 mediante la que por ese mismo tribunal se ha reconocido competencia al gobierno de la Comunidad autónoma para exigir responsabilidades medioambientales a las empresas causantes de vertidos ilegales. Otro síntoma que evidencia que el sistema ha reaccionado es el anuncio por parte de varias empresas agrícolas de una millonaria demanda de indemnización frente a la administración regional por los daños y perjuicios derivados de la

aplicación de las medidas limitadoras del uso de fertilizantes y la obligación de instalación de setos y sondas de humedad en sus explotaciones en virtud de la ley 3/2020.

Se trata de procedimientos judiciales vinculados a la protección de los derechos medioambientales, los conocidos como derechos humanos de tercera generación, cuyo fundamento es el derecho a un medio ambiente sano en cuanto resulta útil o necesario para un uso sostenible, evitando la destrucción o el agotamiento de los recursos. Responden, pues, a la visión antropocéntrica a la que se refiere la Ley estatal 19/2022, que ésta pretende superar por una perspectiva biocéntrica, que implica que los seres vivos o ecosistemas tienen valores inherentes al margen de la conciencia, interés o reconocimiento por parte de los humanos.

El biocentrismo que inspira la Ley de Reconocimiento de personalidad Jurídica del Mar Menor implica que existen “obligaciones morales con las plantas y los animales silvestres como miembros de la comunidad biótica de la Tierra que los humanos deben proteger para asegurar que pueden seguir sus propios procesos de vida y evolución, o sea, asegurar sus valores propios” (Taylor).

Esta postura biocéntrica no rechaza la valoración económica, sino que afirma que ésta es sólo un tipo de valor entre otros. La reparación (antropocentrismo) correspondería al ámbito de los derechos y garantías de las personas y se sustenta en la dimensión del utilitarismo mercantilista, mientras que la restauración (biocentrismo) se enfoca sobre los ecosistemas y exige construir una nueva política que pluralice las dimensiones de valoración, como afirma Eduardo Gudynas en

“Derechos de la Naturaleza. Ética biocéntrica y Políticas medioambientales”.

Precedente normativo de este ensanchamiento de la perspectiva antropocéntrica fue el art.º 72 de la Constitución de Ecuador aprobada en el año 2008, cuando proclamaba que la Naturaleza o Pachamama – concepto indígena que significa lugar donde se reproduce y realiza la vida- “tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”. Esta definición de rango constitucional recuerda mucho a la que se contiene en el texto de la Ley 19/22, cuando se refiere al derecho del Mar Menor “a existir y evolucionar naturalmente... con respeto a la ley ecológica”, así como se refiere a las evidencias aportadas por las ciencias de la vida y el sistema tierra, que remite a la teoría de “Gaia” elaborada por los científicos Lovelock y Margulys, que concibe la vida en nuestro planeta como super organismo en el que se desenvuelve el hombre como un organismo más.

Cabe citar otros ejemplos, como Bolivia, que el año 2010 aprobó una Ley de Derechos de la Madre Tierra, reconociéndola personalidad jurídica como “sujeto colectivo de interés público”, confirmada luego por la ley 300, de octubre de 2012; el reconocimiento de personalidad jurídica al río Whanganui (2017) y al espacio natural incluido dentro del parque nacional Te Urewera (2013) en Nueva Zelanda, que implicó el pago de cuantiosas indemnizaciones a las comunidades indígenas en concepto de compensación por daños y para la restauración de la salud de los ecosistemas afectados; o la Carta de derechos del lago Eyre (EEUU/Canadá), aprobada en el año 2019 por los concejales del ayuntamiento de Ohio, “horrorizados – como dice literalmente el documento- por la degradación del lago y agotados por las fallas estatales y federales” (otra vez el desencanto ante el

fracaso institucional) y en virtud de la cual se proclamaba que el lago tiene a derecho a “existir, florecer y evolucionar naturalmente”, si bien como medio para garantizar el derecho de los seres humanos a vivir en un medio natural sano y adecuado.

El reconocimiento de personalidad jurídica al Mar Menor implica, por tanto, superar una perspectiva centrada en los intereses y derechos de los seres humanos que habitan en entorno, cuyas actividades lucrativas o de ocio son responsables de su degradación, y, como reconoce la propia ley 19/22 en su artículo 2 d), el derecho a la restauración, que, como hemos visto, no puede identificarse con la mera recuperación medioambiental. cuyo objetivo es tratar de garantizar su supervivencia como entorno adecuado para mantener las actividades de explotación y uso humano.

Así se proclama acertadamente al final del preámbulo, cuando dice: “La declaración de la personalidad jurídica del Mar Menor y su cuenca permitirá una gobernanza autónoma de la laguna costera, entendida como un ecosistema merecedor de protección en sí mismo, una novedad jurídica que potencia el tratamiento dado hasta ahora: la laguna pasa de ser un mero objeto de protección, recuperación y desarrollo, a ser un sujeto inseparablemente biológico, ambiental, cultural y espiritual.”

Como afirmaba el abogado Eduardo Salazar Ortuño al aprobarse la ILP de la que él ha sido uno de los principales impulsores, desde ese momento se abre “la posibilidad de cuestionar la pervivencia de autorizaciones a actividades en principio legales, planificaciones urbanísticas o protecciones de espacios naturales insuficientes” (https://www.eldiario.es/murcia/medio_ambiente/ilp-mar-menor-existe-vara-medir-llevar-tribunales-desproteccion-ecosistema_1_9569905.html).

No parece dudoso que dentro de ese derecho a la restauración se incluyen todas aquellas actuaciones directamente ilegales o las que fueron autorizadas y/o consentidas pese a su repercusión en el medio natural, reversión que en un entorno desprotegido durante decenios podría tener graves implicaciones económicas, políticas y sociales.

Desde la perspectiva de los juzgados y tribunales, tendrá que irse definiendo el alcance de la intervención de los particulares (personas físicas o jurídicas), que puedan actuar junto a los órganos competentes para perseguir y controlar actos dañosos, o excitando la diligencia institucional a la hora de ponerles coto oportunamente.

En todo caso, la nueva perspectiva biocéntrica permitirá explorar respuestas novedosas para, por ejemplo, rechazar las eventuales reclamaciones de los beneficiados de autorizaciones pretéritas que pudieran ser revocadas o restringidas en aras de la protección de un ente natural, o en la resignificación de bienes culturales o espirituales como el paisaje.

Se abre un esperanzador y arduo horizonte para todos los operadores jurídicos, en un escenario de frustrantes fracasos en la protección judicial medioambiental (la desecación del Coto de Doñana, o la demora en 25 años para celebrar el juicio por el desastre de las minas de Aznalcóllar), proliferación de proyectos de extracción masiva de recursos naturales (macroplantas ganaderas, fotovoltaicas o de aerogeneradores) o en la gestión especulativa de las cuencas por las grandes corporaciones hidroeléctri-

cas, que exigirá soluciones inspiradas en un nuevo paradigma de valores.

En todo caso, tanto por la perspectiva biocéntrica del derecho a existir más allá del mero valor de cambio economicista, como por el control difuso en su defensa, la ley 19/22 del Mar Menor sugiere el camino para resucitar la ancestral categoría de derechos comunes (comunales), que van a resultar trascendentales para superar las consecuencias derivadas de la actual crisis climática.

La comisión Rodotá, impulsada por el parlamento italiano en el año 2007 para la reforma del Código Civil, definía los bienes comunes como aquellos que son accesibles a todos, que sólo disponen de un valor de uso cualitativamente responsable, ecológico. Debido a esa radical diferencia ontológica, que choca con la lógica mecanicista y de mercado que impera en las sociedades occidentales, la restauración de los comunales hará necesario diseñar nuevas instituciones de gobierno igualitario y democrático y, antes que nada, la toma de conciencia de su propia existencia.

Como afirma Ugo Mattei, en su libro "Bienes comunes", la reconquista de los bienes comunes exigirá una praxis

revolucionaria para hacer triunfar la visión ecológica (fundada en la comunidad, el holismo y la dimensión cualitativa) frente a la mecanicista/tecnológica, (basada en el individualismo, el dominio y la dimensión cuantitativa), pues es la única concepción científica compatible con el mantenimiento y la adaptación a largo plazo en nuestro planeta.

“la ley 19/22 del Mar Menor sugiere el camino para resucitar la ancestral categoría de derechos comunes (comunales), que van a resultar trascendentales para superar las consecuencias de la actual crisis climática”



El concepto de consumidor (II Parte)

Francisco Javier
MENÉNDEZ ESTÉBANEZ
Magistrado. Doctor en Derecho

Primera parte publicada en el Boletín de la Comisión de Privado N°31

[Accede al Boletín](#)

1

El concepto de consumidor en el marco de la protección de las cláusulas abusivas en la contratación.

Como señala la STS, Sala 1ª, de 30 de abril de 2015, la normativa contenida en la Ley 7/1998, de 13 abril, de Condiciones Generales de la Contratación, es aplicable a todas las condiciones generales, se encuentren en contratos concertados con consumidores o en contratos en los que ninguna de las partes merece esta consideración.

Pero dicha ley no establece un régimen uniforme para unas y otras. Mientras que las normas relativas a la incorporación (art. 5 y 7) y a la interpretación de las condicio-

nes generales (art. 6) son aplicables a todo tipo de condiciones generales, el régimen de la nulidad de las condiciones generales es diferente según que el contrato en el que se integren se haya celebrado o no con un consumidor.

Mientras que en el caso de que el adherente no merezca la calificación legal de consumidor o usuario, solo es aplicable la regla contenida en el art. 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que se limita en la práctica a reproducir el régimen de la nulidad contractual por contrariedad a norma imperativa o prohibitiva del Código Civil, **en el caso de que el contrato integrado por condiciones generales se haya concertado con un consumidor, es aplicable**

“en el caso de que el contrato integrado por condiciones generales se haya concertado con un consumidor, es aplicable el régimen de nulidad por abusividad, establecido actualmente en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”

el régimen de nulidad por abusividad, establecido actualmente en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que desarrolla la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores.

El art. 82 de dicho Texto Refundido establece que «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».

La STS núm. 808/2021, de 23 de noviembre, reitera su doctrina sobre el control de abusividad únicamente en el supuesto de la contratación de consumidores con profesionales: *La exclusión de la cualidad de consumidores en los demandantes hace improcedente la realización de los controles de*



transparencia material y abusividad, según reiterada y uniforme jurisprudencia de esta sala (sentencias 367/2016, de 3 de junio; 30/2017, de 18 de enero; 41/2017, de 20 de enero; 57/2017, de 30 de enero; 587/2017, de 2 de noviembre; 639/2017, de 23 de noviembre; 414/2018, de 3 de julio; 230/2019, de 11 de abril, y 391/2020, de 1 de julio).

Varias conclusiones pueden extraerse de lo expuesto. La primera que, **en nuestro ordenamiento jurídico la nulidad de las cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino como una técnica de protección del adherente que tiene la condición legal de consumidor o usuario**, esto es, cuando este se ha obligado con base en cláusulas no negociadas individualmente.

Una segunda conclusión sería que, en nuestro ordenamiento jurídico las condiciones generales insertas en contratos en los que **el adherente no tiene la condición legal de consumidor o usuario, cuando reúnen los requisitos de incorporación, tienen, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas**, por lo que sólo operan como límites externos de las condiciones generales los mismos que operan para las cláusulas negociadas, fundamentalmente los previstos en el art. 1255 del Código Civil, y en especial las normas imperativas, como recuerda el art. 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Sin perjuicio de volver más adelante sobre la protección del no consumidor, es claro que la aplicación del control de abusividad propiamente dicho solo resulta procedente si estamos ante un consumidor. Situación en la que resultará aplicable lo dispuesto en los arts. 82 y ss TR-LGDCU, así como en la Directiva 93/13/CEE, y la jurisprudencia, especialmente del TJUE, que la interpreta.

1.1 La prueba de la condición de consumidor

Lo expuesto anteriormente ha dado lugar en la praxis judicial al planteamiento de la problemática sobre la prueba de la condición de consumidor, empezando a ser habitual que el profesional, normalmente una entidad financiera y, normalmente en el marco de un contrato de financiación, sostenga que el demandado no es consumidor, a fin de evitar la aplicación de la protección que al mismo otorga la normativa citada sobre cláusulas abusivas. Por el contrario, la contraparte, que también asume en numerosos procesos la posición de demandante, se atribuye la condición de consumidor, surgiendo especialmente el problema de la carga de la prueba sobre dicha condición. Es decir, cuál de los litigantes deberá soportar las consecuencias de la falta o insuficiencia probatoria sobre la condición de consumidor.

Debe resaltarse que sobre esta cuestión no existe norma específica alguna, por lo que debemos acudir a las reglas generales sobre la carga de la prueba que se condensan en el actual art. 217 LEC.

Llegados a este punto, debe aclararse que ha existido una especie de presunción, a falta de prueba, atribuyendo la condición de consumidor a personas físicas, singularmente negocios de financiación como los préstamos hipotecarios. Sin embargo, es lo cierto que, los hechos constitutivos de la pretensión deben ser acreditados por quien la ejercita, de forma que, si se ejercita una acción de nulidad de condiciones generales por abusivas fundada en la condición de consumidor, esta también debe acreditarse, especialmente en supuestos en que ha quedado acreditado el aparente destino empresarial y mercantil del crédito objeto de la póliza.

No puede exigirse una prueba de un hecho

negativo, pero sí del hecho positivo relativo a que obró con fines de consumo privado, que la finalidad en este caso del préstamo era para su aplicación en el ámbito de este consumo privado, prueba que está al alcance de quien ha dispuesto y destinado el bien o servicio adquirido mediante el contrato cuyas cláusulas se cuestionan, atendiendo al principio de disponibilidad y de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC).

Debe tenerse en cuenta que es la finalidad del préstamo lo que determinará la condición de consumidor o de empresario. Es el destino del objeto del contrato a su actividad comercial, empresarial o profesional, lo que determina la no inclusión en el ámbito tuitivo de la normativa de protección de consumidores, como señala la STS de 22 de abril de 2015.

Cuando está en cuestión la condición de consumidor, los problemas en materia probatoria no tienen otra solución que la aplicación de las reglas generales en la materia recogidas en el art. 217 LEC, y especialmente los principios de facilidad y disponibilidad que contempla.

Puede entenderse que una entidad financi-

era que se dedica profesionalmente a este tipo de operaciones, y con mayor motivo en la actualidad en que su participación en un crédito responsable exige examinar la concreta situación del cliente, y que ello debe dejar constancia de elementos que indiquen su solvencia y la actividad que desempeña en el mercado, por lo que seguramente podrá aportar datos al proceso. Pero la carga de la prueba no puede residenciarse ni única ni principalmente en dicha entidad, cuando quien se encuentra en una situación inmejorable para acreditar el destino del préstamo es el propio prestatario, siendo precisamente ese destino lo que determinará la calificación como empresarial, profesional o de consumo, de la actividad a que se destina y, en consecuencia, de quien lleva a cabo la misma, el prestatario.

