

EL CONTROL DE TRANSPARENCIA BANCARIO: UNA APLICACIÓN ACTUAL DEL PRINCIPIO *IN AMBIGUIS CONTRA STIPULATOREM* EN LAS CLAUSULAS PREDISPUUESTAS¹

Eva María Polo Arévalo

Universidad Miguel Hernández de Elche

El derecho romano se ocupó frecuentemente de las reglas que debían aplicarse a los contratos cuando se percibía oscuridad en las palabras de los contratantes, ya que ello podía afectar directamente a la correcta formación de la voluntad negocial, si bien cuando no existía ambigüedad no cabía admitir, como se establece en D. 32.25.1 (Paul. 1 *ad Ner.*), duda alguna respecto de la voluntad de las partes². Para la aplicación de las reglas creadas para interpretar los contratos, por tanto, sería la constatación de existencia de ambigüedad en la literalidad de su clausulado. Las normas reguladoras de la interpretación de los contratos, que tenderían progresivamente a proteger especialmente la buena fe contractual, ofreciendo, al final, una tutela incondicional a la parte que se encontraba en la posición considerada más débil de la relación. Esta preocupación por la claridad y transparencia de los contratos se concretó en la regla denominada *contra stipulationem* o *contra proferentem*, cuyo desarrollo posterior lo constituirá el principio de interpretación que ordenaba que, en caso de duda en cuanto a lo pactado, se decidiera siempre a favor del obligado³.

¹ El presente trabajo ha sido publicado corregido y ampliado en el número 15 de la *Revista Internacional de Derecho Romano*, Octubre 2015, pp. 186 y ss.

² D. 32.25.1 (Paul. 1 *ad Ner.*): *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*. Vid. a este respecto M.D. FLORIA HIDALGO, *De Rebus dubiis*, en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 1996, nums. X-XI, pp. 131 y ss. y S. TAFARO, *Il giurista e l'“ambiguità”*. *Ambigere, ambiguitas, Ambiguus*, Bari, 1996.

³ H.E. TROJE, *Ambiguitas contra stipulatorem*, en *SDHI*, 1961, XXVII, pp. 93 y ss.; A. WACKE, *Ambiguitas contra stipulatorem*, en *JA*, 1991, pp. 666 y ss.; C. KRAMPE, *Die Ambiguitas Regel: interpretatio contra stipulatorem, venditorem, locatorem*, en *ZSS*, 1983, CI, pp. 185 y ss.; H. HONSELL, *Ambiguitas contra stipulatorem*, en *Iuris Professio. Festgabe für Kaser z. 80 Geburtstag*, Wien-Köln-Graz, 1986, pp. 73-88 y H. HONSELL, *Römisches Recht*, Springer-Lehrbuch, 1988 (reimp. 2015), pp. 26 y ss.; R. KNÜ-

La búsqueda del *id quos actum est*, tal y como aparece en las fuentes, será la principal referencia en orden a resolver las posibles dudas existentes en un contrato y ello, a nuestro entender, no constituirá un criterio interpretativo propiamente dicho sino que consistirá en una labor previa de indagación acerca de cuál fue en realidad la voluntad negocial de las partes, sobre todo en los consensuales en los que el acuerdo de las partes determina la generación de las obligaciones para cada una de ellas y el error imposibilita el nacimiento del contrato al estar viciada la voluntad negocial⁴. Así se expresan los juristas, entre otros, Ulpiano cuando menciona en D. 50.17.34 (Ulp. 45 *ad Sab.*) que en los contratos siempre hay que atenerse a lo pactado – *quod actum est* – salvo *que non pareat quid actum est*⁵, Pomponio en D. 18.1.33 (Pomp. 33 *ad Sab.*), cuando, refiriéndose a una compraventa, afirma que *primum spectari oportet, quid acti sit*⁶ o Papiniano en D. 50.16.219 (Pap. 2 *resp.*), en el que expresa claramente que en las convenciones se debe atender principalmente a la voluntad de las partes⁷.

La indagación acerca de la voluntad negocial, por tanto, se presenta así como una fase preliminar que, una vez desvelada, servirá de instrumento para la resolución de las dudas que pudieran surgir en la aplicación del contrato. Y esta referencia al *id quos actum est*, a nuestro juicio, se presenta en las fuentes como la necesidad de tomar en cuenta las actuaciones externas que hubieran llevado a cabo las partes para desvelar lo que en realidad quisieron estipular. Los actos anteriores, coetáneos o posteriores al contrato servirán para después interpretar el contrato, servirán de orientación para desvelar aquello que en realidad quisieron estipular, como se pone de manifiesto en textos como D. 34.5.21(22) (Paul. 14 *ad Plaut.*), en el que se afirma que *ubi est verborum ambiguitas, valet quod acti est*⁸; en D. 18.1.80.2 (Lab. 5 *post. a Iav. epit.*), en el

TEL, *Sobre la interpretación de la estipulación*, en *Derecho civil y romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, Ciudad de México, 2006, pp. 195 y ss.

⁴ D. 50.17.116.2 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Non videntur qui errant consentire. Vid.* a este respecto, N. RAMPAZZO, *Consenso parziale e conformità del regolamento negoziale alle volontà delle parti nel diritto romano classico*, en *RIDA*, 2008, LV, pp. 395 y ss.

⁵ D. 50.17.34 (Ulp. 45 *ad Sab.*): *Semper in stipulationibus et in ceteris contractibus id sequimur, quod actum est [...]*.

⁶ D. 18.1.33 (Pomp. 33 *ad Sab.*): *Cum in lege venditionis ita sit scriptum: 'flumina stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint', nec additur, quae flumina vel stillicidia, primum spectari oportet, quid acti sit [...]*.

