

Andrea Teruel Moreno

LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO  
BANCARIO

TRABAJO FIN DE GRADO

Dirigido por Rosa Barceló Compte



UNIVERSITAT  
ROVIRA I VIRGILI

**Grado en Derecho**

**Tarragona 2016**



## **Resumen**

Las cláusulas suelo, las de vencimiento anticipado y las de intereses moratorios son unas de las cláusulas abusivas más comunes en los contratos de préstamo bancario. El presente trabajo tiene como finalidad establecer los rasgos más esenciales del derecho de consumo y de la contratación bancaria, enfocado al estudio de estas tres cláusulas y su consideración como abusivas.

Préstamos bancarios - Condiciones no negociadas individualmente - Cláusulas abusivas - Cláusulas suelo - Cláusulas de vencimiento anticipado- Cláusulas de intereses moratorios.

## **Resum**

Les clàusules sòl, les de venciment anticipat i les d'interessos moratoris son unes de les clàusules abusives més comuns als contractes de préstec bancari. La finalitat d'aquest treball es establir els trets més característics del dret del consum i de la contractació bancaria, encarat al estudi de aquestes tres clàusules i la seva consideració com abusiva.

Préstecs bancaris- Condicions no negociades individualment – Clàusules sòl – Clàusules de venciment anticipat- Clàusules de interessos moratoris.

## **Abstract**

Floor Clause, early redemption and clauses dealing with default interest are one of the most common unfair terms in bank loan. This report aims at the establishment the most essential features of consumer law and banking contracts focused on the study of these three clauses and its consideration as abusive.

Mortgage loan- terms that haven not been individually negotiated– Unfair Terms- Floor Clause - Early redemption- Clauses dealing with default interest.



## **Índice abreviaturas**

Art.	Artículo
Ed.	Edición
Núm.	Número
Op. Cit.	Obra citada
pp.	Páginas
Vol.	Volumen

## **Índice de siglas**

AN= Audiencia Nacional

AP= Audiencia Provincial

BOE= Boletín Oficial del Estado

BDE= Banco de España

CC = Código civil

CCAA= Comunidades Autónomas

CCom = Código de Comercio

CE = Constitución Española

CEE = Comunidad Económica Europea

DDC= Directiva sobre los Derechos de los Consumidores

EM= Estado Miembro

EU=Unión Europea

LCC= Ley sobre el crédito del consumo

LCG= Ley sobre las Condiciones Generales de la Contratación

LEC= Ley de Enjuiciamiento Civil

LO= Ley orgánica

RD= Real Decreto

SAN= Sentencia de la Audiencia Nacional

SAP= Sentencia de la Audiencia Provincial

STS= Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ= Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TC= Tribunal Constitucional

TUE = Tratado de la Unión Europea

TFUE Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

TRLGDCU= Texto Refundido de la Ley General de la Defensa de los Consumidores y Usuarios

TS= Tribunal Supremo

TSJ= Tribunal Superior de Justicia

UNACC= Unión Nacional de Cooperativas de Crédito

# Índice

<b>Índice abreviaturas.....</b>	<b>5</b>
<b>Índice de siglas .....</b>	<b>5</b>
<b>Introducción .....</b>	<b>9</b>
<b>1. Los contratos bancarios .....</b>	<b>11</b>
1.1. <i>Definición y características esenciales de los contratos bancarios .....</i>	<i>11</i>
1.2. <i>Ámbito subjetivo de los contratos bancarios .....</i>	<i>12</i>
1.3. <i>Ámbito objetivo de los contratos bancarios .....</i>	<i>13</i>
1.4. <i>El contrato de préstamo bancario .....</i>	<i>14</i>
1.4.1. <i>Concepto y definición del contrato de préstamo .....</i>	<i>14</i>
1.4.2. <i>Elementos del contrato .....</i>	<i>16</i>
1.4.3. <i>Modalidades del contrato: El préstamo con garantía hipotecaria.....</i>	<i>17</i>
<b>2. Aproximación a la protección de los consumidores .....</b>	<b>19</b>
2.1. <i>Génesis del derecho del consumo .....</i>	<i>19</i>
2.2. <i>Evolución del derecho de consumo en la Unión Europea.....</i>	<i>21</i>
2.3. <i>Evolución de la protección del consumidor en España.....</i>	<i>26</i>
<b>3. Regulación de las cláusulas predispuestas .....</b>	<b>29</b>
3.1. <i>Regulación de las cláusulas contractuales en la Directiva 13/93/ CEE .....</i>	<i>29</i>
3.2. <i>Regulación de las cláusulas predispuestas en el estado Español. ....</i>	<i>30</i>
3.3. <i>Problema de la doble regulación en España.....</i>	<i>31</i>
3.4. <i>Especial referencia a la normativa de la protección de los consumidores en la contratación bancaria. ....</i>	<i>33</i>
<b>4. Las cláusulas abusivas .....</b>	<b>37</b>
4.1. <i>Concepto de cláusula no negociada individualmente .....</i>	<i>37</i>
4.2. <i>Control del contenido de las cláusulas: cláusulas abusivas .....</i>	<i>38</i>
4.3. <i>Control de la incorporación de las cláusulas predispuestas.....</i>	<i>41</i>
4.4. <i>Nulidad de la cláusula .....</i>	<i>42</i>
<b>5. Las cláusulas abusivas más frecuentes en los contratos de préstamo bancario. 47</b>	
5.1. <i>Cláusula suelo.....</i>	<i>47</i>
5.2. <i>Cláusula de vencimiento anticipado.....</i>	<i>51</i>

5.3. <i>Cláusula de intereses moratorios</i> .....	52
<b>Conclusiones</b> .....	<b>55</b>
<b>Bibliografía</b> .....	<b>59</b>
<i>Bibliografía</i> .....	59
<i>Jurisprudencia</i> .....	60
<i>Recursos electrónicos</i> .....	61

## **Introducción**

Durante el boom inmobiliario, en España se firmaron multitud de contratos de préstamos bancarios, que contenían un entramado de condiciones predispuestas por las entidades bancarias que perjudicaron a un gran colectivo de consumidores. Esto, junto a la situación de rescisión económica, ha desencadenado que un número considerable de personas no puedan hacer frente a su préstamo hipotecario, lo cual ha provocado un incremento de los desahucios.

Actualmente, los tribunales españoles se pronuncian acerca de la licitud o la ilicitud de incluir estas cláusulas en los contratos bancarios celebrados con consumidores, planteando también cuestiones perjudiciales al Tribunal de Justicia Europeo, como por ejemplo, la cuestión que está pendiente de resolución sobre si la declaración de las cláusulas suelo como abusivas debe tener o no efectos retroactivos.

El presente trabajo tiene como finalidad el estudio de estas cláusulas abusivas más comunes establecidas en los contratos de préstamo bancario. He decidido trabajar este tema, en primer lugar, porque el derecho del consumo es un tema que tiene mucha relevancia, ya que diariamente se realizan actos de consumo y en algunos casos estos no suelen ser acordes a derecho. Y en segundo lugar, debido a la amplitud del tema he decidido centrarme en las cláusulas abusivas establecidas en los contratos de préstamos bancarios, y en concreto en las cláusulas suelo, en las de vencimiento anticipado y en las de intereses moratorios, porque son unas de las cláusulas con más relevancia actualmente tanto por el número de afectados como por los efectos perjudiciales de estas.

En este sentido, el objetivo de este trabajo es, en primer lugar realizar un estudio sobre los conceptos básicos relacionados con esta materia, es decir, los contratos bancarios y el derecho del consumo enfocado en las cláusulas abusivas. Y en segundo lugar, realizar un estudio de las cláusulas perjudiciales más importantes incluidas en los préstamos bancarios, como son las cláusulas suelo, las de vencimiento anticipado y las que fijan intereses moratorios.

La metodología utilizada para cumplir con este objetivo ha sido, por un lado, el estudio doctrinal de tanto manuales como recursos electrónicos, debido a que es una materia que constantemente sufre modificaciones, que versan sobre el derecho del consumo y el derecho bancario. Así mismo, también se ha analizado la jurisprudencia tanto de los tribunales españoles como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Este trabajo está dividido en cinco epígrafes, en el primero de ellos se estudiarán las características definatorias y los ámbitos tanto objetivos como subjetivos de los contratos bancarios. Así mismo, debido a la gran variedad de contratos bancarios, se realizará una especial referencia a los contratos de préstamo bancario, las cláusulas del cual, son el objeto de este trabajo.