A fin de valorar el principio de facilidad probatoria, también puede tomarse en consideración que las entidades financieras, que suelen ser los profesionales del crédito, están sometidas a unas normas que las obligan a evaluar la solvencia del prestatario (así art. 18 Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios¹, el art. 14 Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al

¹ Artículo 18. Evaluación de la solvencia.

1. La entidad de crédito, antes de que se celebre cualquier contrato de crédito o préstamo, deberá evaluar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del mismo, sobre la base de la información suficiente obtenida por medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el propio cliente a solicitud de la entidad.

A estos efectos, las entidades deberán contar con procedimientos internos específicamente desarrollados para llevar a cabo la evaluación de solvencia mencionada en el párrafo anterior. Estos procedimientos serán revisados periódicamente por las propias entidades, que mantendrán registros actualizados de dichas previsiones.

2. Los procedimientos a los que se refiere el apartado anterior, además de ajustarse a la normativa específica sobre gestión de riesgos y control interno que resulte aplicable a las entidades de crédito, deberán contemplar, al menos, los siguientes aspectos:

a) La adecuada evaluación de la situación de empleo, ingresos, patrimonial y financiera del cliente, para lo cual:

1.º Se exigirá cuanta documentación sea adecuada para evaluar la variabilidad de los ingresos del cliente.

2.º Se consultará el historial crediticio del cliente, para lo cual se podrá acudir a la Central de Información de Riesgos del Banco de España, así como a los ficheros de solvencia patrimonial y crédito a los que se refiere el artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en los términos y con los requisitos y garantías previstos en dicha ley orgánica y su normativa de desarrollo.

consumo o la Directiva 2014/15, que también se hace eco de la importancia que tiene la regulación de la obligación de evaluar la solvencia por parte del prestamista y la más reciente Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en su art. 11). Pero, salvo supuestos concretos, con carácter general no deberá ser definitiva esta información cuando quien se encuentra normalmente en mejor disposición para acreditar el destino del crédito será quien ha dispuesto precisamente de él, es decir, quien invoca para sí la condición de consumidor.

Sin embargo, estas consideraciones generales han sido matizadas notablemente por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La STS núm. 436/2021, de 22 de junio, continua una doctrina jurisprudencial que, ante la incertidumbre que se mantenga en el proceso sobre si una parte tiene o no la condición de consumidor, viene a presumir tal condición tanto en el caso de la persona

física como de la persona jurídica sin ánimo de lucro.

Argumenta la meritada sentencia que: *Ni la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre contratos celebrados con consumidores, ni el TRLCU, ni tampoco la jurisprudencia del TJUE o de esta sala, establecen reglas específicas sobre la carga de la prueba de la condición de consumidor, porque dicha cualidad legal no se puede fijar de manera apriorística, sino que, por su carácter objetivo, habrá de atenderse de forma esencial a la finalidad profesional o particular de la operación objeto del contrato; es decir, habrá que estar a las circunstancias de cada caso. Como recordó la STJUE de 14 de febrero de 2019, C-630/17 (asunto Anica Milivojevic v. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen):*

“El concepto de “consumidor” [...] debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la na-

3.º Se tendrá en cuenta el nivel previsible de ingresos a percibir tras la jubilación, en el caso de que se prevea que una parte sustancial del crédito o préstamo se continúe reembolsando una vez finalizada la vida laboral.

b) La valoración de la capacidad del cliente y de los garantes de cumplir con sus obligaciones de pago derivadas del crédito o préstamo, para lo que se tendrán en cuenta, además de sus ingresos, sus activos en propiedad, sus ahorros, sus obligaciones derivadas de otras deudas o compromisos, sus gastos fijos y la existencia de otras posibles garantías.

c) En el caso de créditos o préstamos a tipo de interés variable, y de otros en los que el valor de las cuotas pueda variar significativamente a lo largo de la vida de la operación, se deberá valorar cómo afectaría esta circunstancia a la capacidad del cliente de cumplir con sus obligaciones teniendo en cuenta la información a la que se refiere la letra anterior.

d) En el caso de créditos o préstamos hipotecarios o con otras garantías reales, la valoración prudente de tales garantías mediante procedimientos que eviten influencias o conflictos de interés que puedan menoscabar la calidad de la valoración.

3. En el supuesto de créditos o préstamos con garantía real, los criterios para determinar la concesión o no del crédito o préstamo, la cuantía máxima del mismo y las características de su tipo de interés y de su sistema de amortización deben fundamentarse, preferentemente, en la capacidad estimada del cliente para hacer frente a sus obligaciones de pago previstas a lo largo de la vida del crédito o préstamo, y no exclusivamente en el valor esperado de la garantía.

4. En el caso de suscripción de seguros de amortización de créditos o préstamos, tal suscripción no podrá sustituir, en ningún caso, la necesaria y completa evaluación de la solvencia del cliente y de su capacidad para cumplir con sus obligaciones de pago por sus propios medios.

5. En el supuesto de que una entidad rechace la concesión de un crédito o préstamo por considerar insuficiente la solvencia del cliente basándose en la consulta a los ficheros a los que se refiere el párrafo 2.º del apartado 2.a), la entidad informará al cliente del resultado de dicha consulta.

6. La evaluación de la solvencia prevista en este artículo se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes y, en ningún caso afectará a su plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes.

turalidad y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de enero de 2018, Sc-hrems, C-498/16, EU:C:2018:37, apartado 29 y jurisprudencia citada)”.

La única regla al respecto podría formularse a sensu contrario: si no consta que el bien o servicio objeto del contrato se destinara a una actividad empresarial o profesional, no puede negarse la cualidad de consumidora a la persona que, subjetivamente, reúne los requisitos para ello: ser persona física o persona jurídica sin ánimo de lucro.

Con anterioridad, ya la STS núm. 224/2017, de 5 de abril, dictada en un supuesto de actos mixtos, proclama como doctrina general que: “ cuando no resulte acreditado claramente que un contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el contratante en cuestión deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no pre-

domina en el contexto general del contrato, en atención a la globalidad de las circunstancias y a la apreciación de la prueba “.

En otras palabras, la mencionada sentencia venía a sentar el principio de inversión de carga de la prueba a favor del consumidor, esto es, se presume que la persona física actúa en su condición de consumidor mientras no se acredite lo contrario, al menos cuando se trata de actos mixtos, que era el supuesto examinado en la sentencia.

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



1.2 Algunos supuestos dudosos

▶ a) Los actos mixtos o contratos con doble finalidad

En ocasiones se plantea, teniendo en cuenta que es el destino del crédito o el tipo de operación que realiza la persona que pretende ostentar la condición de consumidor, lo que define dicha condición, que las operaciones realizadas o los destinos dados son variados, incluyendo tanto un destino o propósito empresarial, profesional o comercial como privado. Estamos por lo tanto ante lo que se ha denominado en la doctrina un “acto mixto”, es decir, aquellos en que el bien o servicio se destina a satisfacer necesidades personales y también a actividades comerciales o profesionales.

El art. 3 TRLGCU no da solución al problema. No obstante, la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores, en su considerando décimo séptimo aclara que, en el caso de los contratos con doble finalidad, **si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor**. Y en similar dirección, la Directiva 2014/17/UE, de 4 de octubre, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial (cuyo plazo de trasposición venció ya el 21 de marzo de 2016), insiste en su considerando décimo segundo en que “[L]a definición de «consumidor» debe incluir a las personas físicas que actúen con fines ajenos a sus actividades comerciales o em-

presariales o a su profesión. No obstante, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con las actividades comerciales o empresariales o con la profesión de la persona en cuestión y dichas actividades comerciales o empresariales, o dicha profesión son tan limitadas que no predominan en el contexto general del contrato, dicha persona debe ser considerada un consumidor”.

La STJUE de 20 enero 2005 (Caso Johann Gruber), relativo al concepto de consumidor para aplicar el art. 13 del Convenio de Bruselas referente a la competencia judicial, estableció que, “Una persona que ha concluido un contrato referente a un bien destinado a un uso en parte profesional y en parte ajeno a su actividad profesional no puede prevalerse del beneficio de las reglas de su competencia específicas previstas en los arts. 13 a 15 del mencionado Convenio, salvo si el uso profesional es marginal hasta el punto de tener un papel despreciable en el contexto global de la operación de que se trate, de tal forma que el aspecto extraprofesional que predomine no tendrá incidencia a estos efectos”.

Atendiendo a estos antecedentes como criterio interpretativo válido, en los actos mixtos, habrá que estar al predominio de las actividades de consumo, empresariales o profesionales. En los supuestos en que este destino y finalidad empresarial sea mínimo, pues no representa un porcentaje significativo, debe mantenerse la consideración de consumidor.

Sobre esta cuestión estima LAFUENTE TORRALVA² que la desprotección que supone para personas que de facto su situa-

2 LAFUENTE TORRALVA, J.A., “Los obstáculos para el examen de las cláusulas abusivas en el proceso de ejecución: puntos ciegos y zonas de desprotección en el régimen vigente”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, nº 2 abril-junio 2015, pgs. 181 y ss.

ción es asimilable a la de los consumidores (pensando en pequeños empresarios o profesionales personas físicas en que no existe una línea definida entre lo personal y lo profesional), debiera conducir a una interpretación flexible y atender principalmente al destino principal o preponderante que se haya dado a la financiación obtenida, sin exigir un carácter insignificante o residual del destino empresarial o profesional que ha exigido el TJUE.

A esta cuestión se enfrentó nuestro TS en sentencia núm. 224/2017, de 5 de abril, en la tras los razonamientos que considera oportunos, concluye que, *para determinar si una persona puede ser considerada consumidor a los efectos de la Directiva 93/13/CEE y del TRLGCU, en aquellas circunstancias en las que existan indicios de que un contrato persigue una doble finalidad, de tal forma que no resulte claramente que dicho contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el criterio del objeto predominante ofrece una herramienta para determinar, a través de un examen de la globalidad de las circunstancias que rodean al contrato -más allá de un criterio puramente cuantitativo- y de la apreciación de la prueba practicada, la medida en que los propósitos profesionales o no profesionales predominan en relación con un contrato en particular. De manera que, cuando no resulte acreditado claramente que un contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el contratante en cuestión deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, en atención a la globalidad de las circunstancias y a la apreciación de la prueba.*

Más recientemente, la STS núm. 479/2022, de 14 de junio, con remisión a sentencias previas de esa sala 224/2017, de 5 de abril,

y 26/2022, de 18 de enero, insiste en que, ante la ausencia de una norma expresa en nuestro Derecho nacional, considera adecuado seguir el criterio interpretativo establecido en el citado considerando 17 de la Directiva 2011/83/UE, que antes hemos transcrito, y que además coincide con la jurisprudencia comunitaria (STJCE de 20 de enero de 2005 (asunto C-464/01, *Gruber* y STJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16, *Schrems*.)

La conclusión es que, a los efectos de la Directiva 93/13/CEE y del TRLCU, en aquellas circunstancias en las que existan indicios de que un contrato persigue una doble finalidad, de tal forma que no resulte claramente que se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el criterio del objeto empresarial mínimo o insignificante ofrece una herramienta para determinar si el adherente ha intervenido en el contrato como consumidor o como profesional.

El supuesto que examina es un contrato que tuvo una finalidad mixta, porque por un lado el capital del préstamo sirvió para liquidar y cancelar un previo préstamo que tenía el demandante con otra entidad, y por otro, para financiar la adquisición de un inmueble cuyo destino no consta. Pero la documentación revela que, sobre un capital de 280.000 €, se destinaron 216.364,36 € a la cancelación del primer préstamo, cuya finalidad sí era empresarial, puesto que financió la compra del local donde el Sr. Simón ejerce su actividad comercial. Por lo tanto, la actividad preponderante fue empresarial y no privada o doméstica, por lo que no le otorga la consideración de consumidor.

b) **El empresario o profesional aparente y el consumidor oculto**

No es tampoco extraño que una sociedad adquiera un bien con la financiación obtenida mediante una operación crediticia, pero

el uso real del bien tenga un carácter privado como puede ser la adquisición de una vivienda para residencia del administrador de la sociedad o de un socio, o de un vehículo destinado también a un uso privado.

La SAP Barcelona, sec. 4ª, de 3 de mayo de 2012, nº 258/2012, rec. 614/2011 (EDJ 2012/163984), estudia el supuesto si una persona jurídica que ha adquirido un vehículo ostenta o no la categoría jurídica de consumidor o usuario.

La sentencia acaba fallando de forma positiva al entender que, aunque la compra la realizara una sociedad mercantil, no tenía por objeto el tráfico mercantil, sino su uso por parte del Administrador y su familia; es decir, pretendía adquirir el coche para el disfrute privado actuando en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, interviniendo en un acto de consumo con fines privados, sin incorporarlos directa o indirectamente a su actividad empresarial.

Sin embargo, no parece que una actuación de esta naturaleza, que a buen seguro se realiza con la finalidad de obtener algunas ventajas ya de tipo comercial o fiscal, merezca la protección que el ordenamiento otorga a los consumidores. Quien se coloca en posición diferente a la de consumidor no puede, a conveniencia, invocar la protección propia de tal condición pudiendo acudir ya a la doctrina de los actos propios o al principio general de la buena fe que debe presidir la contratación, para negarle la condición de consumidor que no ha querido manifestar al momento de realizarse la operación, ocultando la misma a conciencia, y creando en su contraparte una apariencia de operación

empresarial o profesional que está sometida a un determinado régimen jurídico, desde luego bastante diverso al del consumidor³.

► c) El garante no profesional

Otro supuesto, también común, son las operaciones crediticias (préstamos, aperturas de crédito...), que tienen como finalidad la financiación de operaciones profesionales o empresariales, en las que figuran como garantes, avalistas o fiadores, personas físicas que no tienen, a priori, la condición de profesionales ni empresarios.

El Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 19 de noviembre de 2015, en el asunto C-74/15, caso Dumitru Tarcău y Ileana Tarcău contra Banca Comercială Intesa Sanpaolo România SA y otros (ECLI:EU:C:2015:772), con ocasión de dar respuesta a la petición de decisión prejudicial planteada por la Curtea de Apel Oradea (Tribunal de apelación de Oradea, Rumanía), introduce matices de relevancia a la hora de abordar esta cuestión.

El TJUE se plantea si los arts. 1, apartado 1, y 2, letra b), de la Directiva 93/13, deben interpretarse en el sentido de que esta Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil asumió contractualmente frente a esa entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando dicha persona física no tiene ninguna relación profesional con la citada sociedad.

En otras palabras, si en tales casos el fiador o garante que firmó contratos de fianza o de

3 De esta opinión es LAFUNTE TORRALVA, J.A., "Los obstáculos para el examen de las cláusulas abusivas en el proceso de ejecución: puntos ciegos y zonas de desprotección en el régimen vigente" op. cit.

garantía inmobiliaria, accesorios del contrato de crédito celebrado por una sociedad mercantil para el desarrollo de su actividad, puede considerarse o no como “consumidor”, a los efectos de determinar la aplicación de la Directiva.

