

UAH

# Las cláusulas abusivas en la jurisprudencia española

Unfair terms in the Spanish case-law

Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado

Presentado por: Angela Victoria Anaya Llatance  
D<sup>a</sup> ANGELA VICTORIA ANAYA LLATANCE

Dirigido por:  
Dr. D. JOSE ENRIQUE BUSTOS PUECHE

Alcalá de Henares, a 1 de septiembre de 2020



## ÍNDICE

### Abreviaturas

1. Introducción	5
-----------------	---

### BLOQUE I: DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS Y SUS ELEMENTOS

2. Contexto histórico	6
3. Legislación	9
a. Directiva 93/13 del Consejo, de 5 de abril de 1993	10
b. Ámbito de aplicación	10
c. Ley 7/1998, de 13 de abril, de CGC	11
d. Ámbito de aplicación	12
4. Las cláusulas abusivas en el contrato	13
a. Concepto	13
b. Análisis de los elementos de las cláusulas abusivas	15
i. La buena fe contractual	15
ii. El desequilibrio entre las partes	17
iii. La negociación de las estipulaciones en el contrato	18
iv. La condición de consumidor	19
5. La lista negra de la LCGC	21
6. El control de abusividad	23

### BLOQUE II: ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DESTACADA

7. Jurisprudencia	
a. Control de transparencia y control de abusividad	24
b. Cláusula que vinculan el contrato a la voluntad del empresario	28
c. Cláusula de intereses moratorios	30
d. Cláusula suelo y su renegociación	33
e. IRPH	36
f. Cláusula de gastos hipotecarios	39
g. La nulidad y retroactividad	41
8. Conclusiones jurisprudenciales: Tribunal Supremo, ¿Quo vadis?	43
9. Bibliografía	46

## **ABREVIATURAS**

CC	Código Civil
CGC	Condiciones Generales de Contratación
CEE	Comunidad Económica Europea
EM	Estado Miembro
EEMM	Estados Miembros
LCGC	Ley de Condiciones Generales de Contratación
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión europea
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios

## 1. INTRODUCCIÓN

En los dos últimos siglos, el crecimiento y globalización del comercio han ido de la mano con un gran cambio en nuestro ordenamiento. En nuestra realidad socio-económica la mayor parte de la contratación mercantil se realiza a través de condiciones homogéneas y predispuestas por un ente (profesional) e impuestas a las partes contratantes cuando se celebran contratos mercantiles. Ante la masificación de los contratos para cada negocio jurídico se hizo imposible negociar cada condición del mismo, por lo que podríamos decir que inicialmente los contratos con condiciones generales fueron una solución oportuna. Sin embargo, es necesario destacar que la parte adherente debe prestar consentimiento sobre la totalidad del contrato, existiendo la posibilidad de que la entidad mercantil actúe con mala fe introduciendo cláusulas lesivas para el consumidor. El contrato en masa no es negociado y por tanto desequilibra el poder de las partes contratantes.

De esta manera la mencionada pluralización de los contratos para facilitar el comercio ha forzado al legislador a cambiar el rumbo de la regulación tradicional basada en la autonomía de la voluntad de las partes hacia un orden más intervencionista y proteccionista con el consumidor siguiendo las pautas de los organismos internacionales, no sin incurrir en incoherencias con nuestro sistema jurídico interno que se han ido salvando mediante el trabajo jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal.

Este trabajo se centra en la figura de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores y en su tratamiento bajo el ordenamiento jurídico español.

Para conseguir un mejor análisis se ha dividido este trabajo en dos bloques de distinta naturaleza. En el primero se analizan todos los conceptos que rodean la figura de las cláusulas abusivas, esto es, la legislación tanto nacional como internacional, el concepto y el análisis de cada uno de los elementos que la constituyen.

El segundo bloque de este trabajo tiene por objeto el análisis jurisprudencial de algunos de los casos más polémicos de cláusulas abusivas en nuestro ordenamiento jurídico como son las cláusulas que vinculan el contrato a la voluntad del empresario, las cláusulas que establecen intereses moratorios elevados, la renegociación de las cláusulas suelo o la polémica cláusula de los gastos hipotecarios, pues a lo largo del tiempo se han ido observando los cambios de criterio del Tribunal Supremo unas veces a favor de un modelo clásico de contrato y otras, a favor del modelo proteccionista que introducen los organismos internacionales, lo cual nos hace preguntarnos ¿hacia dónde vamos?.

## BLOQUE I

### DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS Y SUS ELEMENTOS

#### 2. CONTEXTO HISTÓRICO

La situación actual no ha sido un fenómeno de generación espontánea, sino el producto de una evolución paulatina alimentada por la realidad económica, social y política. El origen más lejano se podría establecer en el renacimiento de la actividad marítima. Debido al aumento del comercio y por consiguiente del número de contratos celebrados, y al calor de la seguridad jurídica que por entonces empezaba a vislumbrarse, originó la necesidad de redactar contratos en masa que son de la misma naturaleza y contenido análogo, puesto que el empresario carecía de tiempo para negociar y redactar un contrato distinto para cada consumidor, teniendo en cuenta sus intereses y circunstancias particulares.

La forma que solucionar esta necesidad de realizar una redacción general para tipos de contratos de naturaleza análoga se haría mediante las llamadas condiciones generales de contratación que consisten en un procedimiento de perfeccionamiento con la contratación de cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato es impuesta por una de las partes - generalmente el empresario- con independencia de la redacción de las mismas, de su formalidad y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la única finalidad de ser incorporadas a una pluralidad indistinguible de contratos.

Por tanto, se puede afirmar que el origen de las condiciones generales de contratación se encuentra entorno al siglo XIX. Tal y como establece Uría, R<sup>1</sup> el hecho de que las sociedades de seguro actuaran a través de la producción en masa de contratos análogos, a finales del siglo XIX, se ha visto como uno de los orígenes de la aparición de las condiciones generales de la contratación.

Ciertamente, el Preámbulo de la Exposición de Motivos de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación establece que "una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes".

Estas condiciones generales de contratación suponen un peligro para la parte adherida, el consumidor<sup>2</sup>, ya que el empresario, dentro estas condiciones generales, puede imponer al consumidor la aceptación de cláusulas no negociadas individualmente, injustificadas y posiblemente desventajosas, no equitativas o desproporcionadas. Estas cláusulas son las llamadas cláusulas abusivas.

---

<sup>1</sup> (Vid. Uría, R., RDM, p. 224; Pujol, F., 1994, pp. 558 y ss.).

<sup>2</sup> Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores no obstante el objeto del presente trabajo será principalmente el proceso de contratación entre profesionales y consumidores.

En situaciones normales estas condiciones generales de contratación se redactan con una asimetría de información ya que las partes contratantes no cuentan con la misma información sobre el proceso de compraventa, provocando con ello desventaja para el que se adhiere, suponiéndole una inversión ineficiente de tiempo y esfuerzo en leer las condiciones que podrían contener cláusulas que le perjudican y que de leerlas o negociarlas, evitaría, continuando con el proceso de contratación.

En esta línea, sigue la propia Exposición de Motivos afirmando que cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe una negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares.

En este punto cabe aclarar, como se verá a lo largo del trabajo y del propio análisis jurisprudencial, que no toda cláusula abusiva es consecuencia de condiciones generales ni toda condición general de contratación es abusiva, sino solo aquella cláusula no negociada individualmente e injustificadamente desventajosa. Con ello, la Ley 7/1998 distingue las cláusulas abusivas de lo que son condiciones generales de la contratación, aunque la realidad empresarial muestra que existe mayor probabilidad de que una cláusula sea abusiva cuando esta no ha sido negociada de manera separada, es decir, cuando es condición general de contratación.

Esta posibilidad de abuso en las cláusulas origina la necesidad de llevar a cabo un control legislativo interpretando cuidadosamente los conceptos de Derecho y Justicia con el fin último de limitar estas cláusulas. La justicia debe instrumentalizarse a través del Derecho para conseguir un fino equilibrio entre la autonomía de la voluntad, la libertad de contratación y la protección a la parte débil. Como se verá más adelante esta ardua tarea no se hará sin detractores que critican esta protección por considerarla excesiva, puesto que este principio de protección total del Estado pone en peligro siglos de defensa libertad contractual y autonomía de la voluntad.

Tal y como establece la Exposición de Motivos de la citada ley, “la protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica”.

Esta faceta intervencionista del Derecho -o del Estado- se hará mediante un control que asegure la justicia de los contenidos (no negociados separadamente) y que han sido consecuencia de la voluntad del empresario basándose en, como se señalaba anteriormente, la asimetría de la información. Se estaría ante lo que se analizará más adelante, el control de la abusividad de las cláusulas.

Con ello, se completa el giro total. El giro desde la doctrina económica *laissez faire, laissez passer*, un sistema legal liberal y abrazado en la mayor parte de Europa y sustentado sobre el

valor supremo de la libertad individual y la autonomía privada que defiende que el Estado ha de limitarse exclusivamente a asegurar la paz y a proteger la propiedad privada siendo el ciudadano responsable de sus actos, derechos y obligaciones; a un sistema proteccionista que busca el equilibrio entre la autonomía privada y la Justicia en el proceso de contratación.

Por lo tanto, el contexto en el que se encuentra ahora la regulación es el resultado del desarrollo del derecho de los consumidores, el cual se encuentra ante su última gran barrera, la protección total de los consumidores contra determinadas cláusulas que contienen zonas grises por encontrarse en el medio entre la abusividad del empresario como consecuencia de su poder, o la voluntad del consumidor de adherirse como consecuencia de su autonomía.

Así y todo, el aumento del tráfico comercial y la necesidad de seguridad jurídica hizo necesaria la contratación en masa que pudiese ser eficiente para el empresario. Esta contratación en masa, pero manteniendo la individualidad de cada consumidor, se realizó mediante las condiciones generales de contratación, las cuales eran predisuestas por el empresario y el consumidor debía adherirse a ellas sin la posibilidad de negociarlas de manera separada cada cláusula, pudiendo ser abusivas o no. Finalmente, aunque no sea una relación sistemática, la existencia de un clausulado general predisuesto, no negociado individualmente e impuesto por el empresario hace más probable la inclusión de cláusulas abusivas que provocan un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general.



### 3. LEGISLACIÓN

La regulación de las cláusulas abusivas y, del derecho de consumo en general en Europa, es el resultado de situaciones de desigualdad entre partes ocasionadas en contratos de un sistema de comercio masivo. En este sentido, el propio TJUE viene afirmando que el consumidor “*se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas*”<sup>3</sup>. La inserción de este sistema de protección jurídica, que se saltaba el principio clásico de autonomía de voluntad, trata de reemplazar un equilibrio formal en los derechos y obligaciones de las partes contratantes por un equilibrio real, teniendo en cuenta la inferioridad de una de ellas<sup>4</sup>.

En cuanto a la evolución de la normativa en Europa, conviene comentar brevemente el análisis de Nessel S.<sup>5</sup> y Micklitz<sup>6</sup> que sugieren desde una perspectiva sociológica que el poder de las asociaciones de consumidores fueron la base para la creación de políticas de protección en países como Reino Unido y Alemania; sin embargo no en todas las zonas del territorio europeo se ha tratado de la misma forma, por lo que si bien es cierto que las asociaciones han sido las impulsoras de las medidas de protección en zonas como la germánica, en otras con un modelo jurídico diferente como el escandinavo o el inglés, la protección de los consumidores recae sobre la figura del ombudsman, o defensor del pueblo.

Dado que incluso los países que ya tenían una regulación de protección jurídica contra las cláusulas abusivas, presentaban diferencias entre ellos, parecía prudente implementar un sistema común que protegiera a la parte débil de los contratos de adhesión

Esta es la razón por la que no se podría regular un tema de tanto calado y enjundia jurídica -y social- en un Reglamento y se prefiriera por una Directiva “*de minimis*” con la que poner la primera piedra y establecer la base y el espíritu de la protección al consumidor mediante un marco común.

---

<sup>3</sup> SSTJUE 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98, apartado 25.

<sup>4</sup> STS 9 mayo 2013 cita: SSTJUE de 26 octubre 2006, Mostaza Claro, apartado 36.

