

Grado en: Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2017/2018

Convocatoria: Julio

CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS CON ENTIDADES BANCARIAS: LA REGULACIÓN EUROPEA EN LA MATERIA Y SU RELACIÓN CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. ANÁLISIS LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL

General conditions of contracting and unfair terms in contracts with banking entities: european regulation and its relationship with spanish legal system. Legislatvie and jurisprudential analysis

Realizado por el alumno: Manuel Escuela Pérez

Tutorizado por: María Elena Sánchez Jordán

Departamento: Derecho civil

Área de conocimiento: Derecho civil

RESUMEN

La protección de los consumidores ha sido un principio informador de nuestro ordenamiento jurídico y de los poderes públicos desde su introducción en la Constitución Española de 1978, aunque no fue hasta la promulgación de la Directiva 93/13/CEE que tuvo el desarrollo legislativo necesario para ser efectiva de manera general. Esta Directiva y las leyes posteriores establecen las bases de la abusividad de ciertas condiciones generales de la contratación, a pesar de lo cual ha sido necesario la intervención de los órganos judiciales, tanto nacionales como comunitarios, para la determinación de la abusividad de cláusulas concretas utilizadas de manera genérica en la contratación bancaria.

Palabras clave: *Consumidores, condiciones generales de la contratación, cláusulas abusivas.*

ABSTRACT

Consumer's protection has been a guiding principle of our legal system and of public powers since its introduction in the Spanish Constitution of 1978, although it was not until the promulgation of Directive 93/13 / EEC that it had the necessary legislative development to be effective in a general way. This Directive and subsequent laws establish the basis of unfair terms in consumer contracts, despite which it has been necessary the intervention of judicial bodies, both national and european, to determine the abuse of specific clauses used in a generic way in the bank contracting.

Key words: *Consumers, general conditions of contracting, unfair terms.*

ÍNDICE

1.- Introducción.....	pág. 1
2.- Marco teórico-conceptual: La protección de los consumidores y usuarios y las condiciones generales de la contratación.....	pág. 2
2.1 - Concepto de consumidores y usuarios y ámbito de protección.....	pág. 2
2.2 - Concepto de condiciones generales de la contratación.....	pág. 2
2.3 - Naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación.....	pág. 3
3.- Análisis de la regulación europea y nacional en materia de condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas.....	pág. 8
3.1 - Proceso histórico de regulación de las condiciones generales de la contratación en nuestro ordenamiento hasta la directiva 93/13/CEE.....	pág. 8
3.2 - Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores.....	pág. 10
3.3 - Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.....	pág. 13
3.4 - 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.....	pág. 16

4.- Análisis de la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Supremo relativa a la problemática de las cláusulas abusivas.....	pág. 20
4.1 - Cláusulas suelo.....	pág. 22
4.2 - Cláusulas de intereses moratorios.....	pág. 30
4.3 - Cláusulas de vencimiento anticipado.....	pág. 34
4.4 - Otras cláusulas abusivas.....	pág. 42
5.- Conclusiones.....	pág. 44
BIBLIOGRAFÍA.....	pág. 46
ÍNDICE DE SENTENCIAS.....	pág. 48

1.- INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se pretende analizar desde un punto de vista jurídico la problemática de las cláusulas abusivas integradas en condiciones generales de la contratación en contratos celebrados con consumidores y usuarios, en concreto en los contratos formalizados por entidades bancarias.

La razón que ha motivado la elección de este tema es que el mismo tiene gran relevancia práctica, siendo uno de los problemas con los que más frecuencia se están encontrando los órganos judiciales en los últimos años. Además, me llama la atención la facilidad con la que las entidades bancarias han impuesto condiciones abusivas de manera generalizada en una infinidad de contratos, sin que el consumidor fuera consciente en principio del abuso al que se estaba viendo sometido o de su trascendencia práctica más allá del papel.

El análisis comienza con la determinación del marco teórico-conceptual en el que se integran las cláusulas abusivas, para seguidamente entrar a analizar la regulación en esta materia, tanto a nivel europeo con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, como la regulación contenida en el ordenamiento jurídico español, con la Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación y el Real Decreto 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Una vez analizada la legislación en la materia, se realizará una comparación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo relativa a las cláusulas abusivas, enumerándose las diferentes cláusulas que la jurisprudencia ha considerado abusivas y comparándose los criterios y límites adoptados por los tribunales anteriormente referidos.

Para finalizar, el trabajo contiene una conclusión crítica sobre la problemática de las cláusulas abusivas y las dificultades ante las que se han encontrado los tribunales con la proliferación de reclamaciones frente a las mismas ocurridas en los últimos años.

2.- MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL: LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS Y LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Antes de poder comenzar a tratar la problemática de las cláusulas abusivas en las condiciones generales de la contratación, se hace necesaria la delimitación de determinados conceptos que conforman el marco teórico-conceptual en el que se integran dichas cláusulas.

De este marco teórico-conceptual, conformado por la protección de los consumidores y usuarios y las condiciones generales de la contratación, entiendo útil para comprender con mayor desenvoltura las cláusulas abusivas fijar primero los conceptos de consumidor y de condición general de la contratación, así como la naturaleza jurídica de estas últimas.

2.1 – Concepto de consumidor y ámbito de protección

Para la delimitación del concepto de consumidor es necesario diferenciar entre dos nociones concretas de lo que se entiende por tal: un concepto amplio del consumidor como cliente, incluyéndose cualquier persona que interviene en una relación jurídica desde la posición de demandante de un bien o servicio frente a la persona que realiza una oferta; y un concepto concreto del consumidor como el destinatario final de bienes y servicios destinados a fines privados¹, entendiéndose por tales los que son ajenos a la actividad profesional, comercial o empresarial de ese mismo sujeto.

En nuestro ordenamiento jurídico, la protección del consumidor es un principio rector de la política social y económica que está contemplado en el artículo 51 de la Constitución Española (CE), que establece que los poderes públicos garantizarán la defensa de consumidores y usuarios, protegiendo la salud, seguridad, y los legítimos intereses económicos de los mismos.

Respecto al ámbito al que tal protección se extiende, los autores distinguen entre una protección indirecta, que alcanza la totalidad de medidas adoptadas por los poderes

¹ (Lasarte Álvarez, 2010) p. 57

públicos, y en concreto las enumeradas por el propio artículo 51 de la CE, relativas a la regulación del comercio interior y de los productos comerciales y al fomento de las organizaciones de consumidores y usuarios; y una protección directa, concretada en las actividades o medidas realizadas mediante la atribución de facultades, beneficios o derechos concretos en favor del consumidor².

Así, en desarrollo de tal precepto constitucional y con la finalidad de concretar un concepto de consumidor y usuario al que aplicar dichos niveles de protección, el legislador determina en el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU) un concepto general de consumidor y usuario, disponiendo lo siguiente: “[...] *son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial*”.

De tal concepto general podemos concluir que la protección del consumidor hace referencia a aquel que se corresponde con el concepto concreto de consumidor anteriormente referido, siendo la característica principal del mismo el actuar con propósito ajeno a actividad comercial, empresarial o profesional, sin importar si se trata de persona física o jurídica siempre y cuando no exista ánimo de lucro en su actuación.

2.2 – Concepto y naturaleza de las condiciones generales de la contratación

A) Concepto

La exposición de motivos de la Ley 7/1998 de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, que tiene la finalidad de transponer al ordenamiento nacional la Directiva comunitaria 93/13/CEE, nos da un primer esbozo del concepto de condición general de la contratación, con la finalidad de distinguir entre lo que es una condición general de la contratación y lo que es una cláusula abusiva, estableciendo que *“Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser*

² (Lasarte Álvarez, 2010) p. 57

abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares. Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o -en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas”.

Este primer esbozo nos permite hacer una distinción entre dos conceptos: las condiciones generales de la contratación y los contratos de adhesión. Estos dos conceptos pueden entenderse como las dos caras de una misma moneda, refiriéndose la expresión “condición general de la contratación” a las cláusulas que rigen la relación contractual de las partes y que constituyen una realidad previa al contrato desde el punto de vista de la parte predisponente, y “contratos de adhesión” a la forma de conclusión del contrato mediante la simple firma o aceptación del contrato por parte del consumidor³.

Sobre el concepto de contrato de adhesión se ha pronunciado en diversas ocasiones el Tribunal Supremo, determinando en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1997⁴ lo que se entiende por contrato de adhesión, como *“aquel en que la esencia del mismo y sus cláusulas han sido predispuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que esta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas ni modificarlas, sino simplemente aceptar o no; se mantiene la libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato) pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que se acepten mutuamente)”*.

El concepto legal de condición general de la contratación se establece en el artículo 1.1 de la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación, que establece que *“Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con*

³ (Blanco Gonzalo, 2017) p. 43

⁴ STS de 5 de julio de 1997, núm. 664/1997, RJ 1997\6151

independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”.

Estos requisitos son sintetizados por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013⁵ de la siguiente manera: “*La exégesis de la norma ha llevado a la doctrina a concluir que constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes:*

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

b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.

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

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

De otro lado, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante:

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

b) Que el adherente sea un profesional o un consumidor -la Exposición de Motivos LCGC indica en el preámbulo que "la Ley pretende proteger los legítimos intereses

⁵ STS núm. 241/2013 de 9 mayo. RJ 2013\3088

de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual", y que "[l]as condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores".

De tal interpretación del artículo 1 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación cabe concluir que “el carácter impuesto de un cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base a cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación [...] en orden a la individualización o singularización del contrato”⁶.

Un aspecto controvertido a la hora de definir una cláusula como condición general de la contratación es si la misma recae sobre un elemento esencial del contrato, frente a lo que la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013⁷ determina que *“El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo”*.

