

CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO. ESPECIAL REFERENCIA A LAS DENOMINADAS «CLÁUSULAS SUELO»

Pedro Chaparro Matamoros

*Becario de Investigación F.P.U. Departamento de Derecho Civil.
Universidad de Valencia*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: doña Josefina BOQUERA MATARREDONA, don Manuel BROSETA DUPRÉ, don Juan GRIMA FERRADA, don Jorge MARTÍ MORENO y don José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE.

EXTRACTO

El presente trabajo tiene por objeto realizar un análisis de las cláusulas predispuestas en los contratos de préstamo hipotecario cuya validez resulta más discutible. En efecto, estos contratos presentan una serie de cláusulas que, en una situación económica pujante, es decir, de crecimiento de la economía, no suelen entrar en juego. En cambio, sí lo hacen en aquellos periodos, como el actual, en los que la economía sufre una recesión.

Palabras claves: préstamo hipotecario, cláusula suelo, transparencia, interés de demora y vencimiento anticipado.

Fecha de entrada: 03-05-2013 / Fecha de aceptación: 09-07-2013

UNFAIR TERMS IN MORTGAGE CONTRACTS. SPECIAL REFERENCE TO CALLED «FLOOR CLAUSES»

Pedro Chaparro Matamoros

ABSTRACT

This work aims to carry out an analysis of predisposed clauses in mortgage contracts whose validity is more debatable. In fact, these contracts have some clauses that, in a booming economy, rarely come into play. However, these clauses come into play in periods, like the present, where the economy is going down.

Keywords: mortgage, floor clause, clarity, late-payment interest and early termination.

Sumario

- I. Consideraciones preliminares
- II. Las cláusulas predispuestas por los empresarios en los contratos con consumidores
 1. Contratos de adhesión y cláusulas no negociadas individualmente: el control de inclusión (o de incorporación)
 2. El concepto de «cláusula abusiva»: el control de contenido
- III. El cambio de tendencia en cuanto a la apreciación judicial del carácter abusivo de determinadas cláusulas
 1. La tendencia restrictiva a la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato de préstamo hipotecario
 2. La sensibilización de los tribunales respecto a la situación de crisis económica y el inicio de un cambio de tendencia a la hora de apreciar judicialmente el carácter abusivo de una determinada cláusula
- IV. Análisis del posible carácter abusivo de las cláusulas más controvertidas predispuestas en los contratos de préstamo hipotecario
 1. La cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario
 2. Los intereses de demora
 3. La cláusula de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario por impago de una cuota
- V. Conclusiones

Bibliografía

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Es de sobra conocido por todos que en los últimos años ha cobrado especial desarrollo en el ámbito del Derecho el denominado «Derecho del consumo». En este sentido, hay que señalar que el consumidor ha sido considerado tradicionalmente como la parte débil en contratos celebrados con empresarios, lo que ha originado la progresiva aparición de normas tendentes a proteger los intereses de aquel¹. Estas normas tuitivas del consumidor han tratado, por consiguiente, de compensar las condiciones en que se celebra un contrato, generalmente favorables al empresario.

Inicialmente concebido como una disciplina transversal, integrada por normas pertenecientes, fundamentalmente, al Derecho mercantil y al Derecho civil (aunque también con elementos del Derecho administrativo y del Derecho procesal), el Derecho del consumo ha ido ganando una cierta autonomía hasta el punto de dudarse seriamente en la actualidad de si nos encontramos ante una rama transversal² o si, por el contrario, puede considerarse como una rama autónoma del Derecho.

Sea como fuere, de lo que no puede dudarse es de la gran importancia que ha adquirido en nuestro tiempo. Los rigores de la crisis mundial actual han provocado la destrucción de numerosos puestos de trabajo y, consecuentemente, se ha producido una carencia, para los individuos afectados, de los medios para hacer frente a las obligaciones asumidas (especialmente, préstamos hipotecarios).

Estas circunstancias han puesto de máxima actualidad el Derecho del consumo que, en cuanto rama del ordenamiento tuitiva de los derechos de los consumidores, ha de desplegar toda su fuerza protectora para evitar que estos queden desamparados en los contratos celebrados con los empresarios³. Esta necesidad se está haciendo sentir también poco a poco en nuestros tribunales,

¹ Cumpliendo de esta forma el mandato contenido en el artículo 51 de la Constitución Española (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, págs. 29.313-29.424), que ordena a los poderes públicos velar por la adecuada protección de los consumidores y usuarios.

² Véase en este sentido BALLESTEROS GARRIDO, J. A.: «La Ley de condiciones generales de la contratación, derecho del consumo, derecho del mercado y ámbito subjetivo del control de las cláusulas abusivas», *Actualidad Civil*, núm. 20, 15-21 de mayo de 2000.

³ Así, EMPARANZA SOBEJANO, A.: «La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español», *Revista de Derecho mercantil*, núm. 213, 1994, págs. 490-491, señala que el predisponente detenta una *superioridad funcional* que «pone de manifiesto un funcionamiento defectuoso del mercado, en el que no cabe la negociación individual de las condiciones contractuales y que, en definitiva, permite al predisponente disfrutar de unos términos más ventajosos».

Con todo, algún autor critica que existan normas que tiendan a compensar unos pretendidos desequilibrios producidos de forma estructural entre empresario y consumidor, entendiéndose, en cambio, que el mercado no siempre es imperfecto. En este sentido, AVILÉS GARCÍA, J.: «Cláusulas abusivas, buena fe y reforma del derecho de la contratación en España», *RCDI*, núm. 648, 1998, págs. 1.543-1.544, dice a este respecto que «la idea de la protección de la parte más débil dentro del mercado, esto es, del consumidor, está en buena parte fundamentada en una falacia», que consiste «en pensar que el consumidor está subordinado estructuralmente al empresario por el mero hecho de constituir siempre la parte más débil dentro de la relación jurídica». De esta forma, las normas tuitivas del consumidor vendrían a erigirse en una suerte de Derecho perfecto que vendría a paliar las imperfecciones del mercado. Al hilo de esto, añade el autor que «El Derecho no puede suplantarse siempre y en cualquier caso al mercado como parece querer afirmarse; al menos no pueden otorgársele efectos cuasitaumáticos siempre y ante cualquier supuesto».

que han ido generando un cuerpo de jurisprudencia en los que la sensibilización ante la situación de crisis económica se está haciendo cada vez más patente.

El objetivo de este estudio es, conforme a lo ya explicado, analizar la posible abusividad de determinadas cláusulas predispuestas por los bancos en los contratos de préstamo hipotecario, que, toda vez considerarse inicialmente como válidas, su aplicación en tiempos de crisis como los actuales está poniendo de manifiesto que pueden resultar muy perjudiciales para los consumidores.

Se trata de cláusulas contenidas en prácticamente todos los contratos de préstamo hipotecario, cuya validez en abstracto podría ser admitida con ciertos recelos, si bien su aplicación, en conjunción con circunstancias económicas negativas, ha revelado que suponen una carga excesiva para el consumidor que, en la mayoría de las ocasiones, agrava la ya de por sí difícil tarea de reembolsar el importe prestado.

Especial importancia se le otorgará a la denominada «cláusula suelo», de rabiosa actualidad después de la reciente sentencia del Tribunal Supremo, que la ha considerado nula en aquellos supuestos en que se demuestre que ha existido una falta de transparencia de las entidades de crédito respecto de los consumidores. Asimismo, se tendrá también muy en cuenta la cuestión de los intereses moratorios, que ha adquirido gran importancia en una situación en la que muchas familias no pueden hacer frente de forma puntual al pago de las cuotas de los préstamos hipotecarios.

II. LAS CLÁUSULAS PREDISPUESAS POR LOS EMPRESARIOS EN LOS CONTRATOS CON CONSUMIDORES

Para una mejor explicación de la cuestión, se ha de partir señalando que los contratos de préstamo hipotecario, como tantos otros contratos bancarios, son contratos de adhesión, entendidos estos como aquellos contratos cuyas cláusulas son redactadas por una sola de las partes (el empresario), limitándose la otra simplemente a aceptar o rechazar el contrato. Es decir, las cláusulas del contrato no se negocian individualmente⁴.

La importancia del análisis de las cláusulas no negociadas individualmente se explica porque las cláusulas que se van a analizar a continuación son todas ellas, sin distinción, cláusulas no negociadas individualmente, esto es, predispuestas por el empresario, por lo que se hace necesario conocer los requisitos que deben de cumplir para poder ser insertadas en un contrato de adhesión.

En fin, hay que advertir que existe una estrecha relación entre el concepto de «cláusula no negociada individualmente» y el de «condición general de la contratación», concepto este definido de conformidad con el artículo 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales

⁴ Como dice la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088), que una cláusula esté prerredactada significa que no es «fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos».

Véase en el mismo sentido MARTÍNEZ ESPÍN, P.: «El control de las condiciones generales de la contratación: su aplicación al contrato de alquiler de vehículos», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013, pág. 80.

de la contratación⁵ (LCGC, en adelante), como «las cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos»⁶.

Con todo, dichos conceptos no son, en puridad, idénticos, siendo más amplio el de cláusula no negociada individualmente, en tanto en cuanto incluye no solo las condiciones generales de la contratación, sino también otras cláusulas de adhesión particular, redactadas y predisuestas por la entidad de crédito para un contrato determinado⁷.

1. CONTRATOS DE ADHESIÓN Y CLÁUSULAS NO NEGOCIADAS INDIVIDUALMENTE: EL CONTROL DE INCLUSIÓN (O DE INCORPORACIÓN)

De la lectura del artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores⁸, se deriva que son contratos de adhesión aquellos en que todas, o la mayoría de sus cláusulas, han sido redactadas⁹ de manera unilateral por el empresario (o por un tercero¹⁰), sin que el consumidor pueda «influir sobre su contenido» (art. 3.2), de forma que tan solo puede adherirse o rechazar el contrato en su totalidad¹¹.

⁵ BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998 (págs. 12.304-12.314).

⁶ A pesar de las connotaciones peyorativas que suelen ir asociadas al término «condición general de la contratación», lo cierto es que su empleo por los empresarios está plenamente justificado, desde el punto de vista de la racionalidad de su actividad contractual.

Vid. en este sentido GARRIDO COUREL, B.: «El consumidor ante las cláusulas abusivas: la Directiva 93/13/CEE y su recepción en el Derecho español; la Ley 7/98 sobre condiciones generales de la contratación», *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 23, 2000, págs. 95-96; y LETE ACHIRICA, J.: «Condiciones generales, cláusulas abusivas y otras nociones que conviene distinguir», *Actualidad Civil*, núm. 17, 24-30 de abril de 2000, págs. 637-638.

⁷ *Vid.* en este sentido DOMÍNGUEZ ROMERO, J.: «El control del suelo hipotecario. Crónica jurisprudencial a propósito de la cláusula de limitación mínima del tipo de interés», *RdP*, núm. 29, 2012, págs. 836-837; y MORENO LISO, L.: «El consumidor ante las cláusulas abusivas en los contratos bancarios», *RDBB*, núm. 122, abril-junio de 2011, pág. 60.

⁸ DOCE núm. L 095 de 21 de abril de 1993, págs. 29-34.

⁹ Aunque del precepto parece derivarse que las cláusulas no negociadas individualmente y propuestas al consumidor han de encontrarse redactadas, lo cierto es que del artículo 5 de la Directiva se desprende lo contrario, es decir, que cabe también la posibilidad de que los contratos de adhesión sean verbales.

Véase en este sentido VATTIER FUENZALIDA, C.: «Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión», *RCDI*, núm. 630, 1995, pág. 1.535, quien dice que lo esencial es «la imposición unilateral al adherente de manera tal que este no haya podido influir en el contenido».

¹⁰ Y es que lo relevante aquí no es quién redacte efectivamente las cláusulas, sino quién las utiliza en sus contratos. Véase en este sentido GARRIDO COUREL, B.: «El consumidor ante las cláusulas abusivas: la Directiva 93/13/CEE y su recepción en el Derecho español; la Ley 7/98 sobre condiciones generales de la contratación», *cit.*, pág. 98.

¹¹ El último inciso del artículo 3.2 de la Directiva establece que: «El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba». Es decir, se establece una presunción de que

A) El control de inclusión de las cláusulas no negociadas individualmente en la Directiva 93/13/CEE

La Directiva 93/13/CEE, origen de la normativa española protectora del consumidor en materia de cláusulas abusivas, supedita la validez de las cláusulas no negociadas individualmente a un primer filtro, consistente en que aquellas deben ser claras y comprensibles. Dice de esta forma el artículo 5 de la Directiva que: «En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensibles¹². En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor».

Este primer filtro se ha venido a denominar «control de inclusión» (o de incorporación). En efecto, para que una cláusula que no ha sido negociada individualmente pueda formar parte válidamente de un contrato, debe ser clara y comprensible, en el sentido de que el consumidor debe tener total conocimiento del alcance y potenciales efectos de la misma¹³. En caso contrario, es decir, si la cláusula plantea problemas de interpretación, dispone el artículo 5 de la Directiva la regla de la interpretación *contra proferentem*, lo que viene a significar que la cláusula no podrá favorecer al que la redactó, ocasionando con ello su oscuridad.

B) El control de inclusión en la normativa española

Con posterioridad a la Directiva 93/13/CEE, el Derecho español de consumo fue acomodándose, no sin cierto retraso, a las directrices de aquella. En cuanto a las normas relativas al control de inclusión de las cláusulas no negociadas individualmente, se ha de diferenciar entre dos textos legales, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios¹⁴ (TRLGDCU, en adelante) y la LCGC.

las cláusulas no han sido individualmente negociadas, correspondiendo, en consecuencia, al empresario la carga de la prueba.

Véanse en este sentido DÍAZ FRAILE, J. M.^a: «La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993», en DÍAZ FRAILE, J. M.^a (coord.): *Estudios de Derecho europeo privado*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1994, pág. 1.031.

¹² Esta categoría, para DÍAZ FRAILE, J. M.^a: «La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993», cit., pág. 1.033; y «La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993. Situación actual de la cuestión», *RCDI*, núm. 633, 1996, pág. 555, incluye las «cláusulas sorpresivas», esto es, aquellas que resultan alejadas de la naturaleza del contrato y que causan un efecto perjudicial e inesperado para el consumidor.

¹³ Sin embargo, como pone de manifiesto, MORENO LISO, L.: «El consumidor ante las cláusulas abusivas en los contratos bancarios», cit., pág. 60, «a nadie escapa que la mayoría de los consumidores no leen esas condiciones o si lo hacen, dada la complejidad de la terminología bancaria, no las comprenden en su integridad». Es más, como pone de manifiesto BAÑEGIL ESPINOSA, F.: «Cláusulas abusivas en los contratos bancarios. Análisis de las mismas en el nuevo artículo 10 bis de la Ley de Defensa de los Consumidores», *Actualidad Civil*, núm. 19, 8-14 mayo 2000, pág. 717, los consumidores no tienen en cuenta las condiciones generales al contratar, sino que son las condiciones particulares las que influyen de forma determinante en la decisión de contratar o no.

¹⁴ BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007 (págs. 49.181-49.215).

a) El control de inclusión en el TRLGDCU

Al control de inclusión de las cláusulas no negociadas individualmente se refiere el artículo 80 del TRLGDCU. En concreto, afirma el precepto que en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, estas deberán cumplir los siguientes requisitos:

- a) Concreción, claridad y sencillez¹⁵ en la redacción, con posibilidad de comprensión directa¹⁶, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultá-

¹⁵ Estos requisitos tienen en la práctica el problema de que en el sector bancario, habida cuenta la complejidad de la terminología (tanto jurídica como económica) empleada, no resulta en absoluto sencillo hacer comprensibles las condiciones generales a los consumidores. Véase en esta línea MORENO LISO, L.: «El consumidor ante las cláusulas abusivas en los contratos bancarios», cit., pág. 60.

En la jurisprudencia, la SAP Valencia núm. 85/2011, de 23 de febrero (AC 2011, 853), no aplicó una cláusula de un contrato de reserva de vuelo, por considerarla carente de claridad y sencillez. La cláusula en cuestión establecía el derecho de cada pasajero a facturar maletas adicionales sujetas a suplemento de 7,50 euros por maleta y vuelo. Hay que tener en cuenta que en el contrato se habilita a portar una pieza de equipaje de mano estándar y una pieza de equipaje facturado estándar con peso no superior a 20 kilogramos que, en caso de superarse, genera el pago de cargos adicionales. Con las citadas condiciones, la empresa aérea pretendía cobrar un suplemento por peso en el caso de las maletas facturadas de forma adicional. La Audiencia entiende que «en modo alguno existe base razonable o clara para distinguir como hace la sentencia de instancia entre suplemento por maleta que exceda de la pieza de equipaje permitida y otro canon por pesaje cualquiera que sea este de la misma; la información dice que: "Puede facturar maletas adicionales sujetas a suplemento de 7,50 euros por maleta y vuelo, el cual debe pagar por adelantado (DATA 2% si paga en el aeropuerto)", nada añade de que además debe pagarse otro suplemento por el peso de esa maleta adicional». Concluye la Audiencia afirmando que: «En todo caso, falta la claridad y sencillez en dicho instrumento, pues se omite al pasajero quien hace pago del suplemento para portar otra pieza de equipaje, que además debe abonar otro por su peso y por ende tal información genera en tal sentido claras dudas que no pueden por la norma citada interpretarse en contra del consumidor».

De igual modo, la SAP Ciudad Real núm. 343/2011, de 23 de diciembre (JUR 2012, 25537), entendió que: «La oscuridad en un pacto limitativo de los derechos del usuario de telefonía es obvio no puede beneficiar a la parte predisponente del condicionado general», de forma que «no existiendo dato alguno en los documentos aportados por la empresa de telefonía demandante de referencia alguna a tiempo de permanencia por la entrega promocional de un teléfono en el condicionado particular que se aporta a estos autos (y que se denomina anexo al contrato de telefonía); la simple regla de prevalencia del condicionado particular sobre el condicionado general, al no haberse estipulado periodo alguno, determinaría el éxito de las pretensiones de la recurrente».

La SAP Las Palmas núm. 208/2012, de 7 de mayo (AC 2012, 1295), señaló en este mismo sentido que «las transcritas cláusulas de vencimiento anticipado resultan manifiestamente oscuras en orden a la determinación del "precio de liquidación" al fijar tan solo dos parámetros: el importe nocional (conocido por resultar de los propios contratos) y "la situación o condiciones de mercado", concepto absolutamente genérico e indeterminado que imposibilita cualquier cálculo previo salvo, lógicamente, el que derive de la propia voluntad de la entidad demandada, lo cual no resulta aceptable al no poder quedar el cumplimiento de las obligaciones contractuales al arbitrio de una sola de las partes contratantes. Por ello consideramos que tal "precio de cancelación" ni es determinado ni resulta determinable».

Por otra parte, uno de los elementos constitutivos de la claridad de una oferta, como pone de manifiesto la SAP Madrid núm. 442/2012, de 6 de septiembre (AC 2012, 1881), es que «el consumidor no precise de especiales conocimientos jurídicos para comprenderla».