Tras recordar que la Directiva 93/13 define los contratos a los que se aplica atendiendo a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional (véanse las sentencias *Asbeek Brusse* y de *Man Garabito*, C 488/11, EU:C:2013:341, apartado 30, así como *Šiba*, C 537/13, EU:C:2015:14, apartado 21), como mecanismo para garantizar el sistema de protección establecido por la Directiva, el TJUE señala que dicha “protección es especialmente importante en el caso de un contrato de garantía o de fianza celebrado entre una entidad financiera y un consumidor. Tal contrato se basa, en efecto, en un compromiso personal del garante o del fiador de pagar la deuda asumida contractualmente por un tercero. Ese compromiso comporta para quien lo asume obligaciones onerosas, que tienen como efecto gravar su propio patrimonio con un riesgo financiero a menudo difícil de calibrar” (apartado 25 del Auto).

Acto seguido, el Tribunal explica, con cita de la sentencia *Dietzinger*, C 45/96, EU:C:1998:111 (dictada en el contexto de la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales), que, *si bien el contrato de garantía o de fianza puede calificarse, en cuanto a su objeto, de contrato accesorio con respecto al contrato de crédito principal del que emana la deuda que garantiza, lo cierto es que, desde el punto de vista de las partes contratantes, se presenta como un contrato distinto “ya que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal. Por tanto, la calidad en la que las mis-*

mas actuaron debe apreciarse con respecto a las partes en el contrato de garantía o de fianza.” (apartado 26).

Se trata, pues, de evaluar según un criterio funcional si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión.

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

Esta tesis diferencia con nitidez el negocio principal del accesorio de fianza, no vinculando este a aquél a todos los efectos, especialmente en orden a la finalidad del negocio principal y la relevancia que esta conclusión tiene para determinar la condición de consumidor. Si bien esta separación afectará al régimen jurídico a aplicar a los contratos, no cabe duda de que es más respetuosa con los derechos de los consumidores al permitir que se le pueda aplicar a quien reúne esta condición, las normas de protección que el ordenamiento dispone en su favor en cuanto parte más débil en la contratación. Se evita de esta forma que, quien por motivos ya de amistad ya familiares, la más de las veces como el caso antes expuesto, que en el negocio jurídico principal no tiene participación alguna, ni interés económico, ni tienen vínculo profesional o empresarial con las partes, sean expulsadas del régimen jurídico que les es propio en cuanto consumidores.

En la misma línea el Auto del TJUE de 19 de octubre de 2016 (Dimitras-BRD), que insiste en la doctrina anterior, y concreta, respecto del “vínculo funcional”, lo siguiente:

De este modo, en el caso de una persona física que se constituyó en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, corresponde al juez nacional determinar si dicha persona actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o bien si actuó con fines de carácter privado (auto de 19 de noviembre de 2015, Tarcău, C74/15, EU:C:2015:772, apartado 29).

◆ LA VINCULACIÓN FUNCIONAL EN EL ÁMBITO SOCIETARIO:

Más recientemente, también en el ámbito societario, se dicta la STS núm. 166/2022, de 1 de marzo. El supuesto sometido a examen es el de un matrimonio que celebra un contrato de compraventa con subrogación en el préstamo hipotecario que había suscrito originariamente una sociedad mercantil en la que el esposo ostentaba la condición de socio con la titularidad de un 10% del capital social, y que además había actuado con avalista en el préstamo concedido a la sociedad.

El TS casa la sentencia de apelación, que no había reconocido la condición de consumidor del demandante. La sentencia de apelación rechazaba la demanda, que se sustentaba en la abusividad de la cláusulas del contrato de préstamo y en especial la falta de transparencia de la cláusula suelo, porque el actor intervino en el contrato de préstamo hipotecario suscrito para la promoción de viviendas como avalista, al ser socio de la sociedad mercantil, préstamo del que respondía solidariamente, y al adjudicarse

una de las viviendas construidas con este préstamo, continuó en la relación contractual, ya no como avalista solidario sino como prestatario único de cerca de cien mil de los dos millones y medio de euros de los que respondía inicialmente.

El TS no comparte esta valoración. Argumenta que, el ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (reiterado posteriormente por el ATJUE de 14 de septiembre de 2016) estableció como supuestos de vinculación funcional con una sociedad “la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social”.

Y en la STS núm. 314/2018, de 28 de mayo, en cuanto al concepto de participación significativa a estos efectos, establece que:

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

En el presente caso no consta acreditado que el Sr. Damaso ostente algún cargo orgánico o societario en la sociedad promotora ni que su participación en el

capital social le permita un control sobre sus decisiones de forma que “de facto, su voluntad y la del ente social coincidan”. Y como dijimos en la sentencia 26/2022, de 18 de enero, “si no constara que el bien o servicio objeto del contrato se destinara a una actividad empresarial o profesional, no podría negarse la cualidad de consumidora a la persona que, subjetivamente, reúna los requisitos para ello: ser persona física o persona jurídica sin ánimo de lucro”.

◆ LA VINCULACIÓN FUNCIONAL DEL CÓNYUGE DEL COMERCIANTE:

En relación a la vinculación funcional entre cónyuges, la STS núm. 594/2017, de 7 de noviembre, asume un criterio legal para determinar ese llamado “vínculo funcional” en los supuestos habituales en la práctica de la posición contractual del cónyuge del comerciante o empresario persona física. En el supuesto se rechazó que el esposo prestatario tuviera la condición de consumidor, pues en la contratación del préstamo hipotecario actuó en el marco de su actividad empresarial y precisamente para refinanciar unas deudas de tal naturaleza, con la finalidad de unificarlas y poder sobrellevar mejor las cuotas mensuales de amortización. Y, en lo que respecta a su esposa, que también figura como prestataria, la cuestión es si intervino fuera de una actividad empresarial o profesional o si, pese a no ser ella quien desarrollaba la actividad para cuya satisfacción se solicitó el préstamo, tenía algún tipo de vinculación funcional (por utilizar la terminología establecida por el TJUE) con esa actividad.

El vínculo funcional lo funda el TS en la interpretación de los arts. 6 y ss CCo., de forma que, no puede evitarlo el cónyuge del comerciante cuando este ejerce el comercio con su conocimiento y consentimiento (que no tiene que ser expreso) y sin oposición,

vinculando así los bienes comunes a las resultas del comercio:

Además, la jurisprudencia ha establecido la vinculación de los bienes comunes a la deuda contraída por uno de los cónyuges mediante aval o fianza (como fue el caso), cuando tal negocio jurídico obedece al tráfico ordinario del comercio o actividad empresarial del que se nutre la economía familiar y a cuyo ejercicio se ha prestado el consentimiento expreso o tácito por el otro cónyuge que ni avala ni afianza (sentencias 868/2001, de 28 de septiembre ; 620/2005, de 15 de julio ; y 572/2008, de 12 de junio ; entre otras muchas).

En la misma línea las SSTS núm. 414/2018, de 3 de julio o 204/2020, de 28 de mayo. La STS núm. 599/2020, de 12 de noviembre, tiene la singularidad de aplicar la doctrina anterior al régimen de comunidad del derecho civil catalán, que no es de tipo germánico, sino que es una comunidad tipo romana, por lo que aquí no es suficiente el mero conocimiento sino un consentimiento expreso inscrito en el Registro Mercantil.

Pero, en la actualidad, esta fundamentación queda en cuestión cuando la disposición derogatoria de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, que reforma el Texto Refundido de la Ley Concursal, deroga los arts. 6 a 12 del Código de Comercio, ambos inclusive.

La STS núm. 711/2022, de 26 de octubre, estudia el supuesto de un préstamo hipotecario concertado en julio de 2009, por importe de 92.500€, entre Monte de Piedad y Caja General de Ahorros de Badajoz (actualmente, Ibercaja Banco S.A.), como prestatista; y la compañía mercantil Ferrallas y Estructuras José Delgado S.L. unipersonal (en adelante, Ferrallas y Estructuras), como prestataria; y D. Dionisio y Dña. María Rosario, como fiadores solidarios. El Sr. Dionisio

era administrador y socio único de la sociedad prestataria. La Sra. María Rosario era esposa del Sr. Dionisio, en régimen matrimonial de separación de bienes.

Establece el Alto Tribunal que, en el régimen de separación de bienes, puesto que no existe patrimonio común entre los cónyuges, si no media consentimiento expreso para que respondan los bienes del otro cónyuge, no puede haber responsabilidad común por el ejercicio empresarial de uno de ellos de tal manera que las deudas contraídas por el cónyuge empresario serán propias y no responderá de ellas el otro cónyuge. En el caso enjuiciado, la fiadora, esposa del administrador, pero no tiene relación orgánica ni de gerencia, ni participación en el capital social de la sociedad mercantil prestataria, no respondiendo de las deudas de su cónyuge (socio único de la sociedad prestataria y cofiador solidario), porque tenían régimen económico-matrimonial de separación de bienes y no había prestado consentimiento para que sus bienes respondieran de tales deudas. La consecuencia: inoponibilidad de la cláusula suelo a la fiadora consumidora, una vez que se concluye que no era transparente al no quedar probado que recibiera la información precontractual suficiente.

d) **El subrogado hipotecario**

También se ha tenido que dar respuesta en los tribunales a supuestos ciertamente fronterizos como son los contratos de financiación de construcción de inmuebles en los que inicialmente se celebran entre profesionales, el profesional financiero y el promotor/constructor, cuando es evidente el destino al mercado inmobiliario y por lo tanto, a la venta de los inmuebles, con la correspondiente garantía real que asegura el crédito y que, en muchas ocasiones, continúa tras la compraventa de los pisos y locales al subrogarse el adquirente en la hipoteca previamente constituida.

Pero resulta que este adquirente tiene, la más de las veces, la consideración de consumidor. La cuestión que dilucidar es si debe asumir las cláusulas que han negociado previamente los profesionales o empresarios.

Con presentar matices, la jurisprudencia menor, mayoritariamente, ha venido a exigir el cumplimiento de las obligaciones que impone la legislación protectora del consumidor para examinar la validez o nulidad de las cláusulas que puedan resultar cuestionadas, como la conocida cláusula suelo, la cláusula de vencimiento anticipado, la de intereses moratorios...

Nuestra Jurisprudencia ha venido admitiendo que, respecto de las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato, se les exige un plus de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Y ello al efecto de valorar la superación del control de transparencia y el equilibrio de prestaciones, que no se elimina por el hecho de la subrogación de un consumidor en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria cuando adquiere el inmueble gravado mediante un contrato de compraventa. De esa obligación de información en orden a la transparencia no puede excusarse la entidad prestamista.

En este sentido se pronunció la STS núm. 643/2017, de 24 de noviembre, al sostener:

Sobre este particular, uno de los argumentos por los que la sentencia recurrida revoca la sentencia del Juzgado Mercantil y desestima la demanda es que el prestatario pudo pedir al vendedor las condiciones del préstamo hipotecario a la construcción y haberlas examinado antes de optar por la subrogación del mismo. En

primer lugar, debe precisarse que el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que este se subroga en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Una parte considerable de las compras de vivienda en construcción o recién construida se financia mediante la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario concedido al promotor, con modificación, en su caso, de algunas de sus condiciones. Si se eximiera a la entidad financiera de esa exigencia de suministrar la información necesaria para asegurar la transparencia de las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato, se privaría de eficacia la garantía que para el cumplimiento de los fines de la Directiva 93/13/CEE y la legislación nacional que la desarrolla supone el control de transparencia.

Sin embargo, la solución es diferente en el supuesto en que no se trata de cláusulas relativas a elementos esenciales del contrato de financiación, sino a unas genéricas cláusulas, como la relativa a los gastos de la operación, pactadas en la escritura de compraventa con una sociedad vendedora, sin intervención alguna de la entidad financiera a este respecto.

La última jurisprudencia ha venido a avalar la pretensión exoneradora de la entidad financiera que ninguna intervención tuvo en el contrato de compraventa con subrogación en el préstamo, por falta de legitimación pasiva.

Así viene a establecerse en la reciente STS núm. 674/2022, de 17 de octubre, con cita de las SSTS núm. 303/2020, de 15 de junio y 314/2020, de 17 de junio, en las que establece:

(..) Por tanto, una cosa es la legitimación activa del comprador, tras la novación subjetiva del deudor del préstamo hipotecario, para impugnar, en su caso, cláusulas del contrato de préstamo del que ha devenido parte en virtud de la novación, y otra distinta la pretensión de declarar la legitimación pasiva del banco acreedor en el contrato de compraventa con el referido pacto de subrogación entre comprador y vendedor, del que aquél no ha sido parte.

15.- Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de aquellos otros casos en que en el mismo otorgamiento de la escritura de compraventa con pacto de subrogación, comparezca el acreedor y se formalice una novación modificativa del propio contrato de préstamo hipotecario en que se subroga el comprador (por ampliación del capital y la garantía hipotecaria, modificación del plazo de amortización o de otras condiciones financieras). Supuesto en el que las cláusulas de imputación genérica de los gastos derivados del otorgamiento, incluidos los vinculados a la subrogación y novación pactada con intervención del acreedor, podrían ser cuestionadas en cuanto a su eventual falta de transparencia o abusividad en el marco de un procedimiento seguido contra el citado acreedor hipotecario, como sucedió en el caso resuelto por la sentencia de esta sala núm. 546/2019, de 16 de octubre.

Recientemente, la STS núm. 816/2022, de 22 de noviembre, establece que el prestatario original de un préstamo hipotecario con cláusula suelo, que dejó de serlo por la subrogación de un tercero en dicha con-

dición de prestatario, producida a raíz de la venta de la vivienda, puede ejercitar también la acción de nulidad de la cláusula suelo y pedir la restitución de lo indebidamente pagado.

2 El pequeño empresario, profesional o comerciante

En el marco de las relaciones jurídicas entre el profesional y el pequeño empresario con las entidades financieras, con los profesionales del crédito, también se ha planteado la defensa de su situación contractual, igualmente débil como la del consumidor stricto sensu, en la contratación llevada a cabo a través de las condiciones generales de la contratación. Como ya señalaba DÍEZ-PICAZO⁴, a cualquiera se le ocurre pensar en la situación del profesional o pequeño empresario frente a la del gran empresario, en que la protección del primero se funda en las mismas razones que abonan la protección genérica de los adherentes, no existiendo suficiente explicación para su expulsión de la protección que la LCGC otorga a los adherentes consumidores.

La STS de 30 de abril de 2015, dispone que, la normativa contenida en la Ley 7/1998, de 13 abril, de Condiciones Generales de la Contratación, es aplicable a todas las condiciones generales, se encuentren en contratos concertados con consumidores o en contratos en los que ninguna de las partes merece esta consideración.