Si bien de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo las cláusulas que recaen sobre elementos esenciales del contrato pueden definirse como condiciones generales de la contratación, el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE excluye el control de su abusividad, disponiendo que *“La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”*.

A pesar de lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE respecto a que las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato están exentas de control de su contenido por parte de los órganos jurisdiccionales, la propia directiva entiende que sí se encuentran sometidas a los controles sobre su inclusión y transparencia, por lo que la mayoría de la doctrina entiende que este tipo de cláusulas que afectan a los elementos

⁶ (Ruiz de Lara, 2014) p. 18

⁷ STS núm. 241/2013 de 9 mayo. RJ 2013\3088

esenciales del contrato estén sometidas a control de contenido precisamente en el supuesto de que no sean claras y transparentes⁸.

B) Naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación

La cuestión sobre la naturaleza jurídica de las condiciones generales de contratación pretende dar una fundamentación a la validez de las mismas, existiendo dos corrientes doctrinales distintas: las que defienden su carácter normativo, fundando el valor normativo de las condiciones generales en su equiparación a otras regulaciones emanadas de instituciones extraestatales cuyo carácter vinculante resulta aparentemente difícil de fundar en el consentimiento de los que se someten a ellas, el denominado “derecho corporativo”; y las doctrinas que defienden su carácter contractual, sin duda la corriente doctrinal mayoritaria, que entiende que las condiciones predispuestas vinculan porque han sido aceptadas por el adherente, aceptación que significa simplemente darse por enterado de la existencia de condiciones generales aplicables al contrato, aceptando que el predisponente establezca regulaciones equivalentes al derecho dispositivo, por lo que, para que las mismas sean válidas, han de ser conformes a las exigencias de la buena fe⁹.

Esto es así porque las teorías contractualistas consideran que en el consentimiento de un consumidor a la hora de contratar los elementos esenciales de un contrato, el producto y el precio, existe auténtica autodeterminación y consentimiento, pero que la adhesión a las condiciones predispuestas supone un acto meramente voluntario, ya que los costes asociados a la lectura, comprensión y comparación de las condiciones predispuestas en el mercado son tan elevados que lo racional para los consumidores es actuar como si no existieran¹⁰.

⁸ (Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo., 2015) pp. 79-80

⁹ (Alfaro Águila-Real, 2002) pp. 79-81

¹⁰ (Alfaro Águila-Real, 2002) pp. 86-90

3.- ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN EUROPEA Y NACIONAL EN MATERIA DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

El ordenamiento jurídico español se ha visto indudablemente influenciado y condicionado en materia de condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas por la Directiva 93/13/CEE, que impuso al legislador la obligación de regular específicamente esta materia y la modificación de la legislación previa para su adaptación.

Esto ha derivado en la publicación de la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación, y del 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, de cuyo contenido se hablará a continuación, previo comentario a la regulación anterior a la Directiva 93/13/CEE y análisis de las directrices establecidas por la misma.

3.1. - Proceso histórico de regulación de las condiciones generales de la contratación en nuestro ordenamiento hasta la Directiva 93/13/CEE

Antes de la promulgación de la Constitución Española de 1978, no existía en nuestro ordenamiento jurídico ninguna disposición legal que expresamente se pronunciara a favor de los consumidores y usuarios como un colectivo ciudadano, siendo por tanto el artículo 51 de la misma el primer precepto en referirse a la idea de la defensa de los consumidores y usuarios como un criterio rector del ordenamiento¹¹.

El referido artículo 51 de la Constitución Española establece en su apartado primero que *“los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”*, para a continuación establecer que *“los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca”*.

¹¹ (Lasarte Álvarez, 2010) p. 30

Este precepto, inserto en el capítulo III del Título primero *“De los principios rectores de la política social y económica”*, tiene su alcance real establecido por el artículo 53.3 de la Constitución Española, que establece que *“El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”*, si bien el propio precepto determina que *“Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen”*.

La primera regulación en nuestro ordenamiento jurídico de las condiciones generales de la contratación aparece en el año 1980 en la Ley de Contrato de Seguro, cuyo artículo 3 impone a las compañías de seguro la obligación de redactar claramente las cláusulas, prohibiendo la inclusión de cláusulas lesivas para el asegurado y obligando a la especial suscripción de las cláusulas limitativas de derechos, estableciéndose por tanto requisitos de incorporación y contenido, así como un sistema de control administrativo y judicial con poca relevancia en la práctica¹².

Tras esta primera norma específica, la primera regulación de carácter general de las condiciones generales de la contratación se produce con la promulgación de la Ley 26/1984, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios. Los objetivos de esta ley, que supuso la primera ley que, con carácter general, se ocupó de la protección del consumidor y usuario, se ponen de manifiesto en su Preámbulo: *“Establecer, sobre bases firmes y directas, los procedimientos eficaces para la defensa de consumidores y usuarios. Disponer del marco legal adecuado para favorecer un desarrollo óptimo del movimiento asociativo en este campo. Declarar los principios, criterios, obligaciones y derechos que configuran la defensa de los consumidores y usuarios y que, en el ámbito de sus competencias, habrán de ser tenidos en cuenta por los poderes públicos en las actuaciones y desarrollos normativos futuros en el marco de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional”*.

De esta ley conviene destacar uno de los criterios fundamentales de la misma, radicado en declarar la irrenunciabilidad previa de los derechos y facultades otorgados por ella a los consumidores y usuarios, así como la declaración de nulidad de cualesquiera actos o contratos realizados en fraude de la ley¹³.

¹² (Menéndez Menéndez, y otros, 2002) pp. 49-50

¹³ (Lasarte Álvarez, 2010) p. 36

La publicación de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios supuso el comienzo de un desarrollo legislativo muy amplio de carácter especial, regulador de aspectos concretos relacionados con los consumidores y usuarios¹⁴.

3.2. - Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores

La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores es el texto normativo básico a nivel comunitario en materia de consumidores, estableciendo el marco genérico al que deben adaptarse los ordenamientos jurídicos de los estados miembros¹⁵.

La finalidad de la Directiva, expresada en el conjunto de considerandos, fue la de establecer las medidas necesarias para el fortalecimiento del mercado interior, en el que se garantice la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales; así como dar solución a la disparidad legislativa vigente y solucionar las distorsiones en la competencia, imponiendo la obligación de velar porque no se incluyan cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, erradicando su uso; así como potenciar la política de protección e información de los consumidores¹⁶.

Así, observamos que la Directiva pretende una armonización parcial, estableciendo en uno de sus considerandos que *“en el estado actual de las legislaciones nacionales sólo se puede plantear una armonización parcial, [...] es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado, de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la presenta directiva”*.

Respecto al contenido de la Directiva, la misma da una definición del concepto de abusividad en su artículo 3.1, estableciendo que *“las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”*.

¹⁴ (Lasarte Álvarez, 2010) p. 37

¹⁵ (Adán Domenech, 2017) p. 38

¹⁶ (Blanco Gonzalo, 2017) pp. 26-27

En relación con este precepto se ha pronunciado en varias ocasiones el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tomando como parámetro para delimitar si existe o no buena fe que el juez nacional compruebe si *“el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual”*¹⁷.

También se ha pronunciado el TJUE en relación a los supuestos que pueden originar un desequilibrio importante entre las partes del contrato, al manifestar que el desequilibrio *“puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de estos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales”*¹⁸.

En el apartado segundo del artículo 3 de la Directiva se concreta el contenido de la terminología utilizada en el apartado primero, estableciendo que *“se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión”*, estableciendo además que *“el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. Por último, este apartado afirma que “el profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba”*.

Finalmente, en apartado tercero del artículo 3 de la Directiva nos remite a un anexo en el cual se contiene una lista indicativa y no exhaustiva de las cláusulas que pueden ser consideradas abusivas, lista por tanto ampliable por la jurisprudencia.

A continuación, el artículo 4 de la Directiva regula el control que ha de efectuarse sobre el contenido de las cláusulas, estableciendo que *“el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o*

¹⁷ STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/2014

¹⁸ STJUE de 16 de enero de 2014, asunto C-226/2012

servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa”. En el apartado segundo del referido artículo, se establece que “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.

Este artículo 4.2 de la Directiva, que establece una limitación del análisis de la cláusula si la misma incide en el objeto principal del contrato, no ha sido objeto de transposición a nuestro ordenamiento jurídico en virtud del principio de armonización parcial, originándose a raíz de este hecho dudas respecto de la modalidad de control que debe efectuarse respecto a las diferentes cláusulas¹⁹.

Seguidamente, el artículo 5 determina el requisito de claridad en la redacción de las cláusulas, estableciendo en el caso contrario el criterio de interpretación más favorable para el consumidor; mientras que el artículo 6 de la Directiva establece que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor y que será obligatoria la subsistencia del contrato en los mismos términos, si esto fuera posible sin las cláusulas abusivas.

Por otra parte, conforme a lo dispuesto por el artículo 7 de la Directiva, “*Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores*”.

Con este precepto la Directiva pretende que los estados miembros equilibren la postura de partida de ambas partes contratantes, ya que la relación entre el empresario y el consumidor se produce en una situación de asimetría contractual en relación con el nivel de información del que se dispone, encontrándose el consumidor en una posición de conocimiento diferido al no poder conocer el alcance real de las estipulaciones firmadas una vez iniciada la vida del contrato; en aspectos de la relación contractual que de haberse conocido de manera plena con anterioridad podían haber condicionado la aceptación del contrato²⁰.