<sup>5</sup> Nessel, S. Consumer Policy in 28 EU Member States: An Empirical Assessment in Four Dimensions. J Consum Policy 42, 455–482 (2019).

<sup>6</sup> Micklitz, H.-W. (2003). The necessity of a new concept for the further development of the consumer law in the EU. German Law Journal, 4, 1043–1064.

### **a) La Directiva 93/13 del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores**

A través de varias directivas (la ya citada Directiva 93/13; 98/6/CE relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores; Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo) la Comisión fue definiendo unos requisitos mínimos de protección al consumidor, permitiendo que cada estado miembro las armonizara mínimamente o ampliara la protección en su legislación. Concretamente, y dado el objeto del trabajo, la principal la Directiva es la que versa sobre las cláusulas abusivas.

Con este espíritu y tomando como ejemplo la legislación alemana sobre cláusulas abusivas, se promulga la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Uno de los motivos y elementos más importantes de la promulgación de esta directiva, es la unificación de criterios para determinar si una cláusula es abusiva o no.

Una gran diferencia de la Directiva con regulaciones como la española como será más adelante es que la Directiva ofrece en su articulado, una lista gris de materias que pueden considerarse abusivas, si bien hay que atenerse a las circunstancias de cada caso, dando a los EM la potestad de decidir si se incluía o no, basándose en una serie de criterios para interpretar cada cláusula. que facilita la propia Directiva:

*“[...] la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas, [...], necesita completarse mediante una evaluación global de los distintos intereses en juego; que en esto consiste la exigencia de buena fe; que en la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, a si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula y a si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor; que los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta”. Más adelante [...] la naturaleza de los bienes o servicios debe influir en la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales”<sup>7</sup>*

No obstante, se ha visto que durante la vida de la Directiva, así como en el desarrollo de la misma en los respectivos Estados Miembros, esta libertad en la determinación de la abusividad de las cláusulas ha propiciado numerosos debates en los tribunales debido a la distinta naturaleza y complejidad de cada una, y especialmente porque en la trasposición de la citada directiva en los sistemas normativos de cada estado miembro, se ha hecho de manera diferente según la cultura jurídica e intereses sociales y económicos.

### **b) Ámbito de aplicación**

---

<sup>7</sup> Considerando 18 de la directiva 93/13

La Directiva especifica en sus primeros artículos que su ámbito objetivo se delimita a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos entre profesionales y consumidores, especificando en los artículos siguientes la Directiva especifica lo que se entiende por profesional y por consumidor para dar una noción más concreta sobre el ámbito subjetivo de aplicación.

No obstante, la directiva también deja claro cuando no debe aplicarse; es el caso del punto 2 del artículo primero, en el que se especifica que *“Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, [...], no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva.”*

Esto quiere decir que para las cláusulas incluidas por orden de una disposición legal nacional o internacional se estará a lo dispuesto en la normativa estatal, mientras que si la cláusula no es consecuencia de un imperativo legal o estando en una regulación fuese solo una opción (habiendo otras menos lesivas para el consumidor)<sup>8</sup> se entenderá aplicable la Directiva.

### **c) Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de Contratación**

En España, por su parte, la regulación de las cláusulas abusivas era bastante laxa hasta la llegada de la directiva, limitándose a los contratos de seguro, habiendo quedado suficientemente demostrada la insuficiencia de los artículos 1255<sup>9</sup> y 1258<sup>10</sup> del Código Civil para regular una materia tan compleja como las cláusulas abusivas. Fuera de plazo y después de varios anteproyectos se incorporó al Derecho interno a través de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación y que como dice en su Exposición de Motivos se ha optado por llevar a cabo la incorporación de la Directiva citada mediante una Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que modifica el marco jurídico preexistente de protección al consumidor, constituido por la Ley 26/1984, de 19 de julio, persiguiendo objetivos más amplios que la misma. Tras varias modificaciones destinadas a reforzar la protección se promulgó el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

La ley española no ha traspuesto de manera íntegra la Directiva, optando por dejar ciertos puntos de la directiva sin trasponer, entre ellos y el más importante, el artículo 4, apartado 2 de la Directiva, que excluye de la posibilidad de evaluar el carácter abusivo de las cláusulas que se

---

<sup>8</sup> Véase Caso IRPH.

<sup>9</sup> **Artículo 1255.** Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

<sup>10</sup> **Artículo 1258.** Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

refieran a la definición del objeto principal del contrato y a la adecuación del precio y la retribución.

#### **d) Ámbito de aplicación**

A diferencia de la directiva que, como ya se explicó previamente, se aplica solo a los contratos efectuados entre empresarios y consumidores, en España, la Ley de condiciones Generales de Contratación es aplicable a los contratos con condiciones no negociadas individualmente, por lo que sus disposiciones también pueden aplicarse a aquellos suscritos entre empresarios o profesionales es decir, abarca también profesionales que han aceptado un contrato prerredactado por la contraparte, si bien en este caso se trata de una protección más genérica que la prevista para los consumidores.

Dadas estas diferencias entre la Directiva y la trasposición, fruto de la diversidad jurídica y social en la protección al consumidor, en caso de duda sobre alguna disposición, hecho que ocurre con asiduidad como se verá más adelante en el apartado de Jurisprudencia, conviene destacar la Sentencia del Tribunal de Justicia del 27 de junio de 2000<sup>11</sup> sobre la interpretación de la Directiva del 93, que estableció que *“al aplicar el Derecho nacional, ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz del tenor literal y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva”*.

---

<sup>11</sup> STJUE de 27 de junio de 2000 en los asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98.

#### 4. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO

Antes de entrar a definir qué se entiende por cláusulas abusivas en el contrato y los principales elementos que las definen, conviene definir qué se entiende por contrato.

El contrato es un acto jurídico diseñado por las partes para regir sus intereses. Según el Código Civil, un contrato existe “*desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio*”<sup>12</sup> por tanto, las necesidades de ambos deben tenerse en cuenta a la hora de suscribir un contrato; de lo contrario, no se estaría ante tal, por ser para solo uno y de solo uno de los signatarios.

Por otra parte, el contrato, y sobre todo el consentimiento del que habla el Código Civil debe basarse en el principio de la autonomía de la voluntad. Cuando esto no se cumple, se opone a los intereses de los firmantes, lo que deriva como se analizará más adelante en problemas como vicios del consentimiento, la excesiva onerosidad y las cláusulas abusivas<sup>13</sup>, siendo este el objeto del presente y sobre el que se incidirá.

##### A) Concepto

La primera definición a la que hay que hacer referencia para analizar la naturaleza de esta figura, se encuentra en la regulación de la protección al consumidor y usuario, concretamente en el artículo 82 del TRLGDCU, que proporciona una escueta definición con conceptos jurídicos amplios como se analizará más adelante.

##### **Artículo 82. Concepto de cláusulas abusivas.**

1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones **no negociadas individualmente** y todas aquellas prácticas **no consentidas expresamente** que, en contra de las exigencias de la **buena fe** causen, en **perjuicio del consumidor** y usuario, un **desequilibrio** importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

La definición contenida en esta ley se extrajo casi de manera literal de lo dispuesto en el artículo 3.1 de la directiva 93/13 CEE como consecuencia de la transposición.

##### **Artículo 3.1. Concepto de cláusulas abusivas.**

<sup>12</sup> Artículo 1254 CC.

<sup>13</sup> Pérez Vives, Á. (1968). Teoría general de las obligaciones. Volumen II, Primera parte. Bogotá: Temis.

*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.*

Se dice que se extrajo casi de manera literal porque mientras que la directiva señala que “se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe [...]”, la trasposición por su parte señala que se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones “[...] que, en contra de las exigencias de la buena fe”.

Esto podría interpretarse en el sentido de que para la directiva impera la existencia de perjuicio o detrimento, independientemente de las exigencias o cumplimiento de la buena fe. Sin embargo, si se interpreta de manera literal las líneas de la trasposición española podría concluirse que para considerar una cláusula abusiva el perjuicio al consumidor ha de ser necesariamente consecuencia del incumplimiento de las exigencias de la buena fe.

Así y todo, para la directiva es más importante el perjuicio que la buena fe, es decir, es más importante la consecuencia que la causa, mientras que para la ley española es tan importante la consecuencia como los hechos que la motivaron.

Tanto un concepto (detrimento o perjuicio) como otro (la buena fe), son conceptos amplios y que serán debidamente analizados.

Siguiendo la línea de caracterización de estas cláusulas, en el apartado de Derecho comparado se encuentra la *AGB-Gesetz* alemana de 1976<sup>14</sup>, norma en la cual se inspiró la Directiva del 93, que contiene, por su parte, una cláusula general de prohibición e ineficacia de cláusulas abusivas al tenor de la cual, se consideran abusivas aquellas cláusulas que “*producen un perjuicio de manera desproporcionada al consumidor en contra de la buena fe y la equidad*”, mientras que en Francia, las cláusulas abusivas son entendidas como aquellas que *generan un desequilibrio entre los derechos que emanan del contrato*<sup>15</sup>. En estas definiciones se aprecia que el enfoque de la ley alemana sobre la definición de las cláusulas abusivas, se centra en el perjuicio de la buena fe como elemento definitorio, mientras que la norma francesa otorga mayor protagonismo al desequilibrio de las prestaciones entre las partes, en la definición.

Pese a estos matices, y a tenor de las anteriores definiciones se puede extraer ciertas conclusiones claras respecto del concepto de cláusulas abusivas que darán un primer acercamiento a la interpretación jurisprudencial.

Como afirmaba el autor Arango, M. en su monografía<sup>16</sup>, las cláusulas abusivas “*han sido entendidas como aquellas condiciones definidas por un particular que rompen el equilibrio justo de las relaciones privadas, cuyo efecto es, en principio, la ineficacia de pleno Derecho*”.

---

<sup>14</sup> Art. 9 de la Ley de Condiciones Generales alemana (AGB-Gesetz 1976), actualmente contenido en el actual artículo 307 del Código Civil alemán (Bürgerliches Gesetzbuch).

<sup>15</sup> Malaurie, P., Aynès, L. y Stoffel-Munck, P. (2005). Les obligations. Droit Civil. París: Defrénois.

<sup>16</sup> Arango, M. (2016). La causa jurídica de las cláusulas abusivas. Estudios Socio-Jurídicos, 18(1), 243-266

*“de ahí que sean el abuso del Derecho y la buena fe los referentes históricos y de naturaleza jurídica que la doctrina ha acogido en explicación de este tipo anómalo de cláusulas”.*

De lo expuesto, se puede afirmar que los elementos más importantes en la identificación de este tipo de cláusulas son la actuación en contra del principio la buena fe y el desequilibrio entre las partes en perjuicio del consumidor, aunque hay otros elementos contenidos en la definición que han sido muy debatidos en el ámbito judicial e importantes para determinar la existencia de este tipo de cláusulas en los contratos, como son la condición de consumidor y la negociación de las cláusulas en el contrato.

Así y todo, se puede encontrar cláusulas abusivas en cualquier tipo de contrato siempre que este haya sido prerredactado por la parte que ocasiona el perjuicio contrario al principio de buena fe y exista una parte adherida perjudicada que no haya tenido la posibilidad de negociar.

## **B) Análisis de los elementos de las cláusulas abusivas**

Como se ha señalado en la definición, y como confirman otros autores como Adela Serra Rodríguez<sup>17</sup> o Josep Llobet I Aguado<sup>18</sup>, estas dos características son las más relevantes en el análisis de la naturaleza de las cláusulas abusivas:

“[...] Que en contra de exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato”

### **i. La buena fe contractual**

*“La buena fe es el alma de todo contrato. Guía su existencia en el caso en que las partes refieran expresamente a ella, y aún por sí sola impera como principio general más allá de lo convenido por las partes. A través de este principio se orienta la preparación, interpretación, integración, ejecución y extinción del contrato”<sup>19</sup>*

Se puede entender como buena fe el respeto a las normas establecidas para cada tipo de contrato, de acuerdo con la propia conciencia contrastada debidamente con los valores de la moral, honestidad y lealtad, proyectada en las relaciones con otros individuos.