Por otro lado, no es posible comprender la especial protección de los consumidores si no se tiene en cuenta la evolución legislativa sobre esta materia. Por tanto, la finalidad del segundo epígrafe es realizar una breve introducción sobre los antecedentes históricos del derecho del consumo, tanto desde la perspectiva a nivel Europeo, como a nivel estatal.

En el tercer epígrafe, se estudiará la regulación establecida en las directivas de la Unión Europea y en el ordenamiento jurídico español de las cláusulas no negociadas o preestablecidas, debido a que estas, dependiendo de su contenido, pueden ser consideradas abusivas o no. Así mismo, se hará especial referencia al problema de la doble regulación en España sobre estas cláusulas, y por último, se realizará una especial mención a la regulación de estas cuando deben ser incluidas en un contrato bancario.

Una vez se ha establecido la regulación de las cláusulas no negociadas, en el cuarto epígrafe, se explicará el concepto de estas cláusulas así como el control del contenido, que es en esta parte cuando se entra a valorar si una cláusula puede ser considerada abusiva o no, como el control de incorporación de estas en los contratos. Por otro lado, se estudiará la nulidad de las cláusulas incluidas en los contratos.

En el quinto y último epígrafe, se estudiará desde un punto de vista más práctico, las cláusulas abusivas en los préstamos bancarios. Debido a la multitud de estas cláusulas, he decidido centrar el estudio en las cláusulas suelo, las de vencimiento anticipado y las de intereses moratorios. En este sentido, se estudiará el concepto de cada una de estas cláusulas y porque pueden llegar a ser abusivas, sobretodo haciendo referencia a la jurisprudencia más relevante.

Por último, me gustaría agradecer la orientación y el asesoramiento de este trabajo a mi tutora, sin el cual no hubiera sido posible, así como el apoyo de mi familia.

## 1. Los contratos bancarios

Antes de realizar el estudio sobre las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo bancario, es necesario establecer una noción básica sobre los contratos bancarios debido a que, los contratos de préstamo bancarios son uno de los contratos incluidos dentro de los contratos bancarios.

Por ello, la finalidad de este epígrafe es hacer un breve estudio de las características más definitoria de los contratos bancarios, así como establecer su ámbito de aplicación tanto subjetivo como objetivo.

Así mismo, se realizará un estudio del contrato de préstamo bancario definiendo también sus características esenciales y en concreto se hará referencia a cuando este incluye una garantía real como es la hipoteca.

### *1.1. Definición y características esenciales de los contratos bancarios*

El derecho bancario es el conjunto de normas que regulan tanto las entidades de crédito como las actividades económicas que estas realizan. Este derecho consta de dos planos, el primero es el que contiene aspectos jurídico-privados, y comprende las relaciones contractuales bancarias establecidas entre las entidades de crédito y los clientes de estas. El segundo plano es el que regula los aspectos de derecho público, el cual establece las normas destinadas a la ordenación del funcionamiento de estas entidades.<sup>1</sup>

Como se ha establecido, el plano jurídico-privado del derecho bancarios comprende los contratos bancarios que se pueden definir como “un acuerdo de voluntades entre una entidad bancaria y un cliente que crea, modifica, o extingue una relación jurídica que instrumenta una operación bancaria realizada dentro del ámbito de actividades típicas de las entidades de crédito”<sup>2</sup>

En consecuencia, son contratos onerosos, sinalagmáticos y mercantiles. Además son contratos atípicos ya que no tienen una regulación específica ni en el Código Civil, en adelante C.C, ni en el Código de Comercio, (en adelante, C.Com), aunque en este último

---

<sup>1</sup>Pulido Begines, Juan Luis. “Los contratos bancarios”. En J.Jiménez Sánchez, Guillermo; Díaz Moreno Alberto: *Lecciones de derecho mercantil*. 18ª.ed.Madrid: Tecnos, 2015. Pp.553

<sup>2</sup>Alberto Javier Tapia Hermida. *El concepto y la clasificación de los contratos* (en línea): V/Lex España. <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/concepto-clasificacion-contratos-bancarios-39060054> (consulta 24 de abril de 2016)

sí que se hace referencia a las operaciones que practican las entidades bancarias en los artículos 175 y siguientes.<sup>3</sup> En consecuencia, estos contratos, al carecer de regulación, están sujetos a los límites de la autonomía de la voluntad, la cual se encuentra establecida en el art. 1.255 del C.c.

No obstante, la mayoría de los contratos bancarios suelen ser contratos de adhesión debido a que se incluyen cláusulas no negociadas individualmente y preestablecidas por las entidades bancarias, que son empresas con capacidad suficiente para establecer las condiciones generales que regirán el negocio jurídico, y por tanto, además del límite general de la autonomía de la voluntad, se deberán respetar también las normas que regulan este tipo de contratos y que están establecidas en 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, en adelante, TRLGDCU, y en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, en adelante, LCGC.

Así mismo, también están sujetos a la normativa sectorial sobre la transparencia de la contratación bancaria. En referencia a esta legislación, en el epígrafe tercero de este trabajo se realizará un estudio más detallado.<sup>4</sup>

### *1.2.Ámbito subjetivo de los contratos bancarios*

En referencia al ámbito subjetivo de los contratos bancarios estos son contratos celebrados entre una entidad de crédito y un cliente bancario.

Por tanto, en primer lugar, es necesario que una de las partes sea una entidad bancaria, es decir, tal y como establece el artículo 1.1. de la Ley 10/2014, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, que sea una empresa que disponga de la autorización administrativa precisa para realizar la actividad de recibir del público depósitos o fondos y conceder crédito por cuenta propia. Así mismo, este mismo artículo en el apartado segundo establece que se considera que son entidades de crédito los bancos, las cajas de ahorro, las cooperativas de crédito y el Instituto de Crédito Oficial.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup>Blanco García, Ana Isabel (2014). Conflictos bancarios: su tutela extrajudicial (Tesis doctoral, Universidad de Valencia, 2014). 16-17pp.

<sup>4</sup>Pulido Begines, Juan Luis. *Los contratos bancarios...* op.cit. 555 pp.

<sup>5</sup>Pulido Begines, Juan Luis. *Los contratos bancarios...* op.cit. 547 pp.

Por otro lado, la otra parte del contrato es un cliente de la entidad de crédito, que si a su vez tiene la consideración de consumidor, recibirá una especial protección por parte del ordenamiento jurídico, sobre la cual se hará referencia en el tercer epígrafe de este trabajo.

De acuerdo con el artículo 3 del TRLGDCU se consideran consumidores:

“Son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. (...)

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.<sup>6</sup>

En consecuencia son consumidores y usuarios tanto las personas físicas como las jurídicas, estas últimas son introducidas a través de la reforma del 2014. Además, para tener tal consideración, deben actuar en un ámbito ajeno a su actividad comercial o profesional, es decir, realizan el acto de consumo con fines privados o contraten bienes y servicios como destinatarios finales, por tanto, sin incorporarlos directa o indirectamente en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros.<sup>7</sup>

### *1.3.Ámbito objetivo de los contratos bancarios*

El ámbito objetivo de los contratos son las operaciones bancarias entre las cuales se distinguen atendiendo a su objeto, las operaciones de activo, operaciones de pasivo y operaciones neutras.

Se consideran operaciones de activo aquellas actividades que consisten en la concesión de crédito a terceros de manera directa, por las cuales los clientes bancarios se convierten en deudores. Estas operaciones se pueden clasificar en función de su naturaleza, distinguiendo entre las más importantes, las operaciones de crédito, las operaciones de préstamos y el descuento.