Pero dicha ley no establece un régimen uni-

forme para unas y otras. Mientras que las normas relativas a la incorporación (art. 5 y 7) y a la interpretación de las condiciones generales (art. 6) son aplicables a todo tipo de condiciones generales, el régimen de la nulidad de las condiciones generales es diferente según que el contrato en el que se integren se haya celebrado o no con un consumidor.

Mientras que en el caso de que el adherente no merezca la calificación legal de consumidor o usuario, solo es aplicable la regla contenida en el art. 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que se limita en la práctica a reproducir el régimen de la nulidad contractual por contrariedad a norma imperativa o prohibitiva del Código Civil, en el caso de que el contrato integrado por condiciones generales se haya concertado con un consumidor, es aplicable el régimen de nulidad por abusividad, establecido actualmente en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que desarrolla la Directiva 1993/13/CEE, sobre cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores.

Sin embargo, y a pesar de lo discutible de la cuestión, una nueva revisión de la normativa general sobre contratos, aplicada conforme a la realidad social del tiempo en que deben ser aplicadas (art. 3.1 CC), puede llevar a resultados similares.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en contra de aplicar el control de abusividad al empresario o profesional, así STS núm. 367/2016, de 3 de junio, por todas. Argumenta que:

⁴ DÍEZ-PICAZO, L., "Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas", ponencia expuesta en los Encuentros sobre Derecho Iberoamericano, Fundación BBVA-Civitas, Madrid, 1996, que forma parte del Tomo II de los *Ensayos Jurídicos*, Clzur Menor, 2011, pgs. 2315 y ss.

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

Existió una Proposición de Ley de impulso de la transparencia en la contratación predisposta, publicada en el Boletín de las Cortes Generales el 10 de noviembre de 2017, por la que se modifica el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro y el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

La Proposición de Ley aborda, en lo que ahora interesa, la extensión del control de transparencia a los empresarios. Se pretendía introducir un nuevo art. 6 bis en la LCGC titulado “Control de transparencia”, cuyo contenido se resume en tres puntos: (i) las cláusulas predisuestas, una vez incorporadas al contrato, quedan sujetas al control de transparencia, que será aplicable de oficio por jueces y tribunales; (ii) el control de transparencia podrá extenderse a la contratación entre empresarios, bastando

para ello que el empresario adherente solicite judicialmente su aplicación y acredite el carácter predisuesto del clausulado; (iii) el control de transparencia, tanto para consumidores como para empresarios, se realizará de acuerdo con el régimen previsto en el TRLGCU.

Tal ampliación estaba en la línea, manifestada en su exposición de motivos, de que la Ley, también por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, reconoce el valor de la transparencia tanto como norma jurídica, como principio general del derecho, es decir, tanto como fundamento, como razón positiva de su aplicación como control de legalidad, que ya se realiza de acuerdo con el cambio social operado y con el desenvolvimiento de nuestras directrices de orden público económico en favor de una mayor plasmación de los postulados de justicia contractual.

Sin embargo, este intento legislativo no ha llegado a cristalizar.

3 Persona consumidora vulnerable

El Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, introduce un nuevo apartado segundo en el art. 3 TRLGCU: *Asimismo, a los efectos de esta ley y sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o despro-*

tección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad.

El consumidor vulnerable es una persona física, queda así excluida cualquier consideración respecto de personas jurídicas, aun sin ánimo de lucro, ni entes sin personalidad jurídica, que sin embargo sí encajan en el concepto de consumidor “ordinario” del art. 3.1 TRLGDCU.

Lo que define este nuevo concepto es que una persona física se encuentra en “*una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad*”. Situación que le impide ejercitar sus derec-

hos en condiciones de igualdad.

La “especial situación de subordinación, indefensión o desprotección” en que se encuentra el consumidor vulnerable puede obedecer a múltiples causas. El art. 3.2 TRLGDCU hace una amplia enumeración.

La Exposición de Motivos del RD-ley 1/2021 concreta algunos colectivos que pueden encontrarse en esa situación de vulnerabilidad, tales como, personas de determinada edad, sexo, origen nacional o étnico, lugar de procedencia, las personas alérgicas o con algún tipo de intolerancia alimenticia, las víctimas de violencia de género, las familias monoparentales, las personas desempleadas, las personas con algún tipo de discapacidad, las personas enfermas, las minorías étnicas o lingüísticas, las personas desplazadas temporalmente de su residencia habitual, la población migrante o los solicitante de protección internacional.

La “especial situación de subordinación, indefensión o desprotección” en que se encuentra el consumidor vulnerable puede obedecer a múltiples causas. El art. 3.2 TRLGDCU hace una amplia enumeración



A pesar de esa extensión y ambigüedad para poder delimitar el concepto, la cuestión se complica porque en la legislación sectorial se utilizan conceptos similares pero de contenido o requisitos diferentes. Así, el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica (art. 3). Materia esta que ha sido de continuas modificaciones para aliviar la factura energética en la actualidad, en el que se habla de consumidor vulnerable, con muy diferentes parámetros al art. 3.2 TRLGDCU, o de consumidor en riesgo de exclusión social. O el Real Decreto-ley 18/2022, de 18 de octubre, por el que se aprueban medidas de refuerzo de la protección de los consumidores de energía, que también contempla el consumidor vulnerable o el consumidor vulnerable severo, a los efectos del bono social eléctrico (art. 11).

Pero centrándonos en lo que ahora nos interesa sobre si estamos ante un concepto diferente de consumidor para la aplicación de la normativa protectora que venimos examinando en materia de condiciones generales de la contratación entre un consumidor y un profesional, la respuesta debe ser que el consumidor vulnerable al que se refiere el art. 3.2 TRLGDCU es una clase de consumidor del art. 3.1 TRLGDCU.

Es decir, si bien es una subespecie del concepto general u ordinario de consumidor, por la especial situación que caracteriza la vulnerabilidad del consumidor, su inclusión en el mismo art. 3 TRLGDCU, lleva a concluir que debe tratarse de una persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Al margen de esa legislación sectorial energética, no existe en la actualidad una diferente regulación en la contratación con consumidores en que tenga algún efecto jurídico diferente que estemos ante un consumidor ordinario o ante un consumidor vulnerable



“Pero centrándonos en lo que ahora nos interesa sobre si estamos ante un concepto diferente de consumidor para la aplicación de la normativa protectora que venimos examinando en materia de condiciones generales de la contratación entre un consumidor y un profesional, la respuesta debe ser que el consumidor vulnerable al que se refiere el art. 3.2 TRLGDCU es una clase de consumidor del art. 3.1 TRLGDCU.”



(regulación del crédito al consumo, crédito inmobiliario, ventas a distancia o fuera de establecimiento o aprovechamiento por tuno de bienes inmuebles).

La pregunta relevante que ahora nos interpela la plantea Marín López, de la siguiente manera: Una última reflexión, en relación con el control de transparencia de las cláusulas predispuestas que versan sobre el objeto principal del contrato. Conforme a una consolidada doctrina, para que la cláusula sea transparente el consumidor debe conocer las consecuencias económicas y jurídicas de la cláusula. Tradicionalmente el TJUE y el TS han entendido que el empresario debe facilitar esa información, pero la jurisprudencia más reciente del TS admite que el consumidor puede conocer esos datos por otras vías. La pregunta que cabe formular es la siguiente: ¿tiene el empresario que ajustar la información que facilita a las características de cada consumidor? ¿Ha de tener en cuenta, por ejemplo, que el consumidor es

un analfabeto funcional o una persona anciana con dificultades cognitivas? La doctrina clásica del TS es que el consumidor debe conocer cierta información, lo que exige al empresario adaptar la información suministrada a cada concreto consumidor. Pero la doctrina más reciente del TS (sobre la cláusula IRPH y los acuerdos novatorios sobre cláusula suelo) sostiene que basta con que el empresario informe de cierta información (estandarizada) para que el consumidor medio (normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz) pueda entenderla⁵.

Una de las posibles soluciones será exigir que, en tales situaciones de subordinación, indefensión o desprotección que impiden ejercitar sus derechos en condiciones de igualdad, en el control de transparencia se exija un plus de información clara sobre la carga económica y jurídica del contrato, en la que se valore las concretas circunstancias en que se encuentra ese consumidor para su comprensión.

⁵ Marín López, M.; *El concepto de consumidor vulnerable en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Revista CESCO, N.º37/2021.

CUESTIONES DEBATIDAS

REVOLVING. STS 786/2023

El 28 de febrero de 2023 el Tribunal Supremo, Sala Primera, dictó sentencia nº 786/2023 en la que se confirmaba la doctrina anterior acerca del alcance de la usura en las operaciones de crédito concertadas bajo la modalidad denominada “revolving”, y que se ha venido decantando en resoluciones anteriores, nº 628/2015 de 25 de noviembre, nº 149/2020 y nº 600/2020 de 4 de marzo, y las nº 258/2023 y nº 442/2023 de 15 de febrero.

En este caso, el objeto de la decisión del tribunal se refirió a la apreciación del carácter usurario de una tarjeta revolving cuando el interés de la operación crediticia había sido modificado durante la vida del contrato por la entidad financiera aplicando un interés remuneratorio desproporcionadamente elevado en relación con los tipos medios en este tipo de operaciones a la fecha de la modificación, pese a que en el momento inicial no lo era.

El supuesto controvertido versaba acerca de una tarjeta revolving celebrada en 2003 en la que se estipulaba un interés del 15,9% TAE, que fue modificado unilateralmente por la entidad financiera elevándolo al 17,9% TAE hasta alcanzar el 26,9% TAE.

El Tribunal, tras reiterar los criterios para la apreciación del vicio de usura en este tipo de contratos cuando se hubieran celebrado antes del año 2010 (año en que se publicaron por

primera vez datos estadísticos por el banco de España sobre tipos TEDR medios como rango de comparación en operaciones revolventes), declaró que, dado que se trata de contratos de servicios financieros de duración indeterminada en los que la entidad acreedora puede modificar el tipo de interés, ha de considerarse que “cada modificación del interés supone la concertación de un nuevo contrato, en el que se fija un nuevo tipo de interés, y que a partir de ese momento el contrato crediticio puede ser considerado usurario si el nuevo tipo de interés de la operación es notablemente superior al interés normal del dinero en aquel momento y manifiestamente desproporcionado a las circunstancias concurrentes”.

En base a dicho criterio, aunque la operación sometida a consideración no revestía inicialmente un carácter usurario, al sobrevenir la modificación unilateral del tipo por parte de la entidad financiera elevándolo a un tipo que resultaba superior en seis puntos porcentuales al tipo medio vigente en la fecha de la modificación, se declaró la nulidad del contrato desde tal fecha, limitando la obligación de restitución de las cantidades dispuestas en el uso de la tarjeta sin aplicación de los intereses devengados al momento en que sobrevino la modificación contractual.

El tribunal reitera el criterio establecido en la sentencia 149/2020, de 4 de marzo, de que la comparación entre la TAE de la operación crediticia cuestionada como usuraria y la TAE que puede considerarse como “interés normal del dinero” ha de realizarse en el momento en que se celebra el contrato, y justifica que en el supuesto controvertido deba atenderse al momento posterior de modificación unilateral del tipo contractual por parte de la entidad en lo “absurdo” que implicaría otra solución, manteniéndose la validez del contrato inicialmente no usurario “pese a que la entidad financiera se reservara la facultad de elevar, en cualquier momento, de forma unilateral, sin atender a un índice legal, el tipo de interés hasta cotas muy superiores al interés normal del dinero y desproporcionadas a las circunstancias concurrentes”.

Como argumento previo, en el Fundamento Jurídico Tercero 7º de la sentencia 628/2023, el TS manifiesta que la circunstancia de incluir una estipulación de modificación unilateral del tipo pactado inicialmente sin referencia a un índice legal constituye una circunstancia singular.

Cabe cuestionarse si lo ilógico del resultado derivado del control de usura circunscrito al momento inicial del contrato al margen de las modificaciones posteriores del precio, como advierte el Tribunal, deriva no tanto de la intangibilidad del pacto inicial sobre el precio como de la clase de control judicial desplegado en trance de evitar los efectos perjudiciales sobre el consumidor derivados del contenido del contrato, que prevé su modificación unilateral por parte la entidad financiera.

La STS de 2 de diciembre de 2014 destacaba las diferencias técnicas en torno a la aplicación del control de usura y abusividad, que, en lo que respecta al primero, se proyecta tanto sobre el plano del contenido patrimonial del contrato como en el plano causal de la validez estructural del contrato celebrado con una clara proyección en los controles generales o límites a la autonomía negocial del artículo 1255 del Código Civil, especialmente respecto de la consideración de inmoralidad de los préstamos usurarios o leoninos. La abusividad se cierce exclusivamente sobre el ámbito objetivo del desequilibrio, sin requerir para ello ninguna otra

valoración causal acerca de la ilicitud o inmoralidad de la reglamentación específica” (STS de 8 de septiembre de 2014, núm. 464/2014).

La Ley de Usura -concreta el tribunal- se refiere a la reprobación de determinadas situaciones subjetivas de la contratación, mientras que la abusividad se enmarca en el ámbito de la contratación bajo condiciones generales y la contratación seriada, “diferenciado del contrato por negociación, con un régimen y presupuesto causal también propio “.

Resulta evidente que la contratación de este tipo de tarjetas revolving no se puede caracterizar como típicamente convencional, como recordaba la ya citada STS de 4 de marzo de 2020, de modo que el control de usura, vinculado a los límites de la libertad contractual, causal, y que se despliega en el momento de celebrar el contrato, no parece adecuado cuando se trata de valorar las consecuencias de la inclusión de una cláusula que afecta al precio del contrato mediante una estipulación no negociada y que podría infringir los límites del art.º 85.3 TRLGDCU.

Así, el art.º 85.3. TRLGDCU incluye dentro de las cláusulas abusivas aquellas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, permitiéndose en los contratos relativos a servicios financieros la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés así como el importe de otros gastos cuando se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, con la obligación a cargo del empresario de informar a la parte contratante, y que ésta pueda resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna.

El reconocimiento a favor de la entidad dentro del condicionado general del contrato de tarjeta revolving de la facultad de modificar unilateralmente el precio sin referencia a un índice legal ni describiendo el modo de variación, constituye una cláusula abusiva por imperativo legal, ocasionando desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, lo que debe ser valorado en el momento de suscripción del contrato (art. 4.1 de la Directiva 93/13 y STJUE de 9 de julio de 2020, *Ibercaja Banco*, C-452/18 , apartado 48, a la que se remiten los AATJUE de 17 de noviembre de 2021).

El Tribunal efectuó un control de usura otorgando la eficacia de un nuevo pacto a lo que en realidad constituye la aplicación de una facultad a favor de una de las partes en el contrato, que exigiría haber sido negociada (no consta la aceptación del cliente ni el despliegue de información previa por parte de la entidad) y su vinculación a un índice legal, lo que, según el propio Tribunal, no concurría en el supuesto examinado en la sentencia nº 786/2023.