El Código Civil establece en su artículo 7.1 que todos los *derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe* y en el artículo 1258, se establece que los contratos obligan desde su perfección al cumplimiento de lo pactado, y además *“a todas las*

---

<sup>17</sup> "Una cláusula será calificada de abusiva cuando sea contraria a la buena fe y a justo equilibrio de las prestaciones" cláusulas abusivas en la contratación pág. 57

<sup>18</sup> "Las CGC deberán girar sobre dos ejes fundamentales: el principio de buena fe y el justo equilibrio" LLOBET AGUADO, J "El deber de información en la formación de los contratos". Editorial Marcial Pons. Madrid, 1996. Pág. 70

<sup>19</sup> ORDOQUI CASTILLA, G.: Buena fe en los contratos, Ed. Reus, S.A., 1ª edición, Madrid, 2011, pág. 31

*consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*". De este último artículo se extrae la exigencia de la buena fe en la ejecución del contrato, no obstante, la doctrina y jurisprudencia han mostrado de forma unánime, que la buena fe ha de estar presente también durante toda la vida del contrato; por ello se entiende como una norma que modela el contrato, en el sentido de que tolera la integración de contenido no expresamente pactado en el contrato y por otro lado, capaz de expulsar del contrato las cláusulas que contravengan el mandato de buena fe.<sup>20</sup>

Especialmente en lo que respecta a los contratos con cláusulas no negociadas, la buena fe es imprescindible en la actuación del predisponente, ya que es quien impone las cláusulas a la otra parte contratante y en caso de no actuar de forma diligente puede crear un desequilibrio en su propio interés, derivando en un contrato anómalo por abusivo. Puede observarse la mala fe en la pre-redacción de las cláusulas o en el fin de las mismas.

Todo lo expuesto explica que el artículo 83 del actual TRLGDCU, censure al "contratante astuto" que, aprovechándose de su posición privilegiada en el contrato, introduce en el texto del mismo, cláusulas conducentes a obtener ventajas que suponen una conducta desleal lesiva de la confianza, con la nulidad de pleno derecho de esta clase de cláusulas.

Esto es resultado de las exigencias de interpretación de los contratos del Código Civil y de su artículo 1288 que prohíbe el beneficio obtenido como consecuencia de una cláusula oscura, debiéndose establecer con claridad, o ausencia de oscuridad, cualquier cláusula.

#### **Artículo 1288.**

*La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad.*

Se estaría, por tanto, ante un control ex-post, mediante el cual se penaliza a aquel signatario que, aprovechándose de la confianza surgido en el proceso de contratación incluye una cláusula oscura que ocasione a su contraparte un desequilibrio, impidiéndole obtener beneficio de ella. Así lo resume CARRASCO, Á al sentenciar que *"el fundamento de la regla se halla en el principio de autorresponsabilidad. Quien introduce la regla contractual oscura debe arrostrar el riesgo de su oscuridad, y como norma de protección de la contraparte"*<sup>21</sup>.

"los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta" (considerando 16 de la directiva)

<sup>20</sup> Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, (2004), Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia, Aranzadi, Navarra.

<sup>21</sup> CARRASCO PERERA, Á.: Derecho de Contratos, cit., pág. 446



## ii. El desequilibrio entre las partes

Además de la buena fe contractual, otro de los conceptos sobre los que se incide es el desequilibrio entre las partes en perjuicio del consumidor.

En los contratos con cláusulas no negociadas, el desequilibrio entre las partes no aparece necesariamente como consecuencia de una actuación contraria a la buena fe por parte del predisponente, sino que hay que observar la diferente casuística y la naturaleza de cada contrato.

En este sentido apunta la ya citada STJUE de 14 de marzo de 2013 que, al tratar el desequilibrio contrario a la buena fe, en el apartado 68 afirma que "para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido [...]. Sigue el apartado 69 que "cuando se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor."

Por otra parte, debe matizarse qué se entiende por desequilibrio y cuál es el carácter cualitativo y cuantitativo de este, ya que en la jurisprudencia se habla no solo de desequilibrio, sino que este desequilibrio ha de ser importante en perjuicio del consumidor.

Para juzgar sobre el equilibrio de las condiciones incorporadas a contratos con consumidores hay que atender a la naturaleza de los bienes o servicios objeto de las cláusulas contractuales, al tenor de lo expuesto en el art. 4.1 de la Directiva 93/13<sup>22</sup>.

Si bien a veces es difícil definir el concepto de desequilibrio, se puede acudir al concepto contrario, el del equilibrio, y analizar el desequilibrio como la falta de equilibrio. En este sentido, la Jurisprudencia define el equilibrio de derechos y obligaciones como aquel que deriva del conjunto de derechos y obligaciones, con independencia de que el empresario haya cumplido o no la totalidad de las prestaciones. El desequilibrio puede manifestarse en la propia oferta desequilibrada, en la fase genética o en la ejecución del contrato, o en ambos momentos<sup>23</sup>.

Esta última puntualización es muy importante, ya que el desequilibrio surge no solo desde el momento en que el desequilibrio surta efectos, sino desde la propia oferta.

Por último, será el juez nacional quien podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato cuenta con un desequilibrio y deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos

---

<sup>22</sup> art. 4.1 "sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato [...]"

<sup>23</sup> STS 9 mayo de 2013

examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas.

### iii. La negociación de las estipulaciones en el contrato

Al hablar en la definición del requisito de cláusulas “no negociadas” se puede tender a pensar que las cláusulas abusivas solo se aplican en los contratos de adhesión a condiciones generales de contratación por tener estos la principal característica de no ser negociados, pero ciertamente el concepto de cláusula abusiva no se vincula única y exclusivamente a la contratación mediante condiciones generales sino que se extiende a toda cláusula que vulnere el principio de la buena fe contractual y determine una situación de desequilibrio injustificado en relación con los derechos y obligaciones de las partes en el contrato, independiente de que sea negociado o no. En esta línea, la propia Exposición de Motivos afirma que cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe una negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares.

Por tanto, pudiera entenderse que la protección solo existe en condiciones generales, pero la protección al consumidor también entra en juego como límite absoluto en las condiciones particulares que las partes han negociado, independientemente del carácter negociado o no de las cláusulas. En este sentido lo corrobora la Comisión Europea al afirmar "cuando una cláusula haya sido expresamente negociada entre las partes, los principios de la libertad contractual y del *pacta sunt servanda* no pueden ser sometidos a las limitaciones, salvo en situaciones extremas donde la protección del consumidor lo justifique" JARAMILLO C.<sup>24</sup>

Por otra parte, la negociación o falta de esta no se analiza como un conjunto sino de manera individualizada para cada cláusula de tal suerte que en caso de se haya negociado individualmente una cláusula o parte esta, no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato que no han sido negociadas individualmente. El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

Dentro del concepto de cláusulas abusivas que establece la ley, y unido a la idea de estipulación no negociada individualmente, se señala el requisito de la estipulación no consentida expresamente. Se está ante un escalón más en el proceso de contratación, el consentimiento.

En cuanto a la problemática del consentimiento, el Tribunal Supremo dejó clara la doctrina en la ya citada sentencia del 9 de mayo de 2013 y cuyos principales puntos son los siguientes:

---

<sup>24</sup> 1998. solución alternativa de conflictos en el seguro y en el reaseguro colección internacional Núm. 1 Carlos JARAMILLO, C., “Solución alternativa de conflictos en el seguro y en el reaseguro” colección internacional Núm. 1 (1998) P. 308

- a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.
- b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación, aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.
- c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.
- d) La carga de la prueba de que una cláusula previamente redactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario.

Por otro lado, el Supremo explica *basándose en el art. 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE* (y del art. 1.1 LCGC) la definición de “imposición”, entendiéndola como *la incorporación de la cláusula al contrato por obra exclusivamente del profesional o empresario*. Concluye el TS que el consumidor no está obligado a oponer resistencia como muestra de que se le está imponiendo algo, ya que *la “imposición” de las condiciones generales que integran el contrato no puede identificarse con la “imposición del contrato” en el sentido de “obligar a contratar” [...] sino que supone simplemente que la cláusula predispuesta por una de las partes no ha sido negociada individualmente*.

Por tanto, si una cláusula no ha sido negociada individualmente la Jurisprudencia, como se verá más adelante, interpreta que ha sido impuesta porque el consumidor no ha podido decidir en el contenido de las cláusulas y con ello el riesgo de que no pueda desconocer el contenido y sentido total de estas.

#### **iv. La condición de consumidor**

Aunque el actual TRLGCU, en su artículo 3 establece que “[...] son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”, la trasposición estableció una protección favorable no solo al consumidor, sino a cualquier entidad que se constituyera como adherente en un contrato de condicionado general y “que actúa sin ánimo de lucro y es destinatario final del bien o servicio, o lo transmite de forma no onerosa”. Es decir, amplía el ámbito de aplicación, no dejándolo solo en consumidores, por lo que el pivote sobre el que gira la determinación de la abusividad no es la condición de consumidor, sino el tipo de clausulado al que adhieren los firmantes y el carácter individual o no de la negociación.

La condición de consumidor y su catalogación como tal ha suscitado controversia en multitud de escenarios. En primer lugar, el propio TJUE dictaminó que lo importante era la finalidad de la operación y no en las condiciones subjetivas del contratante.

*“una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse consumidor cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado”*

En la misma línea sentenció el Tribunal Supremo, al afirmar que “lo relevante es la finalidad en el momento de celebrarse el contrato”, puesto que la finalidad del bien objeto del contrato podría cambiar más adelante y destinar a uso profesional.

Por último, cuando haya dudas sobre la finalidad profesional o particular, o indicios de un doble destino y no pueda acreditarse el uso exclusivo de uno de ellos, ya sea particular o profesional, se atenderá al objeto y circunstancias contractuales en su totalidad. Por tanto, si el objeto profesional no destaca sobre los demás en el contexto general del contrato el contratante será considerado consumidor.

## 5. LA LISTA NEGRA DE LA LCGC

Anteriormente se afirmó que si bien existe protección para quien no tenga condición de consumidor, esta protección no era tan férrea. Toca preguntarse en qué se aterriza esta desigualdad en la protección, o de qué manera los consumidores tienen mecanismo de protección más amplios. Ciertamente, en palabras de la Exposición de la originaria Ley de Condiciones Generales de Contratación *“sólo cuando exista un consumidor frente a un profesional es cuando operan plenamente la lista de cláusulas contractuales abusivas recogidas en la Ley, en concreto en la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que ahora se introduce.”*<sup>25</sup>

Habiendo estudiado el ámbito de aplicación del TRLGDCU que concluyó que para el caso de las cláusulas abusivas la regulación se aplica a los contratos suscritos entre un empresario y consumidor, considerando como consumidor aquel que suscribe un contrato con fines ajenos a su actividad comercial, pudiendo ser incluso otro empresario siempre y cuando el objeto del contrato sea destinado a otra actividad distinta de su actividad mercantil.

No obstante, hablando concretamente del clausulado de los artículos 85 a 90 del TRLGDCU y siguiendo con el razonamiento llevado a cabo en la Ley de CGC descrito arriba, dicho clausulado solo debe aplicarse a aquellos contratos celebrados con consumidores.

Es cierto que las cláusulas que pueden revestir de un carácter abusivo son *numerus apertus*, pero hay otro tipo de cláusulas, *numerus clausus*, que la Ley considera que lo serán en todo caso. Esto choca frontalmente con el criterio seguido en algunos países del viejo continente, en la Directiva y en el propio TJUE, que no consideran oportuno incluir un listado exhaustivo. La directiva no contiene cláusulas que sean automáticamente abusivas sino simplemente una lista, que según el extinguido STJCE 7 mayo 2002 del asunto C-478/99, tiene valor indicativo e ilustrativo, y que por tanto una cláusula que figura en dicho anexo no debe necesariamente considerarse abusiva y que, por el contrario, una cláusula que no figura en él, puede, sin embargo, ser declarada abusiva. Extremo confirmado en el asunto C-472/10, que sentencia que el mero hecho de que una cláusula figure en la lista no entraña necesariamente que la misma tenga carácter abusivo.

Como afirma de manera acertada, el Abogado General<sup>26</sup> *“la lista de cláusulas que relaciona el Anexo no puede tener sino carácter indicativo y que, dado su carácter mínimo, los Estados miembros, en el marco de su legislación nacional, pueden someterla a añadidos o a formulaciones más restrictivas, en particular con respecto al alcance de dichas cláusulas”*.