---

<sup>6</sup> 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. . (BOE [en línea], núm. 287, 30-11-2007, pág. 2007-20555). <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555> (Consulta el 24 de abril de 2016)

<sup>7</sup>Pascual Martínez Espín. *Aproximación al concepto de consumidor* (en línea): EEDC, España. <http://www.eedc.posgrado.uclm.es/TitulosPropios/UserFiles111%5CRecursos%5CP%C3%BAblico%5CAproximaci%C3%B3n%20al%20concepto%20consumidor.pdf> (consulta 24 de abril de 2016)

Por otro lado, las operaciones pasivas son aquellas en que suponen una captación de fondos para las entidades bancarias por parte de sus clientes, los cuales podrán ser utilizados para realizar operaciones activas. En esta operación es el cliente el que se convierte en el acreedor del banco, a diferencia de las activas, y el banco está obligado a restituir en el plazo estipulado las cantidades pactadas. Los contratos más comunes de estas operaciones son el contrato de cuenta corriente y el de libreta de ahorro.<sup>8</sup>

Por último, las operaciones neutras son aquellas en que las entidades de crédito se limitan a prestar un servicio bancario, que no implica ni la entrega ni la recepción de dinero con los clientes. Los contratos más comunes de operaciones neutras son los de alquiler de cajas de seguridad o las prestaciones de servicio por internet.<sup>9</sup>

#### *1.4.El contrato de préstamo bancario*

##### 1.4.1. Concepto y definición del contrato de préstamo

En primer lugar, el préstamo bancario es *“el contrato por el cual la entidad bancaria entrega una suma determinada, obligándose quien la recibe a restituir otro tanto de la misma especie y calidad en las condiciones pactadas, y a pagar los correspondientes intereses”*.<sup>10</sup>

Este contrato de préstamos puede tener carácter mercantil o civil, no obstante, de acuerdo con el art. 1.753 C. c, tendrá carácter mercantil cuando intervenga una entidad de crédito.

Las características más definitorias de este contrato es que es atípico, consensual, no formal, oneroso y unilateral.

Es atípico, como la mayoría de contratos bancarios, es decir, no tiene en el ordenamiento jurídico una regulación concreta y específica. No obstante, sí que se hace alusión en algunas normas como en el C.C, en el C.Com, en la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, en adelante LH o en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, en adelante, LCC. Así mismo, en el ámbito administrativo,

---

<sup>8</sup> Javier Cortés Luis. “ Los contratos bancarios(I)”. En Méndez Aurelio; Rojo, Ángel. *Lecciones de derecho mercantil*. 13ª ed. Madrid: Civitas, 2015

<sup>9</sup> Blanco García, Ana Isabel (2014). *Conflictos bancarios ...* op cit 31pp

<sup>10</sup> Pulido Begines, Juan Luis. *Los contratos bancarios...* op.cit. 565 pp.

también encontramos alusiones a este contrato, que hacen referencia sobre todo a cuestiones económicas o las obligaciones que hacen referencia a la información que debe ponerse a disposición del cliente.<sup>11</sup>

Por otro lado, es un contrato que tiene carácter consensual, no obstante, no siempre la doctrina lo ha definido así, sino que ha habido una evolución, debido a que antes se consideraba que tenía carácter real, ya que jurídicamente, la entrega de dinero por parte del prestamista es un elemento necesario para la perfección del contrato. Actualmente, en la práctica bancaria, el momento del perfeccionamiento del contrato no coincide generalmente con la entrega del dinero, y esta pasa a ser uno de los primeros efectos, pero el perfeccionamiento del contrato nace con el acuerdo de voluntades de las partes.<sup>12</sup>

Así mismo, es un contrato formal, aunque nuestro derecho no lo exija debe constar por escrito y cumplir las formalidades impuestas por las autoridades económicas y financieras y por las propias entidades de crédito. En este sentido, hay supuestos concretos donde el ordenamiento jurídico sí que exige ciertos requisitos, como el art. 7 LCC el cual establece que los préstamos de crédito del consumo deben realizarse en papel o en un medio duradero. Adicionalmente, si el contrato de préstamos está garantizado por una hipoteca, además de constar por escrito, también es necesario que se formalice en un documento público.<sup>13</sup>

En referencia, al carácter oneroso, el préstamo bancario es sin duda retribuido debido a que la captación de crédito es una de las actividades que figuran en el objeto social de las entidades de crédito. Por tanto, aunque otro tipo de préstamos, como el mercantil o el civil, puedan ser gratuitos, en el préstamo bancario no cabría tal concepción, ya que, una de las funciones más productivas de las entidades de crédito es el cobro de los intereses generados por prestar dinero,

Por último, en referencia a la unilateralidad del contrato, la doctrina no es unánime respecto a esta cuestión. Por un lado, una parte de la doctrina considera que tiene carácter unilateral, debido a que desde el momento en que el banco entrega el dinero, el contrato genera la obligación solo a cargo del cliente de la devolución del dinero recibido más el

---

<sup>11</sup> Añoberos Trías de Bes, Xabier. "Delimitación del concepto y naturaleza jurídica. En Jiménez Sánchez, Guillermo, *las operaciones bancarias de activo*. Madrid: Marcial Pons, 2007.37 pp.

<sup>12</sup> Pulido Begines, Juan Luis. *Los contratos bancarios...* op.cit. 566pp.

<sup>13</sup> Añoberos Trías de Bes, Xabier. *Delimitación del concepto...* op.cit. 40

abono de los intereses.<sup>14</sup> En este sentido, en la STS de 7 de abril de 2004, se califica el contrato de préstamo bancario como unilateral, ya que el tribunal considera que sólo surgen obligaciones para una de las partes, es decir, para el prestatario.<sup>15</sup>

Por el contrario, otro sector de la doctrina establece que tienen carácter bilateral ya que la entidad bancaria cede su dinero con la finalidad de recibir intereses, y esto constituye un intercambio de prestaciones.<sup>16</sup>

#### 1.4.2. Elementos del contrato

En el préstamo bancario, se pueden diferenciar tres tipos de elementos, los personales, los reales y los materiales.

En referencia a los elementos personales, este contrato, tiene dos partes contractuales, el prestamista, que es siempre una entidad de crédito y el prestatario, que puede ser una persona física o jurídica. Así mismo, debemos recordar que si el prestatario tiene consideración de consumidor, tal como se ha establecido anteriormente, recibirá una especial protección por parte del ordenamiento jurídico, lo cual tiene como consecuencia, que se le impondrán más obligaciones a las entidades de crédito, las cuales versan sobre la transparencia, la veracidad de la información y la publicidad de este.<sup>17</sup>

Por otro lado, los elementos reales de este contrato son tanto el dinero que se presta y que con posterioridad se deberá devolver al prestamista, como los intereses que genera el dinero que se ha prestado. En referencia a estos últimos, en el quinto epígrafe, cuando se estudien las cláusulas suelo y las de intereses moratorios, se hará referencia a los tipos de interés y cuando pueden ser considerados como abusivos.<sup>18</sup>

Por último, en referencia a los elementos formales, como se ha establecido anteriormente, de acuerdo con el art. 51 CCom rige el principio de libertad de forma. No obstante, en los contratos de préstamo bancario este principio no puede ser admitido, por ello, estos

---

<sup>14</sup> Pulido Begines, Juan Luis. *Los contratos bancarios...* op.cit. 566pp.

<sup>15</sup> Sentencia de 7 de abril de 2004, número 236/2004. Recurso de Casación 3816/1998

<sup>16</sup> Añoberos Trías de Bes, Xabier. *Delimitación del concepto...* op.cit. 43pp.

<sup>17</sup> Añoberos Trías de Bes, Xabier. "Elementos del contrato". En Jiménez Sánchez, Guillermo, *las operaciones bancarias de activo*. Madrid: Marcial Pons, 2007. 52 pp.

<sup>18</sup> Añoberos Trías de Bes, Xabier. *Elementos del contrato...* op.cit. 57pp.

contratos suelen materializarse en un documento público, bien en una póliza intervenida por un notario o bien en una escritura notarial.<sup>19</sup>

#### 1.4.3. Modalidades del contrato: El préstamo con garantía hipotecaria

El préstamo hipotecario es el contrato en el que el propietario de un bien inmueble, afecta como garantía de la devolución del dinero prestado más los intereses que se devenguen, el bien inmueble en cuestión.<sup>20</sup>

En consecuencia, este crédito, además de quedar garantizado con la garantía personal, es decir, con los bienes presentes y futuros del acreedor, debido al alto importe de la cantidad prestada, estará garantizado adicionalmente con la garantía hipotecaria, que normalmente recae sobre el propio inmueble adquirido con el préstamo. Esta garantía permite que en caso de impago de la deuda, la entidad bancaria cobre la cantidad debida mediante la ejecución de la garantía hipotecaria, para recuperar la suma prestada pendiente de devolución, los intereses no pagados y los intereses de demora y gastos del impago, perdiendo el cliente la propiedad de su vivienda. Por esta razón, es necesario que en la escritura de constitución conste el carácter habitual o no de la vivienda, debido a que esto tendrá trascendencia a la hora de dicha ejecución. Por último, si con la ejecución no se pudiera saldar la deuda se podrá ejercitar la garantía personal.