¹⁹ (Adán Domenech, 2017) p. 41

²⁰ (Adán Domenech, 2017) pp. 41-42

Para la subsanación de tal situación de desigualdad, el artículo 7.2 de la Directiva establece que los medios referidos *“incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas”*.

3.3.- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación

La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, tiene como finalidad principal la transposición de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, de forma simultánea al establecimiento de una regulación específica sobre las condiciones generales de la contratación, pretendiéndose así distinguir lo que son cláusulas abusivas de lo que son condiciones generales de la contratación²¹.

La Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) define en su artículo 1 qué debe entenderse por condición general de la contratación, disponiendo que serán *“las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”*, determinando en el artículo 2 su ámbito subjetivo de aplicación, siendo el de los contratos celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica -adherente-.

El artículo 4 de la LCGC excluye la aplicación de la ley a los contratos administrativos, de trabajo, reguladores de relaciones familiares, sucesorios y contratos de constitución de sociedades. Las razones de tales exclusiones se encuentran en la

²¹ (Lasarte Álvarez, 2010) pp. 146-148

configuración propia que caracteriza a estas relaciones contractuales, que las sitúan fuera de los fines de regulación que se persigue por esta Ley²².

Para la incorporación de tales condiciones a un contrato establece el artículo 5 de la LCGC una serie de requisitos, de los cuales considero de especial relevancia los establecidos en el apartado primero (*“1. Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas. No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas”*), y en el apartado quinto (*“5. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”*).

Respecto a lo dispuesto por el artículo 5.1 de la LCGC, el legislador exige tanto la aceptación por el adherente como la firma por todos los contratantes. Esto supone que la aceptación no será válida o eficaz sin que concurran estos requisitos, pero la exclusiva concurrencia de los mismos es insuficiente para formar una aceptación, entendida como la declaración de voluntad por la que el adherente manifiesta su conformidad con la incorporación de las condiciones generales al contrato²³.

Por otro lado, el artículo 5.5 de la LCGC es el único que establece criterios condicionantes de la validez de una cláusula concreta, exigiendo que *“la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”*. La delimitación de cada uno de estos criterios para calificar a las condiciones generales de la contratación como válidas ha sido trabajo fundamental de la jurisprudencia de nuestros órganos judiciales²⁴. La Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4ª, de 11 de enero de 2017²⁵ establece que: *“la claridad implica que las condiciones generales de significado fundamental para la economía del contrato se distingan dentro del clausulado contractual, o dicho de otra forma, que no aparezcan ocultas o disfrazadas. Exige también la claridad, que las condiciones predispuestas sean inteligibles o de fácil comprensión, evitando en lo*

²² (Oleo Banet, 2002) p. 231

²³ (Durany Pich, 2002) pp. 282-285

²⁴ (Adán Domenech, 2017) p. 27

²⁵ SAP de A Coruña, Sección 4ª, de 11 de enero de 2017, num. 4/2017, JUR 2017\24703

posible expresiones que sólo están al alcance de los expertos en una determinada materia o ciencia, desconsiderando al sector potencial de contratantes a las que las mismas se dirigen. [...] La concreción supone que las condiciones sean precisas, determinadas y sin contener vaguedades, que generen confusión. La sencillez requiere que el conocimiento de lo pactado no ofrezca dificultad”.

El artículo 8 de la LCGC determina la nulidad de las cláusulas que se consideran abusivas, al disponer que *“Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”.* Los efectos de la nulidad se establecen en el artículo 10, el cual determina que *“La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo”.*

El artículo 8 de la LCGC ha sido criticado por la doctrina, cuestionándose su utilidad al tratarse de una repetición parcial del artículo 6.3 del Código Civil, que establece la nulidad de los actos contrarios a las normas imperativas²⁶.

La Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación no solo es importante por establecer la definición de condiciones generales de la contratación, sino también al conformarse como el texto normativo que puso fin al vacío legal en la configuración de las cláusulas abusivas en los supuestos en los que interviniese un consumidor en la formalización del contrato, al introducir mediante su Disposición Adicional Primera una importante reforma a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios de

²⁶ (Miquel González, 2002) p. 429

1984 (LGDCU), con la que se precisan los elementos que caracterizan a las cláusulas abusivas²⁷.

El contenido de esta modificación de la LGDCU, junto con la cual se incluye un listado de cláusulas abusivas, ha sido posteriormente incluido y complementado por los artículos 80 y siguientes del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 2007 (TRLGDCU), vigente en la actualidad, que sustituye a la norma del año 1984.

3.4. – 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

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 (TRLGDCU) es una disposición legislativa con la que se procedió a la refundición en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las Directivas comunitarias dictadas en materia de protección de consumidores y usuarios, regularizando, armonizando y aclarando los textos legales refundidos²⁸.

Esta refundición ha sido a su vez modificada por diversas leyes: 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 del contrato de préstamo, que no modifica ninguna disposición legislativa sino que pretende complementar la protección de los consumidores; y la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, mediante la cual se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 2005/29/CEE y 2006/114/CEE, modificando diversos preceptos del TRLGDCU²⁹; y la Ley 3/2014, por la que se pretende dar cumplimiento a lo establecido por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012 - EDL 2012/109012, en relación

²⁷ (Adán Domenech, 2017) pp. 27-28

²⁸ (Lasarte Álvarez, 2010) p. 39

²⁹ (Lasarte Álvarez, 2010) pp. 43-44

con la interpretación del art. 6.1 de la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores.

El TRLGDCU es la norma interna de aplicación para la calificación de una cláusula como abusiva o no, estableciendo, con anterioridad al análisis del contenido y configuración de las cláusulas, un requisito de aplicación de las normas contenidas en el propio texto legislativo³⁰, sosteniendo en su artículo 2 que *“esta norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios”*.

A continuación, en su artículo 8, el TRLGDCU enuncia los derechos propios de los consumidores y usuarios, entre ellos la protección frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos, reconociéndose por tanto el rechazo a las cláusulas abusivas como un derecho básico del consumidor. Estos derechos son posteriormente reglamentados en los diferentes preceptos del propio texto refundido³¹.

La regulación de las cláusulas abusivas por esta ley se encuentra contenida en el Título II del Libro II de la misma, titulado “Condiciones generales y cláusulas abusivas”, y que comprende los artículos 80 a 91. La definición de cláusula abusiva se establece en el artículo 82.1 de la norma, que en su tenor literal manifiesta 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”*.

El propio TRLGDCU concreta en su artículo 80 los requisitos que han de cumplir las estipulaciones no negociadas individualmente para ser válidas, por lo que la ausencia de cumplimiento de alguno de estos requisitos supondrá la abusividad de las mismas. Estos requisitos son:

- a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, es decir, que las cláusulas no *“estén enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro”*³².

³⁰ (Adán Domenech, 2017) pp. 28-29

³¹ (Adán Domenech, 2017) p. 29

³² SAP Jaén, Sección 1, de 10 de febrero de 2016, recurso 836/2015, resolución 89/2016.

- b) Posibilidad de comprensión directa, lo cual debe suponer que *“el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que para él supone el contrato celebrado, [...] como la carga jurídica del mismo”*³³.
- c) 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.
- d) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido el requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa su lectura.
- e) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

Es preciso recalcar que el elemento definitorio de la abusividad es la falta de negociación, sin importar si la cláusula ha sido utilizada o no en una pluralidad de contratos con consumidores o usuarios, pudiéndose utilizar en un contrato de adhesión que no tenga uso generalizado³⁴. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo del 29 de abril del 2015 sostiene que *“no es necesario que la cláusula sea utilizada en todos los contratos que el profesional o empresario celebra con consumidores, [...] para que pueda realizarse el control de abusividad de una cláusula de un contrato celebrado con un consumidor basta que no haya sido negociada individualmente, sin que sea imprescindible que tenga el carácter de condición general de la contratación en el sentido de que sea utilizada de un modo general en la contratación, pues puede encontrarse en un contrato de adhesión que no tenga un uso generalizado”*³⁵.

Por otra parte, el artículo 82.4 del TRLGDCU delimita una serie de aspectos que denotan la abusividad de una cláusula, siendo los siguientes:

- a) que vinculen el contrato a la voluntad del empresario, resultando este aspecto ya prohibido por el artículo 1256 del Código Civil, que establece que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

³³ AAP Barcelona, Sección 1, de 11 de febrero de 2016, recurso 275/2015, resolución 52/2016.

³⁴ (Adán Domenech, 2017) p. 32

³⁵ STS de 29 de abril de 2015, recurso 1072/2013.

b) que limiten los derechos del consumidor y usuario, refiriéndose a aquellos regulados por el artículo 8 del TRLGDCU al que nos hemos referido con anterioridad.

c) que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, es decir, que exista ausencia de imposición conjunta de obligaciones entre las partes contratantes, característica denominada “asimetría contractual”, por la cual la asunción de cargas por parte del consumidor, la parte débil, no se equilibra con las contraprestaciones por parte del empresario³⁶.

d) que impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, constituyendo jurisprudencia consolidada que no corresponde al consumidor acreditar que carece de los conocimientos necesarios para el correcto conocimiento de las cláusulas que denuncia³⁷.

e) que resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento ejecución del contrato, o

f) que contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

Además, para la valoración de si una cláusula es abusiva o no, el artículo 82.3 del TRLGDCU establece el criterio de que *“el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa”*.

A continuación, el TRLGDCU establece los efectos de la determinación de una cláusula como abusiva, siguiendo lo que ya disponían las leyes anteriores que regulaban la materia, por lo cual cuando una cláusula sea considerada abusiva será nula de pleno derecho y se tendrá por no puesta, siguiendo siendo obligatorio el contrato para las partes si el mismo pudiera subsistir sin las cláusulas abusivas.