---

<sup>25</sup> Ley 7/1998 de 13 de abril sobre las condiciones generales de la contratación.

<sup>26</sup> Conclusiones del abogado general GEELHOED con fecha el 31 de enero de 2002 en el asunto C-478/99 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y la obligación de recoger en la normativa nacional la lista, que figura en el anexo, de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.

El razonamiento tanto de la Directiva como del TJUE se puede entender en lo que defiende en el documento *Principles of European Contract Law*, cuando dispone que la ausencia de una lista no inhibe a los jueces y árbitros de inspirarse en la lista del anexo de la Directiva 93/13/CEE.

Así y todo, en mi opinión parece excesivamente protectora la línea seguida por el legislador español, la cual se desmarca de la forma de actuar de las demás regulaciones europeas, de la Directiva y, por último, del TJUE. El exceso se fundamenta en lo siguiente:

En primer lugar, es cierto que la Directiva acepta formulaciones más restrictivas que un listado abierto (se entiende que los acepta haciendo clara alusión a un listado negro). No obstante, como ha quedado demostrado en los anteriores párrafos el TJUE no apoya esta fórmula por considerarla excesiva e innecesaria dada la existencia de fórmulas más abiertas y menos perjudiciales.

Existe un listado abierto formulado por la Directiva al que se puede acudir siempre que el Juez lo considere oportuno y en el cual se puede incluir cualquier cláusula que se considere abusiva, según las circunstancias y atendiendo al objeto y naturaleza del Contrato.

Por tanto, la no existencia de un listado negro en el Derecho Nacional no tendría graves consecuencias porque la determinación de la abusividad se puede inspirar en el listado de la Directiva o de uno de la ley nacional, ya que como la propia Directiva asume, los EEMM podrán aumentar el clausulado otorgado por la Directiva.

Considero perjudicial, si ya existe un listado abierto, añadir un listado negro porque ello obligaría al Juez a declarar nula la cláusula impidiéndole analizar los elementos de fondo de aquella estipulación, extremo que podría causar más costes que beneficios, incluso para el propio consumidor a quien se intenta proteger en última medida. Por tanto, considero ilógico que tratándose de proteger en última instancia al consumidor se le pueda perjudicar por la declaración de abusividad de alguna de las cláusulas del llamado listado negro, aunque en el fondo no sea así.

Ello es la principal desventaja del listado cerrado, que una cláusula recogida en el listado al final no acabe siendo abusiva porque la casuística del TRLGDCU no sea capaz de recoger la imagen completa de una realidad cambiante a cada segundo y cada vez más compleja por la revolución digital aumento de transacciones a todos los niveles.

En el terreno puramente práctico tener un listado abierto asegura, a priori, no incurrir en ninguna injusticia, pero tener un listado negro sí puede acarrear alguna injusticia por dar por hecho que una cláusula es abusiva cuando en realidad y atendiendo a su realidad y fondo económico no lo es.

## 6. EL CONTROL DE ABUSIVIDAD

Relacionado con la labor de un Juez, y antes de entrar a analizar la Jurisprudencia, conviene estudiar el concepto de control de transparencia y la tipología de mecanismos de control de cláusulas que se introducen con la regulación de las cláusulas abusivas.

- a) El control de incorporación es un control de naturaleza formal, es aquel en que la ley exige al empresario que las cláusulas no negociadas individualmente cumplan requisitos formales, tales como información al consumidor, forma de redacción. En este sentido el control consistirá en comprobar la concreción, claridad, sencillez, comprensión, accesibilidad y legibilidad<sup>27</sup>, de tal suerte que permita al consumidor conocer previamente lo que va a firmar.
- b) El control de contenido: este, por contrario, se trata de un mecanismo de control de naturaleza material o sustantiva que pretende que aquellas cláusulas que no han sido negociadas individualmente cumplan un equilibrio en el contenido de los derechos y las obligaciones de los firmantes.

En resumen, debido a la asimetría informativa que se ha explicado en el apartado introductorio, el control de transparencia tiene como núcleo la claridad y la comprensibilidad (formal y material) de las cláusulas pactadas, especialmente respecto al objeto principal del contrato, la adecuación entre precio y retribución así como los servicios o bienes que deban proporcionarse; de tal manera que el consumidor tenga un verdadero conocimiento de las consecuencias económicas jurídicas y este conocimiento haya sido conferido de manera libre.

---

<sup>27</sup> Conviene señalar la SAP de Castellón con fecha 7 de septiembre de 2017 que anula una cláusula de un contrato bancario por el tamaño de la letra (inferior a 1.5 mm) tras haberse convertido en una práctica comercial desleal de los empresarios recogida en el Capítulo III de la Ley 29/2009 (Prácticas comerciales con los consumidores o usuarios).

## BLOQUE II

### ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DESTACADA

#### 7. JURISPRUDENCIA

Con el fin de conseguir un análisis jurisprudencial ordenado y dado que en algunas cuestiones el tema está en continua disputa jurídica entre tribunales, se ha optado por llevar a cabo un análisis separado por temas, en el que de cada apartado se obtendrá una conclusión.

Antes de entrar a analizar casos particulares conviene analizar la Jurisprudencia de un tema general que abarca varios temas relativos a entender cómo se enfoca el tema del control abusividad independientemente de la materia acompañado de un rico debate entre Sentencias modificaciones y posteriores retractaciones. Posteriormente se desgranará la Jurisprudencia de temas concretos, casi todos ellos del ámbito de contratación bancaria por la complejidad del mundo financiero y una vez más, la asimetría informativa entre la entidad bancaria y los clientes.

##### a) El control de transparencia *versus* el control de abusividad

Para presentar este tema es preciso hablar de la STS del 2013 en referencia a las cláusulas suelo. Esta STS alegó que antes de realizar el control de abusividad de las cláusulas era conveniente realizar el control de transparencia de tal suerte que si este control resultaba positivo, es decir que la cláusula cumplía con los requisitos de transparencia descritos en el anterior apartado no procedía entrar a valorar la existencia de abusividad.

Esta opinión, no carente de polémica por la aparente desprotección en la que se dejaba al cliente fue modificada en varias sentencias años más tarde (marzo y abril 2015). El cambio consistió en lo siguiente: el control de transparencia dejó de ser un requisito previo al control de abusividad para pasar a ser un elemento más de juicio en el control de abusividad con la consecuencia de aquella cláusula que no cumpliera el control de transparencia se convirtió en abusiva.

No obstante, esta modificación no sería la última. El Alto Tribunal, con su Sentencia fechada en el 9 de marzo de 2017 volvería a introducir un elemento de juicio, el error de consentimiento. La Sentencia pone en relación la falta de transparencia con el error del consumidor a la hora de prestar consentimiento, el cual dejaría de ser válido. Por lo tanto, el control de transparencia, según el TS, dejaría de ser un control de información facilitada al consumidor, sino que según la literalidad de la propia Sentencia el control de transparencia sería *“la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó”*.



El tema tiene un largo recorrido, si bien, hasta la fecha de redacción de este presente Trabajo no hay una línea jurídica clara a seguir lo que se ha traducido a la inseguridad jurídica. Con este nuevo jugador en el tablero, el error de consentimiento, habría que hacerse las siguientes preguntas con la finalidad de introducir el próximo apartado:

- a. Dado que el conocimiento de la cláusula para el cliente pasa a ser elemento fundamental, ¿cómo se puede comprobar que la cláusula pasó inadvertida para el consumidor?
- b. El consentimiento del cliente, ¿es prestado sabiendo de la existencia de dicha cláusula y por tanto es válido o no?

### **Control de abusividad**

Es probablemente la piedra angular del debate de la abusividad de las cláusulas. Como primer acercamiento al tema este apartado debiera responder a la siguiente pregunta: ¿existe un control de oficio de las cláusulas abusivas si la reclamación de la deuda se fundase en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario? O dicho de otra manera ¿Tiene el Juez Civil la obligación de entrar a enjuiciar la abusividad de una determinada cláusula?

Como este es un trabajo eminentemente jurisprudencial, procede poner en antecedente con un caso concreto en el que la parte actora presentó una demanda solicitando la resolución del contrato de préstamo hipotecario por incumplimiento en el pago de cuotas y el reintegro de todo el importe adeudado pendiente.

La cuestión que se plantea es, pese a no estar relacionado con las pretensiones del demandante, la posibilidad de control de oficio por parte del Juez de las cláusulas abusivas en el contrato objeto del litigio para observar esta abusividad de las cláusulas, motivo por el cual o uno de los motivos el deudor se ha puesto en situación de mora, y conseguir así la supresión de la cantidad adeudada o al menos su disminución

Respecto a los poderes del Juez en materia de cláusulas abusivas el TJUE ha dictaminado en varias ocasiones<sup>28</sup> la necesidad de flexibilizar del Derecho procesal civil español otorgando la posibilidad de que el Juez observe de oficio la abusividad.

En este sentido la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, no deja lugar a dudas sentenciando lo siguiente:

*“el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual [...] y, de este modo, subsanar el desequilibrio que exista entre el consumidor y el profesional, desde el momento en que disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto.*

---

<sup>28</sup> Sentencia del TJUE del 14 de marzo de 2013; 21 de diciembre de 2016 y 30 de mayo de 2013.

*La plena eficacia de la protección conferida por la Directiva 93/13 exige que el juez nacional que haya apreciado de oficio el carácter abusivo de una cláusula pueda deducir todas las consecuencias de esa apreciación, sin esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula.”*

Como adenda a lo anterior y ya en materia nacional, conviene señalar **artículo 4.1 bis LOPJ** que exige una interpretación de las normas sustantivas y procesales nacionales conforme a la legislación y jurisprudencia comunitaria como la nombrada, disponiendo que *“los jueces y tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”*, así como la modificación de la LEC mediante la introducción, mediante la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de un trámite dirigido al control de oficio de las cláusulas abusivas, en el contexto de una reclamación de deudas como consecuencia de un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario.

No obstante, como bien puntualiza García E<sup>29</sup>. *“No hay que olvidar que las directivas despliegan «efecto interpretativo» sobre el Derecho nacional, aunque con el límite de que el Juez no está obligado a hacer interpretaciones contra legem de su Derecho nacional.”*

Por lo tanto, si un consumidor es demandado en un proceso fruto de un contrato de consumo se le reconoce explícitamente al Juez la facultad de emitir juicio sobre la nulidad de las cláusulas abusivas o sobre cualquier pretensión relacionada con el objeto del litigio y relevante para el caso, de tal manera que suponga una reducción de la abusividad o de las consecuencias de esta, sin la necesidad de que el propio consumidor lo solicite, llegando a desestimar la pretensión del demandante.

Por último, y hecho que supone un paso más allá en las cláusulas abusivas en contratos con los consumidores y usuarios es necesario hacer mención a la doctrina fijada por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo<sup>30</sup>, según la cual las Administraciones Públicas tienen potestad para hacer uso de poder coercitivo y sancionar la incorporación de cláusulas abusivas *“sin necesidad de previa declaración judicial en el orden civil”*.

Entrando en el terreno puramente práctico, se ha analizado cuáles son las cláusulas abusivas o cláusulas que se ha llegado a estudiar su abusividad sin poder concluir sobre la existencia de esta, y se puede establecer que las cláusulas más comunes en contratos de consumidores, en línea con lo que recogen asociaciones de consumidores, son la prórroga automática si el consumidor no manifiesta lo contrario, las indemnizaciones excesivas, aquellas que vinculen el contrato a la voluntad del empresario, las que establecen un fuero distinto al que impone la Ley (domicilio del consumidor, el lugar del cumplimiento de la obligación o donde se encuentre el bien si fuera inmueble), las que obligan a la renuncia del consumidor a sus derechos legales o limitan la responsabilidad del empresario o profesional o aquellas que obligan al consumidor a cumplir el contrato cuando el profesional no lo ha hecho.