No obstante, durante la vida de la hipoteca el deudor será propietario del inmueble a todos los efectos, lo que le permite alquilar, vender o incluso volver a hipotecar el inmueble sin perjudicar al prestamista, el cual podrá limitar en algunos casos dichas facultades, pero nunca prohibirlas.<sup>21</sup>

A modo de conclusión, se puede considerar que el préstamo hipotecario es una figura integrada por dos elementos, por un lado, el contrato de préstamo bancario que deberá ser formalizado en escritura pública, y en el que constará el dinero prestado más los intereses

---

<sup>19</sup> Añooveros Trías de Bes, Xabier. *Elementos del contrato...* op.cit. 78-79 pp.

<sup>20</sup> Añooveros Trías de Bes, Xabier. "Modalidades del contrato". En Jiménez Sánchez, Guillermo, *las operaciones bancarias de activo*. Madrid: Marcial Pons, 2007. 98 pp.

<sup>21</sup> Banco de España. *Guía de acceso al préstamo hipotecario*. (en línea): BDE, 2013 [http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/Folletos/Fic/Guia\\_hipotecaria\\_2013.pdf](http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/Folletos/Fic/Guia_hipotecaria_2013.pdf). (Consulta 24 de abril de 2016)

y demás gastos convenidos. Y por otro lado, la hipoteca que es una garantía que recae sobre un bien inmueble, para garantizar el pago del préstamo.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> Añoveros Trías de Bes, Xabier. *Modalidades del contrato ...* op.cit. 98pp.

## **2. Aproximación a la protección de los consumidores**

Actualmente es inconcebible pensar en nuestra sociedad sin la existencia consumidores. La creación de la Unión Europea, la cual defiende e intenta establecer un mercado interior entre los diferentes ciudadanos de los estados miembros, produce, no solo un incremento del número de consumidores, sino también la generación de diversos conflictos de carácter transfronterizos.

En este sentido, es necesario realizar una regulación eficaz para la defensa y la protección de este sector y corregir la situación de desigualdad y desproporcionalidad en que se encuentran los consumidores frente a las empresas.

No obstante, no se podría entender la regulación actual del derecho del consumo sin tener en cuenta sus antecedentes históricos. Es por esto que la finalidad de este epígrafe es explicar la génesis del derecho del consumo y su evolución tanto des de la perspectiva europea como española.

### *2.1. Génesis del derecho del consumo*

El surgimiento del derecho del consumo se puede ubicar en la década del siglo XX, como consecuencia del importante desarrollo de la actividad económica y al incremento del progreso social, hubo un aumento de la riqueza, y a su vez, un cambio en el modelo de sociedad, caracterizado por su elevado consumo de productos, y en el modelo de contratar, estableciendo mecanismos rápidos e ágiles, pero que provocaban una situación de inferioridad al consumidor.

En el tráfico jurídico de las relaciones contractuales, el consumidor se encontraba en una situación de desigualdad frente al empresario, debido a la falta de normativa que no ofrecía mecanismos de protección. Ello provocaba un estado de desprotección jurídica, contraria a los principios de contratación, debido a que no se garantizaba el principio de igualdad entre ambas partes. A esta situación se adicionó un incremento del nivel del

riesgo causado por los avances tecnológicos, que obligaban a los particulares a asumir cierto nivel de riesgo, frente al cual no se tenían suficientes mecanismos para reclamar.<sup>23</sup>

Estas circunstancias provocan el nacimiento del derecho del consumo, que se puede definir según la doctrina como “*un conjunto de normas que tienen como principal objetivo la regulación de los intereses de los particulares cuando estos actúan en el ámbito de las relaciones del mercado, con el fin de realizar actividades de carácter privado, tendentes a la satisfacción de intereses de carácter personal y, sin ánimo lucrativo*”.<sup>24</sup>

En este contexto, en Europa, comienzan a surgir las primeras iniciativas legislativas a favor del derecho del consumo. En Dinamarca se constituye el Consejo danés del consumidor en 1947. A esta tendencia también se une la antigua República Alemana que crea la Asociación de consumidores en 1960 y aprueba en 1976 la Ley reguladora de las Condiciones Generales de los Contratos. Francia crea el Instituto Nacional del consumo en 1966 y en Gran Bretaña se creó la primera Comisión de trabajo para ofrecer mayor protección a los consumidores, en la cual se redactó el informe *Molowny* en 1962, lo que provocará la aprobación de las primeras respuestas legislativas, como la *Consumer Credit* en 1974 y la *Consumer protection Act* en 1971 y 1987.<sup>25</sup>

Uno de los hitos más importantes y que contribuyó a la creación de este derecho fue cuando el presidente de EU, John F. Kennedy, en el Mensaje pronunciado en el Congreso el 15 de marzo de 1962, expuso que la condición de consumidor era asimilable a la de ciudadano, lo que implicaba que la defensa de lo consumidor atañe directamente a todos los individuos y a la comunidad nacional.<sup>26</sup>

Des de la perspectiva de la Comunidad Europea, ahora Unión europea (UE), el discurso tuvo importantes repercusiones, ya que debido a este se consolidaron los primeros

---

<sup>23</sup> Reyes López, María José. *Manual del Derecho Privado de Consumo*. 1a. ed. Madrid: La Ley, 2009.27-28 pp.

<sup>24</sup> Reyes López, María José. *Manual del Derecho Privado...* op.cit 27-28 y 29 pp.

<sup>25</sup> Reyes López, María José. *Derecho de Consumo: la protección del consumidor en los contratos de compraventa de viviendas, de arrendamiento de obra y financiación. Comentarios, legislación y jurisprudencia*. 1a. ed. Valencia: Editorial general de derecho, S.L., 1993.27 pp.

<sup>26</sup> Reyes López, María José. “La protección de los derechos de los consumidores”. En Reyes López, María José. *Derecho privado de consumo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. 23 pp.

movimientos asociacionistas y se dictaron disposiciones legales de carácter institucional para proteger directamente al consumidor en materia de publicidad o condiciones generales de contratación de carácter abusivo. Aunque, no será hasta 1973 cuando esta política de protección al consumidor adquiriera más importancia, al crearse un servicio especializado de protección de los consumidores y se concluya la Carta Europea de Protección de los Consumidores, en ese mismo año.<sup>27</sup>

## 2.2. *Evolución del derecho de consumo en la Unión Europea*

En el ámbito de la EU también fue imprescindible reconocer normas de protección a los consumidores, ya que es inconcebible regular un mercado común de forma aislada del consumo.

A esta afirmación, se le añadió el problema de que cada estado miembro disponía de su legislación en materia de consumo, la cual era en muchos casos imperativa. Por tanto, el objetivo de la Unión Europea, además de legislar en materia de protección a los consumidores, también fue la de unificar y armonizar el derecho del consumo, ya que el hecho de que cada estado miembro disponía de su propia normativa sobre esta materia, provocaba dificultades en la contratación, a causa de que ni el comerciante conocía las exigencias del lugar donde residía el consumidor, ni el consumidor disponía de suficiente información para saber qué derechos tenía reconocidos.<sup>28</sup>

De acuerdo con la doctrina, la evolución en la materia de protección a los consumidores, se puede diferenciar en cuatro etapas.<sup>29</sup>

La primera etapa, que es denominada la etapa de los mercaderes, abarca el periodo comprendido entre 1957 y 1972. La característica principal de esta es la desprotección de los consumidores, como consecuencia de la creación de un mercado común interior

---

<sup>27</sup> Reyes López, María José. *Derecho de Consumo: la protección del consumidor en los contratos ....* op.cit 28 pp.

<sup>28</sup> Twigg-Flesner, Christian. “La directiva sobre derechos de los consumidores en el contexto del derecho de consumo de la Unión Europea”. En Cámara Lapuente, Sergio; Arroyo Amayuelas, Esther. *La revisión de las normas Europeas y nacionales de protección de los consumidores*. 1a.ed. Navarra: Aranzadi, 2012. 82pp

<sup>29</sup> Cámara Lapuente, Sergio. “El futuro del Derecho de consumo en el nuevo entorno del Derecho contractual europeo”. En Reyes López, María José. *Derecho privado de consumo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. 46 pp.

basado en el principio del liberalismo económico, en el cual los consumidores son una clase necesaria y privilegiada pero que no precisaba de una protección específica.