⁷ D. 50.16.219 (Pap. 2 *resp.*): *In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit [...]*. *Vid.* también a este respecto, D. 18.1.80.2 (Lab. 5 *post. a Iav. epit.*): *Silva caedua in quinquennium venierat: quaerebatur, cum glans decidisset, utrius esset. scio Servium respondisse, primum sequendum esse quod appareret actum esse: quod si in obscuro esset, quaecumque glans ex his arboribus quae caesae non essent cecidisset, venditoris esse, eam autem, quae in arboribus fuisset eo tempore cum haec caederentur, emptoris*; D. 45.1.80 (Ulp. 74 *ad ed.*): *Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto sit*; D. 50.17.96 (Marcian. 12 *fidei.*): *In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est eius, qui eas protulisset y, a sensu contrario, D. 50.17.92 (Scaev. 5 resp.): Si librarius in transcribendis stipulationis verbis errasset, nihil nocere, quo minus et reus et fideiussor teneretur.*

⁸ D. 34.5.21(22) (Paul. 14 *ad Plaut.*): *Ubi est verborum ambiguitas, valet quod acti est, veluti cum Stichum stipuler et sint plures Stichii, vel hominem, vel Carthagini, cum sint duae Carthagines. Semper in dubiis id agendum est, ut quam tutissimo loco res sit bona fide contracta, nisi cum aperte contra leges scriptum est.*

que se hace referencia a *quod apparet actum esse*, debiendo adoptarse una decisión objetiva sólo *quodsi in obscuro esset*⁹, o en D. 45.1.99 pr. (Cels. 38 dig.), en el que, a propósito de un supuesto en el que existe ambigüedad se atiende a los actos de los contratantes para establecer el sentido de las mismas¹⁰. Así, fase preliminar en caso de que aparezcan dudas en un contrato será la reconstrucción de la voluntad negocial de las partes y sólo en caso de que ésta no se pueda desvelar – ambigüedad u oscuridad – será cuando entren en juego los criterios interpretativos que las fuentes establecen de forma complementaria entre sí y que se aplicarán al margen de la voluntad de las partes, la cual ha sido imposible averiguar. Los criterios interpretativos, por tanto, ya no tratarán de desvelar que fue lo que en realidad quisieron las partes, sino que se centrarán en la aplicación de algunas reglas objetivas para solventar las dudas que han surgido en torno a alguna cláusula oscura o ambigua.

La reconstrucción de la voluntad negocial de las partes, sin embargo, puede mostrarse imposible de averiguar una vez analizados los actos anteriores, coetáneos y posteriores a la celebración del contrato, siendo irresoluble en este sentido la ambigüedad u oscuridad del mismo¹¹. Las reglas o criterios de interpretación que aparecen en las fuentes para despejar las dudas existentes en un contrato tendrán, no sólo una aplicación subsidiaria, sino también objetiva, sin atender por tanto al criterio de la voluntad de las partes, que se muestra imposible de averiguar. Para este supuesto, las fuentes ofrecen algunos criterios objetivos de interpretación, desligados ya de la voluntad negocial que se muestra imposible de averiguar, de aplicación complementaria entre sí, sin atender a ninguna jerarquía entre ellos¹². Entre los criterios de inter-

⁹ D. 18.1.80.2 (Lab. 5 post. a Iav. epit.): *Silva caedua in quinquennium venierat: quaerebatur, cum glans decidisset, utrius esset. scio Servium respondisse, primum sequendum esse quod apparet actum esse: quod si in obscuro esset, quaecumque glans ex his arboribus quae caesae non essent cecidisset, venditoris esse, eam autem, quae in arboribus fuisset eo tempore cum haec caederentur, emptoris.*

¹⁰ D. 45.1.99 pr. (Cels. 38 dig.): *Quidquid adstringendae obligationis est, id nisi palam verbis exprimitur, omissum intellegendum est: ac fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit verba late concipere. nec rursus promissor ferendus est, si eius intererit de certis potius vasis forte aut hominibus actum.*

¹¹ Las fuentes hacen referencia indistintamente a la ambigüedad y oscuridad de las palabras para aplicar las reglas de interpretación en cada caso concreto, si bien parece que en realidad ambas expresiones no serían sinónimas puesto que la primera se emplearía en los supuestos de pluralidad de significados de una misma palabra mientras que la segunda podría referirse a términos a los que no se le podría encontrar sentido alguno. En cualquier caso, Paulo define lo que debe entenderse por ambiguo en D. 34.5.3 (Paul. 14 quaest.): *In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id dumtaxat quod volumus: itaque qui aliud dicit quam vult, neque id dicit quod vox significat, quia non vult neque id quod vult, quia id non loquitur.* Para un análisis acerca del significado de ambiguitas y obscuritas, vid. A. CLEMENTE FERNANDEZ, *Algunas observaciones en torno a D.18.1.21 en perspectiva histórica*, en RIDROM, Octubre 2009, III, pp. 49 y ss. y *Bases romanas comunes a la regla sobre interpretación de los contratos “contra proferentem” en la armonización internacional*, en *Revista General de Derecho Romano, Iustel*, Diciembre 2009, XIII.

¹² Vid. D. 18.1.33 (Pomp. 33 ad Sab.), en el que se establece que debe atenderse en primer lugar a lo que se ha tratado y solo en caso de oscuridad, se procederá a aplicar otros criterios interpretativos: D. 18.1.33 (Pomp. 33 ad Sab.): *Cum in lege venditionis ita sit scriptum: ‘flumina stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint’, nec additur, quae flumina vel stillicidia, primum spectari oportet [...].*

pretación que aparecen en los textos, encontramos el de atender a la costumbre del lugar en D. 50.17.34 (Ulp. 45 *ad Sab.*) – *quod in regione in qua actum est frequentatur* –; también en D. 50.17.67 (Iul. 87 *dig.*), el de aplicar aquello que se suele hacer en el lugar de ejecución del contrato¹³; o, en D. 50.17.114 (Paul. 9 *ad ed.*), el criterio lógico jurídico, para interpretar lo que sea más verosímil – *quod verisimilius est aut quod plerumque fieri solet* –¹⁴. Sin embargo, el criterio que aparece en las fuentes de forma más recurrente es el que ha venido denominándose *contra stipulationem* o *contra proferentem*¹⁵, que los juristas romanos no formularon en general sino referido primero a la *stipulatio* y, posteriormente, a la compraventa y al arrendamiento; consiste esta regla en ordenar que, en caso de oscuridad o ambigüedad en el contenido de estos contratos, la interpretación deberá perjudicar siempre al promitente, vendedor y arrendador¹⁶:

D. 34.5.26(27) (Cels. 26 *dig.*): *Cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est.*

D. 45.1.38.18 (Ulp. 49 *ad Sab.*): *In stipulationibus cum quaeritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt.*

D. 50.17.172(132) pr. (Paul. 5 *ad Plaut.*): *In contrahenda venditione ambiguum pactum contra venditorem interpretandum est.*

¹³ D. 50.17.67 (Iul. 87 *dig.*): *Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipitur, quae rei gerendae aptior est.*