¹⁶ Hay que tener presente que, como advierte la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088): «Que una cláusula sea clara y comprensible no supone que sea equilibrada y que beneficie al consumidor».

neamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual;

- b) Accesibilidad y legibilidad¹⁷, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido.

En concreto, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 63.1 (según el cual: «En los contratos con consumidores y usuarios se entregará recibo justificante, copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales de la contratación, aceptadas y firmadas por el consumidor y usuario, cuando estas sean utilizadas en la contratación»), en los casos de contratación telefónica o electrónica con condiciones generales será necesario que conste, en los términos que reglamentariamente se establezcan, la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor y usuario justificación de la contratación efectuada por escrito o, salvo oposición expresa del consumidor y usuario, en cualquier soporte de naturaleza duradera adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, donde constarán todos los términos de la misma. La carga de la prueba del cumplimiento de esta obligación corresponde al predisponente¹⁸; y

Véase en el mismo sentido MARTÍNEZ ESPÍN, P.: «El control de las condiciones generales de la contratación: su aplicación al contrato de alquiler de vehículos», cit., pág. 87.

- ¹⁷ Por ejemplo, circunstancias que dificultan la legibilidad de una cláusula son el tipo de letra y el tamaño minúsculo de la misma. Véase en este sentido la SAP Valencia núm. 407/2005, de 28 de septiembre (JUR 2005, 274604). La SAP Valencia núm. 330/2012, de 26 de septiembre (JUR 2012, 371834), declaró la nulidad del pacto de interés de demora al constituir una cláusula abusiva, pues «viene fijado de forma impresa en una condición general en el reverso de tal hoja, totalmente impresa de antemano sin resalte alguno en una tipografía general minúscula de difícil lectura y apreciación y que efectivamente carece de suscripción por la demandada sin que entendamos que la mera remisión adhesiva que a tal parte contractual remite el anverso de la hoja de forma genérica y con una tipografía minúscula sea suficiente para entender que la demandada conocía y aceptaba tal pacto que es de resaltar es de naturaleza sancionadora y por ende debe constar de forma clara, precisa y aceptada expresamente por el consumidor (art. 80 TRLGDCU) para concluir con su conocimiento y aceptación».
- ¹⁸ La SAP Salamanca núm. 245/2011, de 8 de junio (JUR 2011, 246306), consideró, a este respecto, que: «En el contrato y en su anexo se hace referencia a una determinada tarifa, denominada "empresa 12", pero en ningún momento la demandante se ha ocupado de probar si esa tarifa fue entregada al cliente, y menos aún el contenido exacto de la misma y si en ella se incluían conceptos facturados como llamadas, mensajes, servicios de datos/internet, *roaming*, servicios especiales, mínimo por bajo consumo, o la sumamente genérica facturación por "otros cargos"». Añade la Audiencia que: «En el acto del juicio tampoco se interrogó al demandado sobre si realmente había contratado ese tipo de servicios o tenía conocimiento de lo que significa la tarifa "empresa 12", tarifa que por su denominación parece ser aplicable a empresas, cuando el demandado ha negado su condición de empresario y ninguna prueba se ha practicado para demostrar lo contrario, puesto que ni siquiera se le ha interrogado detenidamente sobre sus actividades como trabajador por cuenta ajena o como autónomo, que en su caso, al menos podrían haber constituido un principio de prueba sobre la posible utilización de esos servicios y el elevado importe, para un particular, de la primera factura por 544,36 euros».

- c) buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas¹⁹.

Como se observa, los requisitos que deben cumplir las cláusulas no negociadas individualmente tienden a impedir que sean difícilmente comprensibles para los consumidores, partiendo de la base de que estos, por lo general, tienen unos conocimientos limitados en la materia.

El control de inclusión establecido en el TRLGDCU es más intenso que el que propone la Directiva, pues, junto a la claridad y comprensibilidad del contenido de las cláusulas (a las que se añade la legibilidad), se exige, también, que estas sean accesibles al consumidor. Es este último elemento el que constituye, en sentido estricto, el control de inclusión: solo si una cláusula es

¹⁹ La SAP Sevilla núm. 372/2011, de 12 de septiembre (AC 2011, 2155), calificó de abusiva una cláusula que regula el caso de que el incumplimiento contractual fuera del comprador, si bien no preveía consecuencia alguna para el caso de que el incumplimiento resultara atribuible a la promotora vendedora. Así, señala la Audiencia que: «Es obvio que la cláusula contractual novena que nos ocupa no se acomodaría a tales previsiones y equilibrio. La misma solo regula el caso de que el incumplimiento contractual sea del comprador, mientras que por el contrario no contempla el caso de que el incumplimiento resultara atribuible a la promotora vendedora. Así, en el caso de que el comprador no cumpla, la parte vendedora podría resolver el contrato con derecho a la percepción de una indemnización de daños y perjuicios del 90% de las cantidades hasta entonces satisfechas por el comprador. Por consiguiente, la vendedora tendría un derecho de retención de una importante parte de las cantidades pagadas por el comprador si este incumple sus obligaciones, lo que en modo alguno se prevé contractualmente si la parte incumplidora es la vendedora, ya que en tal supuesto, no existiría esa liquidación previa y anticipada en concepto de daños y perjuicios en favor del comprador, sino que recaería sobre dicho consumidor, en el marco de un proceso posterior, la carga de probar la existencia y cuantía de los daños y perjuicios sufridos, no quedando, por tanto, exonerado de tal carga como en efecto sí lo está la vendedora [...] La cláusula discutida en estos autos solo podría considerarse equilibrada si el contrato, como ya se ha indicado antes, hubiese establecido en caso de resolución por incumplimiento del promotor la obligación de devolver las cantidades recibidas duplicadas».

Con todo, la Audiencia dio la razón a la promotora, sobre la base de que «el hecho de que haya que calificar la cláusula novena del contrato privado de compraventa como abusiva, no significa que la parte incumplidora no deba de responder por las consecuencias perjudiciales que su incumplimiento causó a la otra». En el caso concreto, la vendedora había cumplido escrupulosamente con sus obligaciones contractuales, mientras que, en cambio, el comprador no había elevado el contrato a escritura pública, de modo que no se pudo transmitir la titularidad del inmueble. Como consecuencia de ello, la vendedora decidió resolver el contrato de compraventa y procedió a aplicar la cláusula penal contenida en la estipulación novena del contrato de compraventa, reteniendo como indemnización de daños y perjuicios el 90% de la suma que los compradores habían entregado a cuenta del precio de la vivienda, procediendo a reintegrarles el 10% de lo recibido.

Por su parte, la SAP Barcelona núm. 92/2012, de 2 de marzo (AC 2012, 1485), consideró abusivas dos estipulaciones de un contrato de depósito estructurado, por suponer un importante desequilibrio de las prestaciones de las partes. Así, afirma que: «De la lectura del contrato resulta incuestionable que se ha utilizado una fórmula compleja porque, de explicitarse de una manera clara, nunca hubiera resultado un producto atractivo, y menos para realizar depósitos de más de 300.000 euros. Es el propio contrato el que evidencia la falta de información al cliente, pues lo que pretende es justamente la confusión, mostrando una apariencia de rentabilidad, cuando se trata de un producto muy poco rentable y que ata en la relación solo a una de las partes, pues solo castiga al cliente en el supuesto de que, cuando aprecia la realidad del producto, quiera desligarse del mismo. Y es este desequilibrio producido por la falta de información, y la engañosa información ofrecida, lo que convierte a estas cláusulas en abusivas».

accesible al consumidor, en el sentido de que está disponible al tiempo de contratar para que el consumidor conozca su existencia y contenido, podrá ser incorporada válidamente al contrato.

Por su parte, como luego tendré ocasión de explicar, la claridad, concreción, sencillez, legibilidad y demás características tendentes a evitar la oscuridad de una cláusula, componen el denominado moderno control de transparencia, que ha venido a configurarse como un segundo filtro, posterior al de inclusión (pero estrechamente relacionados), que deben satisfacer las cláusulas no negociadas individualmente.

b) *El control de inclusión en la LCGC*

El TRLGDCU contempla, como acabo de explicar, el control de inclusión de las cláusulas no negociadas individualmente. Pero, además, las condiciones generales de la contratación (que no son más que cláusulas no negociadas individualmente incorporadas a una pluralidad de contratos con consumidores) tienen su propio control de inclusión en la LCGC, control que, sin embargo, resulta ahora redundante a la vista de la nueva ley de protección del consumidor.

En este sentido, dispone el artículo 5.5 de la LCGC que: «La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez».

Por su parte, dice el artículo 7 de la LCGC que no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales de la contratación que «el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5» y las que «sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato».

Como se observa, el doble filtro de la incorporación (conocimiento de la existencia de la cláusula) y de la transparencia (comprensibilidad de la cláusula) se advierte con mayor nitidez en el artículo 7 de la LCGC que en el TRLGDCU.

2. EL CONCEPTO DE «CLÁUSULA ABUSIVA»: EL CONTROL DE CONTENIDO

Superado el primer escollo que supone, a efectos de admitir la validez de una cláusula no negociada individualmente, el control de inclusión (incorporación y transparencia), surge ahora la posibilidad de que el contenido de la cláusula no sea equitativo, es decir, sea claramente favorable al empresario en detrimento del consumidor. O, dicho en otras palabras, que se trate de una cláusula abusiva.

Y es que los requisitos analizados en el apartado anterior constituyen únicamente *conditio sine qua non* para la validez de las cláusulas no negociadas individualmente, pero no condición suficiente.

A) Las cláusulas abusivas en la Directiva 93/13/CEE

La noción de cláusula abusiva fue aproximada por vez primera por el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE. Señala el referido precepto que: «Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato».

Por tanto, las cláusulas no negociadas individualmente serán abusivas cuando quebranten, de forma importante y a favor del empresario, el equilibrio contractual entre derechos y obligaciones²⁰.

En otro orden de ideas, la Directiva 93/13/CEE contiene, en el artículo 4.2, una regla de importancia capital. Afirma dicho precepto 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».

Es decir, en el caso de que la cláusula cuyo contenido se examine como potencialmente abusivo, se refiera al objeto principal del contrato, o a la adecuación entre precio y contraprestación, no será posible calificarla de abusiva cuando haya sido redactada de manera clara y comprensible²¹. Estas cláusulas, por tanto, quedan amparadas por la libertad de mercado²², de forma que un con-

²⁰ Hay que tener en cuenta que para apreciar si existe tal desequilibrio no se han de comparar los derechos y obligaciones de cada una de las partes, ni cualitativamente (porque en muchos casos serán de distinta naturaleza, de forma que no puedan ser comparados) ni cuantitativamente.

Para BOSCH CAPDEVILA, E. y GIMÉNEZ COSTA, A.: «Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores», *RCDI*, núm. 692, 2005, pág. 1.764, «no se trata de comparar la cantidad de derechos que se atribuye a cada parte, sino que deben tenerse en cuenta los derechos y obligaciones que confieren las condiciones generales en comparación con los que les vienen otorgados por la Ley, es decir, se debe ver lo que cada parte tiene conforme a las cláusulas predisuestas, y lo que tendría sin dichas cláusulas, y a partir de aquí establecer la comparación».

²¹ La explicación lógica del precepto hay que hallarla en el hecho de que parece improbable que el consumidor consienta sobre tan importantes extremos sin conocimiento (o con conocimiento parcial) de los mismos, máxime si se tiene en cuenta que son precisamente los elementos que influyen de una manera más determinante en aquel a la hora de celebrar un contrato.

Lo anterior debe, sin embargo, matizarse, pues, como explica BUESO GUILLÉN, P. J.: «Los criterios determinantes del carácter abusivo en la Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores», *RDBB*, núm. 59, 1995, págs. 659-660, se trata de una opción de política legislativa criticable, «ya que la asimetría del poder económico entre el profesional y el consumidor también puede alcanzar estos elementos [objeto del contrato y equidad de las prestaciones], sin que el último tenga la posibilidad de negociarlos».

²² AVILÉS GARCÍA, J.: «Cláusulas abusivas, buena fe y reforma del derecho de la contratación en España», cit., pág. 1.542, ya anticipó la importancia de la economía de mercado en el Derecho de la contratación, al señalar que este, «tanto en España como en los países de nuestra misma cultura jurídica, se encuentra a remolque de la economía de mercado imperante, así como de la utilización que esta viene haciendo del principio de autonomía privada, y que, hoy por hoy, es el principio de mayor fortaleza entre todos aquellos que vienen recogidos en nuestros textos codificados».

rol sobre el precio o sobre la equidad de las prestaciones podría resultar incompatible con el artículo 38.1 de la CE, que reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado²³.

Sin embargo, *a sensu contrario*, sí podría examinarse el carácter abusivo de cláusulas referidas, bien al objeto principal del contrato, bien a la adecuación entre precio y contraprestación, cuando su redacción fuera oscura.

En cuanto a los efectos de las cláusulas abusivas, establece el artículo 6.1 de la Directiva que: «Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas».

Como se observa, la Directiva remite a los Estados miembros la determinación de la categoría de invalidez en que se concrete la falta de carácter vinculante de las cláusulas abusivas²⁴. En nuestro Derecho, como enseguida explicaré, esta categoría es la de la nulidad (art. 83.1 TRLGDCU), nulidad que únicamente se predicará respecto de la totalidad del contrato en el caso, en que, como se prevé en el artículo 6.1 de la Directiva (*a sensu contrario*), no pueda aquel subsistir sin las cláusulas abusivas (art. 83.2.III TRLGDCU).

B) Las cláusulas abusivas en la normativa española: concepto y efectos. Distinción entre cláusulas oscuras y cláusulas abusivas

El artículo 82.1 del TRLGDCU dispone, al enunciar el concepto de cláusula abusiva, 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».

Por tanto, de una interpretación conjunta de los artículos 80.1 y 82.1 del TRLGDCU resulta que hay que distinguir entre cláusulas oscuras y cláusulas abusivas. Las cláusulas oscuras son aquellas de difícil comprensión (que puede derivar de una falta de claridad, concreción, sencillez o legibilidad) o interpretación; en cambio, son cláusulas abusivas las que constituyan, además, una falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes, limitando los derechos del consumidor o imponiéndoles cargas desproporcionadas en relación con las que deba soportar el empresario. Es decir,

²³ En este punto, como bien señalan BOSCH CAPDEVILA, E. y GIMÉNEZ COSTA, A.: «Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores», cit., pág. 1.769, la posibilidad de llevar a cabo un control de precios en los contratos no negociados con los consumidores dependerá de si funciona o no el sistema de libre competencia, pues si funciona «el propio mercado eliminará los precios abusivos y los objetos inapropiados».

²⁴ Véase en este sentido GARRIDO COUREL, B.: «El consumidor ante las cláusulas abusivas: la Directiva 93/13/CEE y su recepción en el Derecho español; la Ley 7/98 sobre condiciones generales de la contratación», cit., pág. 116.

se trata de cláusulas que no cumplen el requisito establecido en el artículo 80.1 c) del TRLGDCU de «Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes».

Las consecuencias jurídicas que se derivan de unas y otras son también distintas. En el caso de las cláusulas abusivas, por mor del artículo 83.1 del TRLGDCU, «serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas». Precisa el segundo apartado de dicho precepto que la parte del contrato a la que afecte la nulidad «se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil (en adelante, CC) y al principio de buena fe objetiva» (art. 83.2.I), a cuyo fin el juez que declare la nulidad de las cláusulas abusivas «dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario» (art. 83.2.II). Con todo, la posibilidad de subsistencia del contrato sin las cláusulas abusivas se supedita, lógicamente, a que las cláusulas subsistentes determinen una situación equitativa en la posición de las partes, pues, de lo contrario, «podrá el juez declarar la ineficacia del contrato» (art. 83.2.III).

Para el caso de las cláusulas oscuras, sin embargo, no caben juicios apriorísticos sobre la validez de las mismas, que quedará a expensas de la apreciación judicial, que valorará, a tal efecto, el grado de oscuridad de la cláusula y si esta supone un desequilibrio importante, a favor del empresario, de los derechos y obligaciones que se derivan del contrato.

En fin, hay que señalar que existe un amplio catálogo de cláusulas que deberán considerarse abusivas (arts. 82.4 y 85 a 90 TRLGDCU)²⁵. La lista, a pesar de amplia, es meramente indicativa. Hay que hacer constar, por otra parte, que la fórmula empleada por el TRLGDCU, de considerarlas abusivas «en todo caso», se aparta de la contemplada en el artículo 3.3 de la Directiva 93/13/CEE, que sugería la posibilidad de considerar abusivas una serie de cláusulas contenidas en el Anexo²⁶ («El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que *pueden ser* declaradas abusivas»).

III. EL CAMBIO DE TENDENCIA EN CUANTO A LA APRECIACIÓN JUDICIAL DEL CARÁCTER ABUSIVO DE DETERMINADAS CLÁUSULAS

En nuestros días se está constatando una inversión de la tendencia tradicional de nuestros jueces relativa a la apreciación restrictiva del carácter abusivo de determinadas cláusulas predisuestas en los contratos de préstamo hipotecario.

²⁵ En concreto, son las siguientes: a) cláusulas que vinculan el contrato a la voluntad del empresario (art. 85); b) cláusulas que limiten los derechos del consumidor y/o usuario (art. 86); c) cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato (art. 87); d) cláusulas que impongan al consumidor y/o usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba (art. 88); e) cláusulas que resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato (art. 89); y f) cláusulas que contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable (art. 90).

²⁶ Véase a este respecto LETE ACHIRICA, J.: «Condiciones generales, cláusulas abusivas y otras nociones que conviene distinguir», cit., pág. 640.

1. LA TENDENCIA RESTRICTIVA A LA APRECIACIÓN DEL CARÁCTER ABUSIVO DE LAS CLÁUSULAS DE UN CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Hay que poner de manifiesto, antes que nada, que el análisis de una determinada cláusula en abstracto nunca aportará ideas claras. Por ello, las cláusulas cuya validez sea discutible deberán interpretarse atendiendo al resto de cláusulas del contrato en el que se inserten. Así lo dispone el artículo 82.3 del TRLGDCU, al afirmar 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 este dependa».

Ello justificaría que una cláusula, aparentemente de carácter abusivo, pueda considerarse válida si del análisis del contrato resulta que existe un equilibrio entre los derechos y obligaciones de ambas partes.

En este sentido, la práctica financiera ha demostrado que las entidades de crédito, toda vez actuar siempre en beneficio propio y en detrimento del cliente, no suelen incluir en los contratos de préstamo hipotecario cláusulas que puedan ser consideradas, *prima facie*, como manifiestamente abusivas, es decir, cláusulas cuyo carácter abusivo esté fuera de toda duda y deban ser, por consiguiente, consideradas nulas de pleno derecho.

Con todo, hay que tener presente una cuestión. Y es que quien suscribe un contrato de préstamo hipotecario, al ser un contrato de adhesión, está mostrando su conformidad con todas las cláusulas del contrato, haciendo uso, en consecuencia, de la autonomía de la voluntad proclamada en el artículo 1.255 del CC.