La creación de este mercado común interior favoreció a la contratación a distancia, lo cual agravó más la desprotección y desigualdad.<sup>30</sup>

Por último, a esta situación se le añade el hecho de que el Tratado de Roma no contempló la creación de una política de protección de los consumidores, sino que únicamente se hizo referencia a esta en otras políticas, como la agraria o la de la competencia<sup>31</sup>. En conclusión, este periodo perjudicó a los consumidores, los cuales se encontraban en una situación de inferioridad jurídica, económica e informativa respecto de los empresarios.<sup>32</sup>

Del año 1972 a 1984 transcurre la segunda etapa del derecho del consumo, en la cual, suceden dos importantes hitos históricos.<sup>33</sup>

En primer lugar, se aprueba en la Asamblea Constitutiva del Consejo de Europa de 1972 la Carta Magna del consumidor en la cual se reconocen un conjunto de derechos del consumidor: a la protección a la salud y la seguridad; de los intereses económicos; a la información, educación y representación.

Y en segundo lugar, aunque la política de protección al consumidor no figuraba como competencia de la comunidad en los tratados fundacionales de la CEE, la actual Unión Europea, se celebró en octubre de 1972 la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad Económica Europea con el objetivo de crear una Europa para los ciudadanos en la cual se debía desempeñar una protección especial al consumidor y donde se manifestó la preocupación sobre esta materia. Esta cumbre se considera como la puesta en marcha en la Comunidad del movimiento de la protección de los consumidores, ya que se solicitó a las instituciones la elaboración de un programa que tuviera como finalidad el fortalecer y coordinar las medidas de protección al consumidor.

---

<sup>30</sup> Reyes López, María José. *Derecho de Consumo: la protección del consumidor...* op.cit 59pp.

<sup>31</sup> Palao Moreno, Guillermo. “La protección de los consumidores en el ámbito europeo”. En Reyes López, María José. *Derecho privado de consumo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. 75 pp.

<sup>32</sup> Paniagua Zurera, Manuel, Miranda Serrano, Luís María. “La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción del derecho de los consumidores”. En Paniagua Zurera, Manuel, Miranda Serrano, Luís María. *Derecho (privado) de los consumidores*. 1a.ed. Madrid: Marcial Pons, 2012. 21pp

<sup>33</sup> Reyes López, María José. *Manual del Derecho Privado...* op.cit 60 pp.

Con este objetivo, se aprueba el Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea de 14 de abril de 1975, en el cual se definieron los principios, objetivos, acciones y derechos que debían ser la base de las actuaciones comunitarias.<sup>34</sup>

No obstante, transcurridos los cuatro años que se concedieron como plazo de ejecución de este programa, y ante las críticas negativas sobre este, se decidió elaborar el Segundo Programa para una Política de Protección e Información a los consumidores, el cual se aprueba por Resolución del Consejo de 19 de mayo de 1981. En este se vuelve a poner de manifiesto el contenido del anterior programa, pero se incluyen nuevas tareas para el periodo comprendido entre 1981 a 1986.

No obstante, no será hasta 1984, año en el cual empieza la tercera etapa, cuando se consolide esta protección al consumidor en forma de directivas.<sup>35</sup>

En julio de 1985, a la vista de que las medidas adoptadas en los últimos años a cerca de esta materia no habían sido efectivas, debido principalmente a la gran recesión económica de los años setenta, la Comisión adopta el Tercer Programa a través de la Resolución del Consejo de 23 de junio de 1986, relativa a la orientación futura de la política de la Comunidad Europea para la protección y el fomento de los intereses de los consumidores.

Así mismo, con la finalidad de dar impulso a esta política de protección y de armonizar las legislaciones de los Estados miembros en materias que afecten a la salud y seguridad de los consumidores, se publica en 1985 el Libro Blanco sobre la Consecución del mercado interior.

Uno de los hitos más importantes de esta etapa fue la elaboración del Acta Única Europea la cual entro en vigor en 1987, ya que fue la primera vez que la política del consumo contó con un reconocimiento explícito por parte de la CE, lo cual permitió que la adopción de importantes acciones en este sector.<sup>36</sup>

En 1989 a través de la resolución del consejo de 9 de noviembre sobre futuras prioridades para el relanzamiento de la política de la protección de los consumidores, se solicita a la

---

<sup>34</sup> De León Arce, Alicia. “El consumo como realidad social, económica y jurídica”. En De León Arce, Alicia. *Derecho de los consumidores y usuarios: doctrina, normativa, jurisprudencia y formularios*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. 57 pp.

<sup>35</sup> Reyes López, María José. *Manual del Derecho Privado...* op.cit., 62 pp.

<sup>36</sup> Palao Moreno, Guillermo. *La protección de los consumidores...* op.cit., 75 pp.

Comisión que elabore un Plan Trienal de Acción sobre la Política de los Consumidores en la Comunidad Europea, el cual fue aprobado el 3 de mayo de 1990. La finalidad del programa era la apertura del mercado interior pero también contaba con importantes medidas sobre los intereses del consumidor, las cuales se pueden clasificar en 4 áreas de actuación:

- Representación de los consumidores
- Información a los consumidores
- Seguridad de los consumidores
- Operaciones comerciales de los consumidores.

Años más tarde, se aprobó el tratado de Maastricht de 1992, que reforzó la base jurídica de esta política incorporando un nuevo título relativo a la Protección de los consumidores y Usuarios y el art 129 A, donde se contempló la adopción de acciones que apoyen o complementen las políticas desarrolladas por los Estados miembros, sin perjuicio de que estos puedan adoptar medidas que establezcan un mayor nivel de protección.

Simultáneamente, en esta etapa también se adoptaron diversas directivas de mínimos, que establecían una protección básica para los consumidores que los estados miembros podían mejorar y ampliar<sup>37</sup>, como por ejemplo, la Directiva del Consejo de 29 de Junio de 1992 sobre seguridad general de los productos, o la Directiva del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados por consumidores.<sup>38</sup>

En el tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 se le concede una importancia superior a la protección del consumidor debido a que se insertaron acciones para que la Unión pudiera alcanzar sus objetivos en el fortalecimiento de la protección de los consumidores.

Por último, la cuarta fase (2001- actualidad) se caracteriza por la reelaboración y sistematización de las normas del consumo.<sup>39</sup>

En esta se aprueban dos tratados, el Tratado de Niza de 2001, el cual no aportó muchas novedades, y el Tratado de Lisboa de 2007, que modificó el anterior Tratado de la UE y

---

<sup>37</sup> Paniagua Zurera, Manuel, Miranda Serrano, Luís María. *La protección de los consumidores...* op.cit. 22pp

<sup>38</sup> De León Arce, Alicia. *El consumo como realidad social, económica...* op.cit., 58pp.

<sup>39</sup> Cámara Lapuente, Sergio. *El futuro del Derecho de consumo...* op.cit .,46 pp.

el tratado constitutivo de la Comunidad Europea, y estableció que la protección de los consumidores es materia compartida entre los estados y la UE.

Durante este periodo también se elaboró el Programa de acción comunitaria en relación con la política de consumidores (2007- 2013), cuya finalidad es complementar, apoyar y vigilar las políticas de los Estados miembros y contribuir para la protección de los intereses de los consumidores así como promover el derecho a la información y educación.

Uno de los hitos importantes en esta época fue el Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo, debido a que la legislación sobre la protección de los consumidores se basa en una armonización de mínimos y los Estados miembros podían establecer medidas más estrictas. En el Libro Verde se propusieron tres soluciones en cuanto al grado de armonización:

- Plena armonización de la legislación
- La armonización mínima pero combinada con una cláusula de reconocimiento mutuo.
- La armonización mínima pero combinada con una cláusula que estableciera que las empresas establecidas en otros Estados miembros sólo tendrían que cumplir las normas aplicables en su país de origen.<sup>40</sup>

En octubre de 2008, la comisión hizo pública la Propuesta de Directiva sobre los Derechos de los Consumidores, de ahora en adelante DDC, en la cual se establece que la política legislativa en materia de consumidores y usuarios se realizará a través de una armonización de máximos. No obstante, esta propuesta fue recibida con mucha hostilidad y solo contó con el apoyo de una pequeña parte de la doctrina, debido a que la gran mayoría se inclinaban más por una armonización plena selectiva. Como consecuencia de esto, en 2010 se delega este trabajo a una nueva comisión la cual inició una política de aproximación más cautelosa y se abandonó los planes de incorporar y reformar contenidos de la directiva sobre las cláusulas abusivas y ventas de consumo. Finalmente, el 25 de octubre de 2011 se aprobará dicha directiva, la cual continúa en vigor.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> Reyes López, María José. *Manual del Derecho Privado...* op.cit .,69-80 pp.