¹⁴ D. 50.17.34 (Ulp. 45 *ad Sab.*): [...] *aut, si non pareat quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione in qua actum est frequentatur [...]*; D. 50.17.114 (Paul. 9 *ad ed.*): *In obscuris inspicere solere, quod verisimilius est aut quod plerumque fieri solet.* Vid también D. 50.17.67 (Iul. 87 *dig.*): *Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipitur, quae rei gerendae aptior est.*

¹⁵ Vid., entre otros autores, F. STELLA-MARANCA, *Intorno alla regola interpretatio contra stipulatorem*, en *Annali Bari*, 1929-1930, pp. 20 y ss.; H.E. TROJE, *Ambiguitas contra stipulatorem*, cit., pp. 93 y ss.; G. GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano, 1966; A. WACKE, *Ambiguitas contra stipulatorem*, cit., pp. 666 y ss.; C. KRAMPE, *Die Ambiguitas Regel: interpretatio contra stipulatorem, venditorem, locatorem*, cit., pp. 185 y ss.; H. HONSELL, *Ambiguitas contra stipulatorem*, cit., pp. 73 y ss.; S. TAFARO, *Il giurista e l'“ambiguità”. Ambigere, ambiguitas, Ambiguus*, cit., pp. 15 y ss.; C. KRAMPE, *Die Celsinische Auslegungsregel “ambiguitas contra stipulatorem est*, en *A l'Europe du troisième millénaire: mélanges offerts à Giuseppe Gandolfi: à l'occasion du dixième anniversaire de la fondation de l'Académie*, II, 2004, pp. 875 y ss. (= *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'antiquité. Atti della 51ª Sessione della SIHDA*, Catanzaro, 1999, pp. 389 y ss.); J.M. RODRÍGUEZ OLMOS, *Contexto y construcción de la regla interpretación contra proferentem en la tradición romanista. Aspectos histórico-comparativos de las Naciones Unidas Principio de Interpretación contractual*, en *Revista de Derecho Privado*, 2008, XIV, pp. 69 y ss.

¹⁶ Vid. en torno al origen de la regla G. GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, cit., p. 401 y H.E. TROJE, *Ambiguitas contra stipulatorem*, cit., p. 181; H. HONSELL, *Ambiguitas contra stipulatorem*, cit., pp. 76 y ss. y R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta, 1990 (reimp. 2006), p. 640.

D. 18.1.33 (Pomp. 33 *ad Sab.*): *Cum in lege venditionis ita sit scriptum: 'flumina stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint', nec additur, quae flumina vel stillicidia, primum spectari oportet, quid acti sit: si non id appareat, tunc id accipitur quod venditori nocet: ambigua enim oratio est.*

D. 45.1.99 pr. (Cels. 38 *dig.*): *Quidquid adstringendae obligationis est, id nisi palam verbis exprimitur, omissum intellegendum est: ac fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit verba late concipere. nec rursus promissor ferendus est, si eius intererit de certis potius vasis forte aut hominibus actum.*

La doctrina romanística se muestra unánime en admitir que la regla de interpretación se aplicaba plenamente en la época de la *stipulatio*, pero muestran opiniones divergentes respecto de su vigencia en el derecho clásico, ya que, para algunos autores la decadencia del formalismo y la flexibilidad en la búsqueda del *id quod actum est*, devendría en que la regla, sin llegar a desaparecer, dejaría de aplicarse en la práctica¹⁷, mientras que para otros, en realidad lo que ocurre es que en esta etapa adquiere una nueva dimensión puesto que se había superado el rígido formalismo de la anterior; ahora cobraría relevancia como criterio de interpretación, que se aplicaría de forma subsidiaria, en los contratos de compraventa y arrendamiento, bajo la fórmula *ambiguitas contra venditorem* y *contra locatorem*¹⁸.

Lo cierto es que los juristas romanos establecieron la regla interpretativa, no de forma genérica, sino ligada a cada contrato en particular y que, tanto su formulación originaria – *ambiguitas contra stipulatioem* –, como la posterior que se formula como extensión de la anterior y está referida a la compraventa y arrendamiento, encuentran su motivación en un idéntico fundamento: que la ambigüedad perjudique siempre a la parte que hubiera tenido en su poder la fijación de las condiciones o cláusulas de la contratación¹⁹. En efecto, en la *stipulatio*, era el promitente al que se le imponía la

¹⁷ Para H.E. TROJE, *Ambiguitas contra stipulatioem*, cit., pp. 163 y ss., el declive del formalismo en la época clásica supone que, si bien la regla no desapareciera, su aplicación fuera prácticamente simbólica, perdiendo completamente su importancia práctica; así, sólo habría tenido aplicación en la época correspondiente a la compraventa preconsensual porque en ella el vendedor unilateralmente determinaba las condiciones del contrato. Vid también en este sentido, H. HONSELL, *Ambiguitas contra stipulatioem*, cit., pp. 76 y ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., p. 640 y H. HONSELL, *Römisches Recht*, cit., pp. 26 y ss.

¹⁸ G. GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, cit., pp. 396 y ss., entiende que es precisamente el carácter subsidiario del principio *ambiguitas contra stipulatioem* lo que habría consolidado su aplicación en el derecho clásico a las figuras de la compraventa y el arrendamiento. También M. DOBBERTIN, *Zur Auslegung der Stipulation im Klassischen Römischen Recht*, Zürich, 1984, p. 95, entiende que la falta de jerarquía de criterios interpretativos de los contratos en el derecho romano permitía que la aplicación de la regla como criterio subsidiario, si bien esta afirmación debe realizarse teniendo en cuenta la especialidad casuística de la jurisprudencia romana.