Para que la cláusula de modificación de la referencia inicial al tipo TAE en la determinación del precio del contrato pudiera servir válida debería incluir no sólo tal índice legal sino un margen o diferencial, estableciéndose el modo de variación como límite a tal facultad empresarial, en la forma que se exige en el art.º 85.3 TRLGDCU.

Para poder evitar el absurdo que apreció el tribunal en trance de desplegar el control de usura sobre el contrato inicialmente válido, debería haberse acudido al control abusividad, como

sugería la sentencia nº 600/2020 del TS de 14 de marzo (FJ 5) cuando afirmó que “el control de la estipulación que fija el interés remuneratorio puede realizarse también mediante los controles de incorporación y transparencia, propios del control de las condiciones generales en contratos celebrados con consumidores.”

Como expresa la doctrina del propio Tribunal (sentencias de esta sala 171/2017, de 9 de marzo; 538/2019, de 11 de octubre; 121/2020, de 24 de febrero; y 408/2020, de 7 de julio), el efecto de la falta de transparencia de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato no es su nulidad, sino la posibilidad de realizar el juicio de abusividad, lo que permite valorar si se trata de una cláusula que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato (SSTJUE de 30 de abril de 2014, C-26/13, Kásler; de 26 febrero de 2015, C-143/13, Matei; de 20 de septiembre de 2017, C-186/16, Andriuc; de 14 de marzo de 2019, C-118/17, Dunai; y de 5 de junio de 2019, C-38/17, GT) .

En cuanto al alcance del control de transparencia formal, la STS nº 628/2015 de 25 de noviembre estableció el criterio de que la normativa sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores no permite el control del carácter «abusivo» del tipo de interés remuneratorio en tanto que la cláusula en que se establece tal interés regula un elemento esencial del contrato, como es el precio del servicio, siempre que cumpla el requisito de transparencia. La expresión de la TAE, según el tribunal, “es requisito imprescindible, aunque no suficiente por sí solo, para que la cláusula que establece el interés remuneratorio pueda ser considerada transparente”. Se refería entonces al tipo pactado como precio inicial, no a la estipulación de modificación unilateral sin referencia a índice legal, que define de manera general el precio del contrato a lo largo de toda su duración.

Impuesta este tipo de cláusula de determinación unilateral del precio mediante el condicionado general no negociado con el consumidor, no sería dable un control de usura ante la materialización de sus efectos a lo largo de la vida del contrato, sino que sus efectos perjudiciales deberían ser eliminados del tráfico mediante el despliegue del control de contenido en cuanto se infringen los límites previstos en el referido 85.3 TRLGDCU, examinando si se cumplen las previas exigencias de transparencia formal, más allá de si en el condicionado abreviado que se ofrece a la firma en este tipo de tarjetas aparece identificado el tipo TAE inicial, pues éste no define por sí solo el precio del contrato (STS 628/2015).

La sentencia 600/2020, de 4 de marzo se refería a las peculiaridades de los créditos revolving (FJ 5º.8), en los que el límite del crédito se va recomponiendo constantemente, las cuantías de las cuotas no suelen ser muy elevadas en comparación con la deuda pendiente y alargan muy considerablemente el tiempo durante el que el prestatario sigue pagando las cuotas con una elevada proporción correspondiente a intereses y poca amortización del capital, advirtiendo entonces del riesgo de convertir al prestatario en un deudor «cautivo».

Parece evidente, como afirmaba el Tribunal en la sentencia 786/2023, que el control de usura aplicado a los contratos de créditos revolventes conforme a la caracterización ofrecida en la doctrina precedente ofrece resultados absurdos. Lo que cabe cuestionarse es si la normali-

dad en el ámbito de la contratación en masa justifica excluir que se desplieguen otros mecanismos disponibles de control judicial.

RESUMEN DE LAS STS SOBRE EL “CÁRTEL DE LOS CAMIONES”

Con fecha 12 de junio de 2013 el Tribunal Supremo dictó un grupo de sentencias con el número 923/2023 y siguientes, resolviendo en casación los recursos planteados por distintas empresas fabricantes implicadas en el denominado “cártel de los camiones” y los perjudicados por la actuación anticompetitiva que había sido objeto de la Decisión de la Comisión Europea de fecha 19 de julio de 2016. Mediante dichas resoluciones, el Tribunal Supremo dio respuesta a las cuestiones que se habían suscitado en los juzgados y tribunales mercantiles de toda España y que habían obtenido distintas respuestas, poniendo fin así a la incertidumbre provocada por la disparidad de criterios judiciales.

En cuanto a la prescripción de la acción, el TS asume el plazo de cinco años que se había declarado aplicable a la acción indemnizatoria en la STJUE de 22 de junio 2022 (C-267/20 DAF & Volvo), siguiendo el régimen previsto en el art.º 10 de la Directiva sobre Daños 2014/104/UE y el art.º 74.1 LDC, pese a tratarse de normas sustantivas, al no haberse agotado el plazo de prescripción aplicable a la acción en virtud de la regulación anterior antes de expirar el plazo de trasposición al ordenamiento español de la Directiva.

Así mismo, en cuanto al plazo de inicio del cómputo de la acción de prescripción, se remite el Tribunal Supremo a la fecha de publicación de la Decisión, descartando el que se propuso por las demandadas, que solicitaban referirse a la fecha de publicación del resumen de la Decisión.

El TS extiende la responsabilidad derivada de la participación en la conducta anticompetitiva declarada en la Decisión a las empresas sucesoras de las que aparecen identificadas en el texto, o sus filiales, aun cuando se trate de personas jurídicas distintas cuando formen parte de una misma unidad económica y empresarial (STJUE de 6 de octubre de 2021, C- 882/19 Sumal).

Respecto a la cuantificación del perjuicio, cuestión central de estos procedimientos y que ha dado lugar a respuestas divergentes ante los juzgados y tribunales de toda España, el Tribunal Supremo ha considerado que el régimen jurídico aplicable por razones temporales es el previsto en el art.º 1902 Cc, y que incumbiendo la carga de acreditar la existencia del perjuicio a quien lo reclama, así como su determinación cuantitativa, cabe acudir el mecanismo de estimación judicial del daño ante a la insuficiencia probatoria que se ha apreciado en la mayoría de los casos en cuanto al valor que merecen los informes periciales elaborados por distintos gabinetes especializados acerca del sobreprecio abonado pro los perjudicados de la actuación anticompetitiva objeto de la Decisión.

Así, partiendo del texto elaborado por la Comisión, donde se describen las características

del cártel y su incidencia en las condiciones del mercado, en base a la regla de presunción prevista en el art. 386 LEC y la ineficacia del informe pericial aportado por las demandadas, se afirma la existencia de perjuicio, así como la posibilidad de su determinación mediante el mecanismo de la estimación judicial.

Citando la STS nº 651/2013, de 7 de noviembre de 2013, sobre el cártel del azúcar, y en atención a las dificultades probatorias que deben soportar los perjudicados a los fines de la cuantificación del perjuicio, así como el momento en que se presentaron las demandas a efectos de recabar la documentación necesaria para ello, se considera suficiente la prueba obrante en autos a cuantificando el perjuicio ocasionado en un 5% del precio abanado en su día por la adquisición de los vehículos afectados por la conducta anticompetitiva.

Aunque se admite por el TS que el porcentaje pueda ser mayor, incumbe a las perjudicadas acreditarlo, o a las responsables del daño probar que el daño fue inferior, descartando en la sentencia nº 927/2023 la estimación judicial en un porcentaje superior, el 15% que había apreciado la Audiencia Provincial de Bizkaia.

Por último, se reconoce el devengo de los intereses de mora sobre el principal objeto de condena desde la fecha de la adquisición y pago de los vehículos, al considerar que no se trata de una indemnización por mora regulada en el art.º 1101 y 1108 Cc sino de una medida destinada al resarcimiento del daño sufrido por la víctima de la conducta anticompetitiva contrarrestando el efecto del trascurso del tiempo hasta la reparación del daño (art.º 101 TFUE y jurisprudencia del TJUE).

COMISIÓN DE APERTURA EN PRÉSTAMO HIPOTECARIO CON CONSUMIDORES

[Accede a la sentencia](#)

La SENTENCIA de 16 de marzo de 2023, dictada en el asunto C-565/21 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en su auto de 10 de septiembre de 2021. La cuestión se suscitaba en relación con la comisión de apertura un préstamo hipotecario con un consumidor. Se sometían a consideración tres preguntas:

- a) Si se oponía a lo previsto en la Directiva 93/13/CEE en concreto en sus arts. 3.1, 4 y 5 reguladores del régimen de las cláusulas abusivas, una jurisprudencia nacional que, a la vista de la regulación específica de la comisión de apertura en el Derecho nacional considera que la cláusula que establece tal comisión regula un elemento esencial del contrato, pues constituye una partida principal del precio, y no puede apreciarse su carácter abusivo si está

redactada de manera clara y comprensible, en el sentido que ha establecido la jurisprudencia del TJUE.

- b) Si se oponía al art. 4.2 de la Directiva 93/13/CE una jurisprudencia nacional que para valorar el carácter claro y comprensible de la cláusula que regula un elemento esencial del contrato de préstamo o crédito hipotecario toma en consideración elementos tales como el conocimiento generalizado de tal cláusula entre los consumidores, la información obligatoria que la entidad financiera debe dar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información, la publicidad de las entidades bancadas, la especial atención que le presta el consumidor medio por ser una partida del precio que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo y constituir una parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo, y que la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permitan apreciar que constituye un elemento esencial del contrato.
- c) Si se oponía al art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE una jurisprudencia nacional que considera que la comisión de apertura que tiene por objeto la remuneración de los servicios relacionados con el estudio, diseño y tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito (estudio de la viabilidad del préstamo, de la solvencia del deudor, del estado de cargas del bien sobre el que va a recaer la hipoteca, etc.), como presupuestos para su concesión, que se establece expresamente en la normativa nacional como retribución de las actuaciones inherentes a la concesión del préstamo o crédito, no causa, contrariamente a las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato.

De las respuestas que el Tribunal de Justicia da en esta resolución, así como en su anterior sentencia de 16 de julio de 2020 a la que hace alusión, y de forma descriptiva, se desprende lo siguiente:

1.- La comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial del contrato de préstamo. Por «objeto principal» ha de entenderse las prestaciones esenciales y que en el caso de un crédito el prestatario *“se compromete principalmente a reembolsar (el préstamo), por regla general con intereses”*. Y añade (apartado 17) que *“la comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial de un préstamo hipotecario por el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de este”* (apartados 26 y 27).

2.- La comisión de apertura, por sí misma, no puede ser entendida como una cláusula abusiva en todo caso, sino que podrá ser declarada como tal en atención a las circunstancias del caso concreto en el que la misma sea objeto de examen de abusividad (parágrafo 59 *“una cláusula contractual regulada por el Derecho nacional que establece una comisión de apertura, comisión que tiene por objeto la remuneración de servicios relacionados con el estudio, el diseño y la tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito hipotecario, los cuales son necesarios para su concesión, no parece, sin perjuicio de la comprobación que*

deberá efectuar el juez competente, que pueda incidir negativamente en la posición jurídica en la que el Derecho nacional sitúa al consumidor, a menos que no pueda considerarse razonablemente que los servicios proporcionados como contrapartida se prestan en el ámbito de las prestaciones antes descritas o que el importe que debe abonar el consumidor en concepto de dicha comisión sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo” y continúa el siguiente 60 “que sería contraria al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 una jurisprudencia nacional de la que se desprendiera que no cabe en ningún caso considerar abusiva una cláusula que establezca una comisión de apertura por el mero hecho de que tenga por objeto servicios inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo y previstos en la normativa nacional”).

3.- De la cualidad de no ser el objeto principal, se infiere que la cláusula queda sometida al control de abusividad como cualquier otra cláusula no esencial del contrato (artículo 4.2 de la Directiva 93/13), sin las limitaciones que la jurisprudencia comunitaria y nacional imponen al control de abusividad de las cláusulas esenciales del contrato.

4.- *Para efectuar el control de transparencia (incorporación y comprensibilidad real art. 80.1 TRLGDCU) y de proporcionalidad para que se evalúen las consecuencias económicas que derivan de la referida cláusula o alcance del control de transparencia (parágrafo 30, 31 y 32) hemos de tener en cuenta todas las circunstancias del asunto concreto, y en concreto la información facilitada al consumidor al tiempo de celebración del contrato, el examen de las propias cláusulas, en sus aspectos formal y lingüístico, en la evaluación de las consecuencias económicas y en los nexos que puedan tener las diversas cláusulas del contrato. La STJUE de 16 de marzo de 2023 indica en relación con la comisión de apertura y el doble control de transparencia unos parámetros a tomar como indicadores y que identifica con los siguientes:*

- a) *“la notoriedad de tales cláusulas no es un elemento que pueda tomarse en consideración al valorar su carácter claro y comprensible” (parágrafo 41).*
- b) *La información legal obligatoria y la información dada por el prestamista en el contexto de la negociación contractual para valorar la comprensibilidad de la comisión de apertura (parágrafo 42).*
- c) *La publicidad ofrecida en el contexto de la negociación, conforme estándar del «consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz» (parágrafo 30 a 33 y 43).*
- d) *El nivel de atención medio que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (parágrafo 44).*

- e) Verificar que “no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que estos retribuyen” (parágrafo 47).
- f) La naturaleza de “los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en ella”. (parágrafo 59).

De esta resolución se concluye que será preciso el examen concreto de cada uno de los asuntos objeto de enjuiciamiento, ya que la misma comisión de apertura merecerá la calificación de abusiva en atención, al tipo de información facilitada al consumidor y al cumplimiento de las condiciones que la propia legislación bancaria impone , según implique la existencia o no de desequilibrio en la posición del consumidor dentro del contrato.

