



**UNIVERSIDAD A DISTANCIA DE MADRID**  
Facultad de Ciencias Jurídicas

# **EL USO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS Y LA FALTA DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN BANCARIA**

Tesis Doctoral presentada por:  
Ruperto Guerra Bermúdez

Dirigida por  
Dra. Maria Medina Alcoz

Madrid, Junio 2019

# ÍNDICE

|                    |      |
|--------------------|------|
| ABREVIATURAS ..... | XVII |
| INTRODUCCIÓN ..... | XXI  |

## CAPÍTULO PRIMERO

### EL CONSUMIDOR EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN BANCARIA

|   |           |
|---|-----------|
| <b>I. APROXIMACIÓN AL DERECHO DE CONSUMO .....</b>  | <b>1</b>  |
| 1. Consideraciones preliminares.....  | 1         |
| 2. El concepto de consumidor en el Derecho español .....  | 4         |
| 3. El concepto de consumidor en el Derecho europeo .....  | 8         |
| 4. El concepto de empresario .....  | 13        |
| 5. La protección al consumidor dispensada por el legislador europeo.....                              | 13        |
| <b>II. LA VALIDEZ DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.....</b>                            | <b>38</b> |
| 1. Consideraciones preliminares.....  | 38        |
| 2. Las prestaciones esenciales del contrato .....   | 40        |
| 3. Método de control de las condiciones generales .....   | 43        |
| 3.1. El control de incorporación.....   | 44        |
| A. Accesibilidad y cognoscibilidad.....   | 45        |
| B. Redacción.....   | 46        |
| 3.2. El control de contenido: cláusulas abusivas.....   | 46        |
| 4. La racionalización de las condiciones generales de la contratación .....                           | 48        |
| 5. La tutela ante la utilización de condiciones generales de la contratación .....                    | 50        |
| 5.1. La protección de los consumidores a título individual .....                                      | 53        |
| 5.2. Los procesos colectivos en el ámbito del Derecho de consumo .....                                | 54        |
| A. Efectos de un litigio colectivo en los principios tradicionales del proceso civil .....            | 55        |
| B. Elementos imprescindibles para garantizar los principios del proceso civil.....                    | 56        |
| 6. La aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación a los contratos bancarios..... | 57        |

|   |           |
|---|-----------|
| <b>III. EL CONSUMIDOR EN EL ÁMBITO DE LA NORMATIVA BANCARIA .....</b>           | <b>58</b> |
| 1. Consideraciones preliminares.....  | 58        |
| 2. La protección del cliente de las entidades de crédito.....                   | 63        |
| 2.1. Antecedentes de la Orden EHA/2899/2011 .....                               | 64        |
| 2.2. Objeto de la Orden EHA/2899/2011.....                                      | 66        |
| A. Información precontractual y oferta vinculante.....                          | 66        |
| B. Tipos de interés.....  | 67        |
| C. Documento contractual y acto de otorgamiento.....                            | 68        |
| 3. El Derecho Bancario y su naturaleza mixta de Derecho público y privado ..... | 68        |
| 4. La protección del consumidor dispensada por el TJUE .....                    | 72        |
| <b>IV. LAS FUENTES DE LA CONTRATACIÓN BANCARIA Y LA POLÍTICA TUITIVA .....</b>  | <b>77</b> |
| 1. Consideraciones preliminares.....  | 77        |
| 2. Las fuentes formales de ámbito europeo.....                                  | 77        |
| 3. Las fuentes formales de ámbito español.....                                  | 78        |
| 3.1. La Constitución Española.....  | 79        |
| 3.2. La Ley .....   | 80        |
| 3.3. Disposiciones relativas a la contratación con consumidores.....            | 81        |
| 3.4. Las fuentes de Derecho mercantil.....                                      | 83        |
| 3.5. Los estatutos de los bancos como fuente de Derecho bancario .....          | 87        |
| 3.6. La heterogeneidad de las fuentes del Derecho bancario .....                | 91        |