¹⁹ G. GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, cit., pp. 396 y ss. En contra, H. HONSELL, *Ambiguitas contra stipulatioem*, cit., pp. 85 y ss. En contra, A. CLEMENTE FERNANDEZ, *Algunas observaciones en torno a D.18.1.21 en perspectiva histórica*, cit., pp. 59 y 60.

obligación de responder a una pregunta preestablecida por el estipulante, establecida por éste y en la que se concentraba todas las condiciones del negocio que se iba a celebrar, de tal forma que aquél no podía realizar ningún cambio en la estructura formal de la pregunta²⁰; por ello, la oscuridad de un pacto debía perjudicar inexorablemente a aquél en cuya potestad estuvo expresar las palabras con más claridad. Igualmente, también en la compraventa y arrendamiento de la época republicana, la formación de la voluntad negociadora se llevaba a cabo a través de la fijación por parte del vendedor o arrendador de las denominadas *leges venditionis* o *leges locationis*, por lo que la regla en su formulación a *ambiguitas contra venditorem* y *contra locatorem* tenía plena vigencia con el mismo fundamento que en la *stipulatio*²¹:

D. 18.1.21 (Paul. 5 *ad Sab.*): *Labeo scripsit obscuritatem pacti nocere potius debere venditori qui id dixerit quam emptori, quia potuit re integra apertius dicere.*

D. 2.14.39 (Pap. 5 *quaest.*): *Veteribus placet pactionem obscuram vel ambiguam venditori et qui locavit nocere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere.*

Con posterioridad, en derecho clásico, la regla *contra proferentem* cambiará su fundamento originario para convertirse, como afirma Gandolfi, en un principio de interpretación que favorecerá a la parte considerada más débil en el contrato, por aplicación de nociones como *benignitas* y *humanitas*²²:

D. 34.5.10.1 (Ulp. 6 *disp.*): *Plane si ita libertatem acceperit ancilla: 'si primum marem pepererit, libera esto' et haec uno utero marem et feminam peperisset: si quidem certum est, quid prius edidisset, non debet decet de ipsius statu ambigi, utrum libera esset nec ne, sed nec filiae: nam si postea edita est, erit ingenua. sin autem hoc incertum est nec potest nec per suptilitatem iudiciale manifestari, in ambiguis rebus humaniorem sententiam sequi oportet, ut tam ipsa libertatem consequatur quam filia eius ingenuitatem, quasi per praesumptionem priore masculo edito.*

²⁰ En la *stipulatio* el formalismo característico de la época obligaba a que fuera obligatoria la presencia de ambas partes y que se diera el denominado *unitas actus* en el que el promitente se limitaba a responder de forma afirmativa a la pregunta formulada por el estipulante, asumiendo así todas las condiciones establecidas por éste y sin que pudiera negociar el contenido de la misma. H. HONSELL, *Ambiguitas contra stipulatorem*, cit., pp. 76 y ss. y R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., p. 640.

²¹ H.E. TROJE, *Ambiguitas contra stipulatorem*, cit., pp. 163 y ss.

²² La influencia del helenismo y la eliminación de las formalidades de la *stipulatio* (C. 8.37.10) ocasiona que los juristas recurran al criterio *del quod minus*, según el cual, como se afirma en D. 50.17.9 (Ulp. 15 *ad Sab.*) y D. 50.17.9 (Ulp. 15 *ad Sab.*), *semper in obscuris, quod minimum est sequimur*. Vid. R. KNÜTEL, *Sobre la interpretación de la estipulación*, cit., p. 227 y G. GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, cit., p. 407. También se aplicará el criterio de la *benignitas*, como figura en D. 50.17.56 (Gai. 3 *de leg. ad ed. urb.*), por el cual, *semper in dubiis benigniora praeferenda sunt*. Vid. A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001, p. 349; F. SCHULZ, *Principles of roman law*, Oxford, 1936, p. 210; H. HONSELL, *Ambiguitas contra stipulatorem*, cit., p. 78 y V. SCIALOJA, *Negozi giuridici. Corso di diritto romano nella Università di Roma, 1892-1893*, (3ª reimp., Foro italiano, 1933), p. 841.

D. 50.17.20 (Pomp. 7 *ad Sab.*): *Quotiens dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit.*

D. 50.17.179 (Paul. 16 *ad Plaut.*): *In obscura voluntate manumittentis favendum est libertati.*

D. 50.17.56 (Gai. 3 *de leg. ad ed. urb.*): *Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt.*

D. 50.17.85 (Paul. 6 *quaest.*): *In ambiguis pro dotibus respondere melius est.*

La evolución del derecho romano, por tanto, muestra la conversión del principio *in ambiguitas contra stipulatorem* – creado inicialmente para sancionar a la parte que había favorecido la ambigüedad – en una regla de interpretación que se aplica para beneficiar a la parte que en el contrato ocupaba a priori una posición de inferioridad.

Así, el presupuesto de existencia de ambigüedad u oscuridad en el contrato queda diluido con posterioridad para atender al beneficio del comprador o arrendatario, por aplicación de criterios como la *benignitas*, *humanitas* y buena fe contractual. Se hacía recaer, por tanto, sobre vendedor y arrendador la obligación de establecer el contenido de las cláusulas de una forma clara – D. 2.14.39 (Pap. 5 *quaest.*) y D. 18.1.21 (Paul. 5 *ad Sab.*) – ya que, en caso contrario, se interpretaría de forma desfavorable a ellos. Se produce, pues, una variación en el fundamento que sirvió en origen a la regla para convertirse en una medida de protección a la parte considerada en una posición contractualmente inferior.

La regla formulada en los textos romanos bajo la expresión *in ambiguis contra stipulatorem* se rescatará durante el siglo XX, resurgiendo con fuerza para contrarrestar los abusos que se produjeron con el surgimiento de los contratos de adhesión, en los que la determinación unilateral de las obligaciones contractuales por uno sólo de los contratantes ocasionaba que la otra parte se limitara a otorgar su consentimiento a la totalidad del clausulado, sin que pudiera negociar nada al respecto. Verán la luz diversas leyes dictadas para proteger a los consumidores o usuarios, en las que queda establecido como principio básico de las mismas que, en caso de oscuridad o ambigüedad de los contratos, la interpretación se lleve a cabo siempre a favor de los intereses del consumidor o usuario, al ocupar una posición inferior en la relación contractual, como se verá a continuación.

Las normas para la interpretación de los contratos se recogen en nuestro Código civil en el Capítulo IV del Título II, artículos 1281 a 1289²³; en ellos se regula

²³ Artículo 1281: *Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas; Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.* Artículo 1282: *Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato.* Artículo 1283: *Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse com-*

un conjunto de reglas interpretativas, que si bien son complementarias entre sí, la jurisprudencia ha establecido que el criterio literal ostenta un carácter prioritario y preferencial. Así, si de los términos de un contrato aparece claramente expresada la voluntad de las partes, en ningún caso podrán entrar en juego las restantes reglas de interpretación, que se encuentran subordinadas a aquella²⁴. Será por tanto la falta de claridad la que abra paso al resto de normas interpretativas, entre las que se encuentra la regla *contra proferentem*, que se recoge en el artículo 1288 con su formulación inicial del derecho romano: *la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiera ocasionado la oscuridad*²⁵.