Accede a todas nuestras *publicaciones* a través de la web

Juezas y Jueces
para la Democracia



[Inicio](#) [Asociación](#) [Actividades](#) [Actualidad](#) [Informes](#) [Publicaciones](#) [Buzón del juez/a](#) [Blogs](#) [Contacto](#)

[Acceso área restringida](#) [Rincón del opositor/a](#)





REFERENCIAS DE RESOLUCIONES DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

RELATIVAS AL CONTROL DE OFICIO DE LA USURA

Es posible control de oficio

CANTABRIA: Audiencia de Cantabria Sección 2ª, 29/2022, de 2 de marzo. AAP, Civil sección 4 del 11 de octubre de 2017 (ROJ: AAP S 384/2017 - ECLI:ES:APS:2017:384A)

VALLADOLID: AAP, Civil sección 1 del 27 de octubre de 2022 (ROJ: AAP VA 655/2022 - ECLI:ES:APVA:2022:655A)

AAP, Civil sección 3 del 18 de julio de 2022 (ROJ: AAP VA 364/2022 - ECLI:ES:APVA:2022:364A)

JAEN: AAP, Civil sección 1 del 20 de julio de 2022 (ROJ: AAP J 457/2022 - ECLI:ES:APJ:2022:457A)

CACERES sección 1ª del 01 de diciembre de 2017

CORDOBA sección 1ª del 28 de noviembre de 2017

GIRONA: AAP, Civil sección 1 del 09 de noviembre de 2022 (ROJ: AAP GI 546/2022 - ECLI:ES:APGI:2022:546A)

AAP, Civil sección 1 del 09 de septiembre de 2022 (ROJ: AAP GI 294/2022 -

ECLI:ES:APGI:2022:294A)

SEVILLA: AAP, Civil sección 6 del 21 de julio de 2022 (ROJ: AAP SE 979/2022 - ECLI:ES:APSE:2022:979A)

AAP, Civil sección 6 del 05 de mayo de 2020 (ROJ: AAP SE 177/2020 - ECLI:ES:APSE:2020:177A)

No es posible control de oficio

TENERIFE: AAP, Civil sección 3 del 19 de julio de 2022 (ROJ: AAP TF 142/2022 - ECLI:ES:APTF:2022:142A)

GIPUZKOA: AAP, Civil sección 2 del 08 de julio de 2022 (ROJ: AAP SS 306/2022 - ECLI:ES:APSS:2022:306A) AAP, Civil sección 2 del 10 de febrero de 2022 (ROJ: AAP SS 132/2022 - ECLI:ES:APSS:2022:132A)

LUGO: AAP, Civil sección 1 del 22 de junio de 2022 (ROJ: AAP LU 85/2022 - ECLI:ES:APLU:2022:85A)

HUELVA: AAP, Civil sección 2 del 01 de junio de 2022 (ROJ: AAP H 93/2022 - ECLI:ES:APH:2022:93A)

LEON: AAP, Civil sección 1 del 04 de marzo de 2022 (ROJ: AAP LE 617/2022 - ECLI:ES:APLE:2022:617A)

MALAGA: ROJ: AAP MA 1366/2021 - ECLI:ES:APMA:2021:1366 A) Sentencia: 572/2021 Recurso: 1431/2019:

CUENCA: (ROJ: AAP CU 94/2021 - ECLI:ES:APCU:2021:94 A) Sentencia: 94/2021 Recurso: 328/2021:

BALEARES: AAP, Civil sección 3 del 23 de mayo de 2022 (ROJ: AAP IB 154/2022 - ECLI:ES:APIB:2022:154A)

BIZKAIA: AAP, Civil sección 3 del 23 de mayo de 2022 (ROJ: AAP IB 154/2022 - ECLI:ES:APIB:2022:154A)

TOLEDO: AAP, Civil sección 2 del 09 de mayo de 2022 (ROJ: AAP TO 394/2022 - ECLI:ES:APTO:2022:394A)

LLEIDA: AAP, Civil sección 2 del 31 de marzo de 2022 (ROJ: AAP L 314/2022 - ECLI:ES:APL:2022:314A)

CEUTA: AAP, Civil sección 6 del 24 de marzo de 2022 (ROJ: AAP CE 47/2022 - ECLI:ES:APCE:2022:47A)

JAEN: AAP, Civil sección 1 del 23 de marzo de 2022 (ROJ: AAP J 568/2022 - ECLI:ES:APJ:2022:568A)

A CORUÑA: AAP, Civil sección 5 del 02 de marzo de 2022 (ROJ: AAP C 449/2022 - ECLI:ES:APC:2022:449A)

CIUDAD REAL: AAP, Civil sección 2 del 21 de febrero de 2022 (ROJ: AAP CR 320/2022 - ECLI:ES:APCR:2022:320A)

MURCIA: AAP, Civil sección 5 del 15 de febrero de 2022 (ROJ: AAP MU 673/2022 - ECLI:ES:APMU:2022:673A)

AVILA: AAP, Civil sección 1 del 01 de febrero de 2023 (ROJ: AAP AV 2/2023 - ECLI:ES:APAV:2023:2A) AAP, Civil sección 1 del 28 de abril de 2022 (ROJ: AAP AV 178/2022 - ECLI:ES:APAV:2022:178A)

PONTEVEDRA: AAP, Civil sección 3 del 21 de diciembre de 2022 (ROJ: AAP PO 1417/2022 - ECLI:ES:APPO:2022:1417A)

AAP, Civil sección 6 del 15 de septiembre de 2022 (ROJ: AAP PO 587/2022 - ECLI:ES:APPO:2022:587A)

TARRAGONA: AAP, Civil sección 3 del 17 de noviembre de 2022 (ROJ: AAP T 878/2022 - ECLI:ES:APT:2022:878A)

AAP, Civil sección 3 del 26 de mayo de 2022 (ROJ: AAP T 897/2022 - ECLI:ES:APT:2022:897A)

VALENCIA: AAP, Civil sección 11 del 23 de diciembre de 2022 (ROJ: AAP V 2238/2022 - ECLI:ES:APV:2022:2238A)

AAP, Civil sección 7 del 21 de septiembre de 2022 (ROJ: AAP V 1368/2022 - ECLI:ES:APV:2022:1368A)

AAP, Civil sección 6 del 25 de julio de 2022 (ROJ: AAP V 1100/2022 - ECLI:ES:APV:2022:1100A)

Posible control de oficio usura

ZARAGOZA: AAP, Civil sección 4 del 06 de junio de 2022 (ROJ: AAP Z 543/2022 - ECLI:ES:APZ:2022:543A)

MADRID: AAP, Civil sección 10 del 02 de marzo de 2023 (ROJ: AAP M 25/2023 - ECLI:ES:APM:2023:25A)

AAP, Civil sección 10 del 24 de noviembre de 2022 (ROJ: AAP M 2807/2022 - ECLI:ES:APM:2022:2807A)

AAP, Civil sección 10 del 06 de febrero de 2018 (ROJ: AAP M 377/2018 - ECLI:ES:APM:2018:377A)

BARCELONA: AP, Barcelona sección 16ª del 12 de marzo de 2018, o sección 17ª del 11 de enero de 2018.

BURGOS AAP, Civil sección 2 del 30 de junio de 2020 (ROJ: AAP BU 542/2020 - ECLI:ES:APBU:2020:542A)

AP, Burgos sección 2ª del 19 de septiembre de 2017

BADAJOS: AP, Badajoz sección 3ª del 18 de diciembre de 2017

CADIZ: AAP, Civil sección 8 del 29 de noviembre de 2017 (ROJ: AAP CA 1434/2017 - ECLI:ES:APCA:2017:1434A)

No es posible control de oficio

ZARAGOZA: AAP, Civil sección 5 del 21 de marzo de 2022 (ROJ: AAP Z 268/2022 - ECLI:ES:APZ:2022:268A)

AAP, Civil sección 2 del 12 de mayo de 2021 (ROJ: AAP Z 827/2021 - ECLI:ES:APZ:2021:827A)

MADRID: AAP, Civil sección 14 del 22 de julio de 2022 (ROJ: AAP M 2137/2022 - ECLI:ES:APM:2022:2137A)

BARCELONA: AAP, Civil sección 17 del 22 de noviembre de 2022 (ROJ: AAP B 4772/2022 - ECLI:ES:APB:2022:4772A)

AAP, Civil sección 19 del 07 de octubre de 2022 (ROJ: AAP B 3128/2022 - ECLI:ES:APB:2022:3128A)

BURGOS AAP, Civil sección 3 del 14 de noviembre de 2022 (ROJ: AAP BU 495/2022 - ECLI:ES:APBU:2022:495A)

BADAJOS: AAP, Civil sección 3 del 06 de junio de 2022 (ROJ: AAP BA 84/2022 - ECLI:ES:APBA:2022:84A)

CADIZ: AAP, Civil sección 8 del 14 de septiembre de 2022 (ROJ: AAP CA 280/2022 - ECLI:ES:APCA:2022:280A)





JURISPRUDENCIA RECOMENDADA

► DESTACADOS LEGISLATIVOS PRIMER SEMESTRE 2023

1. Resolución de 12 de enero de 2023, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones actualizadas del sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. [Accede a texto](#)
2. Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. [Accede a texto](#)
3. Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión. [Accede a texto](#)
4. Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público. [Accede a texto](#)
5. Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales. [Accede a texto](#)
6. Ley 4/2023, de 27 de abril, del Estatuto de las personas consumidoras y usuarias. (CAPV). [Accede a texto](#)
7. Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. [Accede a texto](#)
8. Circular 1/2023, de 26 de junio, sobre la aplicación del artículo 66.1.b) de la Ley 11/2022,

de 28 de junio, General de Telecomunicaciones. Relativo al derecho a no recibir llamadas comerciales no deseadas

9. Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea. [Accede a texto](#)

► DESTACADOS RESOLUCIONES TJUE

1. STJUE de 12 de enero de 2023 (asunto C-395/21) sobre cláusulas en honorarios de abogados. [Accede a texto](#)
2. STJUE de 12 de enero de 2023, (C-396/21) sobre efectos de las medidas adoptadas durante la pandemia sobre viajes combinados. [Accede a texto](#)
3. STJUE DE 16 de febrero de 2023 sobre el cártel de camiones (C-312/21). [Accede a texto](#)
4. ATJUE de 28 de febrero de 2023 (asunto C-254/22) sobre Cláusula que prevé la aplicación de un tipo de interés calculado a partir de un índice de referencia de préstamos hipotecarios (IRPH) incrementado en un 0,50 %. [Accede a texto](#)
5. STJUE de 16 de marzo de 2023 (asunto C565/21) sobre comisión de apertura. [Accede a texto](#)
6. STJUE de 16 de marzo de 2023 (ECLI:EU:C:2023:215), asunto C351/21 respecto de la Directiva de servicios de pago, resolviendo en la cuestión prejudicial planteada que establece El artículo 47, apartado 1, letra a), de la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE, debe interpretarse en el sentido de que el proveedor de servicios de pago de un ordenante está obligado a facilitar a este los datos que permitan identificar a la persona física o jurídica que se ha beneficiado de una operación de pago cargada en la cuenta de dicho ordenante y no únicamente la información relativa a esa operación de pago de que disponga el proveedor tras haber hecho todo lo posible para su obtención.
7. STJUE de 23 de marzo de 2023 (asunto C574/21) sobre contrato de agencia. [Accede a texto](#)
8. STJUE de 27 de abril de 2023 asunto C-104/22 Acción por violación de marca: competencia de los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se hubiere cometido o pudiere cometerse.

9. STJUE de 27 de abril de 2023 asunto C705/21. Contratos de préstamo denominados en moneda extranjera: consecuencias jurídicas de la declaración de invalidez de un contrato de préstamo debido al carácter abusivo de una cláusula de dicho contrato.
10. STJUE de 4 de mayo de 2023 asunto C300/21, Derecho a indemnización por los daños y perjuicios causados por un tratamiento de datos en infracción del Reglamento (UE) 2016/679. Necesidad de la existencia de daños y perjuicios causados por la referida infracción — Indemnización por daños y perjuicios inmateriales consecuencia de tal tratamiento — Incompatibilidad de una norma nacional que supedita la indemnización por tales daños y perjuicios a la superación de un “umbral de gravedad” — Reglas de determinación de la indemnización por daños y perjuicios por los jueces nacionales.
11. STJUE de 4 de mayo de 2023 asunto C60/22, Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales.
12. STJUE de 4 de mayo de 2023 asunto C78/22 Medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales: artículo 6. Cantidad fija mínima de 40 euros en concepto de compensación por los costes de cobro en los que haya incurrido el acreedor.
13. STJUE de 4 de mayo de 2023 asunto C200/21, Procedimiento de ejecución forzosa de un contrato de préstamo con fuerza de título ejecutivo: oposición a la ejecución. Control de las cláusulas abusivas. Normativa nacional que no permite al juez que conoce de la ejecución controlar el carácter eventualmente abusivo de una cláusula más allá del plazo concedido al consumidor para formular oposición. Existencia de una acción de Derecho común imprescriptible que permite al juez que conoce del fondo del asunto ejercer tal control y ordenar la suspensión de la ejecución forzosa.
14. STJUE de 11 de mayo de 2023 (ECLI:EU:C:2023:393) en los asuntos acumulados C-156/22 a C-158/22 I, La cancelación de un vuelo por el fallecimiento imprevisto del copiloto no exime a la compañía aérea de su obligación de indemnizar a los pasajeros.
15. STJUE de 17 de mayo de 2023 (ECLI:EU:C:2023:413) resolviendo la cuestión prejudicial C97/22 sobre las consecuencias del desistimiento en un contrato formalizado fuera del establecimiento mercantil, después de que el contrato haya sido ejecutado, sin haber recibido el consumidor la preceptiva información.
16. STJUE de 08 de junio de 2023 (ROJ: PTJUE 166/2023 - ECLI:EU:C:2023:456) asunto C-570/21. Sobre interpretación del concepto de «consumidor», en una situación en la que, en el marco de un contrato de préstamo «mixto», una parte de la cantidad prestada, el 35 % de esta, fue utilizada para reembolsar un préstamo vinculado a la actividad profesional de uno de los demandantes y la otra parte de dicha cantidad, el 65 %, se destinó a fines de consumo ajenos a una actividad profesional. En esta sentencia el TJUE expone, sin ánimo exhaustivo , una serie de criterios a tomar en consideración para apreciar la naturaleza de la relación. Entre ellos refiere que el reparto del capital tomado en préstamo entre una actividad profesional y una actividad no profesional puede constituir un

criterio cuantitativo pertinente. Si bien señala que también pueden ser pertinentes criterios no cuantitativos, como la circunstancia de que, en caso de pluralidad de prestatarios, solo uno de ellos persiga, mediante el contrato de préstamo controvertido, una finalidad profesional o, en su caso, la de que el prestamista hubiere supeditado la concesión del préstamo, destinado en principio exclusivamente a fines de consumo, a que se asignara parte de la cantidad prestada al reembolso de deudas relacionadas con una actividad profesional.