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **LOS CONTRATOS BANCARIOS**

|  |           |
|--|-----------|
| <b>I. APROXIMACIÓN A LOS CONTRATOS BANCARIOS .....</b> | <b>95</b> |
| 1. Consideraciones preliminares.....                   | 95        |
| 2. Concepto de contrato bancario .....                 | 101       |
| 2.1. Ámbito subjetivo en los contratos bancarios ..... | 104       |
| 2.2. Ámbito objetivo en los contratos bancarios .....  | 105       |

|   |            |
|---|------------|
| A. El dinero como objeto material del contrato bancario.....                              | 106        |
| B. El crédito como objeto inmaterial del contrato bancario .....                          | 108        |
| C. Los instrumentos financieros .....   | 110        |
| <b>II. CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTRATOS BANCARIOS .....</b>                               | <b>111</b> |
| 1. Consideraciones preliminares.....  | 111        |
| 2. Los elementos esenciales de los contratos bancarios .....                              | 114        |
| 2.1. El consentimiento .....  | 116        |
| 2.2. El objeto.....   | 128        |
| 2.3. La causa .....   | 132        |
| 3. La forma en los contratos bancarios .....  | 135        |
| 3.1. La utilidad de la forma en el ámbito de la contratación bancaria.....                | 136        |
| 3.2. La clasificación de la forma .....   | 138        |
| A. La forma ad solemnitatem en los contratos.....   | 139        |
| B. La forma ad probationem en los contratos .....   | 142        |
| 3.3. La forma en los contratos electrónicos.....  | 150        |
| 4. Los contratos bancarios: ¿consensuales o reales? .....                                 | 153        |
| 5. Las respuestas de los contratos bancarios ante circunstancias sobrevenidas .....       | 155        |
| 6. La legislación aplicable en el ámbito de los intereses.....                            | 158        |
| 6.1. La naturaleza de los intereses remuneratorios y moratorios.....                      | 160        |
| 6.2. El pacto de anatocismo en contratos con consumidores .....                           | 166        |
| 6.3. El control judicial de las cláusulas con intereses remuneratorios y moratorios ..... | 171        |
| 7. Los contratos bancarios nominados pero atípicos .....                                  | 173        |
| 8. El carácter intuitu personae de los contratos bancarios en sentido amplio.....         | 175        |
| 9. La presencia de garantías en los contratos bancarios .....                             | 179        |
| 10. El tracto sucesivo en la contratación bancaria .....                                  | 181        |
| 11. Los contratos bancarios como contratos de adhesión .....                              | 185        |
| 12. Las condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios.....          | 191        |
| <b>III. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS BANCARIOS .....</b>                                | <b>195</b> |
| 1. Consideraciones preliminares.....  | 195        |
| 2. Clasificación de los contratos atendiendo a su significado crediticio .....            | 195        |

|   |     |
|---|-----|
| 2.1. Los contratos bancarios pasivos .....  | 196 |
| A. El depósito de dinero.....   | 197 |
| a. La pignoración de los saldos de los depósitos bancarios de dinero .....        | 200 |
| b. Depósitos bancarios de dinero vinculados al precio de acciones cotizadas ..... | 202 |
| B. Las cuentas de ahorro.....   | 203 |
| 2.2. Los contratos de activo .....  | 204 |
| A. El préstamo bancario .....   | 207 |
| B. La apertura de crédito .....   | 212 |
| 2.3. Los contratos bancarios neutros .....  | 215 |
| A. Los contratos sobre instrumentos financieros .....                             | 215 |
| B. Los contratos sobre emisiones y ofertas públicas de venta de valores.....      | 217 |
| C. La negociación de valores negociables e instrumentos financieros.....          | 220 |
| D. Custodia y administración de valores e instrumentos negociables .....          | 222 |
| E. Los contratos de gestión de carteras de inversión .....                        | 225 |
| F. Los contratos de depósito de instituciones de inversión colectiva.....         | 226 |
| G. Los contratos de alquiler de cajas de seguridad.....                           | 227 |
| H. Los contratos de cuenta corriente bancaria .....                               | 230 |
| 2.4. Los contratos parabancarios .....  | 232 |
| A. Las operaciones circunscritas en el ámbito de los seguros .....                | 233 |
| B. Las operaciones en el ámbito de los planes y fondos de pensiones.....          | 238 |
| C. Nuevas modalidades contractuales .....   | 239 |