Concluye la regulación del TRLGDCU en esta materia con diversas listas de cláusulas que en todo caso tienen consideración de abusivas, agrupándose según los criterios de abusividad del artículo 82.4.

³⁶ (Adán Domenech, 2017) p. 34

³⁷ (Adán Domenech, 2017) p. 34

4.- ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y DEL TRIBUNAL SUPREMO RELATIVA A LA PROBLEMÁTICA DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

La problemática de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores ha sido de gran importancia en nuestro país, dando lugar a infinidad de procesos debido a su uso indiscriminado por parte de las entidades bancarias.

Estos hechos han dado lugar a multitud de sentencias tanto de nuestro Tribunal Supremo como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que han ido determinando la abusividad de ciertas cláusulas generales de la contratación muy comunes, las cuales analizaremos a continuación en detalle.

Antes de entrar en profundidad en cláusulas abusivas concretas, conviene destacar la jurisprudencia constante del TJUE relativa a la capacidad del juez nacional para controlar de oficio el carácter abusivo de una condición general de la contratación.

Este control de oficio se despliega “desde el momento de examinar la demanda ejecutiva y despachar ejecución, al amparo de la doctrina MOSTAZA-CLARO establecida en la Sentencia del TJUE de 26 de octubre de 2006”³⁸.

La jurisprudencia establecida por esta sentencia, que considera que un medio idóneo para impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva y para poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en contratos celebrados entre profesionales y consumidores, es decir, lo dispuesto por los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, es la facultad del juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula³⁹.

Esta doctrina jurisprudencial se ha ido aclarando y concretando en posteriores sentencias del TJUE, como la sentencia del 4 de junio de 2009, que determina que “*el juez nacional deberá examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello. Cuando considere que tal cláusula es abusiva se abstendrá de*

³⁸ (Ruiz de Lara, 2014) p. 69

³⁹ (Ruiz de Lara, 2014) p. 70

*aplicarla, salvo si el consumidor se opone. Esta obligación incumbe asimismo al juez nacional en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial*⁴⁰.

A pesar de esta obligación de examinar de oficio, el principio de contradicción requiere al juez que de oficio haya comprobado el carácter abusivo de una cláusula a que informe a las partes procesales para facilitar la defensa de sus intereses y respetar el deber de congruencia⁴¹, destacando en este aspecto la anteriormente citada STJUE de 4 de junio de 2009, que establece que *“A la hora de cumplir la mencionada obligación, sin embargo, el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula*⁴².

La determinación del control de oficio por parte de los jueces nacionales de la posible abusividad de la cláusula me parece un acierto del TJUE, ya que de esta manera se facilita la protección del consumidor, cumpliéndose con lo previsto en el artículo 53.1 de la Constitución Española, que determina que la protección de los consumidores y usuarios que se establece como principio rector en el artículo 51 de la CE debe informar la práctica judicial, permitiéndose un control más eficaz sobre la inclusión generalizada de cláusulas abusivas, sobre todo por parte de entidades bancarias.

Otra de las razones por las que me parece un acierto el control de oficio por parte de los jueces nacionales es que este control judicial de la abusividad de las cláusulas celebradas con consumidores ha tenido consecuencias tan importantes como la modificación de los procedimientos de ejecución hipotecaria, incluyéndose como causa de oposición a la ejecución el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya fundamento de la ejecución, modificación legislativa llevada a cabo tras la STJUE de 14 de marzo de 2013, con la que se resolvió una cuestión prejudicial planteada por un tribunal español respecto a la imposibilidad de oposición a la ejecución hipotecaria por este mismo motivo, afirmando la referida sentencia que *“procede declarar que la normativa española controvertida en el litigio principal no se ajusta al principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancia de los profesionales y*

⁴⁰ STJUE de 4 de junio de 2009, asunto C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350

⁴¹ (Ruiz de Lara, 2014) pp. 73-74

⁴² STJUE de 4 de junio de 2009, asunto C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350

en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva pretende conferir a estos últimos”, ya que “en el sistema procesal español, la adjudicación final a un tercero de un bien hipotecado adquiere siempre carácter irreversible, aunque el carácter abusivo de la cláusula impugnada por el consumidor ante el juez que conozca del proceso declarativo entrañe la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, salvo en el supuesto de que el consumidor realice una anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca con anterioridad a la nota marginal indicada”⁴³.

A continuación me referiré a algunas de las principales modalidades de cláusulas abusivas empleadas por las entidades bancarias a la hora de contratar con consumidores y usuarios, las razones de su abusividad y los efectos que tiene tal declaración.

4.1 - Cláusulas suelo

Las cláusulas suelo son un tipo de cláusula por la cual se establece una limitación a la bajada del tipo de interés respecto a los baremos fijados a los que se somete la determinación del tipo de interés variable a aplicar en un contrato bancario, de manera que la entidad financiera protege anticipadamente sus intereses económicos ante posibles bajadas del tipo de interés que le pudieran perjudicar⁴⁴.

Sin duda un punto de inflexión en nuestro ordenamiento jurídico respecto a la abusividad de esta cláusula es la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013⁴⁵, citada anteriormente, al ser una sentencia clave para la delimitación del concepto de condiciones generales de la contratación y el control de su abusividad.

A la cláusula suelo se refiere la Sentencia en su fundamento jurídico décimo, una vez ha aclarado que la cláusula suelo es una condición general de la contratación al cumplir con todos los requisitos necesarios para la determinación como una. En este fundamento jurídico el Tribunal Supremo responde a la cuestión de si la posible abusividad de las mismas es controlable, ya que afecta a un objeto principal del contrato, puesto que entiende, reproduciendo el criterio de la sentencia en apelación, que las cláusulas suelo “[...] se incorporan al contrato, siendo el precio del mismo [...] estas

⁴³ STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164

⁴⁴ (Castillo Martínez, 2016) pp. 208-209

⁴⁵ STS núm. 241/2013 de 9 mayo. RJ 2013\3088

cláusulas de limitación de intereses son elementos configuradores del precio del producto contratado, estableciendo el mínimo que el cliente habrá de pagar como intereses del préstamo, y el máximo que abonará [...] estas cláusulas no son de carácter accesorio [...] como uno de los factores de determinación del precio del contrato (junto con el interés referencial y el interés diferencial), precisamente el que determina el mínimo que habrá de pagar el prestatario, forman parte integrante de uno de los elementos esenciales del mismo. Como tal es el elemento decisivo a la hora de decantar su voluntad para contratar [...] lo que verdaderamente le interesa es el objeto principal del contrato y la conveniencia de las condiciones esenciales del mismo. [...] al constituir estos pactos de limitación de intereses elementos conformadores de una de las condiciones esenciales del contrato, nada menos que de la estipulación contractual más importante para el prestatario que es el tipo de interés [...]"⁴⁶.

La determinación de la cláusula suelo como parte del objeto principal del contrato me parece totalmente lógica, ya que como bien expone la sentencia, es una cláusula que delimita el precio a pagar, elemento absolutamente básico en cualquier relación jurídico-económica.

Como ya hemos hecho referencia en este texto, el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE dispone que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, lo cual, sin embargo, no limita totalmente la posibilidad de controlar su contenido, estando sometida al doble control de transparencia al que la STS de 9 de mayo de 2013 se refiere en sus fundamentos jurídicos decimoprimeros, decimosegundo y decimotercero: un control de inclusión en el contrato y un control de transparencia.

En el control de inclusión tiene relevancia destacar la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 que regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores, en la que, en palabras de la sentencia recurrida *“esta minuciosa regulación legal del recorrido preparatorio del contrato garantiza la transparencia, la información, la libre formación de la voluntad del prestatario, y si tras ello expresa su voluntad de aceptar y obligarse, ha de concluirse que lo hace libremente, con total conocimiento del contenido del pacto de limitación de la variabilidad de intereses [...] el cual [...] ha de expresarse de modo que resulte claro,*

⁴⁶ STS núm. 241/2013 de 9 mayo. RJ 2013\3088

*concreto y comprensible por el prestatario, y conforme a Derecho*⁴⁷, siendo la cuestión si esta información cubre las exigencias de posibilidad real de conocimiento por parte del consumidor, estableciendo respecto a esto que *“la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994 , garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor. Las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos [...]”*⁴⁸.

Por otro lado, respecto al control de transparencia, el Tribunal Supremo entiende que *“que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente. Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato”*⁴⁹, entendiendo que en el caso de las cláusulas suelo, estas no son transparentes ya que:

“a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.

c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

⁴⁷ STS núm. 241/2013 de 9 mayo. RJ 2013\3088

⁴⁸ STS núm. 241/2013 de 9 mayo. RJ 2013\3088

⁴⁹ STS núm. 241/2013 de 9 mayo. RJ 2013\3088

e) *En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.*”⁵⁰.

Así, a pesar de que esta cláusula sea referida al objeto principal del contrato, y en un principio no sea susceptible del control de su abusividad, el Tribunal Supremo encuentra, a través del control de transparencia, una manera de declarar su posible abusividad.