17. STJUE, del 08 de junio de 2023 asunto C-49/22, Austrian Airlines (Vuelo de repatriación) (ROJ: PTJUE 170/2023 - ECLI:EU:C:2023:454)(Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de junio de 2023). Resuelve que un vuelo de repatriación organizado en el contexto de una medida de asistencia consular no constituye un transporte alternativo que el transportista aéreo encargado de operar un vuelo deba ofrecer a los pasajeros cuyo vuelo haya sido cancelado.
18. STJUE, del 15 de junio de 2023 asunto C520/21, resolviendo sobre los efectos de anulación de un contrato y la posibilidad de solicitar una compensación que exceda de los importes acordados en el contrato y del pago de intereses de demora, declarando al respecto que: *“En el contexto de la anulación en su totalidad de un contrato de préstamo hipotecario debido a que este no puede subsistir tras la supresión de unas cláusulas abusivas, los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una interpretación judicial del Derecho nacional conforme a la cual el consumidor tiene derecho a reclamar a la entidad de crédito una compensación que exceda del reembolso de las cuotas mensuales abonadas y de los gastos pagados en cumplimiento de dicho contrato, así como del pago de los intereses de demora al tipo legal desde el requerimiento, siempre que se respeten los objetivos de la Directiva 93/13 y el principio de proporcionalidad, y se oponen a una interpretación judicial del Derecho nacional conforme a la cual la entidad de crédito tiene derecho a reclamar al consumidor una compensación que exceda del reembolso del capital transferido en cumplimiento de dicho contrato, así como del pago de los intereses de demora al tipo legal desde el requerimiento»*

► DESTACADOS RESOLUCIONES TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. STC, sección 1 del 20 de febrero de 2023 (ROJ: STC 5/2023 - ECLI:ES:TC:2023:5) Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la defensa: autorización judicial para la administración del bautismo y la asistencia a asignatura religiosa acordada sin dar audiencia al menor. Voto particular.
2. STC 11/2023, Pleno de 23 de febrero (ECLI:ES:TC:2023:11) deniega el amparo promovido respecto de la atención dispensada en ingreso por parto en un hospital. Analiza los derechos a la igualdad y no discriminación, integridad física y moral, a no padecer penas o tratos inhumanos o degradantes, libertad ideológica, y a la intimidad personal y familiar: actuación hospitalaria que no privó a la paciente de su derecho a la autodeterminación personal y al consentimiento informado (STC 66/2022). Votos particulares.

3. STC 12/2023, de 6 de marzo de 2023 (ROJ: STC 12/2023 - ECLI:ES:TC:2023:12). Procesos de familia: el uso de la vivienda familiar cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad. La falta de grabación de parte del juicio y el derecho a utilizar los medios de prueba.
4. STC ECLI:ES:TC:2023:14 de 6 de marzo de 2023 Vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión: inadecuada utilización de la dirección electrónica habilitada como cauce de comunicación del primer emplazamiento procesal (STC 40/2020).
5. STC ECLI:ES:TC:2023:12 de 6 de marzo de 2023 Extinción no arbitraria ni irrazonable del derecho de uso de la vivienda familiar constituido en favor de la recurrente al alcanzar sus hijas la mayoría de edad.
6. STC 23/2023, de 27 de marzo de 2023 (ECLI:ES:TC:2023:23) ausencia de control judicial de las cláusulas abusivas que desconoce la primacía del Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Tiene voto particular. resoluciones adoptadas por un juzgado de primera instancia e instrucción de Valdemoro (Madrid) en procedimiento de ejecución hipotecaria.
7. STC 38/2023, de 20 de abril del Pleno (ECLI:ES:TC:2023:38) desestimado el recurso de amparo formulado contra la decisión, adoptada por los tribunales del orden civil, de autorizar, a instancias del Ministerio Fiscal, la administración de la vacuna frente a la infección de COVID-19 al amparo de lo dispuesto en el art. 9.6 de la Ley de Autonomía del Paciente. El recurso de amparo fue interpuesto por el hijo y tutor de la persona afectada, una mujer de avanzada edad aquejada de una demencia severa (ocasionada por el trastorno neurológico denominado “enfermedad de Alzheimer”) que le impedía prestar por sí misma consentimiento a dicha actuación sanitaria. La sentencia estima que las resoluciones judiciales impugnadas, que autorizaron la práctica de la vacunación, hicieron una ponderación correcta de los intereses de la persona con discapacidad, pues esta, por el estado evolutivo de su enfermedad, carecía de toda posibilidad de manifestar su voluntad y la vacunación reportaba, en una ponderación basada en criterios objetivos acordes al contexto concretamente enjuiciado, mayores beneficios que perjuicios desde el punto de vista de la protección de su salud individual.
8. STC 66/2023, del Pleno de 6 de junio de 2023. Cuestión de inconstitucionalidad 1938-2021. Planteada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Barcelona. *Principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y derecho a la tutela judicial efectiva: extinción por desaparición sobrevenida de su objeto de la cuestión relativa a la falta de previsión de la prejudicialidad civil como supuesto de suspensión de la ejecución.*

► DESTACADOS CUESTIONES PREJUDICIALES Y DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. ATS, Civil sección 1 del 11 de enero de 2023 (ROJ:ATS 581/2023 - ECLI:ES:TS:2023:581A). Cuestión de constitucionalidad del artículo 92.7 del Código Civil que prevé que no procede la guarda conjunta, cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos, ni tampoco cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.
2. Alicante: AAP, Civil sección 8 del 31 de enero de 2023 (ROJ: AAP A 13/2023 - ECLI:ES:APA:2023:13A) sobre exoneración del pasivo insatisfecho y crédito público.
3. A Coruña: AAP, Civil sección 4 del 09 de febrero de 2023 (ROJ: AAP C 23/2023 - ECLI:ES:APC:2023:23A). Planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad del artículo 607 de la LEC sobre límites del embargo de sueldos y pensiones, en su proyección sobre la ejecución o el aseguramiento cautelar del derecho a percibir una pensión compensatoria por desequilibrio, reconocida en sentencia de divorcio o separación a favor de uno de los cónyuges frente al otro, por ser contrario al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y al derecho fundamental a la igualdad ante la ley sin discriminación por razón de sexo (art. 14 CE).
4. Alicante: AJM A 133/2023 de 25 de abril de 2023 - ECLI:ES:JMA:2023:133^a sobre exoneración del pasivo.
5. ATS, sección 1 del 17 de mayo de 2023 (ROJ: ATS 6649/2023 - ECLI:ES:TS:2023:6649A). Plantea cuestión prejudicial, asunto C- 46/23, sobre la legitimación activa de una asociación de consumidores, para defender los intereses individuales de consumidores en relación con inversiones en productos financieros especulativos y de alto valor económico.
6. AJM nº 7 de 19 de junio de 2023 (Barcelona), planteando cuestión de inconstitucionalidad sobre la Disposición Transitoria Primera 3, 6º de la Ley 16/2022 de 5 de septiembre, en relación con el art. 489.1 5º del Texto Refundido de la Ley Concursal en la redacción dada por la Ley 16/22 de 5 de septiembre y los artículos 491 y 497 del TRLC en la redacción anterior a la Ley 16/2022, introducidos por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal.

► DESTACADOS RESOLUCIONES DEL TS EN MATERIA DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

1. STS, 958/2022, de 21 de diciembre de 2022. Sobre tres cuestiones costas, inscripciones y peticiones en las que, de forma genérica, se pide nulidad de cualesquiera otras cláusulas que según el juzgador puedan ser abusivas. En consonancia con el TJUE, la inactividad de las partes no puede ser suplida de oficio, en concreto se hace referencia a la STJUE

84/2021 de 16 de febrero. El Tribunal Supremo concluye que no es admisible que la recurrente pretenda un pronunciamiento sobre cualesquiera cláusulas abusivas del contrato, sin concretarlas, algo que tampoco hace en casación. Se acuerda la remisión de la Sentencia al Registro de Condiciones Generales de la Contratación reitera la doctrina sobre el principio de efectividad de los derechos de los consumidores en relación con la imposición las costas a la entidad demandada pese a que no sean estimadas todas las pretensiones del consumidor.

2. STS 121/2023 de 31 de enero. Se cuestiona, entre otras cosas, la legitimidad de la actora, como deudora solidaria, para la acción de reclamación de cantidad derivada de la nulidad de la cláusula de gastos. la Sala Primera indica que, aunque haya varios prestatarios, cada uno de ellos podría por sí solo interponer demanda de nulidad de cláusula de gastos hipotecarios y de restitución de los gastos indebidamente abonados.
3. STS 130/2023, de 31 de enero de 2023, STS 284/2023 - ECLI:ES:TS:2023:284 Cláusula suelo supera el control de transparencia material porque el prestatario es empleado de banca, por su profesión debía conocer su existencia y efectos económicos.
4. STS 227/2023, de 14 de febrero de 2023 STS 458/2023 - ECLI:ES:TS:2023:458. el prestatario, arquitecto técnico, no es experto en materia de préstamos hipotecarios.
5. STS 563/2023 de 22 de febrero. STS 563/2023 Sobre costas. Con referencia a los artículos 6.1 y 7.1 Directiva 93/13 y los principios de no vinculación y efectividad del Derecho de la UE, resuelve en el sentido de que, si son estimadas las acciones de nulidad por abusivas de las cláusulas impuestas, gastos e intereses moratorios en este caso, aunque no se estimaran las pretensiones restitutorias, procede la imposición de costas de la primera instancia al banco demandado. [Accede a texto](#)
6. STS 347/2023, de 6 de marzo en materia de los efectos restitutorios de cláusulas suelo. El demandante, ajustándose a la jurisprudencia de la Sala 1ª, limitó en su demanda la pretensión de restitución a las cantidades posteriores al 9/5/2013. Posteriormente solicitó la aplicación de la decisión del TJUE y la extensión de los efectos restitutorios a la fecha en que comenzó a aplicarse la cláusula suelo. El principio procesal de congruencia no puede privar al consumidor de los medios procesales que le permiten hacer valer sus derechos ni puede hacer imposible o excesivamente difícil la protección de los mismos. El hecho de que el consumidor hubiera limitado su pretensión en la demanda no debe impedir que, tras su actuación posterior, pueda obtener la completa satisfacción de sus derechos.
7. STS Pleno 1068/2023 de 28 de marzo de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1068) (Ponente Rafael D. Rafael Saraza), analizando en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria en multidivisa el control de transparencia la suficiencia del llamado “documento de primera disposición”.
8. STS, Civil sección 1 del 29 de mayo de 2023 (ROJ:STS2131/2023-ECLI:ES:TS:2023:2131). Analiza la Cláusula de Comisión de apertura tras la STJUE de 16 de marzo de 2023 y señala que no es per se abusiva sin perjuicio de que deberá comprobarse que: (i) no

pueda considerarse razonablemente que los servicios proporcionados como contrapartida se prestan en el ámbito de la gestión del préstamo o (ii) que el importe sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo. Y es necesario el examen caso por caso, conforme a los parámetros establecidos por el TJUE para determinar su licitud en función de la prueba practicada. En este litigio considera el TS que la cláusula que impuso el pago de la comisión de apertura fue transparente y no abusiva al cumplir con las exigencia y parámetros establecidos por el TJUE, además, en la escritura pública consta que la entidad financiera había entregado a los acreditados un ejemplar de las tarifas de comisiones y el notario dio fe de que las condiciones financieras de la oferta vinculante eran coincidentes con las del documento público.

► DESTACADOS RESOLUCIONES TS MATERIA REVOLVING

1. STS, Civil sección 991 del 15 de febrero de 2023 (ROJ: STS 462/2023 - ECLI:ES:TS:2023:462). [Accede a texto](#)
2. STS, a 15 de febrero de 2023 - ROJ: STS 442/2023. [Accede a texto](#)
3. STS, Civil sección 1 del 28 de febrero de 2023 (ROJ: STS 786/2023 - ECLI:ES:TS:2023:786). [Accede a texto](#)
4. STS 1.000/2023, de 20 de junio estima el recurso extraordinario por infracción procesal de un prestatario, por vulneración de la tutela judicial efectiva en la denegación de pronunciamiento sobre el carácter usurario del contrato de tarjeta revolving y la no incorporación y abusividad de las cláusulas del contrato porque la demandada no formuló reconvencción.

► DESTACADOS RESOLUCIONES DEL TS EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

1. STS, Civil sección 1 del 10 de enero de 2023 (ROJ: STS 3/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3) Derecho de asociación. Partidos políticos. Impugnación de acuerdos. La impugnación de un documento no impide por sí sola que el tribunal le otorgue eficacia probatoria cuando el dato que se trate de demostrar resulte de otras pruebas y la credibilidad del documento se pondere en atención a todas las circunstancias del caso.
2. STS, Civil sección 1 del 11 de enero de 2023 (ROJ: STS 2/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2) Precisa que los derechos al honor, intimidad personal y propia imagen son derechos autónomos, con contenido propio y específico y espacios de protección distintos
3. STS 249/2023, de 14 de febrero (Sentencia rec. 2936-2022-anonimizada, versa sobre la protección del derecho a la intimidad y a la propia imagen de una menor a raíz de la publicación de imágenes con autorización solo de la madre. [Accede al texto](#)

4. STS, Civilsección 1 del 13 de febrero de 2023 (ROJ:STS350/2023-ECLI:ES:TS:2023:350) Actos de comunidad de propietarios que impiden el acceso a elementos comunes a copropietarios que no practiquen nudismo. Inexistencia de estatutos aprobados.
5. STS, Civilsección 1 del 22 de febrero de 2023 (ROJ:STS670/2023-ECLI:ES:TS:2023:670) doctrina sobre el reportaje neutral.
6. STS 809/2023, de 26 de mayo, establece que la cesión de los datos de una persona física a entidades de recobro con la única finalidad de que puedan gestionar la reclamación de una deuda no constituye una intromisión ilegítima en el honor de la persona afectada, salvo que, las gestiones que realicen vayan acompañadas de circunstancias lesivas para su dignidad al desplegarse actuaciones o hacer uso de medios que la lastimen menoscabando o perjudicando su honor.

► **DESTACADOS RESOLUCIONES DEL TS EN MATERIA DE FAMILIA Y DISCAPACIDAD**

1. STS 816/2023 de 3 de febrero ECLI:ES:TS:2023:816. Sobre un testamento otorgado por persona incapacitada judicialmente para disponer de sus bienes en que interviene un solo especialista en salud mental y no de dos como exigía el 665 CC antes de la reforma operada por la Ley 8/2021. Se interesaba la nulidad del testamento por no cumplirse las formalidades legales, y se resuelve, conforme a la reciente jurisprudencia flexibilizadora de las solemnidades del testamento, de tal manera que acreditada la capacidad mental de la testadora, la falta de un segundo facultativo no puede determinar la nulidad formal del testamento, y sin que lo anterior implique una aplicación retroactiva de la Ley 8/2021 a sucesiones abiertas antes de su entrada en vigor.
2. STS, Civilsección 1 del 21 de febrero de 2023 (ROJ:STS809/2023-ECLI:ES:TS:2023:809) relativo a la oposición a las medidas de protección de menor en situación de desamparo. SE expone el criterio de flexibilidad procedimental, la excepción a la preclusión de alegaciones y aportación de nuevas pruebas. Mantiene la vigencia del principio del interés superior del menor. SE decide no retorno a su familia biológica.
3. STS de 28 de febrero de 2023 ECLI:ES:TS:2023:565 Sobre un supuesto en que los cónyuges adquieren su vivienda por mitades indivisas antes del matrimonio, realizando el pago inicial con dinero propio de una de ellas. La Sala resuelve que estamos ante un crédito de uno de los cónyuges frente al otro por la mitad del dinero propio empleado. No puede presumirse, el ánimo de liberalidad.
4. STS, Civilsección 1 del 13 de marzo de 2023 (ROJ:STS879/2023-ECLI:ES:TS:2023:879) Sobre Pactos prematrimoniales y su eficacia. Según el TS los pactos en previsión de una crisis matrimonial son plenamente admisibles como negocios de familia siempre que se cumplan los requisitos de los contratos, respeten la Constitución y el resto del

ordenamiento no siendo contrarios al orden público de tal manera que los pactos no pueden romper la igualdad jurídica en la posición de los esposos, dando lugar a situaciones de sumisión en lo personal o en lo patrimonial, ni excluir la libertad personal de permanecer o poner fin a la relación matrimonial (art. 32 CE), ni ser contrarios al interés de los hijos menores (art. 39 CE). Tampoco pueden contravenir norma imperativas, como la renuncia a alimentos futuros, cuando procedan.