De la conjunción de todo lo anterior se deriva, por consiguiente, que en general haya existido, hasta nuestros días, una tendencia restrictiva a la apreciación de determinadas cláusulas como abusivas en los contratos de préstamo hipotecario. La multiplicidad de argumentos existentes (autonomía de la voluntad, cláusula no abusiva atendido el resto del contrato, etc.) ha conducido a que los tribunales hayan protegido en pocas ocasiones al consumidor.

2. LA SENSIBILIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES RESPECTO A LA SITUACIÓN DE CRISIS ECONÓMICA Y EL INICIO DE UN CAMBIO DE TENDENCIA A LA HORA DE APRECIAR JUDICIALMENTE EL CARÁCTER ABUSIVO DE UNA DETERMINADA CLÁUSULA

La situación, no obstante, está empezando a cambiar. La situación de crisis económica actual está sensibilizando a los jueces, que están llevando a cabo, cada vez en mayor medida, una interpretación más restrictiva de aquellas normas que limitan los derechos de los consumidores y usuarios.

A este respecto, hay que señalar que la jurisprudencia y las normas no son compartimentos estancos, sino que adquieren sentido fundamentalmente en consideración a los tiempos en que se dictan, de forma que, en épocas de crisis, no es raro observar pronunciamientos judiciales y normas (con independencia de su rango) que tienden a proteger a los sujetos que más padecen las consecuencias negativas de aquellas.

Ello explica que en nuestros días se esté produciendo una inversión de esa tendencia tradicional de apreciar restrictivamente el carácter abusivo de una cláusula. La consecuencia inmediata de lo anterior no es otra que un incremento en la apreciación judicial del carácter abusivo de determinadas cláusulas, que tiene por objeto, lógicamente, proteger al consumidor que padece sus efectos²⁷.

IV. ANÁLISIS DEL POSIBLE CARÁCTER ABUSIVO DE LAS CLÁUSULAS MÁS CONTROVERTIDAS PREDISPUESAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Lo dicho hasta ahora adquiere pleno sentido en el momento en que se pretende abordar el análisis de las cláusulas de validez más discutidas en el seno de los contratos de préstamo hipotecario²⁸. En efecto, contar con las herramientas previas ofrecidas aquí sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula se torna imprescindible a la hora de comprender mejor cuándo una cláusula puede ser considerada abusiva.

Son varias las cláusulas, de las insertadas en los contratos de préstamo hipotecario, cuya validez no está exenta de dudas. El objetivo de este trabajo es analizar su posible carácter abusivo, haciendo hincapié en la situación actual de crisis económica mundial, que debiera derivar en una aplicación prevalente de la normativa sobre protección del consumidor.

²⁷ En concreto, respecto de la cláusula suelo, MÚRTULA LAFUENTE, V.: *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Reus, Madrid, 2012, pág. 222, sostiene que: «Habría que tener en cuenta que, las importantes bajadas que se han producido del Euribor en relación con el tiempo en el que se estipularon muchos contratos, motiva que debamos de hablar de una circunstancia económica sobrevenida e imprevisible que afecta a una de las contraprestaciones de las partes (el interés, o mejor dicho la forma de calcular el interés) y por eso debe ser revisada, conforme a los criterios de buena fe objetiva (arts. 82.1 TRLGDCU y 1.258 CC) o simplemente por aplicación de la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, que tanto la doctrina como la jurisprudencia del TS han basado en una modificación sobrevenida de las circunstancias del contrato, de carácter imprevisible al tiempo de su celebración».

²⁸ El contrato de préstamo hipotecario es, sin lugar a dudas, un contrato de adhesión, en el que sus cláusulas vienen predisuestas por la entidad bancaria. Dice acertadamente GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.ª: «El control registral de las cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario», *RCDI*, núm. 705, 2008, pág. 397, que «el préstamo hipotecario es un verdadero contrato de adhesión, en el que el predisponente es el acreedor hipotecario (entidad de crédito), y el adherente es el deudor hipotecante (el particular, cliente del banco o caja)».

Las cláusulas cuyo posible carácter abusivo se va a analizar aquí son las siguientes: a) la cláusula suelo; b) la cláusula sobre intereses moratorios; y c) la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario por impago de una cuota.

1. LA CLÁUSULA SUELO EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

No cabe duda de que la cláusula más controvertida a raíz de la reciente jurisprudencia es la denominada «cláusula suelo».

Con dicho nombre se pretende hacer referencia a aquella estipulación contenida en los contratos de préstamo hipotecario a tipo de interés variable por la cual se fija un tipo de interés mínimo. En este sentido, hay que poner de manifiesto que la gran mayoría de las hipotecas que se contratan en nuestro país utilizan, a efectos de calcular el tipo de interés que deberá aplicarse a cada una de las cuotas que el prestatario ha de pagar, un índice de referencia denominado «Euribor»²⁹, al que se le añade un diferencial. En la medida en que el Euribor es un índice que difiere de un día a otro, estamos ante un tipo de interés variable.

Generalmente, las cláusulas suelo pasan desapercibidas porque el interés aplicable, resultante de la suma del Euribor y del diferencial, suele estar por encima del valor de aquellas. Por ejemplo, si el Euribor es del 3% y el diferencial del 0,5% (lo que totaliza un interés aplicable del 3,5%), una cláusula suelo del 3% no deja sentir sus efectos.

No obstante, el problema aparece en los casos en que el interés de referencia, el Euribor, padece una bajada, como está ocurriendo en la actualidad, en que dicho índice está registrando mínimos históricos³⁰. En estos casos, por ejemplo, un Euribor del 2%, sumado al diferencial del 0,5%, daría lugar a un interés aplicable del 2,5%.

De esta bajada del Euribor espera beneficiarse el consumidor, hasta que descubre que hay una cláusula en el contrato de préstamo hipotecario que se lo impide. Como se observa, las cláusulas suelo funcionan eliminando la posibilidad de que una bajada repentina del tipo de interés de referencia afecte al tipo de interés aplicable a las cuotas del préstamo. O lo que es lo mismo,

²⁹ El Euribor (*Euro Interbank Offered Rate*) es un índice de referencia, calculado y publicado diariamente, que indica el tipo de interés promedio al que las entidades financieras se ofrecen a prestar «dinero» en el «mercado interbancario» del euro.

³⁰ Como señala GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C.: «Una visión alternativa sobre la cláusula suelo en los préstamos hipotecarios a interés variable», *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, Sección Trabajos de los Investigadores, noviembre 2010, pág. 1, «los suelos hipotecarios previstos en los préstamos hipotecarios a tipo de interés variable (el 97% de los contratados en España responden a esta modalidad) nunca se cuestionaron por abusivos hasta que, con la llegada de la crisis económica y las turbulencias de los mercados financieros, se alcanzaron los mínimos históricos actuales».

actúa como un tipo de interés mínimo, de forma que el consumidor no pagará nunca un tipo de interés que esté por debajo del tipo de interés mínimo.

Un elemento importante que hay que tener en cuenta desde ya es que las cláusulas suelo no suelen incluirse de modo aislado en los contratos de préstamo hipotecario, sino que se insertan junto a otra cláusula, que ha venido a denominarse «cláusula techo», cuya función es la opuesta: proteger (supuestamente) al consumidor ante una subida del tipo de interés de referencia, de forma que nunca pagará más del tipo de interés máximo que se establezca. Es decir, se elimina en este caso el riesgo de variabilidad al alza del Euribor.

Con todo, lo cierto es que las cláusulas techo, a diferencia de las cláusulas suelo, no suelen aplicarse, puesto que establecen un tipo de interés máximo demasiado elevado, de forma que en la práctica su posibilidad de aplicación es prácticamente nula. La reciprocidad de las cláusulas suelo y techo, como se verá más adelante, es uno de los criterios que ha barajado la jurisprudencia para analizar el carácter abusivo de las cláusulas suelo.

En fin, se ha de tener presente, como he tenido ocasión de anticipar, que la rabiosa actualidad de este tipo de cláusulas está en íntima relación con los registros mínimos que está alcanzando el Euribor. En efecto, los consumidores están advirtiéndolo, precisamente en este momento, el perjuicio que les supone la inclusión de la cláusula suelo en el contrato de préstamo hipotecario.

A) La racionalidad de las cláusulas suelo

Las cláusulas suelo, evidentemente, tienen una racionalidad, una razón de ser. Dicha racionalidad se puede analizar desde dos planos: la racionalidad económica y la racionalidad sistémica.

Desde una perspectiva económica, la cláusula suelo tiene como objetivo, como señala YANES YANES, «asegurar un rendimiento mínimo del activo (el préstamo) que permita recuperar los costes de producción y mantenimiento en los que incurre el Banco en la financiación del cliente»³¹.

³¹ YANES YANES, P.: «El control de la "cláusula suelo"», *El Notario del Siglo XXI: Revista on line del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 43, mayo-junio 2012.

Sobre la base de la racionalidad económica, GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C.: «La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Secc. 5.^a), de 7 octubre 2011, estima el recurso de apelación de BBVA, NovaCaixaGalicia (NCG) y Cajamar contra la nulidad de la cláusula suelo declarada por la Sentencia 246/2010, de 30 de septiembre, del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla», *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, Sección Notas Jurisprudenciales, pág. 2, legitima la validez de las cláusulas suelo, argumentando que «no todas las cláusulas limitativas de la variación de tipos de interés afectan de igual forma al equilibrio de las posiciones contractuales de las partes. Antes de afirmar precipitadamente que las cláusulas de limitación de las variaciones de los tipos de interés en préstamos de interés variable son abusivas, hemos de preguntarnos si existe una causa razonable para la diferencia de distancia del suelo y del techo con respecto del tipo medio de interés fijo. Esto es, si es necesaria para 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».

En otras palabras: «La finalidad de estas cláusulas es evitar que la entidad bancaria registre pérdidas como consecuencia de las fluctuaciones del mercado financiero»³².

Es cierto, a mi entender, que la racionalidad económica justifica plenamente la incorporación de las cláusulas suelo a los contratos de préstamo hipotecario. Evidentemente, quien presta su dinero lo hace buscando asegurarse las mejores condiciones posibles de remuneración; de otro modo, seguramente no lo prestaría. No obstante, lo anterior no legitima cualquier cláusula suelo, debiendo hacerse hincapié, a la hora de analizar su validez, si supone un desequilibrio de las condiciones contractuales a favor del prestamista y a costa del prestatario.

Por otro lado, desde la perspectiva de la racionalidad sistémica, explica el mismo autor que: «El pacto limitativo está concebido con la principal finalidad de que, en tiempos de anormales e impredecibles reducciones de los tipos de interés, las entidades de crédito puedan seguir haciendo frente al pago de su pasivo. En otro caso no podrían hacerlo, con la inevitable repercusión en el conjunto del sistema. Los recientes procesos de recapitalización bancaria son aleccionadores a este respecto»³³.

B) La legalidad, en abstracto, de las cláusulas suelo pactadas en los contratos de préstamo hipotecario

Toda vez haberse revelado como una práctica aparentemente abusiva, las cláusulas suelo están permitidas. Así resulta de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios³⁴ (vigente hasta el 29 de abril de 2012), y actualmente en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios³⁵.

En concreto, la posibilidad de establecer la cláusula suelo estaba prevista en el artículo 3 bis, apartado 3, del Anexo II de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, según el cual: «Cuando se establezcan límites máximos y mínimos a la variación del tipo de interés aplicable al préstamo, se expresarán dichos límites:

- a) En términos absolutos, expresándose en forma de tipo de interés porcentual los citados límites máximo y mínimo.

Esta forma de expresión se utilizará obligatoriamente cuando puedan expresarse dichos límites en términos absolutos al tiempo del otorgamiento del documento de préstamo;

³² GARCÍA MONTORO, L.: «La cláusula suelo-techo en el préstamo hipotecario y la prueba de su negociación individual», *Revista CESCO*, núm. 5, 2013, pág. 240.

³³ YANES YANES, P.: «El control de la "cláusula suelo"», cit.

³⁴ BOE núm. 112, de 11 de mayo de 1994 (págs. 14.444-14.449).

³⁵ BOE núm. 261, de 29 de octubre de 2011 (págs. 11.3242-11.3283).

- b) De cualquier otro modo, siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a Derecho».

Más clara es, sin duda, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, vigente desde el 29 de abril de 2012. Concretamente, su artículo 25 admite sin ambages la validez de las cláusulas suelo, al disponer que: «En el caso de préstamos en que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo, se recogerá en un anexo a la Ficha de Información Personalizada, el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima».

Se observa, por tanto, que la normativa sobre transparencia bancaria no prohíbe la predisposición de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario. Como he venido diciendo, su validez dependerá del análisis íntegro de la totalidad del contrato, que revelará si existe, o no, un justo equilibrio (desde una perspectiva jurídica, no económica³⁶) entre los derechos y obligaciones de ambas partes. Pero, consideradas en abstracto, las cláusulas suelo no son ilegales³⁷.

En fin, hay que señalar que el notario autorizante del contrato tiene la obligación, de conformidad con el artículo 30.3 b) 3 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, de advertir al cliente de: «Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo». Continúa explicando el precepto que: «En particular, el notario consignará en la escritura esa circunstancia, advirtiendo expresamente de ello al cliente e informándole, en todo caso, sobre: i) Los efectos de estos límites ante la variación del tipo de interés de referencia; ii) Las diferencias entre los límites al alza y a la baja y, de manera especial, si se ha establecido únicamente un límite máximo a la bajada del tipo de interés».

C) Elementos valorados por la jurisprudencia a la hora de analizar el carácter abusivo de las cláusulas suelo. Análisis de la situación anterior a la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088)

Existen una serie de elementos que han sido muy especialmente tenidos en cuenta por nuestros tribunales a la hora de apreciar si una cláusula suelo puede calificarse como abusiva o no.

³⁶ A este respecto, la SAP Sevilla núm. recurso 1604/2011, de 7 de octubre de 2011 (AC 2011, 1569), declaró que: «El equilibrio al que el artículo 82.1 de la LGCU se refiere es un equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, un equilibrio del contenido jurídico obligacional del contrato, no del alcance económico de las contraprestaciones que constituyen el objeto del contrato. Aceptado un determinado precio por el prestatario, la mayor o menor onerosidad de la operación financiera no supone un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, pues como decimos, el equilibrio exigido por la LGCU se refiere a los de contenido jurídico, no al equilibrio económico de la operación. En definitiva que el precio de una operación determinada sea caro no puede producir la nulidad del pacto».

³⁷ Es ilustrativo en este sentido el apunte efectuado por la SJPII núm. 1 Cáceres, núm. 96/2011, de 18 de octubre (AC 2011, 1581), al establecer que «ni el litigio ni el control judicial sobre la cláusula versan sobre la denominada cláusula suelo, sin más, sino sobre si las cláusulas suelo-techo concretas, son desequilibradas en perjuicio del consumidor».

En primer lugar, la jurisprudencia valora de forma primordial si la cláusula suelo ha sido negociada individualmente o no. En un segundo momento, y tras haber constatado que se trata de una cláusula no negociada individualmente, los tribunales analizan si esa cláusula suelo supone efectivamente un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes en el contrato de préstamo hipotecario.

a) La cláusula suelo como condición general de la contratación

A la hora de valorar si una cláusula suelo puede ser abusiva, se ha de atender, primeramente, a si dicha cláusula ha sido negociada de forma individual entre el consumidor y la entidad de crédito, o si, por el contrario, se trata de una condición general de la contratación, y, por tanto, pre-dispuesta (no negociada individualmente) en la generalidad de contratos de préstamo hipotecario.

La cuestión es de gran importancia, habida cuenta que, para que una cláusula sea abusiva, debe ser, antes que nada, y de conformidad con el artículo 82.1 del TRLGDCU, una «estipulación no negociada individualmente». *A sensu contrario*, por consiguiente, si la cláusula ha sido negociada individualmente, no puede ser considerada abusiva aunque suponga un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes³⁸.

La jurisprudencia ha considerado, atendiendo a la práctica bancaria en este sentido, que las cláusulas suelo constituyen una condición general de la contratación, pues «no son el objeto de la libre negociación ni fruto exclusivo de la misma, sino que vienen predisuestas e impuestas en la normalidad de los casos, resultando la excepcionalidad su variación y negociación particular. Y ello aunque varíen o puedan hacerlo en más o en menos entre unas y otras entidades financieras»³⁹.

El hecho de que la cláusula suelo haya sido negociada individualmente ha de ser probado por la entidad de crédito, de conformidad con el artículo 82.2.II del TRLGDCU («El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba»). En este sentido, no cabe argumentar, como prueba de que la cláusula suelo se ha negociado individualmente, la ausencia de dicha cláusula en contratos de la misma índole celebrados con otros consumidores.

Y es que, si la entidad de crédito predispone la cláusula en el contrato y al cliente únicamente le queda adherirse al mismo o rechazarlo (todo ello en su integridad), la cláusula se debe considerar como no negociada individualmente, y ello con independencia de su presencia o ausencia en contratos de préstamo hipotecario celebrados con otros consumidores⁴⁰.

³⁸ Cuestión distinta será que la entidad de crédito haya pactado con el consumidor una cláusula que se revele lesiva de los derechos de este, toda vez habersele sido presentada como beneficiosa.

³⁹ Véase en este sentido SJMerc. núm. 2 de Sevilla, núm. 246/2010, de 30 de septiembre (AC 2010, 1550).

⁴⁰ Véase en este sentido la SJCA núm. 1 de Vitoria-Gasteiz, núm. 217/2012, de 19 de septiembre.

b) *El control de la reciprocidad entre la cláusula suelo y la cláusula techo*

Tras haberse constatado que la cláusula suelo es una condición general de la contratación, toca ahora analizar si aquella supone un desequilibrio de los derechos y obligaciones que se derivan para las partes del contrato de préstamo hipotecario.

Hay que partir, en esta sede, de una realidad: las condiciones generales no son *per se* abusivas⁴¹. Sí que sería abusivo, en cambio, establecer una cláusula que beneficiara únicamente a la entidad de crédito (como es la cláusula suelo), sin que, al mismo tiempo, existiera otra que supusiera una contrapartida favorable al consumidor⁴².

Como cláusula que equilibra los derechos y obligaciones de las partes, se suele insertar en los contratos de préstamo hipotecario, como ya expliqué en su momento, la denominada «cláusula techo», que fija un tope máximo de interés aplicable a las cuotas del préstamo hipotecario. Ocurrir en la práctica, no obstante, que, toda vez fijarse la citada cláusula, esta resulta irrealizable⁴³,

⁴¹ Como bien afirma la SJPII núm. 1 Cáceres, núm. 96/2011, de 18 de octubre (AC 2011, 1581), «Las condiciones generales y las cláusulas abusivas pueden figurarse como dos círculos secantes; las condiciones generales no son por sí cláusulas abusivas y existen cláusulas abusivas que no tienen por qué ser condiciones generales, pudiendo ser particulares en un concreto contrato. La nota que las asemeja es la predisposición y la imposición».

⁴² En este sentido, señala la SJPII núm. 1 Cáceres, núm. 96/2011, de 18 de octubre (AC 2011, 1581), que: «Lo que la ley impone al hablar de equilibrio, es que si se estipula tal excepción debe existir una contrapartida equivalente en beneficio del consumidor. Y esta contrapartida debe ser real o efectiva». Por su parte, la SAP Zaragoza núm. 283/2012, de 8 de mayo (AC 2012, 1007), estimó que «son correspondientes la fijación de cláusula de mínimo y de máximo».