---

<sup>29</sup> La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre las cláusulas abusivas. Enrique García-Chamón Cervera. 2015. <https://elderecho.com/la-jurisprudencia-del-tribunal-de-justicia-sobre-las-clausulas-abusivas>

<sup>30</sup> Sentencia Tribunal Supremo 1557/2017 de 16 de septiembre de 2017,

Por otra parte, en la contratación bancaria, las cláusulas abusivas más habituales son avales o garantías excesivas en relación al valor de bien, cláusulas suelo en préstamos hipotecarios, cláusulas de vencimiento anticipado por el impago de una única cuota, el cobro de intereses de demora en préstamos hipotecarios y personales y por último y más reciente el IRPH y el pago de gastos hipotecarios.

Dada la limitación en la extensión del presente trabajo y por dar una imagen fiel a las disyuntivas que se le plantean al Tribunal Supremo se considera oportuno analizar exclusivamente aquellos casos que más enjundia jurídica o mayor consecuencias jurídicas tienen.

## **b) Cláusulas que vinculen el contrato a la voluntad del empresario:**

En primer son aquellas cláusulas que define el artículo 85.4 como *las que autoricen al empresario a resolver anticipadamente un contrato de duración determinada, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad, o las que le faculden a resolver los contratos de duración indefinida en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable.*

Si bien el primer párrafo de este punto es manifiestamente claro, el segundo da lugar a dudas cuando establece que ello *no afecta a las cláusulas en las que se prevea la resolución del contrato por incumplimiento o por motivos graves, ajenos a la voluntad de las partes, que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del contrato.* Es precisamente en la calificación de incumplimiento donde radica el problema.

Aterrizando esta problemática a un caso concreto el ejemplo más habitual es la cláusula que impone el prestamista de vencimiento anticipado unilateral del contrato de préstamo hipotecario tras el impago por parte del deudor de una cuota o del interés del importe principal, provocando una clara situación de desequilibrio -y peligro- en el prestatario, que podría ser obligado a pagar en ese momento el capital restante sin amortizar como consecuencia de la resolución ejercida por el prestamista. Ciertamente, el artículo 693 LEC, exige para proceder a la validez del vencimiento anticipado, la concurrencia del impago de una única cuota por lo que se estaba actuando conforme a la legalidad.

En este caso, la abusividad o no de esta facultad resolutoria dependía del número de cuotas que dejaba de pagar el prestatario hasta ejercer dicha facultad, y si estas cuotas impagadas eran proporcionales en relación al importe total del préstamo y al número total de cuotas. En este sentido, la AP de Álava en su SAP 160/2016<sup>31</sup>, dictaminó que *constituirá cláusula abusiva cuando teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios del contrato [...] resultase excesivo y desproporcional poder declarar el vencimiento anticipado por el incumplimiento de un número de cuotas que no guarda proporción con la duración y cuantía contrato.*

No obstante, el Tribunal Supremo admitía el vencimiento anticipado unilateral por parte del prestamista debido al impago de una única cuota, independientemente del principal o duración del préstamo, llegando a afirmar en la STS de 4 de junio de 2008<sup>32</sup> que se permite el vencimiento anticipado cuando concorra justa causa, entendiendo la misma según esta misma resolución que nos encontremos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, como puede ser, ciertamente, el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización de un préstamo.

---

<sup>31</sup> SAP Álava, Sección 1ª, de 10 de mayo de 2016, Nº de Resolución: 160/2016.

<sup>32</sup> STS 506/2008.

Es decir, para el Alto Tribunal no hay que entrar a analizar la cantidad o duración total del préstamo, sino si ha habido dejación de obligaciones por parte del consumidor y, evidentemente, el impago de cuota lo es.

Sin embargo, esta visión pudiera ser errónea porque no se estaría viendo la gravedad del incumplimiento. En esta línea se encuentra el TJUE, quien en la sentencia de 14 de marzo de 2013, al afirmar que *corresponde al juez comprobar 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.*

Por tanto, el TJUE va un paso más allá y no solo recomienda que se compruebe el carácter esencial o no del impago, sino también que se compruebe si el incumplimiento ha sido grave o no y se busquen remedios que no supongan la resolución contractual.

Tras esta Sentencia varios fueron los cambios que sucedieron:

- a. Se modifica el artículo 693 LEC, para exigir el impago de tres cuotas en vez de una para validar la facultad de vencimiento anticipado.
- b. El Tribunal Supremo, en la STS de 23 de diciembre de 2015, reconociendo la abusividad del vencimiento anticipado por el impago de una única cuota y considerándolo igualmente desproporcionada en caso de tres, deja de tener en cuenta exclusivamente los umbrales cuantitativos para ejercer el vencimiento anticipado (los cuales se habían modificado previamente) y establece los nuevos criterios<sup>33</sup> que deberá analizar el Juez para enjuiciar la abusividad o no del vencimiento anticipado: *i) la esencialidad de la obligación incumplida; ii) la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo; y iii) la posibilidad real del deudor de evitar esa consecuencia.*

Por lo tanto, y a modo de conclusión, la abusividad dependerá más allá de criterios cualitativos, de juicio justo *del órgano judicial y del comportamiento histórico que viniera teniendo el deudor en relación al cumplimiento de sus obligaciones contractuales.*

---

<sup>33</sup> Criterios que serían reafirmados por el TJUE en su Resolución del 26 de marzo de 2019.

### **c) Cláusula que establezcan intereses moratorios elevados:**

En este segundo caso particular lo que se pretende analizar es la evolución jurisprudencial del carácter abusivo o no de los intereses de demora o moratorios. Dado que finalmente la Jurisprudencia ha acabado dictaminando lo mismo para los préstamos personales y para aquellos cubiertos con garantía real, durante este apartado no se hará distinción alguna entre ambos.

Como primer punto conviene que el Código Civil, en su artículo 1108, permite el recargo de intereses moratorios al establecer que “si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal”. Artículo que puesto bajo el prisma del artículo 1255 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*, podría entenderse que el principio dispositivo y la autonomía de la voluntad serían respetados.

La legislación española no impone restricción alguna a los intereses moratorios en préstamos personales de consumidores. El pago de intereses, ya sea por tratarse de dinero o por relacionarse equivocadamente con la usura, no ha sido un tema fácil de tratar jurídicamente y muestra de ello son las posturas diferenciadas que ha mantenido a lo largo de los últimos años el Tribunal Supremo.

Inicialmente, tal y como recoge la STS de 22 de febrero de 2013, se aceptaba la autonomía contractual de las partes en la determinación libre del tipo de interés en virtud de los artículos citados arriba. No obstante, la realidad práctica puso una vez más en entredicho esta libertad ante la exigencia a veces de intereses excesivamente altos.

El pago de intereses es la obligación accesoria que acompaña a la obligación pecuniaria principal<sup>34</sup> y es el precio del dinero y en dicho precio se reúne elementos como el riesgo de contraparte, el riesgo de iliquidez o los gastos de gestión. Lo nuclear en este caso es que es un precio que se ha de pagar en virtud de una determinada cantidad y, aquí es donde se genera la disputa de los intereses moratorios, con base en un determinado plazo. Cuando se produce un incumplimiento en el pago de las cuotas, el prestamista incurre en daños y perjuicios, hecho por el cual existe el interés de demora que deberá el prestatario.

Pero, ¿dónde está la línea que separa que el recargo sea por daños y perjuicios o por una excesiva sanción con funciones disuasorias?

Esta situación de incertidumbre derivó en un planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE por parte de un Juzgado de Barcelona en el que solicitaba al Tribunal de Luxemburgo la

---

<sup>34</sup> STS de 22 de febrero de 2013

interpretación más correcta de la Directiva Directiva 93/13/CEE en contratos celebrados con consumidores.

Ante esta cuestión el TJUE acabó dictaminando que, si bien existe una libertad contractual, en el caso español amparada por los artículos 1108 y 1255, esta autonomía ha de entenderse en un contexto limitado. Estos límites, según el Tribunal serían el desequilibrio y el abuso que, una vez más, deberán ser observados por Juez sin que exista un elemento de valoración puramente numérico en el que basarse. En este sentido, la STJUE de 14 de marzo de 2013, *exige comprobar si el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, es adecuado en el Estado miembro de que se trate, y, comprobar a tal efecto, si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.*

En esta línea, el Tribunal Supremo, en su Resolución 265/2015 reconoce que *el interés de demora supone un incremento destinado a indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento por el prestatario de los plazos estipulados [...], con la función añadida de disuadir al prestatario de retrasarse en el cumplimiento de sus obligaciones.*

En segundo lugar, el Tribunal pone en duda la legalidad de la cláusula que establecía unos intereses de demora diez puntos porcentuales superiores a lo debido (21,8%) y, basándose en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea pone cifra a partir del cual un préstamo personal tendría unos intereses de demora abusivos. Más tarde se extendió esta práctica a los préstamos con garantía real.

Esta cifra sería una subida dos puntos al previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que es el artículo que regula los intereses procesales (*interés anual igual al del interés legal del dinero*).

Este cálculo sería puesto en práctica en su Resolución 671/2018 donde dictaminó que pese a *la falta de una previsión legal que fijara de forma imperativa el criterio aplicable para el control de su abusividad [...] el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores debía consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no excediera de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio. Si el interés de demora queda fijado por encima de este porcentaje, la cláusula que lo establece es abusiva.*

Finalmente, debe señalarse la tesis sostenida por el Tribunal Supremo del 3 de junio de 2016 en la que dictamina que si bien existe un criterio cualitativo este límite numérico no garantiza que dicho interés no sea abusivo, afirmación que está en línea con lo que establece el TJUE en su Auto del 17 de marzo de 2016 al dictaminar que la determinación de la abusividad no debe hacerse sólo con base en un criterio numérico, sino a un criterio global.

Por lo tanto, se ha observado un cambio de prioridades entre la autonomía y la protección, en el que al principio se aceptaba la autonomía, pero dada algunas prácticas desmesurada se optó por restringirla y mirar por la protección del consumidor.

Posteriormente se ha observado un *baile de cifras* (STJUE de 14 de marzo de 2013 dijo que no superiores a tres veces el interés legal del dinero) en relación a lo que debería considerarse abusivo. Finalmente, el criterio es el del 2% más el interés legal, si bien el criterio numérico será acompañado del juicio crítico del Juez a escala global. Esta inseguridad jurídica se resuelve con la promulgación de la LCCI la cual establece los límites a los intereses de demora, al afirmar que *en el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del período en el que aquel resulte exigible* (porcentaje sobre el principal vencido, pero no pagado). Con esta modificación, el Legislador reformaría el artículo de la 114 de la Ley Hipotecaria, que prohibía que los intereses fuesen superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo que solo pudiesen devengarse sobre el principal pendiente de pago para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda.<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> De la Cuesta J. M. (2015) comentario de la sentencia del tribunal supremo de 22 de abril de 2015 (1723/2015)  
Fuente:

[https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/comentarios\\_sentencias\\_unificacion\\_doctrina\\_civil\\_y\\_mercantil/abrir\\_pdf.php?id=COM-D-2015-18\\_Comentarios\\_a\\_las\\_Sentencias\\_de\\_Unificacion\\_de\\_Doctrina\\_Civil\\_y\\_Mercantil\\_Nulidad\\_por\\_abusiva\\_de\\_la\\_cl%C3%A1usula\\_de\\_intereses\\_moratorios\\_en\\_un\\_contrato\\_bancario\\_de\\_pr%C3%A9stamo\\_personal\\_con\\_un\\_consumidor](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2015-18_Comentarios_a_las_Sentencias_de_Unificacion_de_Doctrina_Civil_y_Mercantil_Nulidad_por_abusiva_de_la_cl%C3%A1usula_de_intereses_moratorios_en_un_contrato_bancario_de_pr%C3%A9stamo_personal_con_un_consumidor)



#### **d) Cláusulas suelo y su renegociación**

De las cláusulas abusivas, este asunto es el de mayor novedad al tiempo de investigar sobre el material del trabajo. Si bien para el sector bancario supone una nueva batalla, para la justicia española también supone un nuevo embrollo jurídico.

Para entender la situación actual antes hay que tratar las cláusulas suelo porque no deja de ser una derivada de aquellas cláusulas suelo y de cuyas soluciones emana la cláusula de renegociación.