El canon hermenéutico *contra proferentem*, inspirado en la buena fe y en la responsabilidad de claridad que pesa sobre el declarante, aplicado como sanción a la parte que hubiera ocasionado la oscuridad, comienza a tener un auge especial con el surgimiento de los contratos de adhesión, donde cobrará el sentido adicional ad-

prendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar. Artículo 1284: Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto. Artículo 1285: Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas. Artículo 1286: Las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato. Artículo 1287: El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse. Artículo 1288: La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiere ocasionado la oscuridad. Artículo 1289: Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses. Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo.

²⁴ En este sentido se ha pronunciado con reiteración el Tribunal Supremo, al afirmar que los artículos 1281 a 1289 del Código civil no contienen meras reglas lógicas o de buen sentido, puestas a disposición del intérprete para que libremente se sirva o no de ellas en la búsqueda de la llamada voluntad contractual, sino verdaderas normas jurídicas de las que, necesariamente, debe hacer uso en su actividad interpretativa y en la que tiene aplicación preferente el criterio de interpretación literal. Así, cuando la literalidad del contrato no ofrece lugar a dudas sobre la intención de las partes, deberá estarse al sentido literal de sus cláusulas y, en caso de percibirse una falta de claridad o contradicción entre la voluntad que expresa el tenor literal de las citadas cláusulas y lo realmente querido por las partes, deberá aplicarse la regla del párrafo segundo del mismo artículo 1281 C.c. en aras a que prevalezca la intención verdadera de los contratantes. Para ello, se ofrecen criterios como el finalista de conservación del negocio o *favor negotii* establecida en el artículo 1284, el de interpretación sistemática del artículo 1285, el uso o costumbre del artículo 1287 o el principio *quod minus* recogido en el artículo 1289. *Vid.*, entre otras muchas, las SSTs de fechas de 29 de enero de 2010, 10 de marzo de 2010, 7 de junio de 2010, 1 de octubre de 2010, 27 de junio de 2011, 29 de febrero de 2012, 26 de marzo de 2012, 4 de abril de 2012, y 15 de noviembre de 2012.

²⁵ Según precisa la SSTs de fecha 27 de septiembre de 1996, el artículo 1288 del Código civil «no entra en juego cuando una cláusula contractual ha de ser interpretada, sino [...] una vez utilizados los criterios legales hermenéuticos y, por supuesto y primordialmente, las reglas de la lógica».

quirido posteriormente en el ordenamiento romano, de protección de la confianza que deposita el destinatario de la declaración contractual en el que efectúa la declaración²⁶. En efecto, esta forma especial de contratación “en masa” choca frontalmente con la tradicional contratación por negociación, caracterizándose por estar dirigida a un número indeterminado, pero siempre muy amplio de posibles contratantes, lo que impide que se puedan realizar negociaciones individuales del clausulado, que vendrá preestablecido por el empresario como condiciones generales para su aplicación genérica a todas las personas que suscriban ese contrato.

Las ventajas que para los empresarios ofrecen los contratos de adhesión tiene como contrapartida el debilitamiento de la posición de los usuarios o consumidores, que ven reducida su intervención a la mera aceptación del clausulado fijado previamente por aquellos. Esta situación provocó en su día la necesidad de crear una legislación especial tendente principalmente a proteger a los consumidores, y en la que se rescatará el criterio interpretativo *contra proferentem*, teniendo ahora un papel protagonista, no con su fundamentación romana inicial – como sí había sucedido en el Código civil – sino con la posterior, esto es, favorecer a la parte más débil en la contratación, que evidentemente será el consumidor.

Así, ven la luz dos leyes, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC) y 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 (LGDCU), que en su articulado recogerán el principio de la interpretación de los contratos a favor del cliente, usuario o consumidor, siempre que exista ambigüedad parcial o total del contrato, sea imposible conocer la voluntad de las partes y el contrato haya sido redactado de forma unilateral por el empresario y sin intervención del consumidor o usuario²⁷.

Las dos normativas dictadas, no obstante, siendo conscientes de la insuficiencia del principio de interpretación *contra stipulatorem*, establecen en su articulado una serie de controles previos y posteriores a la celebración del contrato y que responderán a la exigencia de transparencia en las operaciones comerciales. De esta forma, el artículo 5 de la LCGC establece que *la redacción de la cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez*, añadiendo el

²⁶ J.M. RODRÍGUEZ OLMOS, *Contexto y construcción de la regla interpretación contra proferentem en la Tradición romanista. Aspectos histórico-comparativos de las Naciones Unidas Principio de Interpretación contractual*, cit., pp. 69 y ss.

²⁷ La regla de interpretación *contra proferentem* se ha aplicado con reiteración por la jurisprudencia del Tribunal Supremo a contratos de adhesión como los de seguro y está relacionada con la especial protección que confieren a los consumidores preceptos como el artículo 10.2 LCU (actual artículo 80.2, del Texto Refundido) en que expresamente se ordena que *en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor*. SSTs 21 de abril de 1998, 10 de enero de 2006, 5 de marzo de 2007 y 20 de julio de 2011.

artículo 7 que no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales *que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato y las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles*. Igualmente, en la LGDCU se exige el establecimiento de un doble control en la transparencia, imponiendo al empresario, como control previo, la obligación de facilitar toda aquella información necesaria que se requiera previamente a la firma del contrato²⁸ y, como exigencia posterior, en el momento de la firma del contrato, la *concreción, claridad y sencillez* en la redacción de las cláusulas, de forma que el consumidor pueda tener *conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido*, para garantizar *buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas*²⁹. Así, la garantía de transparencia en las operaciones comerciales venía dada por la fuerte protección que la legislación estaba otorgando a los consumidores, estableciendo la normativa de forma exhaustiva y cada vez más minuciosa un sistema de garantías para que la información de las cláusulas preestablecidas en este tipo de contratos llegara de forma efectiva al cliente, de modo que éste pudiera comprender el contenido de las condiciones; así, la voluntad contractual puede formarse correctamente, evitando que se incurra en error en cuanto a las obligaciones contraídas.