Como se ha expuesto con anterioridad, para la determinación de abusividad de una cláusula es necesario no solo que se trate de una condición general de la contratación, sino que además suponga, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que deriven del contrato, de manera que el consumidor salga perjudicado. El Tribunal Supremo, en el fundamento jurídico decimoquinto de la Sentencia de 9 de mayo de 2013, analiza si la falta de transparencia que ha determinado respecto a la inclusión de las cláusulas suelo en los contratos con consumidores supone un desequilibrio en los derechos y obligaciones derivados del contrato y en consecuencia un perjuicio para el consumidor. A esto la sentencia responde que *“Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio”*⁵¹, a pesar de lo cual, *“dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como “variable”. Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza”*⁵², por lo que, a causar un desequilibrio a las partes que se traduce en perjuicio al consumidor, se consideran abusivas, y por tanto, nulas, aunque

⁵⁰ STS núm. 241/2013 de 9 mayo. RJ 2013\3088

⁵¹ STS núm. 241/2013 de 9 mayo. RJ 2013\3088

⁵² STS núm. 241/2013 de 9 mayo. RJ 2013\3088

como bien expone la Sentencia, *“la nulidad de las cláusulas suelo no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia”*⁵³.

Llegamos así a la parte sin duda más controvertida de la STS de 9 de mayo de 2013, la declaración de la no retroactividad de la sentencia. Esta declaración, contenida en el fundamento jurídico decimoséptimo, surge a raíz de la cuestión presentada por el Ministerio Fiscal, que *“interesa que se precise el elemento temporal de la sentencia, ya que si se otorga este efecto retroactivo total [...] quedarían afectados los contratos ya consumados en todos sus efectos, de modo que [...] habría que reintegrar ingentes cantidades ya cobradas”*⁵⁴.

A esta cuestión responden los Magistrados del Tribunal Supremo que *“para decidir sobre la retroactividad de la sentencia en el sentido apuntado por el Ministerio Fiscal, es preciso valorar que:*

- a) Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas.*
- b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas [...].*
- c) No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes, [...] casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable”.*
- d) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado [...].*
- e) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos -en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más-, sino en la falta de transparencia.*
- f) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información.*
- g) No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994 (RCL 1994, 1322) .*

⁵³ STS núm. 241/2013 de 9 mayo. RJ 2013\3088

⁵⁴ STS núm. 241/2013 de 9 mayo. RJ 2013\3088

h) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones.

i) Igualmente según el expresado informe, las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos.

j) La Ley 2/1994, de 30 de marzo (RCL 1994, 999), sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor.

k) Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas”⁵⁵.

De esta manera, concluye procediendo a *“declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia”⁵⁶.*

Nos encontramos así ante una decisión que, ignorando la regla general respecto a la nulidad de las obligaciones que establece el artículo 1303 del Código Civil, según el cual *“declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente en las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses”*, rompiendo por tanto con la premisa *“quod nullum est nullum producit efectum”*, fundamentándose en unos argumentos jurídicos en mi opinión difíciles de sostener, que se apoyan en normativa dispar de todas aquellas materias en las que se permite la limitación del efecto retroactivo de la nulidad absoluta, desde normas de procedimiento administrativo a normas de patentes, así como en un supuesto trastorno que se produciría en el orden público económico.

Esta sentencia fue ampliamente criticada por diversos sectores, tanto sociales como jurídicos, hasta que el planteamiento de una serie de cuestiones prejudiciales respecto a

⁵⁵ STS núm. 241/2013 de 9 mayo. RJ 2013\3088

⁵⁶ STS núm. 241/2013 de 9 mayo. RJ 2013\3088

esta decisión llevó a la intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, resolviendo la cuestión de la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo en las STJUE de 21 de diciembre de 2016⁵⁷.

Así la STJUE de 21 de diciembre de 2016 declara que *“El artículo 6, 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión”*, lo que viene a significar que el criterio del Tribunal Supremo de limitar la retroactividad de las consecuencias de la nulidad de las cláusulas es contraria a la Directiva 93/13/CEE, por lo que los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo debe retrotraerse al momento en el que surtieron efecto, debiendo las entidades bancarias devolver las cantidades cobradas en función de las cláusulas suelo.

El TJUE argumenta esta decisión en la naturaleza e importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, imponiendo la Directiva a los Estados miembro *“la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores»”*⁵⁸, para lo que *“incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultado para modificar el contenido de la misma”*⁵⁹, ya que *“al juez nacional no debe atribuírsele la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir a eliminar*

⁵⁷ STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980

⁵⁸ STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980

⁵⁹ STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980

el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores”⁶⁰.

De esta manera, y conforme al artículo 4.bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual *“los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”*, el Tribunal Supremo acepta la jurisprudencia emitida por el TJUE en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2017⁶¹, la cual, determinando que *“las sentencias prejudiciales son obligatorias (artículo 91 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, versión consolidada de 25 de septiembre de 2012) y tienen, como regla, eficacia ex tunc desde su pronunciamiento”*, procediendo a *“modificar la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo”*, admitiéndose por tanto desde este momento la restitución íntegra de las cantidades cobradas por parte de las entidades bancarias por la aplicación de las cláusulas suelo.

La decisión tomada por el TJUE me parece la correcta, enmendando tras tres años la controvertida STS de 9 de mayo de 2013, poniendo así de manifiesto la importancia que tiene para el ordenamiento europeo la protección al consumidor, principio que si bien en nuestro ordenamiento tiene manifestación formal en los textos legales, su aplicación y la importancia que le ha otorgado el Tribunal Supremo en su jurisprudencia es menor, poniendo por encima incluso los intereses económicos de la parte fuerte de la relación, el empresario. Esta decisión del Tribunal Supremo, por otra parte, debe entenderse tomada en un contexto de crisis económica en el que el miedo a una nueva recesión estaba muy presente en la sociedad, y puede ser debida a un intento de no entorpecer el lento crecimiento económico en el que se encontraba nuestro país, lo cual sin embargo ni legitima ni justifica esta decisión, ya que la finalidad de nuestro Tribunal Supremo no es la de aplicar medidas o tomar decisiones de política económica, sino la de aplicar e interpretar las normas conforme a su finalidad y a lo previsto en el ordenamiento jurídico.

⁶⁰ STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980

⁶¹ STS 123/2017, de 24 de febrero de 2017, Id. Cendoj: 28079119912017100004

4.2 – Cláusulas de intereses moratorios

Otra de las cláusulas más comunes en la contratación bancaria que han sido declaradas abusivas son las cláusulas de intereses moratorios, también conocidas como cláusulas de intereses de demora.

Antes de entrar al análisis de este tipo de cláusulas, conviene recordar que la finalidad de los intereses moratorios es indemnizar los perjuicios causados al acreedor por el retraso en cumplimiento de la obligación pactada, por lo que revisten cierto carácter sancionador⁶².

En un principio, en nuestro ordenamiento, la regulación de los intereses de demora en contratos de préstamo hipotecario se encontraba en el artículo 1108 del Código Civil, que permitía en los casos de mora, la aplicación de los intereses convenidos por las partes contratantes, y a modo subsidiario, la aplicación del interés legal del dinero⁶³.

Entre otras, esta situación, por la que se podía argumentar la legalidad de la fijación de intereses moratorios desproporcionados, llevó al planteamiento de una cuestión de prejudicialidad ante el TJUE, resuelta en la STJUE de 14 de marzo de 2013⁶⁴, que en el punto relativo al control de la abusividad de estas cláusulas determina que *“en cuanto a la cláusula relativa a la fijación de los intereses de demora, procede recordar que [...] el juez remitente deberá comprobar en particular, [...], por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos”*⁶⁵.

Esta sentencia lleva al legislador español a reformar la legislación hipotecaria y procesal, introduciendo el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria, por el cual el artículo 1108 del Código Civil deja de tener aplicación en relación con los intereses de préstamos para adquirir vivienda habitual y se fijan unos límites en cuanto a los intereses de demora, determinando que *“Los intereses de demora de préstamos o*

⁶² (Castillo Martínez, 2016) p. 179

⁶³ (Adán Domenech, 2017) p. 71

⁶⁴ STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164

⁶⁵ STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164

créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago”, límite en principio aceptado y aplicado por la gran mayoría de Juzgados y Tribunales⁶⁶.

Con fecha de 22 de abril de 2015, el Tribunal Supremo dicta una nueva sentencia en esta materia⁶⁷, en la que se determinan varias características de las cláusulas de intereses moratorios que hacen posible la determinación de su abusividad, entre ellos que se tratan de condiciones generales de la contratación, ya que *“basta con que esté predispuesta e impuesta, en el sentido de que su incorporación al contrato sea atribuible al profesional o empresario”* y *“el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio”*, y que *“la cláusula que establece el interés de demora es susceptible de control de abusividad de su contenido, no solo en cuanto a su transparencia, sino también respecto a si, en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor y usuario, causan un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, por no estar incluida en el ámbito de aplicación del art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE”* ya que *“la cláusula que establece el interés de demora no define el objeto principal del contrato ni la adecuación entre el precio y la prestación”*⁶⁸.

A continuación, esta sentencia realiza un análisis de la legislación española en materia de intereses de demora, para llegar a la conclusión de que *“el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores, que no suponga la imposición de una indemnización alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones. Se trata del criterio previsto para el interés de demora a devengar por la deuda judicialmente declarada y a cuyo pago se ha condenado al demandado. Tiene un ámbito de aplicación general, no ceñido a un campo concreto del Derecho sustantivo, evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio, indemniza de un*

⁶⁶ (Adán Domenech, 2017) p.73

⁶⁷ STS de 22 de abril de 2015, núm. 265/2015, RJ 2015\1360

⁶⁸ STS de 22 de abril de 2015, núm. 265/2015, RJ 2015\1360

modo proporcionado los daños que sufre el demandante que ha vencido en el litigio por el retraso del condenado en el cumplimiento de la obligación judicialmente declarada, y asimismo contiene un factor disuasorio para que el condenado no demore en exceso el cumplimiento de la sentencia.

La adición de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales supondría un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que resultan de la aplicación de las normas nacionales a que se ha hecho referencia.