#### **Cláusulas suelo**

Son un tipo de cláusulas hipotecarias que fijan un tipo de interés mínimo que el prestatario debe pagando independientemente del tipo de referencia del préstamo

Al igual que sucedía con los intereses de demora, lo cual da a entender un patrón de actuación del legislador español, en principio las cláusulas no son contrarias a Derecho, si bien debido al abuso que se pudiese estar haciendo de ello, la cláusula ha sido objeto de estudio, debate y contradicciones en las diferentes instancias nacionales y en el TJUE.

El primer fallo que se tiene sobre esta cuestión data de 2013, con la STS 241/2013 del 9 de mayo, que declaraba la nulidad de las cláusulas suelo que se encontraba insertadas en un clausulado de condiciones generales. Si bien este fallo sería el génesis, el principal Fallo y que a la postre provocaría la corrección del TJUE, es la Sentencia 139/2015 que dictaminó que *cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013 [...], procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013.*

La cuestión troncal no sería la abusividad de las cláusulas, extremo que quedó demostrado, sino que sería la retroactividad o no de las cláusulas suelo, es decir, la devolución de indebidamente cobrado o no. Este Fallo tendría el Voto Particular de dos Magistrados quienes sí abogaban por la aplicación de la retroactividad total, desde el momento en la cláusula empezase a desplegar efectos económicos.

La Sala Primera del Alto Tribunal acaba por rechazar la retroactividad total, a lo que el TJUE con fecha 21 de diciembre de 2016 corrigió estableciendo que *“la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión”*.

Además de defender la no limitación de la retroactividad, la Corte de Luxemburgo puntualiza que dada la complejidad de una hipoteca con cláusula suelo, *“el contrato debe permitir al*

*consumidor comprender las consecuencias económicas que para él se derivan del mecanismo con información relativa a la evolución pasada del índice a partir del cual se calcula el interés”.*

El Alto Tribunal acabó por aceptar la corrección en su Sentencia de 24 de febrero de 2017, al reconocer que *procede modificar la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo, haciéndose efectiva la primera de las modificaciones en la tutela judicial en contratación bancaria, y reconociéndose la retroactividad absoluta.*

De cara al futuro, el Legislador español y haciendo una vez más la analogía con los intereses de demora, ha optado por regular la materia, en línea con lo establecido por la Jurisprudencia, en la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. De manera tajante, el artículo 21.3 establece que *las operaciones con tipo de interés variable no se podrá fijar un límite a la baja del tipo de interés*, si bien establece un lógico límite (en el 0%) en el siguiente apartado al establecer que *el interés remuneratorio en dichas operaciones no podrá ser negativo*, de tal manera que la entidad bancaria no pueda verse obligada a pagar al cliente.

### **Cláusulas de renegociación**

Una de las soluciones por las que optaron las entidades bancarias es la vía extrajudicial<sup>36</sup> gracias al mecanismo de resolución extrajudicial impulsado por el Gobierno impulsado por el RDL 1/2017 de medidas urgentes de protección de consumidores en materias de cláusulas suelo.

La otra, sería mediante un acuerdo extrajudicial de novación por la que se procede a la modificación de dichas cláusulas. El TJUE, con sentencia fechada a 9 de julio de 2020, ha dictaminado que dicha modificación y reescritura de cláusulas abusivas puede ser anulada si no cumple dos de los principales elementos ya analizados, a saber: la renegociación individual y transparente.

La Corte de Luxemburgo avala la validez de esos acuerdos y resuelve no imposibilitar modificar la cláusula suelo hipotecaria abusiva en el marco de un contrato de novación entre profesional y consumidor, con el fin de que este opte por el acuerdo extrajudicial y consecuente evitar un litigio. No obstante, a cambio exige que sea renegociada individualmente entre las partes y cumplimiento todos los elementos de transparencia (formales y materiales). En este sentido, el Fallo puntualiza que “siempre que la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado por parte del consumidor”, extremo que “corresponde comprobar al juez nacional” para, en el caso de cumplirse estas condiciones declarar abusiva la cláusula de renegociación.

---

<sup>36</sup> Las entidades han recibido 1,2 millones de reclamaciones y han devuelto el 95% del dinero reclamado extrajudicialmente. Fuente: Banco de España.

Por último, el TJUE añade un nuevo elemento a juzgar, la posible existencia de la cláusula por la cual “*el consumidor renuncia a hacer valer ante el juez sus derechos*”, al acordar en el marco de la novación no iniciar acción judicial alguna acerca del contrato.

Esta cláusula puede no ser acorde a la Directiva y considerarse abusiva en el caso de que el cliente no tuviese la información y desconociera las consecuencias que de esa renuncia emanan. Literalmente el Fallo afirma que el cliente debe estar informado y ser *plenamente consciente* de la posibilidad de impugnar la cláusula suelo, así como contar la posibilidad de otras vías menos perjudiciales para sus intereses económicos.

El Fallo puntualiza que se estaría obligando al cliente a renunciar a uno de los derechos más importantes, que es hacer valer sus derechos frente a un Juez, extremo que viene recogido en el TRLGDCU artículo 86 que recoge la cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario y en cuyo primer párrafo no deja lugar a dudar cuando establece que “*en cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas*”.

Finalmente, el Tribunal agrega que pese a comprometerse a la renuncia de cualquier acción judicial en el marco de la novación hipotecaria, dado el carácter abusivo de este compromiso, los clientes pueden desligarse de dicho acuerdo y, por tanto, emprender acciones legales contra las entidades bancarias.

## e) IRPH

Como último punto es conveniente analizar el caso de los Índices de Referencia de los Préstamos Hipotecarios (en adelante, IRPH) en el que, si bien a la hora de realizar la investigación para este Trabajo no existe pronunciación alguna por parte del Tribunal Supremo, ya hay tras el dictamen previo del Abogado General un primer acercamiento por parte del TJUE respondiendo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de Primera Instancia 38 de Barcelona en relación con la utilización del IRPH. En la Demanda inicial se alega el carácter presuntamente abusivo de una cláusula referida al tipo de interés remuneratorio variable que figuraba en el contrato de préstamo hipotecario, el IRPH.

El uso de este índice, que viene establecido por la normativa nacional y que podía ser aplicado por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios era menos ventajoso que el tipo medio EURIBOR que es el utilizado en el 90% de las operaciones del mercado, desventaja que supone una pérdida media de entre 19.000 y 21.000 euros.

El Tribunal de 1ª instancia de Barcelona nº 38 de Barcelona planteó tres cuestiones prejudiciales. En primer lugar, como es habitual, la Sentencia no se ha separado del criterio del Abogado General y, salvo algunas matizaciones adicionales, es muy similar señalando lo siguiente en cada una de ellas:

- i. **Si la cláusula del IRPH incluida en el préstamo hipotecario quedaba dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 sobre las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores.**

El factor determinante en este caso es discernir si la cláusula tiene carácter imperativo o no puesto que como ya se ha señalado las cláusulas impuestas por la normativa quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva.

El Abogado General hizo un análisis histórico del origen del IRPH en el ordenamiento español. Concluyó que dado que provenía de una Circular del Banco de España (CBE 8/1990) y se habilitaba a las entidades a elegir entre un set de índices que cumplieran una serie de requisitos mínimos, el índice era voluntario y el carácter imperativo de la cláusula quedaba desmentido y, por lo tanto, quedaba dentro del ámbito de aplicación de la directiva.

La sentencia viene a confirmar este razonamiento concluyendo que la referencia al IRPH de las cajas de ahorros en la cláusula controvertida no es el resultado de una disposición legal o reglamentaria imperativa. Por ello, sin perjuicio de que el juzgado remitente compruebe este extremo, la cláusula sí está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13.

- ii. **Si el Juzgado español puede aplicar en su valoración un apartado que no ha sido traspuesto en la norma española (artículo 4, apartado 2 de la Directiva).** Este apartado excluye de la posibilidad de evaluar el carácter abusivo de las cláusulas que

se refieran a la definición del objeto principal del contrato y a la adecuación del precio y la retribución, en el caso del préstamo los intereses remuneratorios.

La Sentencia concluye, en línea con el Abogado General, que la Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 8, deben interpretarse en el sentido de que los tribunales de un Estado miembro están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiere al objeto principal del contrato, con independencia de su trasposición al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro.

Deberá analizarse en todo caso que la cláusula esté redactada de una forma clara y comprensible. Esta transparencia no deberá ser sólo formal, sino que se debe hacer una interpretación extensiva del concepto. Corresponderá al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que, en el asunto de que se trate, se hubieran comunicado al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo y todas las alternativas.

En este sentido, la sentencia resalta que hay que tener en cuenta dos cuestiones importantes:

- **Carácter público del índice:** los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en la Circular 8/1990, publicada a su vez en el Boletín Oficial del Estado. Esta circunstancia permitía a un consumidor “razonablemente atento y perspicaz” comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda.

- **Exigencia de información de la evolución del índice:** según la normativa nacional vigente en la fecha de celebración del contrato, las entidades de crédito estaban obligadas a informar a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible.

Por lo tanto, se aplica el enfoque anglosajón del Caso a Caso (en inglés, *Case by Case basis*) y será el Juez quien deberá limitar a comprobar, en cada caso, si se cumplió con todas las obligaciones de información contenidas en la normativa nacional.

**iii. Aclarar las consecuencias de la sustitución del IRPH de las cajas de ahorro si se considera que no se ajusta al derecho comunitario.**

La jurisprudencia del TJUE ya ha aclarado esta cuestión en otras ocasiones señalando que en una situación en la que un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, la Directiva 93/13 no se opone a que el juez nacional, suprima la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho

nacional en aquellos casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad.

De no ser así, si no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional y se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato desaparecería.

En este sentido, de conformidad con el Código Civil (art.1303 CC), la nulidad de una obligación implica que *“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.”*

Por lo tanto, la sentencia estipula que si: el juez nacional llegase a la conclusión de que la cláusula resulta abusiva, el contrato no puede subsistir sin esa cláusula y debido a la anulación del contrato el demandante quedara expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, el juez nacional podría reemplazar la cláusula controvertida por el índice sustitutivo, siempre que pueda considerarse que con arreglo al Derecho nacional el referido índice tiene carácter supletorio. En este caso, sería el IRPH de entidades de crédito contemplado en la Ley 14/2013 y por el que se unificaron los tres índices existentes.

La conclusión principal es que la cláusula no puede considerarse nula y si existiera carácter abusivo, deberán ser los tribunales nacionales los que, caso a caso, analicen las circunstancias concretas de cada préstamo. Por último, la Corte de Luxemburgo señala que ante el contenido de la sentencia, no procede limitar los efectos temporales de la sentencia, como solicitó el Estado español.

Por lo tanto, la sentencia es positiva para las entidades de crédito debido a que se descarta la nulidad de la cláusula y relega las reclamaciones a cuestiones de transparencia e información en las escrituras de hipoteca. No obstante, estos casos siguen generando confusión tanto en Primera Instancia como en Audiencias Provinciales, por lo que se habrá que estar pendiente a lo que establezca en casación el Tribunal Supremo<sup>37</sup>.

En este sentido y como última novedad, la sala de Civil del Tribunal Supremo ha fijado, en una providencia con fecha 17 de julio, que será el 30 de septiembre la fecha en que se pronuncie sobre todos los recursos ya admitidos a trámite sobre las hipotecas referenciadas al IRPH.

---

<sup>37</sup> Desde que el TJUE se pronunció se han conocido 41 sentencias, de las que 27 han sido favorables al consumidor y, 14, en contra. La mayoría de las sentencias dictadas a favor del consumidor sustituyen el IRPH por el EURIBOR.

## f) Cláusula de gastos hipotecarios

En el mismo sentido, el TJUE dictaminó el 16 de julio en otra Sentencia<sup>38</sup> contestando a cuestiones prejudiciales propuestas por un Juzgado de Primera Instancia de Mallorca y otro de Ceuta, que sería el juez nacional quien debería ejercer el control sobre los gastos y comisiones hipotecarias para asegurarse de que sean claras y comprensibles para el “cliente medio”. y por tanto, el Juez tiene la competencia para declarar la abusividad de las cláusulas, independientemente de que España no haya traspuesto el art. 4 apartado 2 de la Directiva ().