<sup>41</sup> Twigg-Flesner, Christian. *La directiva sobre derechos de los consumidores...* op.cit .,85- 87 pp.

### 2.3.Evolución de la protección del consumidor en España

En la década de los setenta, la situación de los consumidores en España era muy adversa debido a la poca preocupación hacia esta materia y la falta de instrumentos jurídicos para afrontar una política de protección de los consumidores.<sup>42</sup>

Esta falta de defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, empieza a cambiar tras recibirse las primeras iniciativas proteccionistas por parte de la Unión Europea y del derecho comparado.<sup>43</sup>

No obstante, el punto y partida de una verdadera política de protección se puede ubicar en el año 1978, en el cual, debido a la influencia del Primer Programa Preliminar de la Comunidad Europea de 1975 y junto a corrientes que reclamaban el inicio de una política de protección sobre esta materia en España, se consiguió incluir en el art. 51 de la Constitución Española, una protección a los consumidores basada en la exigencia de que se protegieran los intereses de los consumidores mediante las normas de rango legal. Este principio rector de la política social y económica generó el inicio de una acción política de esta materia, encaminada a la aprobación de diferentes textos legales, ya que su función es la de informar la totalidad de nuestro ordenamiento jurídico.<sup>44</sup>

Debido a la constituzionalización de este principio, el País Vasco y Cataluña, adelantándose al legislador estatal, aprobaron el Estatuto vasco del consumidor de 1981 y la Ley catalana sobre determinadas estructuras comerciales y ventas especiales de 1983.

No será hasta 1984 cuando el legislador estatal promulgue la Ley 26/1984 de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, la cual fue consecuencia de una respuesta directa del envenenamiento masivo de consumidores por la producción y la comercialización ilegal de aceite en el año 1981. La ley fue duramente criticada por la doctrina debido a sus múltiples defectos y a la necesidad de complementación a partir de reglamentos.

---

<sup>42</sup> Guillén Caramés, Javier. *El estatuto jurídico del consumidor: política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la administración*. 1a. ed. Madrid: Civitas ediciones, S.L., 2002. 47 -55

<sup>43</sup> Paniagua Zurera, Manuel, Miranda Serrano, Luís María. “La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción del derecho de los consumidores”. En Paniagua Zurera, Manuel, Miranda Serrano, Luís María. *Derecho (privado) de los consumidores*. 1a.ed. Madrid: Marcial Pons, 2012. 26pp.

<sup>44</sup> Guillén Caramés, Javier. *El estatuto jurídico del consumidor...* op.cit .,47 -55 pp.

Se debe destacar que la LGDCU estableció un régimen de control contra la incorporación de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. En 1989, con la aprobación de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, que se aprobó para incorporar en el sistema español la Directiva 13/93

En 2006 se aprobó la Ley 44/2006, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, la cual habilitó al gobierno a refundir en un único texto legal la LGDCU y las normas de transposición de las directivas comunitarias. Además introdujo mejoras relativas a los contratos con consumidores y usuarios.

Este mandato fue cumplido con el Real Decreto Legislativo de 16 de noviembre del Texto Refundido sobre los Derechos de los Consumidores y Usuarios. En este se incluye la regulación de los contratos con los consumidores y usuarios celebrados fuera del establecimiento mercantil y a distancia; las disposiciones sobre garantías en la venta de bienes de consumo; la regulación sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos y la regulación sobre viajes combinados.<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> Paniagua Zurera, Manuel, Miranda Serrano, Luís María. La protección de los consumidores... op.cit ., 29-31pp



### **3. Regulación de las cláusulas predispuestas**

Como consecuencia de la extensa y dispersa regulación tanto de la materia del derecho del consumo como de las cláusulas contractuales, este epígrafe tiene como finalidad establecer, en primer lugar, la regulación básica sobre la materia de las cláusulas predispuestas en los contratos celebrados con consumidores, así como la problemática de la doble regulación de este tipo de cláusulas en el ordenamiento jurídico español.

Adicionalmente, debido a que el objeto de estudio de este trabajo son las cláusulas abusivas en la contratación bancaria, y en especial, los préstamos bancarios, se realizará una breve referencia a la normativa aplicable de estos contratos pero únicamente la que regula aspectos relacionados con la protección de los consumidores.

#### *3.1.Regulación de las cláusulas contractuales en la Directiva 13/93/ CEE*

En primer lugar, y antes de entrar a definir que se considera como cláusula contractual no negociada individualmente o cláusula predispuesta, es de vital importancia, definir el marco legal de esta materia, debido a que la regulación en el estado español puede generar confusión en algunos aspectos.

Dentro del marco de la Unión Europea, a mediados del siglo XIX, la situación legislativa relativa a las cláusulas predispuestas era que cada estado miembro había establecido una regulación de un régimen de protección sobre el control de la inclusión y del contenido de las condiciones generales en los contratos. En el Estado español, esta regulación se encontraba en el art. 10 de la anteriormente mencionada LDCU.

Por tanto, uno de los problemas que debía hacer frente la Unión Europea, era el relativo a intentar armonizar las normativa de los estados miembros. En este sentido, se aprueba la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 15 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante, Directiva 93/13), que a través de una política de mínimos, estableció una protección mínima que todos los estados miembros debían incorporar a sus reglamentos, sin perjuicio de poder estipular un mayor grado de protección.

La Directiva 93/13 hace referencia a las cláusulas predispuestas e impuestas a los consumidores adherentes, regulando tanto el control de la inclusión de estas en los contratos como su contenido, aspectos que se estudiarán en el siguiente epígrafe referente al concepto de cláusula adhesión.

Así mismo, es importante destacar que la Directiva añade en su anexo la denominada “lista gris”, en la cual se hace referencia a una serie de cláusulas que pueden ser consideraras abusivas, sin perjuicio, de que los estados miembros, además de incorporan esta lista, puedan realizar “listas negras”.<sup>46</sup>

Posteriormente, se realizó una propuesta de directiva en el año 2008, que preveía una armonización plena. Esta establecía dos listas, la primera de ellas, la denominada lista negra, contenía las cláusulas que en todo caso se debían considerar abusiva. Por otro lado, la segunda lista, denominada lista gris, se regularon las cláusulas que presuntamente se considerarían abusivas, a no ser, que el empresario demostrara que no lo eran. Sin embargo, esta directiva, nunca llego a ser aprobada.<sup>47</sup>

En 2011 se aprobó por el parlamento de la UE i el consejo la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, y por la cual se modifica la Directiva 93/13. La importancia de esta directiva, en el objeto de estudio del presente trabajo, es que se modifica la normativa europea referente cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores sobre determinados aspectos de la compraventa y las garantías.<sup>48</sup>

### *3.2.Regulación de las cláusulas predisuestas en el estado Español.*

Centrándonos en el ámbito del Estado español, el régimen normativo aplicable, es por un lado, la Ley sobre las Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC) que se aprueba con la finalidad de transponer al ordenamiento jurídico español la Directiva 13/93. En concreto, esta regulación se encuentra establecida en los arts. 1 al 10. Y por otro lado, TRLGDCU, en la cual, como consecuencia de la aprobación de la LCGC, se modificó su art 10 y se añadió el art 10 bis. y una disposición adicional, la cual contenía un catálogo ejemplificador de las cláusulas que debían considerarse abusivas.

---

<sup>46</sup> Clavería Gosálbez, Luis Humberto. *Condiciones Generales y cláusulas contractuales impuestas*. Barcelona: Bosch, 2008. Pp. 19 -20

<sup>47</sup> González Pacanowska Isabel, “Cláusulas abusivas”. En Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*. Navarra: Aranzadi, 2015. 1028-1029

<sup>48</sup>García, Isidor. Reforma de la Ley de consumidores y usuarios. Viola Demestre, Isable. *Revista Mon Jurídic*.2014, núm. 286, pp 9-10.