⁴³ Así, la SJPII núm. 1 Cáceres, núm. 96/2011, de 18 de octubre (AC 2011, 1581), entendió que: «La fijación de un techo de 12% es francamente irrealizable, cuando se establece [...]. Se considera que no puede admitirse la afirmación de que la duración del préstamo (normalmente entre 20, 30 y 40 años) permite que sea posible que en el futuro puede alcanzarse ese porcentaje: el alcanzar el 12%, que no tiene base pericial alguna, supondría prácticamente el impago de muchos préstamos hipotecarios y de paso muchas dificultades a las entidades de crédito».

De la misma forma, la SJMerc. núm. 1 de León, núm. 6/2011, de 11 de marzo (AC 2011, 179), cuya doctrina reprodujo la SAP Cáceres núm. 484/2012, de 19 de noviembre (AC 2013, 44), opinó que «una hipótesis de evolución alcista del Euribor más allá del 12% no puede sino considerarse ajena a la realidad, y ello por razón de la imposibilidad de absorción por el mercado, en la medida en que buena parte de los prestatarios, habitualmente endeudados por la adquisición de vivienda en una proporción irracional de sus ingresos, carecerían de capacidad económica para hacer frente a tales cuotas, y las entidades de crédito verían más que reducida su principal fuente de ingresos, centrada en la venta de productos financieros y en particular de préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda, y seriamente amenazada su cuenta de resultados».

En fin, la SJMerc. núm. 2 de Bilbao (Vizcaya), núm. 59/2013, de 7 de marzo (JUR 2013, 95339), consideró a este respecto que «el desequilibrio es palmario, se fija un mínimo o suelo con una alta probabilidad de entrar en juego (la realidad lo confirma en el momento actual, en el que se ha bajado del 1%); a la par que se pacta un máximo o techo irreal, que cualquier persona con un mínimo acercamiento al sector financiero catalogaría como descabellado. Es decir, plantear siquiera que los tipos de interés variables se acerquen al 15% en la situación actual es algo que se aproxima a la imposibilidad, lo cual, asimismo, puede calificarse como hecho notorio sin necesidad de prueba [...]. Otra cosa sería, claro está, si el pacto hubiera situado el tipo máximo en el 6 o 7%, en cuyo caso podría hablarse de una cláusula más balanceada, con un análisis diferente».

por estipular un interés muy elevado. En este sentido, y teniendo en cuenta que el valor máximo histórico del Euribor a 12 meses ha sido de 5,393 % (julio 2008), carecen de sentido las cláusulas techo normalmente pactadas con valores del 12 %, 15 % o hasta 18 %.

A mi juicio, las cláusulas suelo debieran considerarse abusivas, sin excepción, en los casos (que son la mayoría) en que las cláusulas techo no contuvieran valores aceptables del tipo de interés, es decir, cuando fueran meramente ficticias. Valores muy elevados, con escasa probabilidad de alcanzarse, enmascaran una cláusula que, en la práctica, únicamente beneficia a la entidad de crédito en detrimento del consumidor⁴⁴.

Así lo ha venido entendiendo la jurisprudencia⁴⁵, que ha considerado que en estos casos «la cláusula techo, por irrealizable, no supone una contrapartida en favor del consumidor, de modo que la cláusula suelo supone un desequilibrio en su perjuicio y en claro beneficio para la entidad de crédito»⁴⁶.

Y es que las referidas cláusulas suelo «resultan abusivas por quebrantar la debida reciprocidad en el contrato, pues si bien es cierto, que se recogen límites tanto a las subidas como a las bajadas de interés, no lo es menos, que [...] no existe proporción entre tales límites pues la entidad financiera se asegura una adecuada protección frente a una sustancial bajada de los tipos de interés [...], mientras que el límite superior del 12 % no tiene margen para la aplicación práctica, al menos desde la última década»⁴⁷. No puede dejarse de señalar que el carácter abusivo de

⁴⁴ En este sentido, ACHÓN BRUÑÉN, M.^a J.: «Adecuación del procedimiento judicial hipotecario a la normativa europea: sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013», *Diario La Ley*, núm. 8.065, Año XXXIV, Sección Tribuna, 18 abril 2013, pág. 4, entiende que «afortunadamente, numerosas resoluciones de nuestros tribunales han declarado la nulidad de dichas cláusulas cuando, bajo la aparente y formal reciprocidad, se encubre una situación ventajosa únicamente para la entidad bancaria, máxime teniendo en cuenta que la misma posee mayor información acerca de cuál va a ser la evolución futura del Euribor».

Igualmente, LUCEÑO OLIVA, J. L.: «¿Son abusivas las "cláusulas suelo" en las hipotecas?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 814, 2011, pág. 9, señala que la doctrina contenida en la SJMerc. núm. 2 de Sevilla, núm. 246/2010, de 30 de septiembre (AC 2010, 1550), que considera las cláusulas suelo abusivas por imponer un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, constituye «un paso más en la protección a los consumidores ante situaciones contractuales donde las facultades y la fuerza negociadora de las partes están claramente desequilibradas».

⁴⁵ DOMÍNGUEZ ROMERO, J.: «El control del suelo hipotecario. Crónica jurisprudencial a propósito de la cláusula de limitación mínima del tipo de interés», cit., pág. 858, se hace eco de este criterio, manifestando que: «En el supuesto de coexistencia en el mismo préstamo de limitaciones al alza y a la baja, el criterio parece haberse basado en la comparación de ambos límites, entendiendo que no son semejantes, que no existe simetría entre las acotaciones, lo que generaría un desequilibrio por falta de reciprocidad, dado que la relación es desproporcionada por el lado del techo o porque este se entendiera irrealizable».

⁴⁶ Véase en este sentido SJPII núm. 1 Cáceres, núm. 96/2011, de 18 de octubre (AC 2011, 1581).

⁴⁷ Véanse en este sentido SSAP Cáceres núm. 236/2012, de 24 de abril (JUR 2012, 154622); núm. 281/2012, de 23 de mayo (AC 2012, 491); núm. 359/2012, de 10 de julio (AC 2012, 1375); núm. 373/2012, de 18 de julio (AC 2012, 1460); núm. 431/2012, de 5 de octubre (AC 2012, 1971); núm. 484/2012, de 19 de noviembre (AC 2013, 44); núm. 536/2012, de 14 de diciembre (AC 2013, 83), y núm. 544/2012, de 19 de diciembre (JUR 2013, 33577).

una cláusula suelo se hace más patente en los casos en que el valor atribuido a dicha cláusula es inusualmente excesivo⁴⁸.

Existen sentencias, por otra parte, que más que atender a un análisis de la reciprocidad entre las prestaciones ofrecidas por las partes, centran el enfoque para resolver la cuestión en la existencia o no de buena fe por parte de la entidad de crédito. En mi opinión, la buena fe no es otra cosa que el origen de la reciprocidad o de la ausencia de la misma: si la entidad de crédito actúa con buena fe, seguramente habrá reciprocidad entre las prestaciones, y al contrario.

Así, señala la SAP Cáceres núm. 484/2012, de 19 de noviembre (AC 2013, 44), que: «La buena fe es un canon de lealtad, rectitud, honestidad o corrección, una pauta de conducta que debe presidir el comportamiento de los contratantes a través de un conjunto de reglas no escritas pero conocidas por todos, que generan una confianza en que el otro contratante actuará con la misma honestidad y lealtad. En este caso, la buena fe se proyecta en la fase de redacción y celebración del contrato y obliga al predisponente a "tratar leal y equitativamente a la parte adherente, cuyos intereses legítimos tiene que tener en cuenta", como se expone en el considerando 14 de la Directiva 93\13»⁴⁹.

Hay que advertir, con todo, que no son infrecuentes las sentencias que admiten la validez de una cláusula suelo, sobre la base de que deben ser analizadas, no de forma abstracta,

⁴⁸ Así, por ejemplo, la SAP Cáceres núm. 236/2012, de 24 de abril (JUR 2012, 154622), resolvió un supuesto en el que la cláusula suelo era del 5%. Afirma la Audiencia que: «Las cláusulas sometidas al control judicial acompañadas a la demanda no solo son absolutamente desproporcionadas, imponiendo un "límite suelo" excesivamente alto en beneficio de la entidad de crédito que alcanza hasta el 5% en evidente perjuicio del particular, sino también se trata de cláusulas abusivas, por cuanto el "límite techo" fijado por la entidad crediticia, se ha limitado en unos intereses del 12%, absolutamente inimaginables en las fechas que se firmaron las cláusulas que nos ocupan, como inimaginables en la actualidad». Más impactante es el caso resuelto por la SJMerc. núm. 2 de Palma de Mallorca, de 2 de febrero de 2012 (AC 2012, 316). En este supuesto, la cláusula suelo ascendía a un interés del 4,5%, mientras que la cláusula techo, por su parte, se había equiparado a los intereses moratorios, ascendiendo a un 28%. Dice la sentencia que: «No se necesita ningún dictamen pericial para constatar que la cláusula firmada por el Sr. Adriano, no solo es absolutamente desproporcionada, imponiendo un "límite suelo" excesivamente alto en beneficio de la entidad de crédito que alcanza el 4,5 en evidente perjuicio del particular, sino también palmariamente abusiva, por cuanto el "límite techo" fijado por la entidad crediticia, se ha igualado sin rubor alguno a los estratosféricos intereses del 28%, que entran de lleno y con todos los honores en la calificación de usuarios y leoninos conforme al artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908».

⁴⁹ Atendiendo a dicha doctrina, la Audiencia consideró como abusiva la cláusula suelo estudiada, pues: «Para sostener la validez del pacto se exige que el mismo cubra aparentemente los intereses de uno u otro contratante para que no pueda ser atacado desde la perspectiva de la falta de reciprocidad y, en este punto, la entidad apelante ha actuado en contra de las exigencias de la buena fe, imponiendo una prerrogativa unilateral bajo una formal reciprocidad, que encubre una real y clara desproporción [...]. La entidad financiera sabe, desde que predispone la cláusula "suelo" que la misma entrará en funcionamiento, sin duda alguna, como aquí ha sucedido y, al tiempo, reviste de falso ropaje recíproco dicha cláusula, con el establecimiento de otra, supuestamente beneficiosa para el consumidor y perjudicial para la entidad, que impide la subida de tipos de interés a partir de un hecho absoluta y totalmente irreal: que los tipos de interés suban del 12% (o incluso del 10%) [...]. De ese modo, disimula la cláusula que se quiere predisponer, con otra que sabe que nunca tendrá virtualidad práctica, todo ello en un acto de clara contradicción con la buena fe; en un acto, por ello, claramente abusivo y que, por tanto, debe provocar la nulidad de la cláusula».

sino comprendidas dentro de un todo más amplio como es el contrato de préstamo hipotecario, de cuya lectura se puede llegar a la conclusión de que en conjunto existe corresponsabilidad en el alcance económico de las condiciones derivadas del contrato⁵⁰. También existen sentencias que consideran que los límites a la baja y al alza de los tipos de interés no son dos contraprestaciones contractuales recíprocas, sino mecanismos contractuales dirigidos a reducir el riesgo de pérdidas o de impago⁵¹.

c) La cláusula suelo como configuradora del precio del contrato de préstamo hipotecario

Un argumento (utilizado por las entidades de crédito) que no se puede dejar de tratar en esta sede es el relativo a que la cláusula suelo constituye un elemento esencial del precio del contrato de préstamo hipotecario, de forma que se excluye del control de abusividad, conforme a lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE. Dicho precepto 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

⁵⁰ Por ejemplo, la SJMerc. núm. 9 de Madrid, de 8 de septiembre de 2011 (AC 2011, 2146), afirmó que «la existencia *per se* de una cláusula suelo no supone necesariamente que la misma resulte abusiva [...]. En este caso atendiendo al resto de condiciones económicas del contrato, (especialmente el tipo de referencia utilizado IRPH del conjunto de entidades de crédito que en esa época superaba el 6%) que permitía un margen de bajada de tipo de interés que pudiera beneficiar al prestatario, diferencial aplicable, periodo de amortización, fase inicial con un tipo de interés fijo, etc., no puede considerarse abusiva dicha cláusula».

Sobre este punto, considera, acertadamente a mi juicio, DOMÍNGUEZ ROMERO, J.: «El control del suelo hipotecario. Crónica jurisprudencial a propósito de la cláusula de limitación mínima del tipo de interés», cit., pág. 859, que «Así, cuando solo exista suelo, el riesgo únicamente lo asume el cliente, de modo que esa asunción debe ser compensada con alguna contrapartida, que no tiene por qué ser la fijación de un techo –puede ser un diferencial más bajo, un mayor periodo de vigencia del préstamo, ausencia de comisiones por vencimiento anticipado, etc.–, cualquier contrapartida contractual real y efectiva cuya carga probatoria (no solo de su existencia, sino de su efectividad como real medio compensador) corresponde a la entidad y que en todo caso debe referirse al momento en que se concertó el préstamo –contextualización *ex art. 82.3 TRLGCU*–; de modo que cuando no exista acreditada por la entidad ninguna otra contrapartida de aplicación general que no sea la cláusula techo (esto es, en caso de *coexistencia de suelo y techo*), habrá de comprobarse, no ya si guarda simetría porcentual con el suelo, sino si el techo fijado es, en sí mismo, una contrapartida real y efectiva».

⁵¹ En este sentido, la SAP Sevilla núm. recurso 1604/2011, de 7 de octubre de 2011 (AC 2011, 1569), que resuelve el recurso de apelación contra la SJMerc. núm. 2 de Sevilla, núm. 246/2010, de 30 de septiembre (AC 2010, 1550), manifestó que «los pactos sobre límites a la variabilidad del interés, no constituyen derechos u obligaciones recíprocas de las partes, sino que se incorporan al contrato como mecanismos para reducir el riesgo de pérdidas o de impago que pudiera frustrar el fin del contrato, y de esta manera asegurar el buen fin del mismo. No cabe, por tanto, contraponer el límite máximo al límite mínimo como si de dos contraprestaciones contractuales recíprocas se tratase. No nos hallamos más que ante una obligación que es la del prestatario de pagar el precio, el cual en una clase de contrato que queda sometido a las contingencias del alza y baja de los tipos durante un periodo muy largo de tiempo, se acota por arriba y por abajo para limitar el riesgo de que esa variabilidad pueda llegar a extremos que hagan inviable el contrato. Por consiguiente, no hay desequilibrio alguno o falta de reciprocidad de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Y es que no existe un derecho del prestatario a la limitación de la variabilidad o a la proporcionalidad de los límites».

que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»⁵².

Sobre la base de este precepto, las entidades de crédito han argumentado que la cláusula suelo, al configurar un elemento esencial del precio del contrato, no puede estar sometida a ningún control jurisdiccional sobre su abusividad. No obstante, existen pronunciamientos, tanto del TJUE como del propio Tribunal Supremo, que han confirmado la posibilidad de un control jurisdiccional material del eventual carácter abusivo de cláusulas que se refieran al precio del contrato.

Así, la STJUE (Sala Primera) de 3 de junio de 2010, asunto c-484/08⁵³ (TJCE 2010, 162), resolvió una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo, relativa a si el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE impide a un Estado miembro establecer en su ordenamiento, y en beneficio de los consumidores, un control del carácter abusivo de las cláusulas que se refieran a «la definición del objeto principal del contrato» o «a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra», aunque estén redactadas de manera clara y comprensible.

El TJUE afirmó que «el artículo 8 de la Directiva establece formalmente que los Estados puedan «adoptar o mantener en el ámbito regulado por la [...] Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección», de forma que «las cláusulas contempladas en dicho artículo 4, apartado 2, que están incluidas en el ámbito regulado por la Directiva, solo quedan eximidas de la apreciación de su carácter abusivo en la medida en que el órgano jurisdiccional competente considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible».

Haciéndose eco de la doctrina emanada de la STJUE, el Tribunal Supremo, en STS núm. 663/2010, de 4 de noviembre (RJ 2010, 8021), declaró que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE «debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida»⁵⁴.

⁵² Sobre la razón de ser de este precepto, considera YANES YANES, P.: «El control de la "cláusula suelo"», cit., que «precisamente porque la fijación de precios es libre, y porque se lleva a cabo en y por el mercado, el legislador comunitario excluyó de manera inequívoca del control del contenido las cláusulas predispuestas que recogen el precio y la prestación. De lo que se trata es de evitar que los jueces puedan controlar los precios y de asegurar la función de asignación eficiente de los recursos que corresponde al mercado».

⁵³ Sentencia reseñada por SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: «El control jurisdiccional de las cláusulas abusivas», *RDBB*, núm. 121, enero-marzo 2011, págs. 243-245.

⁵⁴ Véanse en el mismo sentido las SSAP Cáceres núm. 281/2012, de 23 de mayo (AC 2012, 491); núm. 359/2012, de 10 de julio (AC 2012, 1375); núm. 373/2012, de 18 de julio (AC 2012, 1460); núm. 431/2012, de 5 de octubre (AC 2012, 1971); núm. 484/2012, de 19 de noviembre (AC 2013, 44); núm. 536/2012, de 14 de diciembre (AC 2013, 83); y núm. 544/2012, de 19 de diciembre (JUR 2013, 33577).

La jurisprudencia menor, con todo, venía entendiendo que la cláusula suelo no constituye un elemento esencial del precio del contrato, sino que es meramente accesorio al mismo, admitiendo, por tanto, el control material sobre su posible carácter abusivo⁵⁵; ello, sin perjuicio de la existencia de algún fallo en sentido contrario⁵⁶.

⁵⁵ A este respecto, la pionera SJMerc. núm. 2 de Sevilla, núm. 246/2010, de 30 de septiembre (AC 2010, 1550), consideró que no cabe reputar la cláusula suelo como «elemento esencial en cuanto que parte del precio, sino que meramente accesorio al mismo, pues se añade como un pacto más que sirve precisamente para la limitación o control de la fluctuación o variabilidad admisible en el contrato y más concretamente es accesorio y limitadora, y a su vez de otra cláusula como es la de determinación del tipo de interés aplicable al contrato. Pacto accesorio de control a modo de cláusula de estabilización negativa, que solo se aplica cuando se da el mínimo que contempla, y que por lo mismo puede no darse nunca o darse y no darse sucesivamente durante la vida del contrato».

A pesar de los argumentos ofrecidos por la sentencia, YANES YANES, P.: «El control de la "cláusula suelo"», cit., en un comentario a esta, opina que el razonamiento judicial «dista de ser convincente y definitivo». Para el autor, el uso del término «accesorio» no resuelve la cuestión, sino que la complica: «Es cierto que no es lo mismo "elemento esencial" que "elemento accesorio" del contrato, pero lo que se opone a "esencial" no es lo "accesorio", sino lo "contingente" o lo "accidental" (esto es, lo que puede faltar), de la misma manera que lo "accesorio" no se opone a lo "esencial" sino a lo "principal"».

A mi juicio, toda vez que la terminología de la sentencia pueda resultar confusa, la voluntad de la misma (que, a fin de cuentas, es lo que interesa) es clara: la cláusula suelo, si bien afecta al precio de forma accesorio o secundaria, no por ello puede escapar del control de abusividad.