*"La Directiva se opone a que, en caso de nulidad de una cláusula contractual abusiva que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de esta cláusula", concluye, concretamente, el tribunal, "salvo que las disposiciones de Derecho nacional aplicables en defecto de esa cláusula impongan al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos"*

Esta Sentencia, tildada por los juristas como un nuevo varapalo para la banca española, establece que la comisión de apertura puede causar un perjuicio en el consumidor que no se corresponde a un servicio efectivamente prestado por la entidades financieras (hecho que al que tiene que llegar el Juez) por lo que no supone para esta un gasto, sino un beneficio encubierto que atenta contra la buena fe y provoca un desequilibrio entre las partes (dos de los principales elementos de la definición de cláusulas abusivas). Por tanto, los gastos hipotecarios derivados de cláusulas declaradas abusivas deberán ser devueltos a los clientes, por ser indebidamente cobrados y siempre y cuando la ley nacional no disponga lo contrario.

En el mismo sentido que con las cláusulas suelo, el Tribunal agrega que el espíritu de la Directiva se opone a que un juez nacional niegue la retroactividad total y, por tanto, no conceda la devolución de todas las cantidades indebidamente cobrados en conceptos de gastos hipotecarios.

La Directiva vuelve al carácter imperativo o no de la cláusula, aceptando la restitución parcial y no total cuando exista imperativo legal para el pago de ese gasto que, en el caso español, salvo el IAJD no existe imperatividad alguna por lo que la banca deberá devolver todo el importe satisfecho por gastos derivados de cláusulas declaradas posteriormente abusivas.

La Jurisprudencia española, en este ámbito, ha pasado de imputar todo el gasto al cliente, con aquella polémica Sentencia del TS del 6 de noviembre de 2018 que imponía al cliente el pago del impuesto asociado a la constitución de hipotecas a fijar doctrina estableciendo un reparto justo de los gastos notariales, de registro y gestoría de constitución de los préstamos en la Sentencia del 24 de enero de 2019. No obstante, el Fallo del TJUE ya ha sido usado, tan solo

---

<sup>38</sup> STJUE C-578/20 de 16 de julio de 2020.

una semana más tarde, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas que declara abusivos los gastos de la hipoteca, la comisión de apertura del crédito, gastos del notariales, de tasación y los aranceles del registrador.

Por lo tanto, se estaba a la espera de la respuesta del Alto Tribunal al TJUE, respuesta que llegaría con la STS del 29 de julio de 2020, que acepta el Fallo del TJUE, declara nula y sin efecto la cláusula que atribuía todos los gastos al prestatario consumidor y analiza quién debe satisfacer cada uno de los gastos cuestionados, que, en este caso, IAJD, los gastos notariales y registrales.

Según las normas de derecho nacional vigentes a la fecha de constitución del préstamo acaba imponiendo al cliente el pago de aquellos gastos imperativos como es el caso del IAJD por ser el obligado así como la mitad de los gastos de notariales y de tasación por ser una de las partes interesadas, amparándose en el TJUE al afirmar que *“El TJUE ha refrendado plenamente lo acordado en su día por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo respecto del reparto de los gastos notariales y registrales”*.

Por contra, los gastos del registro de la propiedad corresponden, según el arancel de los registradores de la propiedad, son obligación de pago de la entidad bancaria, por estar la garantía hipotecaria inscrita a su favor.

Si bien no ha sido un cambio total en la interpretación del Tribunal Supremo, se observa, con un ejemplo más, la tendencia de corregir cualquier abuso en la que el consumidor cuenta con una posición desventajosa, acercándose cada vez a lo que el TJUE -y el espíritu de la Directiva- demandan.



### **g) La nulidad y la retroactividad**

Si bien no es una cláusula abusiva en sí, tras hablar de las cláusulas abusivas, es conveniente hablar de las consecuencias que emanarían de su nulidad e, íntimamente relacionado con la nulidad, la retroactividad total o parcial.

La primera consecuencia de la nulidad es que deja sin efecto todo aquello declarado como tal y por tanto al no surtir efecto todo permanece inalterado (concepto de retroactividad). Nuestro Código Civil, en su artículo 1303 recoge esa secuencia al establecer 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.*

El Tribunal Supremo, en Sentencia de mayo de 2013, establece por primera vez la nulidad de la cláusula suelo, pero se limitó su retroactividad a ese preciso instante momento<sup>39</sup>, debiéndose devolver los importes abusivamente cobrados a partir de la fecha del Fallo del Tribunal Supremo. Este criterio fue modificado, como se ha observado, por Tribunal de Justicia de la Unión Europea que declaró la retroactividad total de las cláusulas suelo.

No obstante, el TS seguiría con su propio criterio y defendería a capa y espada la negación a las devoluciones retroactivas<sup>40</sup>. Esto ha provocando un escenario de debate doctrinal e inseguridad jurídica, motivos por los cuales merecen ser analizados como pilar básico de las cláusulas abusivas o al menos, como consecuencia de estas.

Si bien, el Fallo<sup>41</sup> del TJUE es en relación a las cláusulas suelo, es conveniente analizar de manera general lo que establece el Tribunal de Luxemburgo acerca de la nulidad y retroactividad.

- a) La declaración de nulidad de una cláusula debe entenderse como algo que no existió nunca, y algo que no ha existido nunca no puede aceptarse que deje de surtir efectos sólo a partir de determinada fecha, sino que se exige que no los surta nunca.
- b) Esto se agrava cuando los efectos son perjudiciales para consumidor de buena fe.
- c) Una de las cosas que le ‘reprende’ al Tribunal Supremo es que *el Tribunal de Justicia es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión y los órganos jurisdiccionales patrios deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión.*
- d) En este sentido el espíritu y las normas del Derecho Europeo garantizan la retroactividad absoluta de las consecuencias derivadas de la nulidad

---

<sup>39</sup> Según Adán, F. *no es solo un problema de carácter jurídico, sino también constituye un problema macroeconómico.*

<sup>40</sup> STS 9.3.17.

<sup>41</sup> STJUE de 21 de diciembre de 2016

- e) Por lo tanto, el TJUE acaba concluyendo la necesidad del *restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula*.

En otros casos, el Tribunal Supremo en una de las Sentencia ya tratadas, la 671/2018 sobre intereses moratorios, donde no se entra a analizar la retroactividad sino la continuidad del contrato, el Alto Tribunal defiende que *el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible*.

De una segunda lectura se concluye que lo destacable no es la subsistencia del Contrato, sino la supresión de la cláusula abusiva, la cual no puede ser modificada. El Fallo lo argumenta: *“si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas [...] contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales”*. Por último, concluye que *“los jueces nacionales están obligados 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”*.

Esta interpretación es fruto del TJUE, que declaró que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 *se opone a una norma de Derecho nacional que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva*.

Por lo tanto, una vez declarada el carácter abusivo una cláusula, el Juez no tiene la potestad de aplicar supletoriamente disposiciones de carácter dispositivo de Derecho nacional salvo que de ello depende la subsistencia del Contrato, la cual como se ha visto, sí se protege.

Así pues, las consecuencias son claras y el camino a seguir también: por una parte, se declara la nulidad de la cláusula y se interpreta el contrato como si nunca hubiese existido dicha cláusula; por otra parte, se ha de hacer todo lo posible por mantener la subsistencia del resto del contrato sin la posibilidad sustituir la cláusula abusiva por otra de Derecho Nacional, salvo que de dicha disposición se sostenga el sentido del contrato y su continuidad.

## 8. CONCLUSIONES JURISPRUDENCIALES

### TRIBUNAL SUPREMO, ¿QUO VADIS?

A estas alturas, pudiera ser esa la pregunta que cabría hacerse. Ante una presión social que si bien no tiene por qué dictar Justicia en multitud de ocasiones acaba imponiendo el cauce de los dictámenes judiciales y ante las repetidas correcciones del TJUE al Tribunal Supremo en materia de cláusulas abusivas es la pregunta que habría que formularle a este último.

¿Cuál es el camino a seguir respecto a las cláusulas abusivas? ¿Y respecto a la nulidad y retroactividad? ¿Qué sucederá con la renegociación de cláusulas previamente consideradas abusivas? En definitiva, ¿A dónde va? Preguntas cuyas respuestas solo sabe el Tribunal Supremo.

A lo largo de las últimas páginas hemos observado cómo el Tribunal Supremo respetaba el principio dispositivo, la libertad contractual y la autonomía de la voluntad, así como las consecuencias de que de estos principios derivaban, todo ello basándose en los preceptos del Código Civil y la Constitución Española.

No obstante, a raíz de las continuaciones correcciones al Tribunal Supremo por parte del TJUE, quien ha ido sentando jurisprudencia sobre este tema mediante las distintas cuestiones prejudiciales que le iban planteando y cuyos fallos estaban más cercanos al consumidor amparándose en el espíritu de la Directiva 93/13, hemos presenciado el cambio de paradigma del Alto Tribunal, alejándose de aquella defensa absoluta de la autonomía de la voluntad y acercándose más a la vigilancia de la abusividad a los consumidores. Por lo tanto, parece que tanto Jurisprudencia como legislación -europea<sup>42</sup> y nacional- empiezan a discurrir por un mismo cauce y hacia un mismo destino, la protección al consumidor.

Otra de las conclusiones que se pueden extraer es que gran parte de cláusulas abusivas, o Sentencias, son en el ámbito bancario lo cual, si retrocediéramos a la primera parte nos parecería lógico por es en la contratación bancaria donde, *a priori*, existe mayor probabilidad de que se cumplan todos los elementos del concepto de cláusulas abusivas: existe un consumidor que debido a la complejidad de la materia bancaria es probable que se sitúe en una posición desventajosa frente a la entidad bancaria y que debido a ese desequilibrio, consienta alguna cláusulas abusiva por carecer esta de transparencia (recordemos la complejidad del mercado financiero) o directamente por no negociarse de manera individual.

No se trata por tanto de estigmatizar al empresario en general o a la banca en particular afirmando que como patrón conducta impondrán a los consumidores cláusulas abusivas

---

<sup>42</sup> En este sentido debe señalarse que según la Comisión Europea y el Consejo Europeo una de las prioridades políticas de la UE es una “Europa en pro de las personas”. Fuente: <https://www.consilium.europa.eu/es/european-council/role-setting-eu-political-agenda/>

aprovechándose de su mayor conocimiento, pero sí es necesario construir, reformar y defender un Derecho de Consumo fuerte y con los poderes suficientes para actuar en los casos en que sí exista un abuso.

Se ha observado que, en la contratación bancaria, sobre todo aquellos contratos de préstamo hipotecario, varias cláusulas han sido calificadas de abusivas por órganos judiciales o por la doctrina del TJUE ante el planteamiento de cuestiones prejudiciales. En este ámbito es cierto que se ha intentado solucionar con la promulgación de la Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario<sup>43</sup> que como establece en su Exposición de Motivos “*persigue impedir la inclusión en el contrato de cláusulas que pudieran ser abusivas y, a la vez, robustecer el necesario equilibrio económico y financiero entre las partes*”, con la nueva Orden Ministerial del 27 de julio de 2020, que modifica la Orden 2899/2011 de transparencia y protección de clientes de servicios bancarios y con que el Gobierno pretende incrementar la transparencia, reforzando la información que las entidades deben facilitar a los clientes sobre las características del producto, el coste y el estado en todo momento de su crédito aumenta la transparencia y protección de los clientes de créditos y tarjetas revolving, o con la Directiva MiFID que impone un test de idoneidad y de conveniencia con el fin de reforzar el código de conducta y evitar fallos de transparencia.

Es una de las principales conclusiones: la contraposición del principio dispositivo y la autonomía de la voluntad frente a la protección al consumidor. Pudiera parecer exagerado si afirmo que no se trata solo de un debate jurídico, sino que estamos ante un debate entre dos formas de entender la política y la economía en el que una vez más el Derecho está en medio y ha de buscar la solución más salomónica a las controversias. Ciertamente, si se analiza detenidamente los elementos hasta aquí mostrados, estaríamos asistiendo a un enfrentamiento entre el liberalismo económico que defiende libertad absoluta del individuo y su madurez para aceptar las consecuencias, y el proteccionismo del Estado que defiende la imposibilidad de una libertad absoluta porque como dijo Hobbes *Homo homini lupus* y las personas siempre buscarán sacar rédito en el marco de esa libertad.