La protección de los consumidores en estos años adquirió una importancia específica en el ámbito contractual financiero, donde encontramos también la preocupación por establecer garantías y controles de transparencia, ya que en este sector los consumidores se encuentran en una posición más debilitada en relación con las entidades crediticias. Así, al amparo de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las Entidades de Crédito, que, en su artículo 48.2, permitió que el Ministerio de Economía y Hacienda estableciera normas para garantizar el control de transparencia en las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes, se dictó la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios³⁰. Esta Orden exigirá un procedimiento

²⁸ El artículo 60 dispone que *antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo*.

²⁹ El artículo 80 establece respecto de las cláusulas no negociadas individualmente, que deben reunir los requisitos de *concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual, así como accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido* y por último *buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas*.

³⁰ El Ministerio de Hacienda ya había hecho uso de la potestad reglamentaria concedida en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, en 1989, a través de la Orden de 12 de diciembre, sobre

exhaustivo, anterior a la formalización del contrato de préstamo, para asegurar que el cliente quedara informado de forma eficiente de todas las condiciones establecidas en el mismo. Así, se preceptúa que las cláusulas se suscribirán *con el adecuado conocimiento y con total información*, regulando los trámites para asegurar la transparencia en la información y garantizar que la voluntad del consumidor se forme libremente en la constitución de las hipotecas que garantizaban la devolución de los préstamos correspondientes. Además, se exige la entrega de un folleto informativo a la que sigue una oferta vinculante que debe incluir determinadas condiciones financieras, que se posibilite también el examen de la escritura pública por el prestatario durante tres días anteriores al otorgamiento y la obligación del notario de informar a las partes y que debe advertir sobre cláusulas referidas a la variación del tipo de interés³¹. Se trata así de que el prestatario quede informado de forma eficiente para que la voluntad de éste no pueda quedar viciada por desconocimiento de las obligaciones que va a contraer, sobre todo en lo relativo al pacto de la variabilidad de intereses. No obstante, el control de transparencia no queda en este momento previo a la formalización del contrato, sino que se exige en la Orden que éste se redacte de forma clara, concreta y comprensible³².

tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito dictado otra anterior, desarrollada por la Circular 8/1990 del Banco de España.

³¹ En cuanto al control a posteriori, podemos citar también la Directiva 93/13, que establece en su apartado 20 que *los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas*, añadiendo el artículo 5 que *en los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible*.

³² La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que la existencia de una regulación sectorial de la contratación bancaria no excluye el carácter de condiciones generales de la contratación de las cláusulas que integran los contratos bancarios celebrados con consumidores, cuestión que ha sido abordada en la reciente sentencia de fecha 29 de abril de 2015, que sigue el criterio de las anteriores de fechas 9 de mayo de 2013 y 2 de marzo de 2011, donde se declara que «la finalidad tuitiva que procura al consumidor la Orden de 5 de mayo de 1994 en el ámbito de las funciones específicas competencia del Banco de España, en modo alguno supone la exclusión de la Ley 7/98 [Ley de Condiciones Generales de la Contratación] a esta suerte de contratos de consumidores, como ley general». Así lo dispone el artículo 2.2 de la propia OM, según el cual «lo establecido en la presente Orden se entenderá con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como en las demás Leyes que resulten de aplicación». Sería, afirma la expresada STS 75/2011, de 2 de marzo, «una paradoja que esa función protectora que se dispensa a los consumidores, quedara limitada a una Orden Ministerial y se dejara sin aplicación la LCGC para aquellas condiciones generales que no están reguladas por normas imperativas o que reguladas han sido trasladadas de una forma indebida al consumidor». En el ámbito nacional la exposición de motivos de la LCGC advierte que del ámbito objetivo de aplicación de la norma se excluyen ciertos contratos, de tal forma que “[t]ampoco se extiende la Ley – siguiendo el criterio de la Directiva – a aquellos contratos en los que las condiciones generales ya vengán determinadas [...] por una disposición legal o administrativa de carácter general y de aplicación obligatoria para los contratantes. Conforme al criterio del considerando décimo de la Directiva, todos estos supuestos de exclusión deben entenderse referidos no sólo al ámbito de las condiciones

El principio de interpretación *contra proferentem*, sin embargo, se ha revelado insuficiente a raíz de la problemática específica que se ha generado con los contratos que las entidades bancarias suscribieron con sus clientes durante los años previos a la crisis económica. Así, ha sido necesario la adopción de medidas concretas a través de una legislación protectora de los clientes para garantizar la transparencia en los contratos firmados por ellos, cobrando también en este ámbito una dimensión relevante el principio de interpretación de tradición romanística *contra proferentem*.

Las lamentables consecuencias que para los clientes de los bancos ha tenido la crisis económica iniciada en el año 2008 han puesto de manifiesto que, en este ámbito, se necesitaba otorgar una atención especial que debía ir más allá de la defensa general de los consumidores³³. Por ello, se ha creado una normativa especial que además los Tribunales vienen aplicando, de conformidad con el criterio de interpretación *contra proferentem*, siempre a favor de los clientes, habiéndose declarado la nulidad de algunas cláusulas de préstamos hipotecarios por no haber cumplido la entidad bancaria con el deber de información eficaz³⁴. No se trata únicamente, por tanto, de que la información de las cláusulas preestablecidas en los contratos bancarios sea redactado de forma clara, sin ambigüedades ni oscuridad, sino que las obligaciones contraídas puedan ser comprendidas por los clientes para que la voluntad contractual se llegue a formar correctamente.

Ya con las crisis económica, por tanto, continúa desarrollándose la normativa sobre transparencia y así la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, que extiende el régimen de transparencia a otros intermediarios financieros diferentes de las entidades de crédito. Por otro lado, la ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, dedicada a este servicio bancario específico así como también las Ordenes EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago y EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos

generales, sino también al de cláusulas abusivas regulados en la Ley 26/1984, que ahora se modifica”, pero cuando no se trata de contratos excluidos no dispone que determinadas condiciones dejen de serlo por razón de su contenido.

³³ C. BALLUGERA GÓMEZ, *Prácticas abusivas, información, integración contractual y regla “contra proferentem”*, en *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2007, XIV, pp. 17 y ss.; A. FILIPPINI, E. BERRETA, *Acerca de la interpretación de los contratos bancarios, hoy*, en *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*, 2012, XI, pp. 31 y ss.