Por su parte, las SSAP Cáceres núm. 236/2012, de 24 de abril (JUR 2012, 154622); núm. 281/2012, de 23 de mayo (AC 2012, 491); núm. 359/2012, de 10 de julio (AC 2012, 1375); núm. 373/2012, de 18 de julio (AC 2012, 1460); núm. 431/2012, de 5 de octubre (AC 2012, 1971); núm. 484/2012, de 19 de noviembre (AC 2013, 44); núm. 536/2012, de 14 de diciembre (AC 2013, 83); y núm. 544/2012, de 19 de diciembre (JUR 2013, 33577), aducen en este sentido que «esas cláusulas limitativas que la entidad de crédito podía incluir en el contrato no eran negociadas ni percibidas ni contempladas por el consumidor medio como parte integrante del precio. Las percibía, en su caso, como una imposición o condición accesorio, ya que o bien la aceptaba, o bien no recibía el préstamo, de tal modo que no pueden ser calificadas de "elemento esencial". La forma de incluir estas cláusulas limitativas, que suponen un evidente acotamiento de techos y suelos e influyen de manera indubitada en el coste final del préstamo, se firmaban por los clientes de la entidad bancaria como accesorias al contrato y no como parte sustancial del precio mismo».

En fin, la SJMerc. núm. 9 de Madrid, de 8 de septiembre de 2011 (AC 2011, 2146), con más criterio, precisó que «no se puede concluir sin destacar las dudas que suscitara la atribución a esa cláusula de un carácter esencial, pues si bien es cierto que eventualmente sirve para determinar el tipo de interés aplicable y que en el préstamo el interés es el precio que recibe el banco por la operación crediticia, es igualmente cierto que esa función no se cumple en todo caso, sino únicamente cuando se dan los presupuestos fácticos de la cláusula, que determinan la conversión del interés variable en el interés fijo previsto».

Sobre esta aplicación eventual y no permanente de los topes al límite de interés se pronunció también la SJMerc. núm. 2 de Bilbao (Vizcaya), núm. 59/2013, de 7 de marzo (JUR 2013, 95339). En concreto, dicha sentencia señaló que «por lo que respecta a la naturaleza de los límites contratados, los mismos no constituyen una condición esencial del contrato, dado que, a diferencia del carácter variable del interés, que entra en funcionamiento desde el inicio del contrato hasta el final; los topes del mismo pueden, en función de las variaciones del Euribor, no ser de aplicación durante toda la vida del contrato, o hacerlo en momentos muy puntuales».

⁵⁶ Así, la SAP Sevilla núm. recurso 1604/2011, de 7 de octubre de 2011 (AC 2011, 1569), declaró que «estas cláusulas constituyen los términos financieros de la operación de préstamo, están incluidas en la oferta vinculante que la entidad debe hacer al prestatario, de conformidad con la OM de 5 de mayo de 1994, y una vez aceptada la oferta se incorporan al contrato, siendo el precio del mismo. En definitiva, estas cláusulas de limitación de intereses son elementos configuradores del precio del producto contratado, estableciendo el mínimo que el cliente habrá de pagar como intereses

D) La postura del Tribunal Supremo: la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088)

Recientemente, el Tribunal Supremo se ha pronunciado por vez primera sobre la validez de las cláusulas suelo, en su STS núm. 241/2013, de 9 de mayo⁵⁷ (RJ 2013, 3088).

a) Exégesis de la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088)

El alto tribunal enfoca el problema en los controles de incorporación y de transparencia de la cláusula suelo, señalando que, en el caso, las cláusulas suelo carecen de transparencia y, por tanto, deben ser declaradas nulas.

del préstamo, y el máximo que abonará [...]. Así pues, consideramos que estas cláusulas no son de carácter accesorio, no constituyen una condición general de la contratación, sino que 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».

⁵⁷ Sentencia que, por su importancia, ha sido objeto de numerosos comentarios en nuestra doctrina, entre los que se pueden citar los siguientes: ACHÓN BRUÑÉN, M.^a J.: «Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales», *Diario La Ley*, núm. 8.127, Año XXXIV, Última hora: Sección Doctrina, 16 julio 2013; CÁMARA LAPUENTE, S.: «El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 junio 2010 (*Caja Madrid*) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo (No es abusiva la cláusula que define el objeto principal del contrato, salvo por falta de transparencia)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013; CARRASCO PERERA, Á. y GONZÁLEZ CARRASCO, C.: «¿Hay que "quitar" las cláusulas suelo de todos los préstamos, de todas las entidades financieras, de cualquier naturaleza, aunque no fueran préstamos ni créditos hipotecarios?», *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, Sección «Trabajos realizados por los investigadores», disponible para su consulta en www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/34.pdf (fecha de la última visita: 6 de noviembre de 2013); CARRASCO PERERA, Á. y GONZÁLEZ CARRASCO, C.: «La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre las "cláusulas suelo" es inconstitucional», *Diario La Ley*, núm. 8.159, Año XXXIV, Sección Doctrina, de 30 de septiembre de 2013; CORDERO LOBATO, E.: «Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo 2013)», *Diario La Ley*, núm. 8.098, Año XXXIV, Sección Tribuna, 5 junio 2013; CORDERO LOBATO, E.: «Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013; GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C.: «Requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de la nulidad acordada por la STS 9 de mayo de 2013», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013; HERNÁNDEZ GUARCH, C.: «La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. La sorpresiva declaración de irretroactividad de las cantidades abonadas», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013; MARTÍNEZ ESPÍN, P.: «El control de las condiciones generales de la contratación: su aplicación al contrato de alquiler de vehículos», cit.; PÉREZ CONESA, C.: «Condiciones generales de la contratación abusivas: cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario a interés variable. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013», *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4/2013, págs. 39-47; PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F.: «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *Indret*, núm. 3/2013; PLAZA PENADÉS, J.: «Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo», *Diario La Ley*, núm. 8.112, Año XXXIV, Sección Doctrina, 25 junio 2013; y SÁNCHEZ MARTÍN, C.: «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria», *Diario La Ley*, núm. 8.112, Año XXXIV, Sección Tribuna, 25 junio 2013.

Antes de nada, el Supremo se esfuerza por aclarar que no cabe someter las cláusulas suelo a un control material, es decir, de contenido (abusividad en sentido estricto), por mor de lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, precepto que, como ya expliqué, impide realizar un control del carácter abusivo de las cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato (y el precio lo es⁵⁸). Ello no es óbice, sin embargo, para que se pueda llevar a cabo un doble control de transparencia⁵⁹ (incorporación y transparencia en sentido estricto).

Respecto al control de incorporación, entiende el Supremo 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».

El foco de la cuestión se centra, sin embargo, en el control de transparencia en sentido estricto, que actúa como un segundo filtro⁶⁰. La transparencia implica, en palabras del Supremo, que «la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato»⁶¹. La transparencia supone, por tanto, que el consumidor posee

⁵⁸ Más discutible es, en cambio, considerar que la cláusula suelo contribuye de manera decisiva a configurar el precio del contrato. Para GONZÁLEZ CARRASCO, M.^ª C.: «Requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de la nulidad acordada por la STS 9 de mayo de 2013», cit., págs. 122-123, «llama la atención la reiteración de la afirmación consistente en que la cláusula suelo configura el objeto del contrato. La cláusula es un elemento accesorio de la fijación del *precio* del préstamo y constituye una cláusula limitativa a la variación de los tipos de interés en préstamos a interés variable que actúa a modo de instrumento de cobertura del riesgo. Pero de ahí a decir que constituye el objeto del contrato es tanto como decir que el porcentaje de descuento en el precio de la cosa vendida constituye un elemento esencial del contrato, lo cual es manifiestamente incorrecto».

Del mismo modo, la jurisprudencia menor venía pronunciándose en el sentido de considerar que la cláusula suelo no constituye un elemento esencial del precio del contrato, sino que es meramente accesorio al mismo.

⁵⁹ Dice en este sentido la sentencia que: «Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone».

⁶⁰ Este doble filtro o control es expuesto de manera clara y sencilla por CÁMARA LAPUENTE, S.: «El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 junio 2010 (*Caja Madrid*) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo (No es abusiva la cláusula que define el objeto principal del contrato, salvo por falta de transparencia)», cit., pág. 106, quien asevera que la sentencia «viene a entender que existe un primer control de transparencia documental para *todas* las condiciones generales que, superado, permite su incorporación y un segundo control de transparencia *reforzado o específico para los elementos esenciales* del contrato, que ha de permitir al consumidor poder conocer con sencillez tanto la "carga económica" del contrato como la "carga jurídica" en el sentido de definición clara de la distribución de los riesgos derivados de él».

⁶¹ Añade el Supremo que: «No pueden estar enmascaradas [las cláusulas no negociadas individualmente] entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante».

toda la información que necesita para comprender el alcance de sus obligaciones en el contrato de préstamo hipotecario, incluida la referente al impacto que pueda tener la cláusula suelo en el coste real del crédito⁶².

Transparencia que, sin embargo, no existe en el caso de las cláusulas suelo, que, según el Supremo, convierten a los préstamos a interés variable en préstamos a interés mínimo fijo, «de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor»⁶³, pues su ubicación sistemática en los contratos de préstamo hipotecario hace creer al consumidor que se trata de un elemento secundario, siendo, por el contrario, una cláusula definitoria del precio (objeto principal del contrato). Asimismo, la referida cláusula aparece como complementaria de otra cláusula, la cláusula techo, que se presenta como beneficiosa para el consumidor, de forma que actúa como un «señuelo».

Existe, por consiguiente, una falta de claridad de las cláusulas suelo, cuyos potenciales efectos perjudiciales para el consumidor no reciben, en el contexto del contrato, la atención especial que merecen⁶⁴.

PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F.: «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», cit., pág. 5, sintetiza, ilustrativamente, los argumentos del Tribunal Supremo del siguiente modo: «al no informar la entidad financiera suficientemente de la existencia de una cláusula suelo antes de la celebración del contrato y de sus consecuencias en caso de un escenario previsible de bajada del tipo de referencia, su inclusión en el contrato a hurtadillas, oculta entre una profusión de cláusulas financieras, provoca una alteración subrepticia del precio del crédito, sobre el cual el prestatario creía haber prestado su consentimiento a partir de la información proporcionada por la entidad en la fase precontractual».

⁶² PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F.: «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», cit., pág. 4, considera que «la sentencia implica un salto cualitativo muy importante en el modo de entender el deber de información en la contratación bancaria, pues se exige que el cliente conociera, antes de la celebración del contrato, la cláusula suelo y el efecto que durante la ejecución del contrato podía tener sobre el coste real del crédito, para que pudiera adoptar la decisión de contratar con pleno conocimiento de causa. En este aspecto, cabe considerar la sentencia como un fallo atrevido, que amplía las posibilidades de declarar la nulidad en procedimientos individuales de las cláusulas suelo contenidas en los contratos de préstamo», hasta el punto de llevar «a una cuasi universalización del carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario» (pág. 15).

⁶³ Dice así el Supremo que: «La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de trascendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor».

⁶⁴ Concluye en este sentido el Supremo que las cláusulas suelo «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. 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».

Finalmente, el Tribunal Supremo se plantea si las cláusulas suelo, cuando incumplan el deber de transparencia, pueden ser consideradas abusivas por causar un desequilibrio en perjuicio del consumidor. Comienza, así, señalando que «la falta de transparencia [de las cláusulas, en general] no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor».

En concreto, respecto de las cláusulas suelo, el Tribunal Supremo advierte que no son *per se* ilícitas. Dice, así, 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» y que: «No es preciso que exista equilibrio "económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo —máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite—»⁶⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, el Supremo llega a la conclusión de que las cláusulas suelo analizadas, carentes de claridad, son abusivas, puesto que su falta de transparencia impide al consumidor apreciar con nitidez el verdadero efecto de las mismas⁶⁶, tendente únicamente a proteger al empresario de riesgos de bajadas del tipo de interés, por lo que causan un desequilibrio a favor de este último. Por tanto, el consumidor desconoce el reparto real de riesgos que de la cláusula suelo se deriva⁶⁷.

Señala el Supremo en este sentido que: «Si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible —de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas—, en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia [...] dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del

⁶⁵ Añade el Tribunal Supremo que: «Más aún, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo».

⁶⁶ CORDERO LOBATO, E.: «Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)», cit., pág. 131, dice a este respecto que: «En lugar de apreciar que la falta de transparencia impedía la incorporación de la cláusula al contrato (lo que seguramente hubiera debido determinar la no inclusión de la cláusula de interés variable en su totalidad) o, alternativamente, que la oscuridad de la cláusula de interés debía propiciar una interpretación favorable al consumidor (por ejemplo, haciendo prevalecer el descenso del tipo que correspondiese sobre el límite de la cláusula suelo), el Tribunal Supremo se decanta por la considerar que la falta de transparencia es determinante de abusividad de la cláusula».

⁶⁷ Dice acertadamente PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F.: «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», cit., pág. 24, que la falta de transparencia es «instrumental» a un perjuicio para el consumidor, «consistente en una alteración de la carga económica o de la onerosidad del contrato, sobre la que el consumidor creyó legítimamente haber prestado su consentimiento, a la vista de la configuración previa de la oferta que presentó el empresario».

Y es que, como resulta lógico, la falta de transparencia de una determinada cláusula no sería un problema si no tuviera ningún efecto sobre los derechos y obligaciones de las partes en el contrato o si, yendo más lejos, beneficiara al consumidor.

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».

b) Análisis crítico de la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088)

A la vista de lo anterior, el criterio seguido por el Tribunal Supremo desplaza la tradicional resolución del problema (seguida por la jurisprudencia menor⁶⁸) del control material (o de contenido), hacia el control de transparencia⁶⁹ de la cláusula suelo.

La búsqueda de la transparencia se manifiesta también en el artículo 6.1, en relación con el 6.2 a), de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social⁷⁰, según el cual, en los contratos que incluyan cláusulas suelo o techo, «se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita [...] por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato».

La consecuencia inmediata de hacer girar el problema de la validez de las cláusulas suelo sobre el análisis de su transparencia, y no de contenido, es la de entender que aquellas serán válidas cuando sean transparentes, aun en los casos en que puedan ser abusivas por suponer un desequilibrio en el reparto de los riesgos del contrato. Así parece admitirlo el Supremo cuando dice que: «Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la

⁶⁸ Que, como ya dije en un momento anterior, había venido admitiendo el control material sobre su posible carácter abusivo, al entender que la cláusula suelo no constituye un elemento esencial del precio del contrato, sino que es meramente accesoria al mismo.

⁶⁹ La importancia de la transparencia ya había sido anunciada por DOMÍNGUEZ ROMERO, J.: «El control del suelo hipotecario. Crónica jurisprudencial a propósito de la cláusula de limitación mínima del tipo de interés», cit., pág. 862: «Los criterios a tener en cuenta para enjuiciar su posible abusividad pueden ser tanto la existencia de un reparto desigual de los riesgos obligaciones sin contrapartida real y efectiva en el resto de estipulaciones del contrato (desequilibrio jurídico objetivo), como la falta de una completa información sobre el coste global de la operación, en caso de introducirse dicha cláusula sin advertirse al consumidor del riesgo que corría, la influencia que pudiera tener sobre el precio total que aquel creía estar obligándose a pagar (desequilibrio económico subjetivo)». Para YANES YANES, P.: «El control de la "cláusula suelo"», cit., «La transparencia contractual es un deber, y como todo deber tiene un contenido. Por lo que aquí interesa, este contenido se conforma desde tres instancias normativas: (i) desde la Ley de Condiciones Generales, que impone como requisito de incorporación la necesidad de que las condiciones generales sean redactadas con arreglo a criterios de transparencia, concreción, claridad y sencillez; (ii) desde la Ley de Consumidores, en cuyo artículo 80 se establecen las exigencias de concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, y de accesibilidad y legibilidad, que permita al consumidor conocer la existencia y el contenido de la cláusula con carácter previo a la celebración del contrato; y (iii) desde la normativa de transparencia bancaria y protección de la clientela, que ha venido desplegándose al amparo del artículo 48.2 de la Ley de Disciplina e Intervención».

⁷⁰ BOE núm. 116, de 15 de mayo de 2013, págs. 36.373-36.398.

cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos».

Es cierto que si concurre transparencia, entendida esta en el sentido de que la cláusula es perfectamente comprensible y asumible por el consumidor, estará este legitimado para decidir si acepta el producto financiero ofrecido por la entidad de crédito o si, por el contrario, decide decantarse por uno de la competencia⁷¹.

No obstante, que exista transparencia no implica, *per se*, que la cláusula suelo no pueda ser abusiva. En mi opinión, el criterio de la transparencia tiene un riesgo muy evidente. Y es que el hecho de que el consumidor comprenda (o esté en disposición de comprender) el alcance de sus obligaciones contractuales y el reparto real de los riesgos del contrato podría conllevar la admisión de la legitimidad de cualquier cláusula suelo. De admitirse esto, se llegaría al sinsentido de que pudiera admitirse la validez de una cláusula suelo que fuera transparente, pero que impusiera mayores cargas contractuales al consumidor.

Tampoco parece razonable el argumento de que el consumidor puede elegir otro producto financiero de la competencia, desde el momento en que la mayoría de compañías ofrecen productos prácticamente idénticos, de forma que al consumidor no le queda más remedio, si quiere disponer del préstamo para adquirir su vivienda, que aceptar el contrato de préstamo hipotecario ofrecido por cualquiera de ellas⁷², aun a riesgo de que pueda contener una cláusula suelo abusiva⁷³.

Por tanto, si el control de las cláusulas suelo se fundamenta en el criterio de la transparencia, se está haciendo un flaco favor al consumidor, que puede verse abocado a aceptar contratos de préstamo hipotecario que incluyan cláusulas suelo muy clara y comprensiblemente redactadas, pero muy perjudiciales para sus intereses.

⁷¹ SÁNCHEZ MARTÍN, C.: «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria», cit., pág. 2, afirma en un sentido similar que: «La transparencia, con relación al objeto principal del contrato, garantiza que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte y, además, garantiza la adecuada elección del consumidor en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia, lo que supone que más allá de la mera exigencia de claridad de los términos de las cláusulas, se pretende garantizar que el consumidor tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto».

⁷² GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.ª: «El control registral de las cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario», cit., pág. 397, señala que las entidades financieras «imponen o fijan las condiciones del préstamo garantizado, añadiendo en el contrato una serie de cláusulas generales y comunes a la mayoría de ellos, a las que el particular no tiene más remedio que consentir si quiere obtener la financiación solicitada».

⁷³ ACHÓN BRUÑEN, M.ª J.: «Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales», cit., pág. 4, considera en este sentido que «la realidad demuestra que los borradores de escrituras son efectuados por las propias entidades financieras, sin intervención alguna de los clientes, quienes comparecen ante los fedatarios públicos para firmar lo que ya está redactado de antemano por la entidad bancaria, sin posibilidad alguna de discutir, ni menos aún modificar, las referidas cláusulas so pena de quedarse sin préstamo».

c) La devolución de las cantidades indebidamente satisfechas

En fin, merece un breve comentario también la cuestión de la devolución de las cantidades ya satisfechas. Y es que el Tribunal Supremo considera que, pese a declarar la nulidad de las cláusulas suelo, ello no comporta la eficacia retroactiva de la sentencia, en el sentido de tener que reintegrar los bancos las cantidades ya cobradas como consecuencia de las cláusulas suelo.