Como se ha estudiado en el epígrafe anterior, la LGDCU, sufrió diversas modificaciones, pero la más importante fue la que se realizó a través de la aprobación de la Ley 44/2006, la cual refundió gran parte de la normativa que hacía referencia a la protección de los consumidores. En relación a la normativa referente a las cláusulas abusivas estas pasaron a regularse en los arts. 80 a 91.<sup>49</sup>

La última reforma de la TRLGDCU es la realizada en 2014 por la Ley 3/2014 de 27 de marzo, por la cual se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobadas por el Real Decreto Legislativo, de 16 de noviembre. La finalidad de esta reforma fue la transposición de la Directiva 2011/83/UE, anteriormente explicada.<sup>50</sup>

En consecuencia nos encontramos con el problema de la doble regulación de esta materia, aunque existen importantes diferencias entre ambas normativas.

### *3.3. Problema de la doble regulación en España*

Como se puso de manifiesto anteriormente, las normas relativas a la predisposición negociada se encuentran reguladas en dos textos normativos. Por un lado, están establecidas en la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación. Y, por otro lado, en el TRLGDCU, en el cual se hace referencia en los arts. 81 a 92 a las cláusulas contractuales predispuestas. Esta doble regulación puede generar dudas a la hora de establecer cuál de las dos podría resultar aplicable, no obstante, el objeto de regulación aunque sea similar no es idéntico, debido a que la LCGC hace referencia a las condiciones generales de la contratación, y el TRLGDCU regula las cláusulas no negociadas individualmente o las cláusulas de adhesión particular.

En consecuencia, es de vital importancia conocer las diferencias entre esta normativa con la finalidad de aplicarlas de forma correcta y para ello, debemos estudiar sus ámbitos de aplicación.

En primer lugar, desde el punto de vista objetivo, la LCGC establece en su art.1 que “*son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación*

---

<sup>49</sup> Pagador López, Javier. “Los contratos de consumo celebrados mediante condiciones generales y cláusulas predispuestas”. En Miranda Serrano, Luis María; Pagador López, Javier. *Derecho (privado) de los consumidores*. Madrid: Marcial Pons, 2012. 102-103 pp.

<sup>50</sup> García, Isidor. *Reforma de la Ley de consumidores...* op. cit. Pp. 9-10

*al contrato sea impuesta por una de las partes (...) habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”<sup>51</sup>.*

En este concepto se pueden diferenciar 4 requisitos que deben concurrir para poder aplicar la LCGC, los cuales son la contractilidad, la imposición, la predisposición y la generalidad.<sup>52</sup>

Por el contrario, el ámbito de aplicación de la TRDCU, el cual se interpreta a partir de la Exposición de Motivos de la LCGC y de los art 80.1 y 82.1 de la TRDCU, no quedará reducido a las condiciones generales a strictu sensu, sino será aplicable a cualquier cláusula contractual predispuesta por las partes, por tanto, se excluye el elemento de la generalidad.

La generalidad hace referencia a que la cláusula debe haber sido preredactada con la finalidad de incorporarla en una pluralidad de contratos, por tanto, no basta con la incorporación a un único contrato, de la misma manera que no es necesario tampoco que este en todos los contratos.<sup>53</sup> De acuerdo con la STS 241/2013 de 9 de mayo se establece que se entiende por generalidad las cláusulas que estén destinadas a ser incorporadas a una pluralidad de contratos, debido a que se trata de modelos de declaraciones negociales con la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse<sup>54</sup>.

En conclusión, lo que diferencia en el ámbito objetivo la cláusula de adhesión de las condiciones generales es la exigencia de la generalidad como requisito, en el sentido de que la primera está impuesta por el profesional para ser destinada a una pluralidad de contratos, a diferencia de la particular que no será necesaria esta generalidad de contratos, aunque también pueda resultar.

Por otro lado, si comparamos el ámbito subjetivo de la LCGC y la TRLGDCU, la primera se aplicará tanto si la persona que se adhiere al contrato es consumidor como profesional, aunque actúe en el marco de su actividad profesional.<sup>55</sup> Por el contrario, la TRLGDCU

---

<sup>51</sup> España. Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.(BOE (en línea), núm. 89, de 14 de abril de 1998, pág.12304 a 12314). [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1998-8789](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1998-8789) (Consultado el 22 de marzo de 2016)

<sup>52</sup> Pagador López, Javier. “*Los contratos de consumo ....* Op. Cit. Pp. 104-107

<sup>53</sup> Pagador López, Javier. *Los contratos de consumo...* op. Cit. 124-127 pp.

<sup>54</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013 de 9 de mayo de 2013. Recurso de casación 485/2012.

<sup>55</sup> Pagador López, Javier. “*Los contratos de consumo...* op. Cit. 107-108 pp

únicamente será aplicable si el adherente es consumidor o actúe como tal, de acuerdo con los arts. 3 y 4 de TRDCU. En consecuencia, si el adherente no es consumidor, únicamente podrá ser considerada una cláusula nula de acuerdo con el art 9.1. de la LCGC, es decir, cuando contradiga en perjuicio del adherente la LCGC o cualquier normativa imperativa o prohibitiva. En cambio, si el adherente es consumidor, tanto si es una condición general como una cláusula de adhesión particular, podrá ser nula si es contraria a una norma imperativa o prohibitiva o si tiene carácter abusivo de acuerdo con el TRLDCU.<sup>56</sup> En este sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares núm. 292/2015 de 21 de diciembre, al establecer que el control de abusividad de se podrá realizar tanto en una cláusula general de la contratación como en una cláusula de adhesión particular.<sup>57</sup>

#### *3.4. Especial referencia a la normativa de la protección de los consumidores en la contratación bancaria.*

Las relaciones entre las entidades bancarias y los consumidores están marcadas por la asimetría, debido tanto a la falta de negociación de las cláusulas que forman parte de los contratos, como la dificultad de comprensión del contenido de estas como consecuencia de su especialidad y tecnicismo.

En este sentido, con independencia de la protección que los consumidores y usuarios disponen en materia de incorporación de las cláusulas predispuestas, en concreto, en la LCGC y TRLDCU, cuando el contenido del contrato es de carácter bancario le serán de aplicación, diversas disposiciones de carácter específico de protección al cliente bancario. Esta normativa está formada por normas de carácter transversal y normas de carácter concreto para determinados contratos bancarios.<sup>58</sup>

Se debe resaltar que, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo núm. 222/2015 de 29 de abril, la existencia de esta regulación sectorial y específica referente a los contratos bancarios, no excluye de la consideración de cláusulas predispuestas de las

---

<sup>56</sup> Pagador López, Javier. “Los contratos de consumo... op. Cit. 123-127 pp.

<sup>57</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares núm. 292/2015 de 21 de diciembre de 2015. Recurso de apelación 324/2015.

<sup>58</sup> Íñigo Fernández de Mesa Vargas, *Marco legal de protección del cliente bancario*. (en línea): UNACC. <http://www.unacc.com/Portals/0/Otras%20Publicaciones/Libros/Marco%20legal%20de%20proteccion%20del%20cliente%20bancario.pdf> (Consulta 22 de marzo de 2016)

estipulaciones predispuestas que integran los contratos bancarios celebrados con consumidores, y por tanto, serán de aplicación, además de estas normas sectoriales, las normas relativas a la protección de los consumidores, es decir, el TRLGDCU.<sup>59</sup>

En primer lugar, en referencia a la normativa de carácter transversal, la protección del cliente de productos bancarios se basa en dos normas con rango de ley, Ley 26/88, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito y la Ley 2/2011 de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Ambas leyes facultan al Ministerio de Economía y Hacienda para que pueda dictar disposiciones y normas con la finalidad de asegurar la transparencia de los productos bancarios y garantizar el adecuado nivel de protección.