Con base en los criterios expresados, la Sala considera abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal”⁶⁹.

Esta solución adoptada por el Tribunal Supremo se encuentra en el contexto de los préstamos personales sin garantía real, por lo que en teoría continúa siendo de aplicación el artículo 114 de la Ley Hipotecaria en relación con los préstamos con garantía hipotecaria⁷⁰.

Esta sentencia de 22 de abril de 2015 lleva a la modificación de la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo en materia de cláusulas de intereses de demora en préstamos con garantías reales, determinando la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015⁷¹, que “*el límite cuantitativo fijado por el vigente art. 114.3 de la Ley Hipotecaria (triplo del interés legal del dinero) no puede ser la única referencia para la determinación del límite al interés moratorio convencional en los préstamos hipotecarios, puesto que, según resaltamos también en la sentencia 265/2015, son bastantes más los criterios a los que puede acudir el juez nacional para decidir en cada caso sobre la abusividad de la cláusula, tales como: la comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicables en defecto de acuerdo, o bien la consideración sobre si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual, entre otras posibles. De tal manera que el límite cuantitativo del citado precepto de la Ley Hipotecaria no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas, sino fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial y registral,*

⁶⁹ STS de 22 de abril de 2015, núm. 265/2015, RJ 2015\1360

⁷⁰ (Adán Domenech, 2017) pp. 76-77

⁷¹ STS de 23 de diciembre de 2015, núm. 705/2015, RJ 2015\5714

de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, ni en su caso resulten inscritas. Así como también constituir un óbice para el planteamiento de demandas en que se pida el cumplimiento forzoso del contrato de préstamo o se ejecute la garantía, en las que no se podrá reclamar un interés moratorio superior al indicado tope legal.

Por estas razones el art. 114.3 Ley Hipotecaria no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa sobre protección de consumidores”⁷².

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016⁷³ determina que si “*el límite legal previsto en el art. 114.3LH para los intereses de demora en préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la primera vivienda no sirve de criterio para el control de abusividad, y advertimos la conveniencia, por seguridad jurídica, de establecer un criterio objetivo, no encontramos razones para separarnos del adoptado en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales*”⁷⁴.

Las consecuencias de la declaración de abusividad de las cláusulas de intereses moratorios no son otras que la nulidad de la misma, cuyos efectos deben suponer que se tenga la cláusula por no puesta, a tenor de lo dispuesto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2015⁷⁵, que determina que “*la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal o cualquier otra de las normas que prevén el interés de demora en determinados sectores de la contratación. Pero tampoco el cese del devengo de cualquier interés. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, porque este es el contenido de la cláusula considerada abusiva, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada*”⁷⁶.

La evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo en esta materia me parece acertada, pues si bien el criterio limitativo impuesto por el legislador en el artículo 114

⁷² STS de 23 de diciembre de 2015, núm. 705/2015, RJ 2015\5714

⁷³ STS de 3 de junio de 2016, núm. 364/2016, RJ 2016\2300

⁷⁴ STS de 3 de junio de 2016, núm. 364/2016, RJ 2016\2300

⁷⁵ STS de 8 de septiembre de 2015 ,469/2015, RJ 2015\3977

⁷⁶ STS de 8 de septiembre de 2015 ,469/2015, RJ 2015\3977

de la Ley Hipotecaria fue un avance en la materia, el mismo no debe suponer un tope mínimo absoluto de la abusividad de una cláusula, siendo además completamente lógica la equiparación en la protección ante cláusulas de intereses moratorios que realiza el Tribunal Supremo entre los consumidores que haya realizado contratos de préstamo sin garantía real y los consumidores que sí hayan aportado garantía real.

Por otra parte conviene destacar que en el Proyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario, de 17 de noviembre de 2017, el legislador intenta establecer una norma imperativa en relación con este tipo de intereses, optando para solucionar el problema de la abusividad de las cláusulas de intereses moratorios por impedir la negociación sobre las mismas, determinando en su artículo 23 que *“En el caso de préstamo concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el triple del interés legal del dinero vigente a lo largo del período en el que aquel resulte exigible. Los intereses de demora sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago y no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario”*. En cuanto a la cantidad que determina este Proyecto de Ley como interés de demora me parece que quizás es excesiva, teniendo en cuenta que es la misma que la fijada por el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria y que el Tribunal Supremo ya ha indicado que no debe utilizarse como único índice de referencia para la abusividad de este tipo de intereses, pudiendo intereses inferiores ser igualmente abusivos.

4.3 – Cláusulas de vencimiento anticipado

Las cláusulas de vencimiento anticipado son cláusulas por las cuales, en un préstamo hipotecario, se concede al prestamista el poder unilateral de resolver el contrato con anterioridad a la finalización, una vez se acredite el impago por parte del deudor de una parte del capital o interés ligado a la cantidad concedida⁷⁷.

La posibilidad de pactar este tipo de cláusulas encuentra su fundamento con carácter general en el artículo 1255 del Código Civil, según el cual *“Los contratantes*

⁷⁷ (Adán Domenech, 2017) p. 88

pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”⁷⁸.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009⁷⁹ se hace referencia a uno de los requisitos para la abusividad de este tipo de cláusulas, al indicar que *“la cláusula se deduce que únicamente se encuentra orientada al incumplimiento del consumidor, la misma resulta desproporcionada por atribuir carácter resolutorio a cualquier incumplimiento, pues solo cabe cuando se trata del incumplimiento de una obligación de especial relevancia y en ningún caso accesoria, teniendo que examinarse cada caso en particular para determinar la relevancia de la obligación incumplida*”⁸⁰.

En relación con esto, surge la cuestión de si este tipo de cláusulas, como hemos dicho en principio admitidas por nuestro ordenamiento, son abusivas al ser aplicadas en incumplimientos que, en relación con el periodo de duración de la obligación, son muy cortos o limitados en el tiempo. A la cuestión planteada en este sentido por un órgano judicial español responde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la ya citada STJUE de 14 de marzo de 2013⁸¹, estableciendo que *“por lo que respecta [...] a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente [...] si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo*”⁸².

Considerando esta doctrina, el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 23 de diciembre de 2015⁸³ y 18 de febrero de 2016⁸⁴ establece que *“ha de tenerse presente*

⁷⁸ (Castillo Martínez, 2016) p. 245

⁷⁹ STS de 16 de diciembre, núm. 792/2009, RJ 2010\702

⁸⁰ STS de 16 de diciembre de 2009, núm. 792/2009, RJ 2010\702

⁸¹ STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164

⁸² STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164

⁸³ STS de 23 de diciembre de 2015, núm. 705/2015, RJ 2015\5714

que la abusividad proviene de los términos en que la condición general predispuesta permite el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es per se ilícita. [...] Habrá que estar a lo dispuesto en el art. 693.2 LEC, cuando dice que "Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución en el asiento respectivo"; conforme a la interpretación que de dicho precepto ha hecho el TJUE en el Auto de 11 de junio de 2015, al decir "[l]a Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» [...] de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión”⁸⁵, por lo que “ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC, los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia”⁸⁶.

De esta manera el Tribunal Supremo fija los extremos a comprobar para determinar la validez o no de una cláusula de vencimiento anticipado, entendiendo abusiva una cláusula que “*ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación [...]. Y, en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser*

⁸⁴ STS de 18 de febrero de 2016, núm. 79/2016, RJ 2016\619

⁸⁵ STS de 23 de diciembre de 2015, núm. 705/2015, RJ 2015\5714

⁸⁶ STS de 18 de febrero de 2016, núm. 79/2016, RJ 2016\619

reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves”⁸⁷.

Fijados ya los criterios que determinan la abusividad de este tipo de cláusulas, siempre, como no, con la necesidad de intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Supremo determina igualmente las consecuencias de la declaración de abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado.

La regla general en cuanto a la consecuencia de la abusividad de una cláusula es su nulidad, y por tanto su inaplicación, recogándose este criterio, entre otras, en la STS de 18 de febrero de 2016, declarando que *“la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, [supone que] que resulta nula e inaplicable”*⁸⁸, a pesar de lo cual determina a continuación que el Juez puede asumir una función tuteladora de la cláusula, valorando si resulta más gravoso para las partes la adopción de la totalidad de las medidas derivadas de la nulidad, o si es preciso efectuar una interpretación de los textos legales reguladores de esta materia para atenuar las consecuencias de esta declaración de abusividad⁸⁹, ya que entiende que *“conforme a la jurisprudencia del TJUE, el juez nacional puede sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato; [...] posibilidad [que] queda limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representan para éste una penalización. Y eso es lo que, a nuestro criterio [...] sucedería si la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, por razón de la levedad del incumplimiento previsto para su aplicación, cerrará el acceso al proceso de ejecución hipotecaria incluso en los casos en que el incumplimiento efectivamente producido haya tenido una gravedad adecuada a la consecuencia del vencimiento anticipado [...]”*⁹⁰.

Esta tesis la defiende el Tribunal Supremo con base en la pérdida de derechos que sufriría el consumidor al perderse la posibilidad de la vía ejecutiva hipotecaria, que supondría:

⁸⁷ STS de 18 de febrero de 2016, núm. 79/2016, RJ 2016\619

⁸⁸ STS de 18 de febrero de 2016, núm. 79/2016, RJ 2016\619

⁸⁹ (Adán Domenech, 2017) p. 96

⁹⁰ STS de 18 de febrero de 2016, núm. 79/2016, RJ 2016\619

- La pérdida de la posibilidad de liberar el bien que reconoce el artículo 693.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la cual *“el acreedor puede solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de lo adeudado, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte; y tratándose de vivienda habitual, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades antes reseñadas”*⁹¹.
- La imposibilidad de beneficiarse de las facultades liberatorias de la responsabilidad del deudor que establece el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *“para el caso de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada cuando el remate fuera insuficiente para lograr la satisfacción completa”*⁹².
- La ventaja contenida en el artículo 682.2.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece que *“el valor de tasación a efectos de la subasta no podrá ser inferior al 75 por cien del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo”*⁹³.