Así, el Tribunal Supremo, toda vez reconocer la importancia que en nuestro sistema tiene el artículo 1.303 del CC⁷⁴, que exige «destruir sus consecuencias y borrar sus huellas [de los contratos] como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos», matiza a continuación que los efectos de dicha regla, «no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho —entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica (art. 9.3 CE)—, como lo evidencia el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que pone coto a los efectos absolutos, inevitables y perpetuos de la nulidad y admite limitaciones».

Concluye el Supremo su razonamiento señalando que: «Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico».

A mi juicio, no tiene sentido declarar la nulidad de la cláusula suelo y, al mismo tiempo, no declarar la nulidad de sus efectos, que es, en definitiva, lo que supone la no devolución de las cantidades ya satisfechas⁷⁵. Si por algo se caracteriza la institución de la nulidad es por su efica-

⁷⁴ Precepto que dice que: «Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes».

⁷⁵ Este punto de la sentencia ha sido especialmente criticado por la doctrina. Muy crítico se muestra HERNÁNDEZ GUARCH, C.: «La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. La sorpresiva declaración de irretroactividad de las cantidades abonadas», cit., pág. 136, quien dice que: «El TS ha amparado que las entidades financieras se queden impunemente con las cantidades percibidas en virtud de una cláusula abusiva, un fallo que, a mi juicio, es calificable de aberración». De una forma más ilustrativa, continúa diciendo el autor que «la convicción de que nos encontramos en un Estado social y de derecho no puede sino desaparecer, aunque sea momentáneamente, al constatar que cuando se trata del desfallecimiento de un consumidor en el cumplimiento de sus obligaciones todo es rigor, aplicación estricta de la Ley, aunque sea centenaria, en aras de la seguridad jurídica mientras que cuando se trata del incumplimiento de una entidad financiera se transforma en un sorprendente y prodigioso espectáculo de demostración de la plasticidad y maleabilidad de las normas, a favor de las entidades financieras, digno de formar parte del renombrado espectáculo Circo del Sol» (pág. 137).

Para ACHÓN BRUÑEN, M.^a J.: «Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales», cit., pág. 5, la irretroactividad de la sentencia «sacrifica el efecto principal de la nulidad en detrimento del consumidor y en pro de unas entidades financieras que no han obrado de manera deontológicamente correcta al intentar disimular el verdadero contenido y significado de la cláusula suelo pactada».

Por su parte, PERTÍNEZ VILCHEZ, F.: «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», cit., pág. 5, habla de que «no deja de causar estupor o, por lo menos, desconcierto, que la sentencia afirme con una argumentación más que cuestionable que no tiene efectos retroactivos».

cia *ex tunc*, de modo que, conforme al artículo 1.303 del CC, debieran restituirse las prestaciones ya ejecutadas⁷⁶. Lo contrario sería tanto como aceptar una vinculación parcial del consumidor a la cláusula suelo⁷⁷.

Probablemente, la decisión del Tribunal Supremo, aunque reprochable desde un punto de vista estrictamente jurídico (aparte de resultar totalmente injusta para los consumidores), atiende a la dificultad que supondría para las entidades bancarias tener que devolver las elevadas cantidades que están percibiendo en estos momentos como consecuencia de la aplicación de las cláusulas suelo⁷⁸; cantidades que, en muchos casos, habrán sido objeto de nuevos contratos de préstamo o crédito y que, por consiguiente, seguramente no estén a disposición de aquellas.

Además de lo anterior, explica la irretroactividad de los efectos de la sentencia la propia idiosincrasia del proceso, en el que se ejercitó una acción colectiva de cesación y declaración de nulidad de las cláusulas suelo, con la correlativa eliminación de las mismas y la prohibición de uso futuro. Sin embargo, no se ejercitó una acción de condena a la restitución de las cantidades indebidamente abonadas.

En fin, la práctica posterior a la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088), ha puesto de manifiesto que la irretroactividad de los efectos de la eliminación de la cláusula suelo es una cuestión que no está en absoluto clara, de forma que unas sentencias han optado por seguir la doctrina del Tribunal Supremo⁷⁹ y otras, en cambio, han ordenado la devolución de las

⁷⁶ En este sentido se pronunció la reciente SJMerc. núm. 2 de Bilbao (Vizcaya), núm. 59/2013, de 7 de marzo (JUR 2013, 95339), al señalar que «como consecuencia de la nulidad declarada, deben restituirse las prestaciones derivadas de la nulidad de la cláusula, estimando en esta línea las demás acciones ejercitadas en orden a devolver todas las cantidades (en la demanda se distingue, sin razón aparente, entre las cantidades cobradas hasta la fecha de demanda, que no concreta; y hasta la resolución definitiva del pleito) cobradas en aplicación del tipo mínimo por encima del interés variable más el diferencial fijado, con sus intereses legales desde la fecha de cobro [...]. Huelga decir, que no existen cantidades a restituir por el demandante, habida cuenta de que el tope máximo, también objeto de la declaración de nulidad, no ha entrado en juego».

⁷⁷ Muy interesante resulta la reflexión del magistrado de la Audiencia Provincial de Alicante don Francisco José Soriano Guzmán, en un voto particular a la SAP Alicante núm. 315/2013, de 12 de julio (AC 2013, 1545). Dice dicho magistrado que «admitir que la cláusula abusiva pueda surtir efectos, en perjuicio del consumidor, supone tanto como admitir una vinculación parcial de este a dicha cláusula». Añade que: «La no vinculación de los consumidores a las cláusulas abusivas supone, según mi opinión, una no vinculación absoluta e incondicional», lo que implica que la protección del consumidor «no solo ha de tener una proyección hacia el futuro (que se conseguirá con su nulidad y con la supresión de la cláusula abusiva en cuestión) sino también una vocación de pasado, de eliminar cualquier vestigio de su existencia, y ello solo se conseguirá si se hacen desaparecer sus efectos».

⁷⁸ Para PLAZA PENADÉS, J.: «Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo», cit., pág. 16, el orden público económico «es un criterio de moderación que quedará siempre al arbitrio del Tribunal, y que sacrifica la justicia del caso concreto por el interés general».

⁷⁹ Véanse a este respecto las SSAP Cádiz núm. 259/2013, de 13 de mayo (AC 2013, 1334); Cáceres núm. 130/2013, de 22 de mayo (AC 2013, 1479); Cáceres núm. 140/2013, de 3 de junio (AC 2013, 1488); Cáceres núm. 161/2013, de 18

cantidades cobradas en virtud de la cláusula suelo⁸⁰, con base en el artículo 1.303 del CC y en el hecho de que, al ser pretensiones individuales (y no colectivas), no se pone en riesgo la seguridad jurídica ni el orden público económico⁸¹.

2. LOS INTERESES DE DEMORA

Otra de las cláusulas que mayor repercusión está teniendo en la actualidad es la relativa a los intereses de demora que debe abonar el deudor para el caso de que se retrase en el pago de las cuotas del préstamo hipotecario. Como consecuencia de la crisis económica en la que estamos inmersos, se ha producido un notable aumento de la morosidad en todo tipo de relaciones obligatorias⁸²; no siendo, los préstamos hipotecarios, ajenos a esta situación.

La mediatización del presunto carácter abusivo de esta cláusula se explica porque los intereses de demora que se establecen en el contrato de préstamo hipotecario son harto elevados, hasta el punto de impedir a los prestatarios ponerse al corriente de los pagos: es la pescadilla que se muerde la cola. Es decir, si a quien tiene dificultades para devolver el capital de un préstamo, se le penaliza, además, con intereses moratorios elevados, probablemente nunca llegue a abandonar la asfixia económica a la que se ve sometido.

El problema, en último término, se le traslada al banco, que es, en definitiva, quien sufre las consecuencias del impago de las cuotas del préstamo hipotecario.

de junio (JUR 2013, 247830); Cáceres núm. 162/2013, de 18 de junio (JUR 2013, 243461); Alicante núm. 315/2013, de 12 de julio (AC 2013, 1545); y la SJMerc. núm. 2 de Murcia, de 15 de mayo de 2013 (AC 2013, 968).

⁸⁰ Así, por ejemplo, la SJMerc. núm. 2 de Málaga, de 23 de mayo de 2013 (AC 2013, 1480); SJMerc. núm. 5 de Barcelona, núm. 88/2013, de 17 de junio (AC 2013, 1507); o las SSAP Álava núm. 291/2013, de 9 de julio (AC 2013, 1538), y Alicante núm. 335/2013, de 23 de julio (AC 2013, 1561).

Véase también en este punto AGÜERO ORTIZ, A.: «¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo? O, de la rebelión de los Juzgados y Audiencias Provinciales», *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, Sección «Trabajos realizados por los investigadores», disponible para su consulta en www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/33.pdf (fecha de la última visita: 6 de noviembre de 2013); y PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F.: «La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013», *Diario La Ley*, núm. 8.154, Año XXXIV, Sección Tribuna, 23 septiembre 2013, pág. 13.

⁸¹ PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F.: «La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013», cit., pág. 14, se plantea si el orden público económico puede anteponerse a la restitución de las prestaciones proclamada en el artículo 1.303 del CC, entendiéndose que, al no ser el orden público económico fuente del derecho, ni criterio de interpretación de las normas jurídicas, la sentencia no puede sentar jurisprudencia.

⁸² FERNÁNDEZ BENAVIDES, M.: «Sobre intereses moratorios abusivos en contratos bancarios de préstamo», *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, Sección Noticias CESCO, pág. 1.

A) Consideraciones previas sobre los intereses moratorios.

Antes que nada, son necesarias unas breves consideraciones sobre la función y naturaleza de los intereses moratorios.

Los intereses moratorios tienen una naturaleza «esencialmente indemnizatoria por la falta de cumplimiento de la obligación principal o de retraso en el cumplimiento de la misma»⁸³. Es precisamente esta naturaleza indemnizatoria (y no retributiva) la que impide que a los intereses moratorios les sea de aplicación la Ley de 23 de julio de 1908, sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios⁸⁴ (Ley de Represión de la Usura), como ha venido entendiendo la jurisprudencia⁸⁵.

Por otro lado, hay que advertir que, en principio, la cláusula que establece el interés de demora es perfectamente válida, a la luz del principio de la autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC). A pesar de los recelos que pueda suscitar dicha cláusula, lo cierto es que es perfectamente admisible y justificable en función de «los riesgos especialmente elevados que para el acreedor, en razón de sus circunstancias, pueda suponer el retraso del deudor en el pago o por el deseo de atribuir a los intereses moratorios una cierta función disuasoria respecto al citado retraso, muy próxima a la que podría cumplir una cláusula penal»⁸⁶.

Por tanto, admitida la validez en abstracto de la cláusula, se trata de examinar si son, o no, abusivos, los intereses de demora estipulados para el caso de que se produzca un retraso en el pago de una cuota del préstamo hipotecario.

⁸³ Véase SAP Madrid núm. 239/2011, de 23 de mayo (AC 2011, 1275). En sentido similar, SSTS núm. 952/1999, de 11 de noviembre (RJ 1999, 8210), y núm. 889/2000, de 6 de octubre (RJ 2000, 8804), y SAP Álava núm. 214/2011, de 13 de abril (AC 2011, 519).

⁸⁴ BOE núm. 206, de 24 de julio de 1908, págs. 351-352.

⁸⁵ Véanse en este sentido SSTS núm. 869/2001, de 2 de octubre (RJ 2001, 7141), núm. 430/2009, de 4 de junio (RJ 2009, 4747), y núm. 709/2011, de 26 de octubre (RJ 2012, 1126). El Supremo afirmó que: «En definitiva, los intereses de demora no tienen la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como de sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que hace que no se considere si exceden o no del interés normal del dinero, ni cabe configurarlos como leoninos, ni encuadrarlos en la Ley de 23 de julio de 1908».

Véanse en aplicación de la doctrina anterior, SSAP Álava núm. 214/2011, de 13 de abril (AC 2011, 519), La Rioja núm. 274/2011, de 8 de septiembre (JUR 2011, 347784), y Cáceres núm. 479/2012, de 9 de noviembre (JUR 2012, 397092). Sin embargo, la STS núm. 422/2002, de 7 de mayo (RJ 2002, 4045), mantiene la tesis contraria, afirmando que el artículo 1 de la Ley se refiere «a la estipulación de un interés, sin distinguir su clase o naturaleza», declarando nulo un préstamo en el que el interés remuneratorio era del 29% y el de demora del 30% (contando el préstamo, además, con una cláusula de penalización del 10% sobre el importe adeudado).

⁸⁶ Véanse en este sentido SSAP Ciudad Real núm. 202/2008, de 25 de julio (JUR 2009, 95433), y Madrid núm. 239/2011, de 23 de mayo (AC 2011, 1275).

B) La inaplicación, por analogía, del límite para los intereses remuneratorios establecido en la Ley de Crédito al Consumo

Hay que tener en cuenta que a los préstamos hipotecarios no les resulta de aplicación la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo⁸⁷. Y es que, como dispone el artículo 3.1 a) de dicha ley, «Quedan excluidos de la presente Ley [...] Los contratos de crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria».

La cuestión es trascendente, habida cuenta que la citada ley impone un límite al importe de los intereses remuneratorios. Así, dispone el artículo 20.4 que: «En ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de descubiertos a los que se refiere este artículo un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero».

Este mismo límite se contenía también en la anterior Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo⁸⁸ (art. 19.4). Límite que no resultaba de aplicación a los préstamos hipotecarios (art. 2.2), toda vez resultar, en cambio, aplicables algunas de las disposiciones de dicha ley a aquellos.

En la práctica, este límite, concebido para los intereses remuneratorios (y no así para los moratorios), se ha pretendido aplicar, por los prestatarios de créditos hipotecarios, a los intereses de demora. Como regla general, la jurisprudencia considera que no resulta de aplicación directa el artículo 19.4 de la Ley 7/1995 a los intereses moratorios⁸⁹. No obstante, la mayoría de sentencias han optado por aplicar a los intereses moratorios el límite previsto en el artículo 19.4

⁸⁷ BOE núm. 151, de 25 de junio de 2011 (págs. 68.179-68.212).

⁸⁸ BOE núm. 72, de 25 de marzo de 1995 (págs. 9.370-9.375).

⁸⁹ Por ejemplo, la SAP Álava núm. 214/2011, de 13 de abril (AC 2011, 519), entendió que la aplicación directa del artículo 19.4 de la LCC «no puede acogerse porque la norma se refiere a una situación fáctica concreta, el descubierto en cuenta corriente, diversa de los intereses moratorios dispuestos en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria sobre el inmueble que se está ejecutando. Por otro lado el precepto legal parece aludir a intereses remuneratorios, no a los moratorios aquí discutidos».

Por su parte, la SAP Madrid núm. 239/2011, de 23 de mayo (AC 2011, 1275), declaró que «a la cláusula controvertida en el presente procedimiento no resulta aplicable el artículo 19.4 de la Ley 7/1995 porque el límite que establece el precepto lo es para los descubiertos en cuenta corriente no para los tipos de interés de demora en todo tipo de operaciones de crédito».

Igualmente, la SAP La Rioja núm. 274/2011, de 8 de septiembre (JUR 2011, 347784), señaló en este sentido que «una cosa es el contrato de descubierto en cuenta corriente y otra muy distinta aquella otra derivada del incumplimiento de un contrato de préstamo, en el cual las consecuencias del impago de cuotas están previstas por completo en el propio contrato, lo que significa que el meritado precepto [art. 19.4 de la Ley 7/1995] no es aplicable de forma directa a esta última clase de contratos, a cuya clase pertenece precisamente el que resulta objeto del presente procedimiento».

Véase sobre este punto también SERRA RODRÍGUEZ, A.: «Cláusulas abusivas en los contratos de crédito al consumo», *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXVII, núm. 2.153, abril de 2013, págs. 8-9 (disponible para su consulta en la *web* del Ministerio de Justicia).

de la Ley 7/1995, para los intereses remuneratorios, no de forma analógica, sino basándose en el mismo como criterio interpretativo⁹⁰.

C) El pretendido carácter disuasivo de los elevados intereses moratorios

Un argumento recurrentemente utilizado por las entidades de crédito a la hora de justificar la imposición de intereses moratorios elevados es que estos disuaden al cliente del impago de las cuotas del préstamo hipotecario, es decir, funcionarían en la práctica como suerte de estímulo o de incentivo al pago.

A mi entender, este argumento no puede compartirse por una razón elemental: y esta no es otra que el hecho de que suficiente motivación o incentivo constituye la posibilidad de perder la casa ante el impago de sucesivas cuotas del préstamo hipotecario. En efecto, no hay bien máspreciado para una persona (por su elevado valor, tanto económico como sentimental) que su propia vivienda, de modo que la representación mental de un posible desahucio supone, en mi opinión, motivación suficiente para hacer frente al pago de las cuotas del préstamo hipotecario.

Por lo tanto, escaso efecto tiene en la práctica la supuesta función disuasoria del establecimiento de un tipo elevado de interés moratorio.

D) La reciprocidad entre el impacto que producen los intereses moratorios en el consumidor y el impacto que para la entidad de crédito tiene el retraso en el pago de una cuota del préstamo hipotecario

Dispone el artículo 85.6 del TRLGDCU que se consideran como abusivas: «Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones».

⁹⁰ Así, en este sentido, la importante STS núm. 578/2010, de 23 de septiembre (RJ 2010, 7296), manifestó que: «Declarada abusiva la cláusula que impone el interés moratorio en el 29% anual, se declara la nulidad parcial de la misma en el sentido de fijarlo en un montante que resulta no de la aplicación analógica, ni mucho menos de la aplicación retroactiva de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, sino, como antes se ha dicho, inspirándose en ella, como interpretación, fijando la tasa anual equivalente en 2,5 veces el interés legal del dinero».

En cuanto a la jurisprudencia menor, las SSAP Barcelona núm. 154/2004, de 10 de marzo (AC 2004, 671), y Álava núm. 214/2011, de 13 de abril (AC 2011, 519), entre otras, consideraron que, toda vez no resultar aplicable directamente el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, dicho precepto dispone una referencia válida sobre el «coste financiero razonable del dinero». El AAP Girona núm. 159/2010, de 9 de junio (AC 2011, 588), por su parte, declaró que «no puede negarse que en tales normas [Ley 7/1995, y Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de Contratación] se recoge una referencia legal útil a efectos prácticos, según que los tipos de interés superasen o no, y en qué cuantía, dicho límite legal, y es con base a tal parámetro sobre el que debe determinarse si el interés moratorio ha de ser calificado o no de desproporcionado».

Teniendo en cuenta dicho precepto, existe, a mi juicio, una variable que debiera tomarse en consideración a la hora de analizar el carácter abusivo o no de los intereses moratorios. Dicha variable no es otra que la reciprocidad entre el impacto que producen los intereses moratorios en el consumidor y el impacto que para la entidad de crédito tiene el retraso en el pago de una cuota del préstamo hipotecario.