³⁴ J. ROCA GUILLAMÓN, *La función de la regla interpretación contra proferentem en los modernos textos legislativos de protección de los consumidores (notas a los arts. 10.2 LGDCU y 6.2 LCGC, TR RDL 1/2007 de 29 de noviembre)*, en F.J. GÓMEZ GÁLLIGO (coord.), *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, I, Cizur Menor, 2008, pp. 1013 y ss.

bancarios, continúan en la línea de exigencia de transparencia en las operaciones financieras. Destaca a este respecto la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, que impuso una serie de obligaciones a las entidades de crédito tendentes a que los préstamos fueran concedidos a clientes solventes, concediendo un plazo de seis meses al Ministerio de Economía y Hacienda para aprobar normas que garantizaran la protección de los clientes en las relaciones con las entidades de crédito. Para cumplir la disposición citada, se dictó la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y la protección del cliente de servicios bancarios³⁵.

En la Orden se hace alusión de manera reiterada al deber de información que pesa sobre las entidades de crédito respecto de sus clientes en cualquier comunicación que realicen referente a sus servicios, añadiendo que la información deberá ser facilitada de forma clara y sencilla (comisiones, tipos de interés, etc.)³⁶. Por lo que aquí interesa, en materia contractual, las entidades de crédito deben salvaguardar la transparencia tanto en el momento anterior al contrato como en el propio contrato. Así, el artículo 6 obliga a *facilitar de forma gratuita* toda la información *legalmente exigible para adoptar una decisión informada sobre un servicio bancario y comparar ofertas similares*, añadiendo a continuación que la información deberá ser *clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa*. El deber de información de la entidad crediticia para con el cliente tiende de forma clara a que éste pueda formar su voluntad negocial de forma correcta para que evitar que pueda incurrir en un posible error que lleve a la nulidad del contrato. A este control previo, se añade la información que la entidad debe proporcionar en el momento de la firma del contrato, previendo el artículo 7, la entrega de un *ejemplar del documento contractual en que se formalice el servicio recibido*, debiendo además conservar ese documento a fin de que puedan facilitar una copia en cualquier momento en que el cliente la solicite³⁷.

³⁵ Vid. a este respecto, M. ORDAS ALONSO, *La difícil interpretación de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios, tras la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y la protección del cliente de servicios bancarios*, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, I, *Estudios y Consultas*, 2013, V, pp. 44 y ss.

³⁶ El artículo 5, referente a la publicidad de los servicios bancarios obliga a las entidades de crédito a que ésta sea *clara, objetiva y no engañosa*, respetando lo establecido en la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios y en la Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios.

³⁷ Especial regulación se otorga en el apartado 3 del artículo 7 para los documentos contractuales relativos a servicios bancarios de captación de fondos reembolsables, especialmente depósitos, y de concesión de crédito y préstamo, que deberán recoger de forma explícita y clara los siguientes extremos: *a) El tipo de interés nominal, la TAE u otra expresión equivalente del coste o remuneración total efectivos en términos de intereses anuales, conforme a lo que a estos efectos establezca el Banco de España*

En la Orden se establece que las comunicaciones que las entidades de crédito realicen para ofrecer los servicios bancarios deberán reflejar de manera clara las condiciones en que se desarrollan los servicios, sin que puedan destacar beneficios potenciales ocultando sus riesgos; tiene además que posibilitar que el cliente comprenda los términos del servicio, sin que se pueda omitir ninguna información relevante³⁸.

También en cuanto a los préstamos hipotecarios se regula en los artículos 19 y ss. todo un sistema de garantías para el cliente a fin de asegurar que obtenga una información clara y precisa de los términos de su contrato, estableciendo en el artículo 21.1, la obligación de la entidad de facilitar una Ficha de Información Precontractual que contenga información clara, suficiente y gratuita sobre los préstamos ofertados, una Ficha de Información Personalizada en la que se ofrezca, según prevé el artículo 22.1, la *información personalizada que resulte necesaria para dar respuesta a su demanda de crédito, de forma que le permita comparar los préstamos disponibles en el mercado, valorar sus implicaciones y adoptar una decisión fundada sobre si debe o no suscribir el contrato* y una oferta vinculante, que podrá solicitar el cliente *una vez que haya mostrado su voluntad de contratar un determinado servicio bancario de préstamo hipotecario, se disponga de la tasación correspondiente del inmueble y se hayan efectuado las oportunas comprobaciones sobre su situación registral y sobre la capacidad financiera del cliente*, como dispone el artículo 23.

Se establece además de lo anterior en los artículos 24 y 25 un deber de información adicional sobre instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés que se

teniendo en cuenta, en su caso, el valor pecuniario de toda remuneración en especie. b) La periodicidad con que se producirá el devengo de intereses, las fechas de devengo y liquidación de los mismos, la fórmula o métodos utilizados para obtener, a partir del tipo de interés nominal o de los otros factores del coste o la remuneración que resulten pertinentes, el importe de los intereses devengados y, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo de dicho importe. c) Las comisiones y gastos repercutibles que sean de aplicación, con indicación concreta de su concepto, cuantía, fechas de devengo y liquidación, así como, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo del importe de tales conceptos. d) La duración del depósito o préstamo o crédito y, en su caso, las condiciones para su prórroga. e) Las normas relativas a las fechas valor aplicables. f) Los derechos y obligaciones que correspondan a la entidad de crédito para la modificación del tipo de interés pactado, o para la modificación de las comisiones o gastos repercutibles aplicados; y los derechos de que, en su caso, goce el cliente cuando se produzca tal modificación. g) Los derechos y obligaciones del cliente en cuanto a la cancelación del depósito o préstamo o al reembolso anticipado del mismo y el coste total que el uso de tales facultades supondrían. h) Las consecuencias para el cliente del incumplimiento de sus obligaciones, especialmente, del impago en caso de crédito o préstamo. i) Los demás que establezca el Banco de España.

³⁸ Además, el artículo 9 obliga a que las entidades de crédito ofrezcan *explicaciones adecuadas y suficientes* de la información y comunicación de los servicios bancarios, así como indicaciones *sobre las consecuencias que la celebración de un contrato de servicios bancarios pueda tener para el cliente*, todo ello para que éste pueda adoptar una decisión *teniendo en cuenta sus necesidades y su situación financiera*.

comercialice vinculado a un préstamo concedido por la propia entidad³⁹, así como acerca de las cláusulas suelo y techo⁴⁰.