Llegados a este punto, se observa dos posiciones antagónicas: el punto de vista más ortodoxos del principio dispositivo y aquel que parte desde un punto de vista más heterodoxo en el que defiende que no importa lo que las partes firmen, en ejercicio de su libertad contractual, porque lo realmente importante es el carácter abusivo o no de lo que se firme.

Evidentemente, no es ni una cosa ni la otra y ciertamente, en las últimas décadas ha habido un cambio respecto a la interpretación y aplicación de las normas en relación a las cláusulas abusivas. No niego que pueda parecer que se está faltando a siglos de derecho cuando se está dejando sin efecto uno de los principios básico del Código Civil y de la propia Constitución Española como son la libertad de empresa y de contratación o la autonomía de la voluntad, pero sí pienso que se está enfocando el tema de una manera en la que no se están teniendo en

---

<sup>43</sup> Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

cuenta más factores como es el abuso de posición dominante o la mala fe en un contexto de desequilibrio entre partes.

Bajo este prisma será el Juez quien, en virtud de sospechas fundadas sobre un posible abuso, podrá ejercer sus facultades para observar con un punto de vista crítico y motivado si en el marco de la libertad contractual y autonomía de las voluntades existe abusividad, incluso si no fuese requerido para ella en la Demanda o Contestación a esta. En este sentido, no puedo dejar de incluir una reflexión sobre el poder que se le está dando al Juez y si este debería ser limitado para aquellos casos en que no se le haya requerido enjuiciar la abusividad de la cláusula o para aquellos casos que estemos ante cláusulas pertenezca al listado enumerado entre los artículos 85 a 90 y que, por tanto, deberían ser nulas sin entrar a valoraciones.

En mi opinión no se puede ser un ferviente defensor del *status quo* o, al menos, no se puede serlo siempre porque paradójicamente el *status quo* de cualquier materia acaba por cambiar y ciertamente estamos ante un camino que diverge en dos vías, una que nos lleva a la inalteración de lo que venimos conociendo en el Derecho o el camino que desemboca en un nuevo paradigma donde la protección al consumidor se superpone a la autonomía de la voluntad y libertad contractual.

A estas alturas habría que preguntarse si el Tribunal Supremo y el Legislador deben -y pueden- seguir igual que siempre o usar una de las Fuentes del Derecho como es la Jurisprudencia para poner al servicio del consumidor la Justicia.

Cualquier Sentencia que dicte en favor de la autonomía de la voluntad y libertad contractual sin entrar a valorar la abusividad de las cláusulas será una victoria pírrica en la que lo que se gana -la correcta aplicación de unos preceptos- será mucho menos que aquello que se pierde -la injusticia fruto de la abusividad de disposiciones en un contexto de desequilibrio contractual entre partes-.

No obstante, habría que preguntarse si esta protección casi recelosa de la Ley y la Jurisprudencia al consumidor no es excesiva. Como ejemplo de este exceso de protección tenemos el listado negro que, si bien pretende o tiene la finalidad última de proteger al consumidor en cualquier circunstancia, prohíbe -o debería prohibir- al Juez entrar a valorar cualquier extremo o fondo económico de dicha cláusula.

Tanto por exceso como por defecto, se quiere convertir la justicia actual en la fiel consecuencia de la Diosa egipcia de la Justicia, Maat, donde no se *mira a las personas, sino los hechos* y se pretende una Justicia recta “*sin miedo ni favoritismos, independientemente de la identidad, el dinero, el poder o la debilidad*”. Mientras tanto, estamos presenciado continuas contradicciones entre Tribunales, correcciones, cambios legislativos casi paradójicos y cambios de doctrina que lo único que están coincidiendo es en una cosa, crear inseguridad jurídica.

## 9. BIBLIOGRAFIA

- Arango, M. (2016). La causa jurídica de las cláusulas abusivas. *Estudios Socio-Jurídicos*, 18(1), 243-266
- BALLESTEROS, 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” *Revista Actualidad Civil* N° 2 (2000) Págs. 743-761
- CARRASCO PERERA, Á.: “Derecho de Contratos”, (2017) Editorial Aranzadi cit., pág. 446
- JARAMILLO, C., “Solución alternativa de conflictos en el seguro y en el reaseguro” colección internacional Núm. 1 (1998) P. 308
- LLOBET AGUADO, J “El deber de información en la formación de los contratos”. Editorial Marcial Pons. Madrid, 1996. Pág. 70
- Malaurie, P., Aynès, L. y Stoffel-Munck, P. (2005). *Les obligations. Droit Civil*. París: Defrénois.
- Mato, M. N. “Cláusulas abusivas y el empresario adherente”, *Boletín Oficial del Estado*, 1 ene. 2017
- Micklitz, H.-W. (2003). The necessity of a new concept for the further development of the consumer law in the EU. *German Law Journal*, 4, 1043–1064.
- Nessel, S. Consumer Policy in 28 EU Member States: An Empirical Assessment in Four Dimensions. *J Consum Policy* 42, 455–482 (2019).
- ORDOQUI CASTILLA, G.: Buena fe en los contratos, Ed. Reus, S.A., 1ª edición, Madrid, 2011, pág. 31
- PERTÍÑEZ, F., “Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia”, (2004) Editorial Aranzadi, Navarra.
- Pujol, F., «Los mercados aseguradores en el gran riesgo de responsabilidad civil», en Sánchez Calero, F. (dir.), *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, Madrid, 1994, pp. 555-572
- Pérez Vives, Á. (1968). *Teoría general de las obligaciones. Volumen II, Primera parte*. Bogotá: Temis.
- Uría, R., «Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie», *Revista de Derecho mercantil*, núm. 62, octubre-diciembre, 1956, pp. 221-241

### Otros textos

- Conclusiones del abogado general L.A. GEELHOED con fecha el 31 de enero de 2002 en el asunto C-478/99
- Tesis Doctoral M<sup>a</sup> Luisa González Herránz (2001) “La comunicación publicitaria en el entorno de protección al consumidor”. UCM

### Legislación

- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores- «DOCE» núm. 95, de 21 de abril de 1993

- Código Civil “Gaceta de Madrid” núm. 206 de 25 de julio de 1889
- Ley 771998 de 13 de abril sobre las condiciones generales de contratación “BOE” núm. 89 de 14 de abril de 1998
- Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, “BOE” núm. 65 de 16 de marzo de 2019 páginas 26.329 a 26.399
- Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB Gesetz) “Bundesgesetzblatt” Teil I N. 142, 15 de diciembre de 1976
- Bürgerliches Gesetzbuch “Bundesgesetzblatt” Teil I. I S. 42, 2909; 2003 I S.738, 2 de enero de 2002

### Jurisprudencia

- SSTJUE 27 de junio de 2000, Asuntos C-240/98 a C-244/98.
- STJUE de 27 de junio de 2000 en los asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98.
- STJUE de 26 octubre 2006
- STJUE de 14 de marzo de 2013
- STJUE de 30 de mayo de 2013
- STJUE de 21 de diciembre de 2016
- STJUE de 26 de marzo de 2019.
- STJUE C-578/20 de 16 de julio de 2020.
- STS 506/2008 de 4 de julio de 2008
- STS de 22 de febrero de 2013
- STS 9 mayo 2013
- STS 9 de marzo de 2017
- STS 1557/2017 de 16 de septiembre de 2017
- SAP Álava, Sección 1ª, de 10 de mayo de 2016
- SAP Castellón de 7 de septiembre de 2017

### Recursos en línea

- De la Cuesta J. M. (2015) comentario de la sentencia del tribunal supremo de 22 de abril de 2015 (1723/2015)  
[https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/comentarios\\_sentencias\\_unificacion\\_doctrina\\_civil\\_y\\_mercantil/abrir\\_pdf.php?id=COM-D-2015-18](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2015-18)  
[18 Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina Civil y Mercantil Nulidad por abusiva de la cláusula de intereses moratorios en un contrato bancario de préstamo personal con un consumidor](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2015-18)
- La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre las cláusulas abusivas. Enrique García-Chamón Cervera. 2015. <https://elderecho.com/la-jurisprudencia-del-tribunal-de-justicia-sobre-las-clausulas-abusivas>
- Domenech, A. “¿El principio del fin de las cláusulas abusivas?” 3 de febrero de 2020 Tribuna. <https://elderecho.com/principio-del-fin-las-clausulas-abusivas>

- Guías jurídicas Wolters Kluwer “Cláusulas abusivas”  
[https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAIAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDC1NDtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzA wuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAun-esDUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAIAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDC1NDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzA wuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAun-esDUAAAA=WKE)
- Iberley “Las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores y usuarios” 9 de julio de 2020 <https://www.iberley.es/temas/clausulas-abusivas-contratos-consumidores-usuarios-45111>
- Delgado, A. “Un análisis sobre las cláusulas abusivas en los contratos” Legaltoday, 15 de marzo de 2018 <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/civil/un-analisis-sobre-las-clausulas-abusivas-en-los-contratos-2018-03-15/>
- Iberley “Principales cláusulas bancarias declaradas abusivas por los tribunales” 4 de marzo de 2020 <https://www.iberley.es/temas/principales-clausulas-bancarias-declaradas-abusivas-tribunales-62615>
- Regulación financiera “Doctrina del Tribunal Supremo sobre le interés de demora”  
<http://www.rdmf.es/jurisprudencia/clausulas-abusivas/>
- Arcas, M. J. “Sentencia de 9 de mayo de 2013” Mundo Jurídico , 4 de febrero 2014  
<https://www.mundojuridico.info/sentencia-de-9-de-mayo-del-tribunal-supremo/>
- El abogado en casa “Las 10 cláusulas abusivas más habituales en contratos con consumidores” <https://www.elabogadoencasa.com/clausula-abusiva-contrato-consumidor/>
- Ministerio de Asuntos económicos y transformación digital. Noticias: “El gobierno aumenta la transparencia y protección de los clientes de créditos y tarjetas revolving”  
<https://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/menuitem.ac30f9268750bd56a0b0240e026041a0/?vgnextoid=6a233ceffde83710VgnVCM1000001d04140aRCRD&vgnnextchannel=864e154527515310VgnVCM1000001d04140aRCRD>
- García-Chamón, E. “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre las cláusulas abusivas” Lefebvre, 4 de Agosto de 2015 <https://elderecho.com/la-jurisprudencia-del-tribunal-de-justicia-sobre-las-clausulas-abusivas>
- Noticias jurídicas: “El Tribunal Supremo ratifica su doctrina sobre el reparto de los gastos hipotecarios tras la sentencia del TJUE” 29 de julio de 2020.  
<http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/15459-el-tribunal-supremo-ratifica-la-nulidad-de-los-gastos-hipotecarios/>

#### Noticias relacionadas

- EFE “El Supremo verá el 30 de septiembre los recursos admitidos sobre IRPH” Expansión, 28 de julio de 2020  
<https://www.expansion.com/empresas/banca/2020/07/28/5f1fdf44468aeb0d538b4586.html>



- Portillo, J. “El TJUE dicta que la banca debe devolver todos los gastos hipotecarios cargados abusivamente al cliente” El país, 16 de julio de 2020  
[https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/07/16/economia/1594885952\\_345255.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/07/16/economia/1594885952_345255.html)
- Portillo, J. “El TJUE abre otro frente legal a la banca al permitir anular cláusulas suelo renegociadas” El país, 10 de julio de 2020  
[https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/07/09/economia/1594325017\\_999533.html?rel=mas](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/07/09/economia/1594325017_999533.html?rel=mas)
- Portillo, J. “El TJUE permite al cliente bancario litigar por la reescritura de cláusulas abusivas aunque renunciase a ello” El país, 9 de julio de 2020  
[https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/07/09/economia/1594281687\\_106788.html?rel=mas](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/07/09/economia/1594281687_106788.html?rel=mas)
- Portillo, J. “El Supremo deja en el aire el reparto de los gastos hipotecarios abusivos de gestoría y tasación” El país, 30 de julio de 2020  
[https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/07/29/economia/1596048323\\_661357.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/07/29/economia/1596048323_661357.html)
- Sampedro, R. “El TJUE fija que la banca debe devolver todos los gastos hipotecarios si hay cláusula abusiva” Expansión, 16 de julio de 2020  
<https://www.expansion.com/empresas/banca/2020/07/16/5f0ff62ae5fdea71718b45a1.html>