Conforme a este criterio, si existe un desequilibrio entre el impacto que tiene para el consumidor el pago de los intereses moratorios y el impacto que, a su vez, tiene en la entidad de crédito el retraso en el pago de una cuota del préstamo hipotecario, deberá considerarse como abusiva la cláusula que contenga los intereses moratorios.

Lamentablemente, es lo habitual que los intereses moratorios a los que debe hacer frente el consumidor sean desproporcionados en relación con el mínimo impacto que para la entidad de crédito tiene el simple retraso en el pago de una cuota del préstamo hipotecario.

Este criterio, no obstante, no suele ser considerado por la jurisprudencia, que, a efectos de determinar si un tipo de interés moratorio puede considerarse o no abusivo, tiene en cuenta, principalmente, el tipo de interés legal del dinero.

E) La desproporción entre el interés de demora y el interés legal del dinero

El criterio decisivo manejado por la jurisprudencia a la hora de valorar si un tipo de interés de demora concreto merece ser considerado como abusivo, es la desproporción que pueda existir entre aquel y el tipo de interés legal del dinero.

En este sentido, se ha de hacer constar que la pauta usada para determinar si ha existido desproporción o no es la proclamada en el antiguo artículo 19.4 de la Ley 7/1995 (y actual art. 20.4 de la Ley 16/2011). Es decir, se suele considerar como interés de demora abusivo aquel que sea superior a 2,5 veces el interés legal del dinero, que, como ya dije en un momento anterior, se consideraba como una referencia válida del coste financiero razonable del dinero.

Este criterio ha sido confirmado por la reciente STJUE (Sala Primera), de 14 de marzo de 2013, asunto c-415/11 (TJCE 2013, 89), que, en respuesta a una cuestión prejudicial formulada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, relativa al concepto de desproporción en relación con la fijación de unos intereses de demora en el ámbito de la contratación inmobiliaria, señaló 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 este persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos»⁹¹.

Por lo demás, el referido criterio se observa en diversas resoluciones⁹². No obstante, la valoración que realizan los tribunales es muy subjetiva, de suerte que, ante supuestos prácticamente idénticos, las diferentes Audiencias Provinciales llegan a distintas conclusiones⁹³.

Hay que tener en cuenta, en fin, que, ante la inexistencia de una norma que establezca cuándo se debe considerar abusivo un tipo de interés de demora, y ante la diversidad de criterios manejados por las Audiencias Provinciales, desde algunos partidos judiciales se está procediendo a acordar, en Junta de Jueces, el criterio que seguirán para considerar como abusivo un determinado tipo de interés de demora⁹⁴.

⁹¹ Véanse los comentarios a esta sentencia de BALLUGERA GÓMEZ, C.: «La sentencia del Tribunal de Luxemburgo reactiva a la lucha contra las cláusulas abusivas (I)», *Diario La Ley*, núm. 8.088, Año XXXIV, Sección Doctrina, 22 mayo 2013, págs. 5-7; BALLUGERA GÓMEZ, C.: «Un futuro lleno de cambios en la lucha contra las cláusulas abusivas en las hipotecas (II)», *Diario La Ley*, núm. 8.092, Año XXXIV, Sección Doctrina, 28 mayo 2013, pág. 7; CORDERO LOBATO, E.: «Y ahora viene lo difícil: ¿cómo controlar en el ejecutivo hipotecario el carácter abusivo de una cláusula?», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 5, 2013, págs. 33-34; y SÁNCHEZ MARTÍN, C.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013, en el asunto C-415/11», *Diario La Ley*, núm. 8.081, Año XXXIV, Sección Tribuna, 13 mayo 2013, pág. 12.

⁹² Por ejemplo, la SAP Álava núm. 214/2011, de 13 de abril (AC 2011, 519), consideró que, estando el interés legal del dinero en el 4,25%, un interés moratorio del 18% «merece la consideración de desproporcionadamente alto, atendiendo a la condición de consumidor del prestatario», puesto que «es superior en más de 4 veces al interés legal». Por su parte, el AAP Girona núm. 159/2010, de 9 de junio (AC 2011, 588), afirmó que «es claro que un interés moratorio del 14,82% resulta abusivo dado que el 2,5 del interés legal sería del 13,75% para el año 2007 fecha del préstamo hipotecario».

Más recientemente, la SAP Valencia núm. 211/2012, de 20 de abril (AC 2012, 954), entendió que «en el presente supuesto, el interés legal del dinero era del 4% en la fecha en que se concertó el contrato, de modo que el interés aplicado, del 24,95% supera en más de seis veces a aquel, y aunque no se exigieron al cliente otras garantías, y el banco asumía un cierto riesgo, teniendo en cuenta el plazo de amortización (36 cuotas mensuales), no se considera justificada la imposición de un interés tan elevado».

⁹³ Dice en este sentido ACHÓN BRUÑÉN, M.^a J.: «Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales», cit., pág. 2, que «nuestros tribunales no secundan un criterio uniforme para determinar qué porcentaje de intereses resulta desproporcionado».

⁹⁴ Así, por ejemplo, el acuerdo de la Junta de Jueces de Primera Instancia de Valencia, de 4 de diciembre de 2012, establece que, en el caso de préstamos garantizados con hipoteca, «ante la falta de previsión legal expresa y en aras de una deseable uniformidad, se considerarán nulas dichas cláusulas si el interés moratorio excede del cuádruplo del interés legal del dinero vigente al tiempo del contrato».

Más reciente es el acuerdo de la Junta de Jueces de Primera Instancia de Barcelona, de 4 de abril de 2013, que dispone que: «El interés de mora se considerará abusivo cuando sea superior a 2,5 veces el interés legal de del dinero vigente a la fecha de contratación. Salvo si el interés remuneratorio es superior a dicho límite, en cuyo caso se estimará abusivo el interés de mora que supere en dos puntos el remuneratorio. Ello sin perjuicio [continúa el acuerdo] de la potestad jurisdiccional propia de cada magistrado tanto para estimar otros límites como para valorar la existencia de otras posibles cláusulas abusivas».

Asimismo, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, ha añadido, por medio de su artículo 3.2, un nuevo párrafo al artículo 114 de la LH, según el cual, en lo que aquí interesa: «Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago».

F) La imposibilidad, por parte del juez, de moderar los intereses moratorios pactados

Otra cuestión que se plantea en relación con los intereses de demora es si el juez puede integrar el contrato moderando el importe de aquellos, o si, por el contrario, carece de tal facultad, debiendo limitarse únicamente a calificar de abusiva la cláusula que estipule el interés de demora y, en consecuencia, declarar la nulidad de pleno derecho de la misma (art. 83.1 TRLGDCU).

Sobre esta cuestión, la postura tradicional de nuestros tribunales había sido la de integrar el contrato, moderando el importe de los intereses de demora, sin suprimir, por tanto, la cláusula que los establecía⁹⁵.

Dicha postura no puede, sin embargo, mantenerse a raíz de la STJUE (Sala Primera) de 14 de junio de 2012, asunto c-618/10 (TJCE 2012, 143), que resolvió una cuestión prejudicial sobre la interpretación, entre otros preceptos, del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, según el cual: «Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas».

En concreto, considera el TJUE que «del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión 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».

Añade el TJUE que, de admitir la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, se correría el riesgo de poner en peligro el objetivo previsto en el artículo 7 de la Direc-

⁹⁵ Véanse en este sentido STS núm. 207/1998, de 17 de marzo (RJ 1998, 1351); y SSAP Santa Cruz de Tenerife núm. 405/2010, de 20 de diciembre (AC 2011, 1949), y Álava núm. 214/2011, de 13 de abril (AC 2011, 519).

tiva 93/13/CEE, consistente en el cese del uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. Ello es así porque, según explica el TJUE, «la mencionada facultad contribuiría a eliminar 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 [...], en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales».

Finalmente, concluye el TJUE que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE «no puede entenderse en el sentido de que permite, en el supuesto de que el juez nacional constate la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, que dicho juez modifique el contenido de la cláusula abusiva, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor»⁹⁶.

En consecuencia, el juez únicamente debe limitarse a declarar el carácter abusivo de la cláusula que imponga unos intereses moratorios desproporcionados, sin estar facultado para integrar el contrato moderando la cuantía de estos⁹⁷.

⁹⁶ Véanse, haciéndose eco de esta doctrina, las SSAP Alicante núm. 425/2012, de 3 de julio (JUR 2012, 312682); Valencia núm. 404/2012, de 13 de julio (JUR 2012, 361830); Asturias núm. 410/2012, de 31 de octubre (AC 2012, 2227); Cáceres núm. 479/2012, de 9 de noviembre (JUR 2012, 397092); Barcelona núm. 541/2012, de 20 de noviembre (AC 2012, 1635); Soria núm. 141/2012, de 26 de noviembre (JUR 2013, 9585); e Islas Baleares núm. 552/2012, de 28 de noviembre (AC 2012, 1648).

Véase, igualmente, la interesante crítica a la doctrina emanada de esta STJUE que realiza CARRASCO PERERA, Á.: «Las cláusulas abusivas se eliminan, sin más: no cabe reducirlas, moderarlas ni modificarlas», *Revista CESCO*, núm. 3, 2012, págs. 145-147.

⁹⁷ En principio, podría pensarse que esta doctrina deja sin aplicación el artículo 83.2 del TRLGDCU, cuyo segundo apartado señala, en lo que aquí interesa, que «el juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario».

No obstante, como bien matiza MARÍN LÓPEZ, M. J.: «Los intereses moratorios abusivos deben reducirse al interés legal del dinero», *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, Sección Notas Jurisprudenciales, págs. 2-3, «este precepto no deviene inoperante. Pues la imposibilidad de reducir o moderar las cláusulas reputadas abusivas no opera en todo caso, sino solo en aquellas cláusulas cuantitativas susceptibles de reducción parcial, como sucede con las cláusulas de intereses y las cláusula penales. Fuera de estos casos el artículo 83.2 del TRLGDCU puede seguir desplegando sus efectos».

Véase también, en relación con este punto, DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: «La STJUE de 14 de marzo de 2013: dificultades de interpretación y aplicación por los tribunales», *Revista CESCO*, núm. 5, 2013, págs. 5-25; GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C.: «La cláusula que impone un interés de demora desproporcionado determina la apreciación de oficio de la nulidad de la misma sin posibilidad de integración judicial», *Revista CESCO*, núm. 5, 2013, págs. 237-239; y LYCZKOWSKA, K.: «Los intereses en los contratos de préstamo y las normas que rigen su licitud», *Revista CESCO*, núm. 5, 2013, págs. 103-109.

G) La moderación de los intereses moratorios estipulados en contratos de préstamo hipotecario en los casos en que el deudor se encuentre en el umbral de exclusión

La crítica situación económica que azota a nuestro país ha conducido a la promulgación de una serie de medidas tuitivas del deudor hipotecario. Una de ellas es la contemplada en el artículo 4.1 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos⁹⁸, según el cual: «En todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión⁹⁹, el interés moratorio aplicable desde el momento en que el deudor acredite ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2,5 % sobre el capital pendiente del préstamo».

En el precepto transcrito se aprecia la sensibilidad del legislador español hacia las familias carentes de recursos, mediante la promulgación de normas tendentes a proteger sus derechos.

Hay que advertir, en fin, que el artículo 4.2 del Real Decreto-ley 6/2012 contiene la previsión expresa de que la moderación de intereses no sea aplicable a deudores o contratos distintos de los regulados en aquel. No obstante, como bien ha puesto de manifiesto la mejor doctrina¹⁰⁰,

⁹⁸ BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2012, págs. 22.492-22.501.

⁹⁹ De acuerdo con el artículo 3.1 de la citada norma: «Se considerarán situados en el umbral de exclusión aquellos deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, cuando concurren en ellos todas las circunstancias siguientes: a) Que todos los miembros de la unidad familiar carezcan de rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas. A estos efectos se entenderá por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos con independencia de su edad que residan en la vivienda; b) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 60% de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar; c) Que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda; d) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma; e) Que se trate de un crédito o préstamo que carezca de otras garantías, reales o personales o, en el caso de existir estas últimas, que en todos los garantes concurren las circunstancias expresadas en las letras b) y c); f) En el caso de que existan codeudores que no formen parte de la unidad familiar, deberán estar incluidos en las circunstancias a), b) y c) anteriores».

Crítica este precepto CARRASCO PERERA, Á.: «Hipotecas y desahucios bajo el umbral de subsistencia», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 842, 2012, pág. 2, para quien «la determinación del supuesto de hecho de este umbral está cargada de referencias a conceptos y datos poco aprehensibles y seguros. Y, especialmente, se trata de criterios inestables; el deudor (y su familia) puede hallarse (o no hallarse) en el umbral, para posteriormente dejar de estarlo (o pasar a estarlo), bastando para ello variaciones marginales en su renta familiar o cualquier contingencia relativa al nivel de ocupación laboral. Además, la norma quiere ignorar que en estas franjas poblacionales, la mayoría de la renta proviene de fuentes no controlables ni gravadas».

¹⁰⁰ Así, señala CARRASCO PERERA, Á.: «Hipotecas y desahucios bajo el umbral de subsistencia», cit., pág. 2, que: «La limitación de los intereses moratorios en el artículo 4 (2,5 % máximo sobre capital pendiente de pago) se expandirá incondicionalmente, a pesar de la prohibición expresa, de la *protestatio* que se hace en el artículo 4.2 contra cualquier tentación de interpretación extensiva, y alcanzará a créditos hipotecarios y no hipotecarios que superen el umbral de

que comparto, el artículo 4.1 será muy tenido en cuenta por nuestros tribunales como criterio a la hora de moderar los intereses moratorios en todo tipo de préstamos, estén o no incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 6/2012.

3. LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO POR IMPAGO DE UNA CUOTA

Es también habitual que en los contratos de préstamo hipotecario figuren diversas cláusulas de vencimiento anticipado del mismo, en caso de concurrir determinadas circunstancias, siendo la más conocida de ellas la cláusula de vencimiento anticipado por impago de una de las cuotas.

La importancia de la cláusula, como el resto de las aquí analizadas, se magnifica en un contexto como el actual de crisis económica, en el que muchas familias no pueden pagar al día las cuotas de su préstamo hipotecario, lo que hace que pueda entrar en juego el vencimiento anticipado de este.

En cualquier caso, no parece razonable, ni proporcionado, vincular una sanción tan grave, como lo es el vencimiento anticipado del préstamo, al simple impago de una sola de las cuotas¹⁰¹.

exclusión. Es indudable que ocurrirá así, para cualquiera que conozca cuán expansivamente ha venido funcionado el "anclaje del 2,5" contenido en el (hoy vigente) artículo 20.4 de la Ley Crédito Consumo, que se ha convertido en el *locus communis* de todas las moderaciones judiciales de la tasa de intereses moratorios. Será este el efecto más positivo y contundente del Real Decreto Ley 6/2012, paradójicamente vetado *expressis verbis* por el autor de la norma».

¹⁰¹ En este sentido, afirma ACHÓN BRUÑÉN, M.^a J.: «Adecuación del procedimiento judicial hipotecario a la normativa europea: sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013», cit., pág. 4, que: «No resulta admisible permitir el vencimiento anticipado de todo el préstamo garantizado con la hipoteca por el impago de una única cuota sino que el incumplimiento debe tener un carácter suficientemente grave con relación a la duración y a la cuantía del préstamo. Si por el impago de una cuota se inicia un proceso judicial, ni tan siquiera tiene tiempo el deudor de expresar las razones del retraso que incluso pueden ser debidas a fuerza mayor».

Véase en el mismo sentido DE TORRES PEREA, J. M.: «Cláusulas abusivas en la contratación de préstamo con garantía hipotecaria para la financiación de compra de vivienda», en CAÑIZARES LASO, A. (coord.): *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Tecnos, Madrid, 2006, pág. 250.

La reciente STJUE (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013, asunto c-415/11 (TJCE 2013, 89), por lo demás, señaló, en relación con las cláusulas relativas al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un periodo limitado, que «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».

A) Las dudas iniciales en torno a la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado por impago de una cuota del préstamo hipotecario

La validez de las cláusulas de vencimiento anticipado del préstamo por impago de una cuota, toda vez gozar de gran trascendencia en la actualidad, se empezó a ventilar en nuestros tribunales hace ya varios años; en concreto, a finales de la década de los 90.

El Tribunal Supremo se pronunció sobre la cuestión en su STS núm. 265/1999, de 27 de marzo (RJ 1999, 2371), considerando que dicha cláusula constituía un pacto nulo por ser contraria a diversas leyes (arts. 127 y antiguo 135 LH¹⁰² y 1.125 y 1.255 CC).

En primer lugar, el Supremo señala la trascendencia práctica de esta cláusula (a la que denomina «cláusula de resolución anticipada»), afirmando que «como esta condición consigue adular las coordenadas temporales de los préstamos hipotecarios representa un pacto de gran trascendencia práctica, que influye poderosamente en el devenir de la relación jurídica. Es un añadido de gran importancia que modifica el curso normal de estos créditos y, por tanto, capaz de engendrar evidentes secuelas civiles y fiscales».

A continuación, pasa a analizar la compatibilidad de las referidas cláusulas con los artículos 127 y (antiguo) 135 de la LH, llegando a la conclusión de que ambos preceptos buscan prolongar la situación creditual «hasta el último día convenido al contratar», estableciendo la subsistencia de la hipoteca aun en caso de venta de la finca hipotecada. Constatado este extremo, un pacto que supusiera la entrega anticipada de todo el capital debe, por consiguiente, considerarse «teñido de nulidad».

Por lo demás, declara el Supremo que, en cuanto estipulación contraria a la ley (arts. 127 y antiguo 135 LH), la cláusula de vencimiento anticipado choca también con el artículo 1.255 del CC. Asimismo, es contraria al artículo 1.125.I del CC, cuyo tenor literal es el que sigue: «Las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto, solo serán exigibles cuando el día llegue».

En fin, concluye el Tribunal Supremo afirmando que: «El establecimiento contractual de la condición resolutoria implica otorgar al acreedor un resorte muy vigoroso para conseguir la instantánea recuperación del total préstamo sin tener que esperar a que se cumplan los a veces dilatados plazos restitutorios. Consigue destruir el negocio jurídico alejando las zozobras cobratorias futuras y recupera las sumas prestadas para realizar otras operaciones».

El criterio mantenido en la STS núm. 265/1999, de 27 de marzo (RJ 1999, 2371), tuvo continuidad en la STS núm. 998/2000, de 2 de noviembre (RJ 2000, 8492). En esta, el Supremo confirmó la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado (nulidad decretada por la sentencia

¹⁰² BOE núm. 58, de 27 de febrero de 1946.

recurrída), al tiempo que entendió que la nulidad de dicha cláusula no podía conllevar la nulidad radical de todo el contrato.