Con la Orden de 2011, tal y como se expone en su inicio, *se consigue concentrar en un único texto la normativa básica de transparencia*, con el fin de que la materia mejore su claridad y accesibilidad para el ciudadano, superando la actual dispersión normativa. No obstante, la necesaria actualización de la normativa vigente hasta entonces choca ahora, tal y como ha puesto de manifiesto Ordas Alonso⁴¹, con la regulación establecida en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, que transcribía parte del contenido de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, derogada por la de 28 de octubre de 2011, que se acaba de analizar⁴² y cuya disposición final primera establece que *las*

³⁹ Artículo 24: *Información adicional sobre instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés*. 1. *En relación con cualquier sistema de cobertura de tipo interés que se comercialice vinculado a un préstamo concedido por la propia entidad y, especialmente, aquellos a los que se refiere la obligación establecida para las entidades de crédito en el artículo 19.2 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, se informará al cliente de: a) La naturaleza del instrumento de cobertura, si se trata de un límite al alza del tipo de interés, o si se trata de otro tipo de instrumento de cobertura ya sea porque el límite al alza vaya acompañado de un límite a la baja, o por cualquier otra característica, en cuyo caso se indicará expresamente que el producto no se limita a proteger al cliente frente al alza de tipos. b) Su duración y, en su caso, las condiciones para su prórroga o renovación. c) En función de la naturaleza del instrumento, si fuera el caso: 1.º la obligatoriedad del pago de una prima, y su importe; 2.º las potenciales liquidaciones periódicas del instrumento, producto o sistema de cobertura, teniendo en cuenta diversos escenarios de tipos de interés que respondan a la evolución histórica del tipo de referencia, destacando la posibilidad de que las mismas pueden ser negativas; 3.º la metodología de cálculo del coste asociado a una cancelación anticipada, con referencia a distintos escenarios de tipos de interés que respondan a la evolución histórica del tipo de referencia. d) Y Otras características del instrumento, producto o sistema de cobertura que pudiera establecer el Banco de España.* 2. *La información a la que se refiere el apartado anterior se recogerá en un anexo a la Ficha de Información Personalizada.* 3. *No será necesario, a efectos de la aplicación de lo previsto en este artículo, que en la contratación del sistema de cobertura se produzca una vinculación expresa y formal con el préstamo, siendo suficiente que las partes reconozcan expresamente en dicha contratación que el sistema de cobertura se contrata con esa finalidad respecto de aquel. Dicha finalidad no podrá observarse, en ningún caso, cuando el importe nominal de la cobertura supere al del préstamo que pretende cubrir. Por el contrario, sí será posible observarla aun cuando el plazo del sistema de cobertura sea superior al del préstamo, siempre que este sea renovable y su no renovación suponga la cancelación del sistema de cobertura sin coste para el cliente.*

⁴⁰ En este punto, se debe resaltar que el artículo 25 haciendo referencia a la información adicional sobre cláusulas suelo y techo, preceptúa que *en el caso de préstamos en que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo, se recogerá en un anexo a la Ficha de Información Personalizada, el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima.*

⁴¹ M. ORDAS ALONSO, *La difícil interpretación de la Ley 2/2009*, cit., pp. 44 y ss.

⁴² Así, por ejemplo, en los artículos 13.1 (las empresas deberán informar obligatoriamente a los consumidores que soliciten préstamos o créditos hipotecarios mediante la entrega gratuita de un folleto en el que conste la información prevista en el artículo 14.1.a) y con el contenido mínimo del anexo I de la Orden de 5 de mayo de 1994), 16.2 (la oferta se formulará por escrito y especificará, en su mismo orden, las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras señaladas en el anexo II de la Orden de 5 de mayo de 1994), 17.5 (las escrituras públicas en las que se formalicen los préstamos o créditos hipotecarios concedidos por las empresas contendrán, debidamente separadas de

referencias de la Ley 2/2009 a la Orden de 5 de mayo de 1994 se entenderán realizadas a esta Orden ministerial⁴³.

En definitiva, como se ha podido observar, las reglas de interpretación de los contratos que se establecieron en derecho romano y que tendían a salvaguardar la buena fe en el ámbito contractual, vetando la ambigüedad y oscuridad de las cláusulas así como la interpretación a favor del obligado, se han complementado en la actualidad con un sistema de garantías que permiten controlar la transparencia de las operaciones bancarias. Tal control se ejercita en dos momentos: uno previo a la contratación, que tiende a asegurar que la información no sólo llegue al cliente, sino que se comprenda lo que se está firmando – para que la voluntad negocial quede conformada válidamente –; y otro posterior, que permitirá impugnar las cláusulas que se encuentren redactadas de forma oscura y que, aunque previamente se haya cumplido con el deber de información, la ambigüedad ofrezca dudas en su interpretación. El complejo normativo que se ha citado se ha venido a complementar con la jurisprudencia, porque los tribunales se han pronunciado reiteradamente en orden a la nulidad de algunas cláusulas insertadas en contratos bancarios por falta de claridad, pudiendo citar la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de junio de 2012, que establece que el control de transparencia «cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo». Igualmente, la sentencia de 9 de mayo de 2013, declara la nulidad de las denominadas cláusulas suelo por considerarlas abusivas, entre otros motivos, por la falta de información previa clara y comprensible que las entidades bancarias debía facilitar al cliente, haciendo referencia a su ubicación «entre una

las restantes, las cláusulas financieras que ajustarán su orden y contenido a lo establecido en el anexo II de la citada Orden de 5 de mayo de 1994. Las demás cláusulas de tales documentos contractuales no podrán desvirtuar el contenido de aquéllas en perjuicio del consumidor), 18.2.1º (que el índice o tipo de interés de referencia pactado no sea uno de los oficiales a los que se refiere la disposición adicional segunda de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios), etc. *Vid.* M. ORDAS ALONSO, *La difícil interpretación de la Ley 2/2009*, cit., pp. 44 y ss.

⁴³ Como pone de manifiesto Ordas Alonso: «esta técnica legislativa consistente en sustituir, sin más, las citas de una norma reglamentaria, la Orden de 5 de mayo de 1994, por la referencia a la norma reglamentaria que la deroga no está exenta de problemas. O, al menos, no lo está en el presente caso, dando lugar a importantes dudas e incertidumbres». Para un análisis de algunos de los problemas interpretativos de la Ley 2/2009 planteados con la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011, *vid.* M. ORDAS ALONSO, *La difícil interpretación de la Ley 2/2009*, cit., pp. 46 y ss.

abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor», exigiendo que «la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato».