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **TRANSPARENCIA Y ABUSIVIDAD EN LA CONTRATACION BANCARIA**

|  |            |
|--|------------|
| <b>I. CONTRATOS BANCARIOS CELEBRADOS CON CONSUMIDORES .....</b>                    | <b>241</b> |
| 1. Consideraciones preliminares.....   | 241        |
| 2. La razón de ser de la normativa bancaria .....                                  | 244        |
| 3. El consumidor en el ámbito del Derecho Bancario.....                            | 245        |
| <b>II. LA TRANSPARENCIA EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS .....</b>        | <b>246</b> |
| 1. Consideraciones preliminares.....   | 246        |
| 2. La finalidad de la Orden EHA/2899/2011 .....                                    | 251        |
| 3. El control de transparencia e interpretación en función de la literalidad ..... | 252        |

|  |            |
|--|------------|
| 4. El contexto interpretativo.....   | 258        |
| 5. La caracterización, alcance y concreción del control de transparencia.....                              | 259        |
| 5.1. Las pymes y el control de transparencia .....   | 260        |
| 5.2. La trascendencia del principio de buena fe .....  | 267        |
| 5.3. El control de transparencia y la comprensión.....   | 273        |
| 5.4. El control preventivo de los notarios .....   | 275        |
| 6. El control de transparencia y la ineficacia contractual.....  | 279        |
| 6.1. La información precontractual que debe facilitarse a la clientela bancaria .....                      | 280        |
| 6.2. La ineficacia de las cláusulas abusivas no negociadas individualmente.....                            | 282        |
| 7. La integración contractual .....  | 284        |
| 8. La transparencia en los productos financieros complejos.....  | 287        |
| 8.1. La obligación de información.....   | 290        |
| 8.2. La clasificación de clientes.....   | 293        |
| 8.3. La clasificación de los servicios .....   | 295        |
| A. La ejecución de órdenes .....   | 295        |
| B. La relación de asesoramiento .....  | 297        |
| C. La inobservancia de las obligaciones de conducta e información.....                                     | 301        |
| 8.4. El alcance de MIFID II desde el punto de vista del inversor .....                                     | 305        |
| 9. La nueva Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario.....                                   | 307        |
| <b>III. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACIÓN BANCARIA .....</b>                                       | <b>309</b> |
| 1. Consideraciones preliminares.....   | 309        |
| 2. La cuestión prejudicial como medio de crear jurisprudencia.....   | 315        |
| 3. Lista de cláusulas abusivas en la contratación con consumidores .....                                   | 318        |
| 4. La declaración de nulidad de una cláusula abusiva .....   | 325        |
| 5. La mediación como herramienta para resolver conflictos en el ámbito de la<br>contratación bancaria..... | 327        |
| 6. Acuerdos transaccionales en el ámbito de la contratación bancaria con<br>consumidores.....              | 329        |