En un primer momento, se advierte una línea continuista en relación con la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado por impago de una cuota del préstamo hipotecario. No obstante, el Supremo no siguió esta doctrina en otros contratos que no tuvieran garantía hipotecaria. Así, en la STS núm. 74/2000, de 7 de febrero (RJ 2000, 282), el Supremo declaró la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado (en un contrato de arrendamiento). En este sentido, señala el Supremo que: «La facultad así pactada no puede erigirse en causa del contrato por reflejo de su contenido y, menos aún, determinar la nulidad del contrato en que va inserta».

B) La admisión de las cláusulas de vencimiento anticipado por impago de una cuota del préstamo hipotecario

Hoy en día, no obstante, no parecen existir dudas en torno a la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado. Ello es así, sin perjuicio de lo que luego se dirá, gracias a la redacción original del artículo 693.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil¹⁰³ (LEC, en adelante), según el cual: «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 alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro».

La literalidad del precepto no deja lugar a ningún tipo de duda, lo que ha conducido a la unificación de criterio en la jurisprudencia menor, en el sentido de confirmar la admisión de las cláusulas de vencimiento anticipado por impago de una cuota del préstamo hipotecario¹⁰⁴. Lo anterior no es óbice, con todo, para la existencia de alguna resolución aislada que mantiene la posición contraria¹⁰⁵.

En cualquier caso, por si cupiera alguna duda, el Tribunal Supremo se ha encargado de disiparla¹⁰⁶. Así, en su STS núm. 1124/2008, de 12 de diciembre (RJ 2009, 152), manifestó que: «No sirve para el objetivo pretendido la tesis de que, con fundamento en lo establecido en los artículos 127 y 135 de la LH, en el supuesto de impago por parte del deudor, el acreedor hipotecario venga obligado a esperar el transcurso del plazo convenido cualquiera que sea su dura-

¹⁰³ BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000, págs. 575-728.

¹⁰⁴ Véanse, entre otras, SSAP Sevilla núm. 43/2002, de 23 de enero (AC 2002, 1013); Pontevedra núm. 355/2002, de 29 de octubre (JUR 2003, 30038); o Las Palmas núm. 29/2005, de 1 de febrero (JUR 2005, 86074).

¹⁰⁵ Véase, por ejemplo, la SAP Madrid de 5 de febrero 2001 (AC 2001, 1665).

¹⁰⁶ Véase a este respecto RUIZ-RICO RUIZ, J. M. y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y.: «El debido tratamiento de las ejecuciones hipotecarias a la luz de la reciente jurisprudencia del TJUE», *Diario La Ley*, núm. 8.139, Año XXXIV, Sección Doctrina, 2 septiembre 2013, pág. 6.

ción para ejecutar la garantía y limitar la ejecución a los vencimientos impagados, debido a que ninguno de estos preceptos excluye la factibilidad de que, como consecuencia de pacto entre las partes, se establezca el vencimiento anticipado de la obligación, cuya legalidad tiene cobijo en el artículo 1.255 del CC, que permite a los contratantes 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».

Igualmente, la importantísima STS núm. 792/2009, de 16 de diciembre (RJ 2010, 702), con cita de la anterior, confirmó la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado por impago de una cuota en los préstamos (ya sean hipotecarios o no).

C) La modificación del artículo 693.2 LEC

Lo recién expuesto debe matizarse a la luz de la nueva redacción del artículo 693.2 de la LEC, dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (en concreto, por el art. 7.13). Así, dispone dicho precepto, en su nueva redacción, 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».

Por tanto, las cláusulas de vencimiento anticipado siguen siendo válidas, pero lo que hace la modificación del precepto es retrasar el momento de su entrada en juego (de un mes impagado a tres¹⁰⁷). Modificación que me parece del todo punto acertada, pues, como ya apunté en la introducción de esta problemática, vincular una sanción tan grave, como lo es el vencimiento anticipado del préstamo, al mero impago de una sola de las cuotas, no resulta equitativo ni proporcionado.

¹⁰⁷ Un interesante problema se plantea en el caso de que el contrato de préstamo hipotecario contuviera una cláusula que dispusiera la procedencia del vencimiento anticipado con un único incumplimiento. Dicha cláusula sería contraria al nuevo artículo 693.2 de la LEC. Entonces, ¿a qué se debe dar preferencia? Según la conclusión 7 de la «Jornada sobre las repercusiones de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria. Especial referencia al régimen transitorio» (celebrada el 8 de mayo de 2013), «aunque se prevea el vencimiento anticipado por un único incumplimiento, si la reclamación se interpone cuando se haya producido el incumplimiento en los términos previstos en el artículo 693 LEC según el texto de la proposición de ley, no se apreciará el carácter abusivo de la cláusula».

Por tanto, aun en el caso de que exista una cláusula que determine el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario ante el impago de una sola cuota, si la reclamación se interpone una vez transcurridos tres incumplimientos (de conformidad con la nueva redacción del art. 693.2 LEC), la cláusula no será abusiva.

Véase a este respecto GIMENO SENDRA, V.: «Las cláusulas abusivas», *Diario La Ley*, núm. 8.116, Año XXXIV, Sección Doctrina, 1 julio 2013, pág. 5.

En cualquier caso, la modificación sigue resultando algo injusta¹⁰⁸, máxime si se tiene en cuenta el contexto actual de crisis, en el que es frecuente que circunstancias como el desempleo determinen un incremento en el periodo medio de pago de las cuotas¹⁰⁹.

V. CONCLUSIONES

Como ha quedado reflejado a lo largo del trabajo, el consumidor, toda vez haber recibido una mayor atención por parte del ordenamiento jurídico en los últimos tiempos, sigue quedando ciertamente desprotegido ante determinadas actuaciones de las entidades financieras.

En el caso concreto de las cláusulas suelo contenidas en los contratos de préstamo hipotecario, el Tribunal Supremo ha considerado que solo serán nulas en el supuesto de que no sean transparentes, sin poder entrar a analizar si suponen un desequilibrio entre las prestaciones recíprocas de las partes, al determinar o influir dichas cláusulas suelo el precio del contrato, elemento este cuyo eventual carácter abusivo no puede ser apreciado por el juez si la cláusula ha sido redactada de manera clara y comprensible, conforme a lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE.

Evidentemente, si el problema se aborda desde la óptica de la transparencia, la doctrina que contiene la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088), puede provocar que las entidades financieras redacten las cláusulas suelo de manera clara, sencilla, comprensible y transparente, e incluso adviertan de sus potenciales efectos negativos para el consumidor en épocas de recesión económica. No obstante, esto no soluciona el problema de fondo, pues el consumidor, aun advertido del posible riesgo que se le puede presentar en épocas de crisis, desea adquirir una vivienda que no puede pagar y, en consecuencia, deberá recurrir a un préstamo hipotecario, que seguramente contendrá cláusulas suelo en la mayoría de las entidades financieras a las que se dirija.

¹⁰⁸ ACHÓN BRUÑÉN, M.^a J.: «La liberación del bien hipotecado en caso de vencimiento anticipado por impago de tres o más mensualidades: deficiencias legales y problemas prácticos», *Diario La Ley*, núm. 8.181, Año XXXIV, Sección Doctrina, 30 octubre 2013, dice a este respecto que no se puede tildar de satisfactoria la reforma, porque «ha pecado de una escasa generosidad al fijar en tres el número de mensualidades impagadas que pueden dar lugar al vencimiento anticipado de toda la obligación si así se pactare en la escritura de hipoteca [...] y a nadie se oculta que el impago de tan solo tres meses en la larga vida de un préstamo hipotecario no reviste una gravedad tal».

¹⁰⁹ ACHÓN BRUÑÉN, M.^a J.: «Modificaciones del proceso de ejecución por la Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social: deficiencias y problemas prácticos», *Diario La Ley*, núm. 8.087, Año XXXIV, Última hora: Sección Doctrina, 21 mayo 2013, pág. 6, apunta, acertadamente a mi juicio, que «se debería haber previsto la posibilidad de aumentar el número de mensualidades impagadas que pueden dar lugar al vencimiento anticipado de todo el préstamo hipotecario cuando concurrieran ciertas circunstancias excepcionales como desempleo de larga duración, enfermedad grave o discapacidad en grado de dependencia de alguno de los miembros de la familia».

En lo relativo a los intereses de demora, la cuestión parece haberse aclarado por los esfuerzos de la jurisprudencia a la hora de definir cuándo se puede considerar que un interés de demora resulta abusivo, entendiéndose, con carácter general, que lo será cuando exista una elevada desproporción entre aquel y el interés legal del dinero. El criterio dominante en la jurisprudencia tiende a considerar como interés de demora abusivo uno que sea superior a 2,5 veces el interés legal del dinero, lo que puede cambiar a la vista de la reciente Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que ha añadido, por medio de su artículo 3.2, un nuevo párrafo al artículo 114 de la LH, según el cual, en lo que aquí interesa, el interés de demora de préstamos para adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrá ser superior a tres veces el interés legal del dinero.

Sin embargo, lo anterior no esconde la permanencia de varios problemas: a) por una parte, aunque se haya tratado de acotar a la baja cuándo un interés de demora puede ser considerado abusivo, lo cierto es que, si se tiene en cuenta que el interés de demora penaliza a consumidores que se encuentran en una delicada situación económica, intereses de demora que sean el duplo o el triple del interés legal del dinero siguen pareciendo elevados; b) como ocurre en el caso de la cláusula suelo, el consumidor no tiene alternativa: solo podrá elegir, de entre las diversas entidades financieras, aquella que le ofrezca el interés de demora más bajo, que, sin embargo, seguirá siendo en cualquier caso elevado; y c) la nueva ley, en vez de solucionar el problema, lo agrava, al aumentar a tres veces el interés legal del dinero el límite para considerar como no abusivo un interés de demora, siendo que la jurisprudencia venía entendiendo, por aplicación del artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de crédito al consumo (actual art. 20.4 de la Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo), que intereses de demora superiores a 2,5 veces el interés legal del dinero podían considerarse abusivos.

Bibliografía

ACHÓN BRUÑÉN, M.^a J. [2013]: «Adecuación del procedimiento judicial hipotecario a la normativa europea: sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013», *Diario La Ley*, núm. 8.065, Año XXXIV, Sección Tribuna, 18 de abril.

- [2013]: «Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales», *Diario La Ley*, núm. 8.127, Año XXXIV, Última hora: Sección Doctrina, 16 de julio.
- [2013]: «La liberación del bien hipotecado en caso de vencimiento anticipado por impago de tres o más mensualidades: deficiencias legales y problemas prácticos», *Diario La Ley*, núm. 8.181, Año XXXIV, Sección Doctrina, 30 de octubre.
- [2013]: «Modificaciones del proceso de ejecución por la Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social: deficiencias y problemas prácticos», *Diario La Ley*, núm. 8.087, año XXXIV, Última hora: Sección Doctrina, 21 mayo.

AGÜERO ORTIZ, A. [2013]: «¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo? O, de la rebelión de los Juzgados y Audiencias Provinciales», *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, Sección «Trabajos realizados por los investigadores», disponible para su consulta en www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/33.pdf (fecha de la última visita: 6 de noviembre).

AVILÉS GARCÍA, J. [1998]: «Cláusulas abusivas, buena fe y reforma del derecho de la contratación en España», *RCDI*, núm. 648.

BALLESTEROS GARRIDO, J. A. [2000]: «La Ley de condiciones generales de la contratación, derecho del consumo, derecho del mercado y ámbito subjetivo del control de las cláusulas abusivas», *Actualidad Civil*, núm. 20, 15-21 mayo.

BALLUGERA GÓMEZ, C. [2013]: «La sentencia del Tribunal de Luxemburgo reactiva a la lucha contra las cláusulas abusivas (I)», *Diario La Ley*, núm. 8.088, Año XXXIV, Sección Doctrina, 22 de mayo.

– [2013] «Un futuro lleno de cambios en la lucha contra las cláusulas abusivas en las hipotecas (II)», *Diario La Ley*, núm. 8.092, Año XXXIV, Sección Doctrina, 28 de mayo.

BAÑEGIL ESPINOSA, F. [2000]: «Cláusulas abusivas en los contratos bancarios. Análisis de las mismas en el nuevo art. 10 bis de la Ley de Defensa de los Consumidores», *Actualidad Civil*, núm. 19, 8-14 de mayo.

BOSCH CAPDEVILA, E. y GIMÉNEZ COSTA, A. [2005]: «Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores», *RCDI*, núm. 692.

BUESO GUILLÉN, P. J. [1995]: «Los criterios determinantes del carácter abusivo en la Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores», *RDBB*, núm. 59.

CÁMARA LAPUENTE, S. [2013]: «El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 junio 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo (No es abusiva la cláusula que define el objeto principal del contrato, salvo por falta de transparencia)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6.

CARRASCO PERERA, Á. [2012]: «Hipotecas y desahucios bajo el umbral de subsistencia», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 842.

– [2012]: «Las cláusulas abusivas se eliminan, sin más: no cabe reducirlas, moderarlas ni modificarlas», *Revista CESCO*, núm. 3.

CARRASCO PERERA, Á. y GONZÁLEZ CARRASCO, C. [2013]: «¿Hay que "quitar" las cláusulas suelo de todos los préstamos, de todas las entidades financieras, de cualquier naturaleza, aunque no fueran préstamos ni créditos hipotecarios?», *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, Sección «Trabajos realizados por los investigadores», disponible para su consulta en www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/34.pdf (fecha de la última visita: 6 de noviembre).

– [2013]: «La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre las "cláusulas suelo" es inconstitucional», *Diario La Ley*, núm. 8.159, Año XXXIV, Sección Doctrina, 30 de septiembre.

CORDERO LOBATO, E. [2013]: «Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo 2013)», *Diario La Ley*, núm. 8.098, Año XXXIV, Sección Tribuna, 5 junio.

– [2013]: «Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6.

- [2013]: «Y ahora viene lo difícil: ¿cómo controlar en el ejecutivo hipotecario el carácter abusivo de una cláusula?», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 5.

DE TORRES PEREA, J. M. [2006]: «Cláusulas abusivas en la contratación de préstamo con garantía hipotecaria para la financiación de compra de vivienda», en CAÑIZARES LASO, A. (coord.): *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Tecnos, Madrid.

DÍAZ FRAILE, J. M.^a [1994]: «La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993», en DÍAZ FRAILE, J. M.^a (coord.): *Estudios de Derecho europeo privado*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid.

- [1996]: «La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993. Situación actual de la cuestión», *RCDI*, núm. 633.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A. [2013]: «La STJUE de 14 de marzo de 2013: dificultades de interpretación y aplicación por los tribunales», *Revista CESCO*, núm. 5.

DOMÍNGUEZ ROMERO, J. [2012]: «El control del suelo hipotecario. Crónica jurisprudencial a propósito de la cláusula de limitación mínima del tipo de interés», *RdP*, núm. 29.

EMPARANZA SOBEJANO, A. [1994]: «La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español», *Revista de Derecho mercantil*, núm. 213.

FERNÁNDEZ BENAVIDES, M.: «Sobre intereses moratorios abusivos en contratos bancarios de préstamo», *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, Sección Noticias CESCO.

GARCÍA MONTORO, L. [2013]: «La cláusula suelo-techo en el préstamo hipotecario y la prueba de su negociación individual», *Revista CESCO*, núm. 5.

GARRIDO COUREL, B. [2000]: «El consumidor ante las cláusulas abusivas: la Directiva 93/13/CEE y su recepción en el Derecho español; la Ley 7/98 sobre condiciones generales de la contratación», *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 23.

GIMENO SENDRA, V. [2013]: «Las cláusulas abusivas», *Diario La Ley*, núm. 8.116, Año XXXIV, Sección Doctrina, 1 de julio.

GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C. [2011]: «La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Secc. 5.^a), de 7 de octubre estima el recurso de apelación de BBVA, NovaCaixaGalicia (NCG) y Cajamar contra la nulidad de la cláusula suelo declarada por la Sentencia 246/2010 de 30 de septiembre del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla», *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, Sección Notas Jurisprudenciales.

- [2013]: «La cláusula que impone un interés de demora desproporcionado determina la apreciación de oficio de la nulidad de la misma sin posibilidad de integración judicial», *Revista CESCO*, núm. 5.
- [2013]: «Requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de la nulidad acordada por la STS 9 de mayo de 2013», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6.
- [2010]: «Una visión alternativa sobre la cláusula suelo en los préstamos hipotecarios a interés variable», *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, Sección Trabajos de los Investigadores, noviembre.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.^a [2008]: «El control registral de las cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario», *RCDI*, núm. 705.

HERNÁNDEZ GUARCH, C. [2013]: «La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. La sorpresiva declaración de irretroactividad de las cantidades abonadas», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6.

LETE ACHIRICA, J. [2000]: «Condiciones generales, cláusulas abusivas y otras nociones que conviene distinguir», *Actualidad Civil*, núm. 17, 24-30 de abril.

LUCEÑO OLIVA, J. L. [2011]: «¿Son abusivas las «cláusulas suelo» en las hipotecas?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 814.

LYCZKOWSKA, K. [2013]: «Los intereses en los contratos de préstamo y las normas que rigen su licitud», *Revista CESCO*, núm. 5.

MARÍN LÓPEZ, M. J.: «Los intereses moratorios abusivos deben reducirse al interés legal del dinero», *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, Sección Notas Jurisprudenciales.

MARTÍNEZ ESPÍN, P. [2013]: «El control de las condiciones generales de la contratación: su aplicación al contrato de alquiler de vehículos», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6.

MORENO LISO, L. [2011]: «El consumidor ante las cláusulas abusivas en los contratos bancarios», *RDBB*, núm. 122, abril-junio.

MÚRTULA LAFUENTE, V. [2012]: *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Reus, Madrid.

PÉREZ CONESA, C. [2013]: «Condiciones generales de la contratación abusivas: cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario a interés variable. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013», *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4.

PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F. [2013]: «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *InDret*, núm. 3.

– [2013]: «La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013», *Diario La Ley*, núm. 8.154, Año XXXIV, Sección Tribuna, 23 de septiembre.

PLAZA PENADÉS, J. [2013]: «Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo», *Diario La Ley*, núm. 8.112, Año XXXIV, Sección Doctrina, 25 de junio.

RUIZ-RICO RUIZ, J. M. y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y. [2013]: «El debido tratamiento de las ejecuciones hipotecarias a la luz de la reciente jurisprudencia del TJUE», *Diario La Ley*, núm. 8.139, Año XXXIV, Sección Doctrina, 2 septiembre.

SÁNCHEZ MARTÍN, C. [2013]: «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013, en el asunto C-415/11», *Diario La Ley*, núm. 8.081, Año XXXIV, Sección Tribuna, 13 de mayo.

– [2013]: «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria», *Diario La Ley*, núm. 8.112, Año XXXIV, Sección Tribuna, 25 junio.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. [2011]: «El control jurisdiccional de las cláusulas abusivas», *RDBB*, núm. 121, enero-marzo.

SERRA RODRÍGUEZ, A. [2013]: «Cláusulas abusivas en los contratos de crédito al consumo», *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXVII, núm. 2.153, abril (disponible para su consulta en la *web* del Ministerio de Justicia).

VATTIER FUENZALIDA, C. [1995]: «Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión», *RCDI*, núm. 630.

YANES YANES, P. [2012]: «El control de la "cláusula suelo"», *El Notario del Siglo XXI: Revista on line del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 43, mayo-junio.