5. STS, Civilsección 1 del 21 de marzo de 2023 (ROJ: STS 954/2023-ECLI:ES:TS:2023:954). Discapacidad. Curatela. Nulidad de contrato celebrado sin asistencia del curador. Alcance de la obligación de restituir derivada de la declaración de nulidad del contrato. Derecho anterior a la reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.
6. STS 526/2023, de 18 de abril (ROJ: STS 1569/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1569) analiza la posición del cónyuge titular del uso de la vivienda atribuido en juicio matrimonial conforme al art. 96 CC en el proceso de ejecución hipotecaria. STS Sentencia 556/2023 de 19 Abr. 2023, Rec. 2358/2019 Improcedencia de la desheredación de la hija por la existencia de maltrato de obra por falta de relación con su padre. Falta de prueba de que el distanciamiento y la falta de relación fueran imputables a la legitimaria y que además hayan causado un menoscabo físico o psíquico al testador con entidad como para poder reconducirlos a la causa legal del «maltrato de obra» prevista en el art. 853.2.ª CC.
7. STS, Civilsección 1 del 18 de abril de 2023 (ROJ: STS 1570/2023-ECLI:ES:TS:2023:1570) Procedimiento de modificación de medidas definitivas. Se incurrió en incongruencia extra petita, ya que se decidió el proceso en base a fundamentos distintos de los articulados en la demanda.
8. STS, Civilsección 1 del 29 de mayo de 2023 (ROJ: STS 2400/2023-ECLI:ES:TS:2023:2400) Liquidación del régimen económico matrimonial. Formación de inventario. Bienes adquiridos y deudas contraídas después de la firma de un convenio privado de separación suscrito por los esposos el 1 de diciembre de 1997 hasta la firmeza de la sentencia de divorcio, dictada el 13 de junio de 2018.

► **DESTACADOS RESOLUCIONES DEL TS EN MATERIA DE SEGUROS Y CIRCULACIÓN VEHÍCULOS A MOTOR**

1. STS 911/2022, de 14 de diciembre. Cobertura de responsabilidad civil de los seguros de hogar, los daños causados por animales domésticos, la acción directa del perjudicado, la carga de la prueba de la cobertura y la inmunidad de las excepciones personales de la aseguradora contra el asegurado.
2. STS del Pleno de la Sala de lo Civil 129/2023, de 31 de enero, sobre la fecha del siniestro en los seguros de incapacidad absoluta. Se aplica la excepción que permite considerar como fecha del siniestro la del diagnóstico de la enfermedad. La cláusula de

la póliza que fijaba la fecha del siniestro en el momento que determinara el organismo competente es limitativa de los derechos del asegurado, por lo que, al no reunir los requisitos del art. 3 LCS (no aparece resaltada en la póliza ni consta aceptada expresamente), resulta inoponible. Al tratarse de un seguro vinculado a un préstamo hipotecario en el que el primer beneficiario designado era el banco prestamista, se establece que con cargo a la suma asegurada deberá entregarse en primer lugar a la entidad bancaria el saldo pendiente de amortización del préstamo y el remanente, si lo hubiera, al asegurado.

3. STS, PLENO Civil del 01 de marzo de 2023 (ROJ: STS 671/2023 - ECLI:ES:TS:2023:671) Interés asegurado como presupuesto del contrato. distinción con el riesgo objeto de cobertura. falta de sometimiento a cuestionario. bienes inmuebles por incorporación y destino.
4. STS 1435/2023 de 11 de abril de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1435) os familiares de una persona fallecida en accidente están legitimados para reclamar los gastos de defensa jurídica cubiertos por el seguro de la víctima.
5. STS, Civilsección 1 del 20 de abril de 2023 (ROJ: STS 1544/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1544). Cobertura del seguro de hogar por daños imprudentes a terceros que fueron objeto de condena penal. En esta resolución, por una parte se reitera la jurisprudencia sobre el efecto de cosa juzgada que producen las sentencias penales condenatorias en un proceso civil posterior. Y por otra parte define qué se ha de entender por “vida privada” para concluir que se trata de la responsabilidad por actos realizados en la vida privada como aquella referida a los daños producidos por actos de la vida cotidiana y excluyente de la responsabilidad civil profesional o empresarial. Además, equipara la mala fe al dolo, en la acepción más amplia que incluye también el dolo civil, y ha de existir una relación o nexo de causalidad entre la actuación dolosa del asegurado y el siniestro. Por último analiza los supuestos en que hubo una doble actividad delictiva y la inasegurabilidad del dolo que no sería oponible al tercero perjudicado.

► **DESTACADOS RESOLUCIONES DEL TS EN MATERIA DE ARRENDAMIENTOS, POSESIÓN Y PROPIEDAD HORIZONTAL**

1. STS, Civil sección 1 del 09 de enero de 2023 (ROJ: STS 4/2023 - ECLI:ES:TS:2023:4). Resolución de contrato de arrendamiento por falta de pago de cantidad asimilada a la renta y reclamación de cantidad. Tasa de basuras pactada.
2. STS, Civil sección 1 del 16 de enero de 2023 (ROJ: STS 43/2023 - ECLI:ES:TS:2023:43). Arrendamiento de finca urbana para uso distinto del de vivienda. Acción resolutoria de contrato por impago de rentas y reclamación de estas. Falta de acreditación de los requisitos legales para beneficiarse de la moratoria establecida por el RDL 15/2020.
3. STS, Civil sección 1 del 16 de enero de 2023 (ROJ: STS 44/2023 - ECLI:ES:TS:2023:44). Tutela sumaria de la posesión. Configuración. Acción de la comunidad de propietarios

contra el propietario que ocupa y hace obras en elementos comunes. Inadecuación del procedimiento. como regla, la posibilidad de ejercicio de acciones posesorias entre coposeedores siempre que alguno de ellos se haya irrogado con carácter exclusivo la posesión de todo o parte del bien sin autorización de los demás partícipes o de cualquier otro modo haya faltado a lo convenido entre ellos sobre tal extremo, doctrina que resulta especialmente aplicable a los supuestos de conflicto surgido entre coposeedores en el régimen de propiedad horizontal, que pueden optar por acudir la tutela sumaria de la posesión. La doctrina se completa con la que establece que cuando la agresión a la posesión ajena sea una construcción u obra nueva, no queda a disposición del perjudicado la elección de la clase de acción que debe ser ejercitada, sino que la procedente es la que establece el art. 250.1 5º LEC, solicitando su suspensión provisional.

4. STS, Civilsección 1 del 09 de febrero de 2023 (ROJ: STS331/2023-ECLI:ES:TS:2023:331). Desahucio por precario. Uso del inmueble conferido a un tercero solo por la copropietaria de la mitad indivisa. Legitimación activa de los restantes copropietarios para promover el desahucio. Actuación en beneficio de la comunidad.
5. STS 419/2023 de 28 Mar. 2023, Rec. 1992/2019 Acción declarativa de dominio e inexistencia de interrupción de la usucapión por la pendencia de un proceso penal contra la poseedora finalmente absuelta.
6. STS 1250/2023 29 de marzo de 2023 (ROJ: STS 1250/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1250), sobre reclamación de indemnización por daños y perjuicios producidos a consecuencia de la instalación de un ascensor que afecta a las luces y vistas de la vivienda de la actora.
7. STS 1304/2023 de 11 de abril de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1304) Resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio y reclamación de rentas: aplicación de la moratoria legal establecida en el RDL 1/2020, derivado de la crisis sanitaria del COVID-19. STS, Civilsección 1 del 18 de abril de 2023 (ROJ: STS 1569/2023-ECLI:ES:TS:2023:1569).
8. STS, del 21 de junio de 2023 (ROJ: STS 2896/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2896) Naturaleza sumaria del desahucio por falta de pago. Acumulación objetiva de acciones. Interpretación del art. 440.3 LEC al ejercitarse acumuladamente la acción de desahucio y la de reclamación de cantidad. Naturaleza plenaria del procedimiento.

► DESTACADOS RESOLUCIONES DEL TS EN MATERIA MERCANTIL

1. STS, Civil sección 1 del 11 de enero de 2023 (ROJ: STS 33/2023 - ECLI:ES:TS:2023:33). Impugnación de acuerdos sociales relativos al destino de las ganancias obtenidas a reservas. Acuerdo adoptado de manera abusiva por la mayoría. La decisión judicial de repartir el 75% del beneficio a dividendos no suplanta la voluntad de los socios.
2. STS, Civil sección 1 del 10 de enero de 2023 (ROJ: STS 32/2023 - ECLI:ES:TS:2023:32).

Impugnación de acuerdos sociales, en ejecución de un acuerdo de refinanciación homologado judicialmente. Acuerdos impuestos por la mayoría en perjuicio de la minoría. Interpretación del art 204.1 LSC: requisitos para su aplicación. No concurren.

3. STS, Civilsección 1 del 07 de febrero de 2023 (ROJ: STS817/2023-ECLI:ES:TS:2023:817). Caducidad de marca por falta de uso. Legitimación activa para instar la caducidad.
4. STS de 14 de junio de 2023 (15 sentencias) sobre el cártel de los camiones. Abordan cuatro cuestiones sustanciales. Como son: a) el alcance de la decisión de la comisión europea de 19 de julio de 2016, que sancionó a ciertos fabricantes y declaró que los acuerdos colusorios tuvieron por objeto la fijación de precios e incrementos de precios brutos en el Espacio Económico Europeo (EEE) y no simplemente un intercambio de información; b) la presunción de la acreditación del daño atendiendo a la duración (14 años), extensión geográfica (todo el Espacio Económico Europeo), cuota de mercado (aproximadamente un 90%) y objeto del acuerdo colusorio, además indica que el hecho de que existieran descuentos en la comercialización de los camiones no impide alcanzar tal conclusión; c) cuantificación del daño conforme al art. 1902 del Código Civil y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y considera correcta la estimación del daño (sobreprecio) en el porcentaje del 5% del precio de adquisición del camión mientras no se pruebe que la cuantía del daño es superior o inferior a esta estimación; y d) devengo de intereses, considera que procede el pago de intereses de la indemnización desde el momento en que se produjo el daño. Por último da respuesta a cuestiones como la prescripción de la acción y la legitimación pasiva. Sentencias 923/2023, 924/2023, 925/2023, 926/2023, 927/2023 y 928/2023, de 12 de junio; Sentencias 939/2023, 940/2023, 941/2023 y 942/2023, de 13 de junio; Sentencias 946/2023, 947/2023, 948/2023, 949/2023 y 950/2023, de 14 de junio.

► DESTACADOS RESOLUCIONES DEL TS VARIOS

1. STS 948/2022, de 20 de diciembre en materia de intereses moratorios cuando existe diferencia entre lo reclamado y lo concedido. Reitera la doctrina ya conocida: no se atiende a la coincidencia matemática entre lo pedido y lo concedido, sino a otra sustancial, de manera que, una diferencia no desproporcionada entre lo que se solicita y obtiene, no impide la condena al pago de intereses. Debe atenderse, a la certeza de la obligación aunque se desconociera su cuantía, o pese a que la declaración de condena no coincida exactamente con la cantidad exigida inicialmente.
2. STS 60/2023, de 23 de enero (ROJ: STS 283/2023) aplica la doctrina del riesgo como criterio de imputación en los daños procedentes de accidentes de circulación y repasa los criterios aplicables a la culpa exclusiva de la víctima como causa de exoneración de la responsabilidad.
3. STS, Civilsección 1 del 16 de marzo de 2023 (ROJ: STS930/2023-ECLI:ES:TS:2023:930) Juicio declarativo en que se solicita la nulidad de ejecución hipotecaria por existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo. Posibilidad de la ejecutada de haber insta-

do el incidente excepcional de oposición. Finca adjudicada a un tercero.

4. La STS 386/2023, de 21 de marzo . Sobre traslado de copias a todas las partes personadas. Sí constaba realizado el traslado parcial de copias a la parte realmente portadora de interés jurídico en la decisión del proceso. Se aplica el principio de proporcionalidad y conforme con la doctrina del TC sobre la prevención de “incurrir en los excesos de un criterio antiformalista, que conduzca a prescindir de los requisitos establecidos por las leyes procesales”, que no implica que “quepa elevar cualquier defecto procesal a la condición de óbice impeditivo del pronunciamiento sobre el fondo del litigio, sin valorar, de forma individualizada, las concretas circunstancias concurrentes, con la finalidad de posibilitar la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva mediante un juicio ponderativo de proporcionalidad”.
5. STS 1636/2023 de 10 de abril de 2023- ECLI:ES:TS:2023:1636 Ley 57/1968: aportaciones a una cooperativa de viviendas: comienzo del devengo del interés legal. Improcedencia de apreciar retraso desleal en la interposición de la demanda (Ponente D. Francisco Marín Castán).
6. STS 533/2023, de 18 de abril, (ROJ: STS 1547/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1547) litigio sobre un préstamo multidivisa en que se analiza la prueba de interrogatorio del demandado.
7. STS, Civilsección 1 del 18 de abril de 2023 (ROJ: STS 1570/2023-ECLI:ES:TS:2023:1570) Procedimiento de modificación de medidas definitivas. Se incurrió en incongruencia extra petita, ya que se decidió el proceso en base a fundamentos distintos de los articulados en la demanda.
8. STS, de 21 de abril de 2023 (ROJ: STS 1719/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1719). Analiza la preclusión de alegaciones del art. 400 y la cosa juzgada del artículo 222 de la LEC , reitera lo dicho en la STS 376/2023 de 16 de marzo y resuelve en los apartados 3 y 4 del fundamento de derecho tercero *123/2017 de 24 de febrero*”.
9. STS 1702/2023 de 25 de abril de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1702) Condena a una entidad bancaria a pagar 413.000 euros por beneficiarse de forma indebida de una transferencia que se realizó por error.
10. STS, Civil sección 1 del 24 de mayo de 2023 (ROJ: STS 2376/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2376) para decidir sobre la colación de las donaciones hechas a los cónyuges, y concluye que no procede la colación por la viuda de lo donado por el causante, aunque sí deberán computarse a efectos del cálculo de la legítima (art. 818 CC) para apreciar si son o no inoficiosas.