Con base en estos argumentos, entre otros, declara el Tribunal Supremo que no puede *“afirmarse incondicionalmente que la decisión de proseguir la ejecución sea más perjudicial para el consumidor, [...] sobreseer el procedimiento especial de ejecución para remitir a las partes al juicio declarativo, puede privar a todos los compradores de viviendas mediante préstamos hipotecarios a largo plazo anteriores a la Ley 1/2013, que contengan cláusulas abusivas de vencimiento anticipado, de una regulación que*

⁹¹ STS de 18 de febrero de 2016, núm. 79/2016, RJ 2016\619

⁹² STS de 18 de febrero de 2016, núm. 79/2016, RJ 2016\619

⁹³ STS de 18 de febrero de 2016, núm. 79/2016, RJ 2016\619

contempla especiales ventajas, como las de liberación del bien y rehabilitación del contrato, en los términos expresados.”⁹⁴.

Esta decisión, bastante controvertida, supuso la formulación de un voto particular en la misma STS de 18 de febrero de 2016⁹⁵ por el Magistrado don Francisco Javier Orduña Moreno, en el cual muestra la opinión de que esta doctrina jurisprudencial “*de un modo frontal y con carácter general, desnaturaliza conceptualmente el control de abusividad, neutraliza su efectividad y función, supone una clara integración de la cláusula declarada abusiva y, en definitiva, resulta contraria a la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*”⁹⁶, fundamentando tal afirmación en la inaplicación de tanto de la Directiva 93/13/CEE, desvirtuando su finalidad, como en la incorrecta aplicación de la normativa nacional⁹⁷.

La formulación de este voto particular parece obtener respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la STJUE de 26 de enero de 2017⁹⁸, que responde a varias cuestiones prejudiciales en este sentido, estableciendo que “*es preciso recordar que resulta de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 que el juez nacional está obligado únicamente a dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva para que no surta efectos vinculantes respecto del consumidor, sin que esté facultado para variar su contenido. [...] El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. [...] A fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva [...] no pueden depender del hecho de que esa cláusula se aplique o no en la práctica. De este modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» —en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa Directiva— de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del*

⁹⁴ STS de 18 de febrero de 2016, núm. 79/2016, RJ 2016\619

⁹⁵ STS de 18 de febrero de 2016, núm. 79/2016, RJ 2016\619

⁹⁶ Voto particular de la STS de 18 de febrero de 2016, núm. 79/2016, RJ 2016\619

⁹⁷ Voto particular de la STS de 18 de febrero de 2016, núm. 79/2016, RJ 2016\619.

⁹⁸ STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, ECLI:EU:C:2017:60

carácter abusivo de la cláusula en cuestión. [...] En estas condiciones, [...] la circunstancia de que, en este caso, el profesional haya observado en la práctica lo dispuesto en el artículo 693, apartado 2, de la LEC y no haya iniciado el procedimiento de ejecución hipotecaria hasta que se produjo el impago de siete mensualidades, en lugar de en el momento en que se produjo la falta de pago de cualquier cantidad adeudada, tal como prevé la cláusula 6 bis del contrato controvertido en el litigio principal, no exime al juez nacional de su obligación de deducir todas las consecuencias oportunas del eventual carácter abusivo de esa cláusula. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, [...] la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el artículo 693, apartado 2, de la LEC, que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional”⁹⁹.

Si bien esta sentencia parece haber resuelto la cuestión sobre el criterio respecto a la integración parcial de las cláusulas de vencimiento anticipado, el Tribunal Supremo no acaba de parecer convencido por la misma al no responder directamente a las cuestiones que determinan en la STS de 18 de febrero de 2016¹⁰⁰, por lo que eleva una nueva cuestión prejudicial al TJEU, mediante el auto de 8 de febrero de 2017¹⁰¹, en el que se realizan las siguientes preguntas:

“1 - Si, en las cláusulas que permiten el vencimiento anticipado por cualquier impago de capital o intereses, resulta conforme al artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE apreciar la abusividad solo del inciso o pacto relativo al impago de una cuota (como acordó la sentencia recurrida) manteniéndose la validez del pacto en los casos restantes. Es decir, sobre la posibilidad de separabilidad de los distintos elementos autónomos de una cláusula con varios enunciados.

2- Si un tribunal nacional tiene facultades para determinar, una vez declarada la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado, que la aplicación supletoria del

⁹⁹ STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, ECLI:EU:C:2017:60

¹⁰⁰ STS de 18 de febrero de 2016, núm. 79/2016, RJ 2016\619

¹⁰¹ Auto del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2017, recurso 1752/2014

derecho nacional, aunque determine el inicio o prosecución de un proceso de ejecución hipotecaria contra un consumidor, es más ventajoso para este que sobreseer dicho proceso y quedar expuesto a una ejecución ordinaria tras una sentencia firme en un juicio declarativo”¹⁰².

Estas cuestiones no han sido resueltas a día de hoy por el TJUE, lo cual ha supuesto la paralización de nuestro sistema de justicia en relación con las cláusulas de vencimiento anticipado, al haberse suspendido la resolución de los procesos de ejecución hipotecaria derivados de este tipo de cláusulas¹⁰³ hasta que quede clara la posición del TJUE con respecto a estos últimos aspectos cuestionados por el Tribunal Supremo.

En conclusión, a día de hoy el principal problema en relación con las cláusulas de vencimiento anticipado no son tanto los criterios para determinar la abusividad de las mismas sino el efecto que esta declaración de abusividad tiene. En mi opinión, si bien el Tribunal Supremo hace un planteamiento interesante en su STS de 18 de febrero de 2016¹⁰⁴, la no unanimidad del mismo y la reiterada doctrina del TJUE respecto a la no integración de cláusulas abusivas me hace decantarme por esta última opción, es decir, si una cláusula de vencimiento anticipado es abusiva y por tanto nula, con independencia o no de su uso por parte de la entidad bancaria, el efecto de esta nulidad es que la cláusula debería tenerse por no puesta. Aun así me parece una cuestión compleja e interesante, por lo que habrá que esperar a la respuesta del TJUE al auto de cuestión de prejudicialidad planteado por el Tribunal Supremo para tener una solución concreta y directa a este problema.

También conviene destacar en relación con estas cláusulas que se encuentran en el punto de mira del legislador para su regulación, siendo una de las cláusulas incluidas en el Proyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario, de 17 de noviembre de 2017, estableciendo una norma imperativa de manera que la determinación de vencimiento anticipado de un préstamo no queda en manos de la aplicación de una cláusula negociada por las partes sino por que se cumplan unos

¹⁰² Auto del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2017, recurso 1752/2014

¹⁰³ (Adán Domenech, 2017) p. 108

¹⁰⁴ STS de 18 de febrero de 2016, núm. 79/2016, RJ 2016\619

requisitos establecidos por la ley, requisitos que se incluyen en el artículo 22 del citado proyecto¹⁰⁵.

4.4 - Otras cláusulas abusivas

En este apartado desarrollaré un listado esquemático de otras cláusulas comunes en la contratación bancaria con consumidores y que el Tribunal Supremo ha declarado abusivas, simplemente dando un concepto de las mismas y las razones de su abusividad.

- Clausula de redondeo al alza del tipo de interés: Las cláusulas de redondeo al alza del tipo de interés son cláusulas integradas en contratos de préstamo sometidos a interés variable, por las que se redondea al alza el interés obtenido al sumar el interés de referencia y el diferencial pactado hasta llegar a puntos enteros¹⁰⁶. La abusividad esta cláusula ha sido el criterio mayoritario compartido por la jurisprudencia, pronunciándose en este sentido la STS de 4 de noviembre de 2010, la STS de 1 de diciembre de 2010, la STS de 29 de diciembre de 2010 y la STS de 2 de marzo de 2011, entre otras¹⁰⁷, al suponer una manifestación del poder unilateral de decisión de la entidad financiera, ser cláusulas de difícil comprensión para el consumidor y suponer un

¹⁰⁵“1. En los contratos de préstamo cuyo prestatario, fiador o garante sea una persona física y que estén garantizados mediante hipoteca o por otra garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial el prestatario perderá el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato si concurren conjuntamente los siguientes requisitos:

a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.

b) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:

i. Al dos por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de nueve plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a nueve meses.

ii. Al cuatro por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses.

c) Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos quince días para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo.

2. Las reglas contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario.”

¹⁰⁶ (Adán Domenech, 2017) p. 143

¹⁰⁷ (Castillo Martínez, 2016) p. 206

enriquecimiento injusto del empresario sin que exista contraprestación para el consumidor¹⁰⁸.