## CAPÍTULO CUARTO

### LA LITIGIOSIDAD EN LA CONTRATACIÓN BANCARIA

|   |            |
|---|------------|
| 1. Misión.....  | 335        |
| 2. Visión .....   | 335        |
| <b>I. LA CLÁUSULA DE IMPOSICIÓN DE GASTOS A LA PARTE PRESTATARIA .....</b>        | <b>337</b> |
| 1. Consideraciones preliminares.....  | 337        |
| 2. La redacción de la cláusula de imposición de gastos .....                      | 345        |
| 3. Las consecuencias de la aplicación de la cláusula .....                        | 350        |
| 4. La inseguridad jurídica en torno a los gastos de la hipoteca.....              | 351        |
| <b>II. LA CLÁUSULA LIMITADORA DE LOS TIPOS DE INTERÉS.....</b>                    | <b>355</b> |
| 1. Consideraciones preliminares.....  | 355        |
| 2. La redacción de la cláusula suelo .....  | 361        |
| 3. Las consecuencias de la aplicación de la cláusula suelo.....                   | 364        |
| 4. La inseguridad jurídica en torno a las cláusulas suelo.....                    | 366        |
| 4.1. La irretroactividad de la cláusula suelo .....                               | 367        |
| 4.2. La retroactividad de la cláusula suelo .....                                 | 371        |
| <b>III. LA CLÁUSULA MULTIDIVISA.....</b>  | <b>378</b> |
| 1. Consideraciones preliminares.....  | 378        |
| 2. La redacción de la cláusula multidivisa .....                                  | 389        |
| 3. Las consecuencias de la aplicación de la cláusula multidivisa .....            | 391        |
| 4. La inseguridad jurídica en torno a la cláusula multidivisa .....               | 392        |
| <b>IV. LA COMISIÓN DE APERTURA.....</b>   | <b>395</b> |
| 1. Consideraciones preliminares.....  | 395        |
| 2. La redacción de la cláusula de comisión de apertura .....                      | 405        |
| 3. Las consecuencias de la aplicación de la cláusula de comisión de apertura..... | 406        |
| 4. La inseguridad jurídica en torno a la cláusula de comisión de apertura.....    | 408        |

|  |            |
|--|------------|
| <b>V. LA CLÁUSULA CON INTERESES DE DEMORA .....</b>  | <b>411</b> |
| 1. Consideraciones preliminares.....   | 411        |
| 2. La redacción de la cláusula de intereses de demora excesivos .....  | 419        |
| 3. Las consecuencias de la aplicación de la cláusula de intereses de demora<br>excesivos .....                           | 422        |
| 4. La inseguridad jurídica de la cláusula de intereses de demora excesivos .....   | 424        |
| <b>VI. LA CLÁUSULA IRPH .....</b>  | <b>429</b> |
| 1. Consideraciones preliminares.....   | 429        |
| 2. La redacción de la cláusula IRPH .....  | 434        |
| 3. Las consecuencias de la aplicación de la cláusula IRPH.....   | 436        |
| 4. La inseguridad jurídica en torno a la cláusula IRPH .....   | 438        |
| <b>VII. LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO .....</b>  | <b>443</b> |
| 1. Consideraciones preliminares.....   | 443        |
| 2. La redacción de la cláusula de vencimiento anticipado .....   | 447        |
| 3. Las consecuencias de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado.....                                      | 449        |
| 4. La inseguridad jurídica en torno a la cláusula de vencimiento anticipado.....   | 450        |
| <b>VIII. LA RENUNCIA AL BENEFICIO DE ORDEN, EXCUSIÓN Y DIVISIÓN .....</b>  | <b>459</b> |
| 1. Consideraciones preliminares.....   | 459        |
| 2. La redacción de la cláusula de renuncia a los beneficios de orden, excusión<br>y división .....                       | 465        |
| 3. Las consecuencias de la aplicación de la cláusula de renuncia a los beneficios de<br>orden, excusión y división ..... | 467        |
| 4. La inseguridad jurídica de la renuncia al beneficio de orden, división y excusión.....                                | 468        |
| <b>IX. LOS SWAPS HIPOTECARIOS.....</b>   | <b>473</b> |
| 1. Consideraciones preliminares.....   | 473        |
| 2. Los riesgos asociados a la contratación de swaps .....  | 476        |
| 3. La contratación de swaps por parte de consumidores.....   | 479        |
| 4. La inseguridad jurídica en torno a los swaps hipotecarios .....   | 482        |

|   |            |
|---|------------|
| <b>X. LA CESIÓN DE CRÉDITOS .....</b>                             | <b>486</b> |
| 1. Consideraciones preliminares.....                              | 486        |
| 2. La redacción de la cláusula.....                               | 491        |
| 3. Las consecuencias de la abusividad de la cláusula.....         | 492        |
| 4. La inseguridad jurídica en torno a la cesión del crédito ..... | 497        |
| <b>CONCLUSIONES .....</b>   | <b>501</b> |
| <b>ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS .....</b>                     | <b>511</b> |
| <b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>  | <b>523</b> |
| <b>PÁGINAS WEB DE REFERENCIA .....</b>                            | <b>569</b> |