- Cláusula de renuncia de fuero propio: Se trata de cláusulas impuestas que determinan una renuncia, en perjuicio del consumidor, del juzgado competente, de manera que no se facilita el acceso a la justicia del consumidor. Se trata de un tipo de cláusulas catalogadas concretamente como abusivas por el artículo 90.2 del TRLGDCU, carácter abusivo también declarado por el Tribunal Supremo en la STS de 18 de septiembre de 1998¹⁰⁹.
- Cláusula que vincula la concesión o ampliación del préstamo hipotecario con la contratación de un seguro: Supone la vinculación de un préstamo hipotecario a la contratación de un seguro con la obligación de mantener su cobertura durante el tiempo por el que se prolongue el pago del capital adeudado, utilizándose el impago de la prima de seguro como causa de vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo a través de una estipulación que así lo contemple. Estas cláusulas de por sí no tienen por qué ser abusivas, aunque puede ser así considerado cuando impongan la contratación de este servicio con la propia entidad financiera¹¹⁰.
- Cláusula de gastos de apertura del contrato de préstamo: Este tipo de cláusulas son aquellas que imponen al consumidor el pago de cualquier coste derivado de la preparación, formalización, tramitación e inscripción del contrato de préstamo hipotecario y su escritura pública. Se considerarán abusivas cuando pretendan atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones contraviniendo, normas legales, de acuerdo con la STS de 23 de diciembre de 2015¹¹¹.
- Cláusula de renuncia a la notificación al deudor de la cesión del préstamo: Esta cláusula tiene el efecto que su propio nombre indica, es decir, la renuncia del acreedor a sus derechos de aceptación en los casos de que el acreedor inicial de un préstamo transmita a un tercero los derechos que tiene frente al deudor.

¹⁰⁸ (Adán Domenech, 2017) pp. 144-146

¹⁰⁹ (Adán Domenech, 2017) pp. 146-150

¹¹⁰ (Castillo Martínez, 2016) pp. 236-241

¹¹¹ (Adán Domenech, 2017) p. 130

Los criterios que determinan la abusividad de esta cláusula son la existencia de falta de comprensión por parte del consumidor, al no soler cumplir con los requisitos de claridad y transparencia confundiendo al consumidor entre las figuras legales de cesión de crédito y cesión de contrato, concretándose esto en perjuicios para el consumidor¹¹².

5.- CONCLUSIONES

Mediante la realización de este trabajo, con el análisis de legislación y jurisprudencia que ha supuesto, he llegado a varias conclusiones.

En primer lugar, creo que hay destacar la importancia que tiene para la Unión Europea la protección de los consumidores y usuarios, que si bien en nuestro ordenamiento ya aparece como un principio rector en nuestra Constitución del año 1978, no es hasta la intervención de la Unión Europea mediante la Directiva 93/13/CEE cuando realmente tiene lugar un desarrollo concreto frente a las estipulaciones abusivas en el marco de la contratación con consumidores y usuarios.

A pesar de esto, el desarrollo legal que el legislador otorgó a la protección de consumidores y usuarios frente a cláusulas abusivas en mi opinión no parece que haya cumplido con uno de los objetivos de la propia Directiva 93/13/CEE: el de evitar que se estipulen cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre consumidores y profesionales, ya que sin duda estas han proliferado en los contratos realizados por entidades bancarias, como demuestra la saturación que están sufriendo los tribunales por demandas relacionadas con este tipo de cláusulas, con 208.651 demandas presentadas solamente en el periodo de abril de 2017 a marzo de 2018, una cantidad ingente de las cuales solo se han podido resolver un 14%¹¹³.

En conclusión, el desarrollo legal de la Directiva 93/13/CEE en nuestro ordenamiento no ha sido suficientemente concreta, limitándose a enumerar una serie de condiciones que han de cumplir las cláusulas para que no sean consideradas abusivas, haciendo necesaria la intervención de los órganos jurisdiccionales para el desarrollo de las mismas, lo cual quizás se hubiera podido evitar fijando desde un principio en la ley, de manera más concreta, el contenido de estas obligaciones o condiciones.

¹¹² (Adán Domenech, 2017) pp. 139-142

¹¹³ (De Barrón , 2018)

En segundo lugar, el análisis de la jurisprudencia en esta materia, con las constantes intervenciones del TJUE, deja en mal lugar a nuestro Tribunal Supremo, que no ha sabido interpretar de manera correcta la Directiva 93/13/CEE, debiendo el TJUE corregir en varias ocasiones la postura que este ha adoptado.

Algunas de estas decisiones tomadas por el Tribunal Supremo son de difícil explicación, principalmente la de no dotar de efectos retroactivos a la nulidad de las cláusulas suelo¹¹⁴, que desprotege con una facilidad asombrosa a miles de consumidores que se han visto afectados por la aplicación de cláusulas oscuras y que ha supuesto un perjuicio conjunto de probablemente varios millones de euros.

Esta sentencia, entre otras, me parece que destaca la poca relevancia que le ha dado nuestro Tribunal Supremo a los derechos de los consumidores que han sufrido abusos en contrataciones con empresas o profesionales, siendo estos derechos muchas veces relegados a una consideración secundaria o subsidiaria a los intereses del profesional o el “orden económico”.

Para finalizar, me parece también muy criticable la actitud de las entidades bancarias, tanto a la hora de negociar con los consumidores, incluyendo en infinidad de contratos cláusulas oscuras o cláusulas que suponen claros perjuicios para los consumidores sin beneficio a cambio, como a la hora de no facilitar la resolución de los conflictos que ellas mismas han provocado al incluir estas cláusulas mediante el procedimiento establecido en el Real Decreto Ley 1/2017, creado por el Gobierno para reducir el volumen de demandas en esta materia y que, viendo los números de procesos en los tribunales, no parece que haya surtido demasiado efecto.

En conclusión, la protección de los consumidores y usuarios frente a la imposición de cláusulas abusivas por un profesional o empresario no ha sido objeto de un desarrollo suficiente por parte de nuestro ordenamiento jurídico, ya que, tanto a nivel legislativo como a nivel jurisprudencial, no se le ha dado la importancia y relevancia social y económica que realmente le corresponde. Esta situación parece que esta revirtiendo gracias a la intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pero en mi opinión hasta que no haya realmente unas consecuencias suficientemente severas para el empresario que abusa reiteradamente de este tipo de cláusulas su uso no va a parar, si bien puede que disminuya o se oculte en nuevas fórmulas de contratación.

¹¹⁴ STS núm. 241/2013 de 9 mayo. RJ 2013\3088

BIBLIOGRAFÍA:

Adán Domenech, Federico. 2017. *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios.* Hospitalet de Llobregat : Wolters Kluwer, 2017.

Alfaro Águila-Real, Jesús. 2002. Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación. [aut. libro] Aurelio Ménendez Ménendez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León. *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación.* Madrid : Civitas, 2002.

Blanco Gonzalo, José Manuel. 2017. *Tesis Doctoral - La Ley 7/1998 de 13 de abril de condiciones generales de la contratación: control jurisdiccional y especialidades procesales.* Madrid : Universidad Complutense de Madrid, 2017.

Castillo Martínez, Carolina del Carmen. 2016. *Negociación contractual, desequilibrio importante y protección del consumidor en la contratación bancaria. Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca.* Valencia : Tirant lo blanch, 2016.

Cañizares Laso, Ana. 2015. *Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo.* 3, 2015, Revista de Derecho Civil, Vol. II, pág. pp 67.105. ISSN 2341-2216.

De Barrón , Iñigo. 2018. Los juzgados reciben 915 demandas al día por cláusulas suelo y solo resuelven 128. *El País.* [En línea] 8 de junio de 2018. [Citado el: 11 de junio de 2018.] https://elpais.com/economia/2018/06/08/actualidad/1528486026_150529.html.

Durany Pich, Salvador. 2002. Artículos 5 y 7. [aut. libro] Aurelio Ménendez Ménendez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León. *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación.* Madrid : Civitas, 2002.

Lasarte Álvarez, Carlos. 2010. *Manual sobre protección de consumidores y usuarios.* Madrid : Dykinson, 2010.

Miquel Gonzalez, José María. 2002. Artículo 8. [aut. libro] Aurelio Ménendez Ménendez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León . *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación.* Madrid : Civitas, 2002.

Menéndez Menéndez, Aurelio y Díez-Picazo y Ponce de León, Luis. 2002. *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*. Madrid : Civitas , 2002.

Oleo Banet, Fernando. 2002. Artículo 4. [aut. libro] Aurelio Ménéndez Ménéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León. *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* . Madrid : Civitas, 2002.

Ruiz de Lara, Manuel. 2014. *Condiciones generales de la contratación, cláusulas abusivas y protección del consumidor a la luz de la jurisprudencia comunitaria y nacional*. Madrid : Fe d'erratas, 2014.

ÍNDICE DE SENTENCIAS:

- Resoluciones de Audiencias Provinciales

- SAP Jaén, Sección 1, de 10 de febrero de 2016, recurso 836/2015, resolución 89/2016.
- AAP Barcelona, Sección 1, de 11 de febrero de 2016, recurso 275/2015, resolución 52/2016.
- SAP de A Coruña, Sección 4ª, de 11 de enero de 2017, num. 4/2017, JUR 2017\24703.

- Resoluciones del Tribunal Supremo

- STS de 5 de julio de 1997, núm. 664/1997, RJ 1997\6151.
- STS núm. 241/2013 de 9 mayo. RJ 2013\3088.
- STS de 22 de abril de 2015, núm. 265/2015, RJ 2015\1360
- STS de 29 de abril de 2015, recurso 1072/2013.
- STS de 23 de diciembre de 2015, núm. 705/2015, RJ 2015\5714.
- Auto del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2017, recurso 1752/2014.
- STS de 18 de febrero de 2016, núm. 79/2016, RJ 2016\619.
- Voto particular de la STS de 18 de febrero de 2016, núm. 79/2016, RJ 2016\619.
- STS 123/2017, de 24 de febrero de 2017, Id. Cendoj: 28079119912017100004.

- Resoluciones del TJUE

- STJUE de 4 de junio de 2009, asunto C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350.
- STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164.
- STJUE de 16 de enero de 2014, asunto C-226/2012.
- STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980.
- STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, ECLI:EU:C:2017:60.