Gracias a esta habilitación, se aprueba la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, de ahora en adelante, OTPC. Esta orden concreta en un único texto la normativa básica de transparencia y mejora la protección del cliente, en referencia a la comisiones y tipos de interés y sobre los datos e información que las entidades deben poner a disposición de sus clientes en cada fase de la comercialización.<sup>60</sup>

En segundo lugar, en referencia a la normativa específica, debido a la gran variedad tipos de contratos bancarios, nos encontramos con muchas disposiciones especializadas de cada materia. En referencia a los contratos de préstamo están regulados a través de la Ley 16/2011 de Contratos de Crédito al Consumo, la cual fue la encargada de transponer en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2008/48/CE relativa a los contratos de crédito al consumo. Esta ley, también impone la obligación de facilitar al cliente una determinada información dependiendo de la fase contractual y regula el derecho de desistimiento.<sup>61</sup>

En referencia a los préstamos hipotecarios es de aplicación la Ley 1/13 de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social. Una de las cuestiones más importantes que regula esta ley es el establecimiento de una nueva causa de oposición a la ejecución fundamentada en el

---

<sup>59</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 222/2015 de 29 de abril de 2015. Recurso de casación 1072/2013.

<sup>60</sup> Íñigo Fernández de Mesa Vargas, *Marco legal de protección ... op.cit.*

<sup>61</sup> Pérez de Madrid Carreras, Valerio. “La protección del consumidor en la contratación bancaria”. En Miranda Serrano, Luis María; Pagador López, Javier. *Derecho (privado) de los consumidores*. Madrid: Marcial Pons, 2012.416-417 pp.

carácter abusivo de una cláusula contractual.<sup>62</sup> Además, en referencia al interés de demora aplicable a la vivienda habitual, en el art. 114.3 de la anterior ley, se fija en tres veces el interés legal del dinero.<sup>63</sup>

En este sentido, se pronunciaba el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 208/2014 de 3 de octubre de 2014, la cual establece que:

*En el presente caso, en el que es objeto de la ejecución un contrato de préstamo, por importe de 128.100 €, con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual de los deudores, (...) el contrato préstamo hipotecario, de 22 de septiembre de 2004, se fijaron los intereses de demora en diez puntos por encima del interés remuneratorio, fijado inicialmente en el 3'90 %, lo que se traduce en un interés de demora del 13'90% anual, cuando, para el año 2004, el interés legal del dinero estaba fijado en el 3'75% (...) por lo que el interés de demora pactado en el 13'90% es más de tres veces superior al interés legal del dinero, de modo que el interés de demora pactado debe considerarse abusivo por ser superior al límite (11'25%), legalmente previsto en la Ley 1/2013, de 14 de mayo.<sup>64</sup>*

---

<sup>62</sup>Juan Buendía Colmenero. *La progresiva protección del consumidor en los contratos bancarios* (en línea): HISPACOLEX Servicios Jurídicos S.L.P, 2015 <http://www.hispacolex.com/biblioteca/articulos-doctrinales/proteccion-consumidor-contratos-bancarios/> (consulta 17 de abril)

<sup>63</sup> José Carmelo Llopis. *Las listas negras y las listas grises de cláusulas abusivas*. (en línea): Notaria Llopis, 2014. <http://www.notariallopis.es/blog/i/185/73/las-listas-negras-y-las-listas-grises-de-clausulas-abusivas> (consulta: 20 de abril de 2016)

<sup>64</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 208/2014 de 3 de octubre de 2014 Recurso de Apelación núm. 244/2014



## 4. Las cláusulas abusivas

Una vez explicada la regulación en el ámbito de las cláusulas predispuestas, y antes de realizar el estudio de las cláusulas abusivas más importantes incorporadas a los contratos de préstamo bancario, se debe realizar una breve aproximación a la materia de las cláusulas abusivas.

Para ello, en primer lugar se definirán el concepto de cláusula no negociada individualmente y sus características esenciales, debido a que son este tipo de cláusulas las que pueden resultar abusivas dependiendo de su contenido.

A continuación, se estudiará tanto el control del contenido de estas cláusulas, haciendo referencia al concepto de cláusulas abusivas, como el control formal donde se establecen los requisitos para que estas cláusulas queden incorporadas en los contratos firmados por consumidores. Por último, se explicará la nulidad de la incorporación de estas cláusulas.

### *4.1. Concepto de cláusula no negociada individualmente*

Aunque en el ordenamiento jurídico español, ni en la LCGC ni en el TRLGDCU, no existe una definición como tal del concepto de cláusula no negociada individualmente, sí que establece en este último, en su art.80, unos requisitos que deben concurrir para considerarse como tales, y que son los mismos que exige la Directiva 93/13. Estos requisitos, como se ha visto en el epígrafe anterior, son la predisposición, la imposición y contractualidad.

Por tanto, en primer lugar, se deben estudiar estos requisitos con la finalidad de conocer si estamos delante de una cláusula no negociada individualmente.

El primer requisito es la contractualidad, entendida en el sentido de que son cláusulas que tienen una finalidad de ser incorporadas a un contrato celebrado entre un empresario y un consumidor. Estos contratos suelen ser los denominados contratos de adhesión que son aquellos contratos, el contenido del cual, se encuentra previamente prestablecido por una de las partes, en la mayoría de los casos, por parte del empresario, quedando el adherente restringido únicamente a aceptar o rechazar este contenido, pero no a modificarlo ni hacer contraofertas.

El segundo requisito exigido es el de la predisposición, el cual no está establecido de forma explícita ni en el art 80 ni en el art. 82 de TRLGDCU pero si figura de forma implícita en los anteriores dos preceptos, y además, sí que esta explícitamente redactado

en el art. 3.2.1º de la Directiva 13/93. La predisposición de las cláusulas contractuales implica que las cláusulas deben haber sido redactadas previamente a la fase de negociación del contrato. De acuerdo con la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa número 617/2015 de 17 de marzo, considera que hay predisposición cuando la cláusula ha estado preredactada sin una fase de tratos o negociación previos<sup>65</sup>.

El tercer y último requisito es la imposición que supone que el consumidor adherente no ha podido influir sobre su contenido, ya que de lo contrario, no podríamos hablar de una cláusula impuesta sino de una cláusula negociada. A efectos de TRLGDCU, lo relevante para establecer que una cláusula ha sido impuesta será que el consumidor no haya podido influir en su contenido, con independencia de que quien la imponga sea el empresario o un tercero ajeno. Según la Sentencia del Tribunal Supremo número 241/2013, se puede considerar que concurre el requisito de imposición cuando la incorporación de la cláusula es impuesta por el empresario, de tal forma que el consumidor únicamente podrá obtener el bien o servicio sobre el que versa el contrato si acepta la inclusión en el de la cláusula.<sup>66</sup>

#### *4.2. Control del contenido de las cláusulas: cláusulas abusivas*

El TRLGDCU establece un control de contenido que deberán cumplir aquellas cláusulas predispuestas incluidas en un contrato realizado por un consumidor. Este control es de dos tipos; el primero es que la cláusula no cumpla con los requisitos de la buena fe y el equilibrio de derechos y obligaciones entre las partes. El segundo tipo de control es que el contenido de la cláusula este recogido en alguno de los supuestos contemplados en los arts. 85 a 90, la denominada lista negra.

En consecuencia, o bien si no se cumpliera el requisito de la buena fe y se causara un desequilibrio contractual, o bien, el contenido de la cláusula fuera subsumible en alguno de los supuestos del art 85 a 90, se considerará que la cláusula tiene carácter abusivo. Este listado de cláusulas abusivas hace referencia a: que vinculen el contrato a la voluntad del empresario, limiten los derechos del consumidor, a la falta de reciprocidad, a la imposición al consumidor de garantías desproporcionadas, a las que resulten

---

<sup>65</sup> Sentencia del Tribunal Supremo número 241/2013 de 9 de mayo de 2013.

<sup>66</sup> Pagador López, Javier. “Los contratos de consumo... op. Cit. 124-127 pp.

desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato o a las que sean contrarias a las reglas de competencia y derecho aplicable<sup>67</sup>

Se debe remarcar que este control únicamente es aplicable a las estipulaciones no negociadas individualmente y las prácticas no consentidas si el adherente es un consumidor. Por lo tanto, se podrán considerar abusivas tanto las condiciones generales de la contratación como las cláusulas predispuestas individualmente, si quien se adhiere tiene la consideración de consumidor o usuario y quien las impone es el empresario o profesional. <sup>68</sup>

En referencia al primer tipo de control, de acuerdo con el art. 82 TRLGDCU, se puede considerar como cláusula abusiva

*“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”.* <sup>69</sup>

En esta definición el elemento fundamental para considerar una cláusula como abusiva, es que la estipulación no cumpla con las exigencias de la buena fe y cause un desequilibrio entre las partes, perjudicando al consumidor. La contrariedad a la buena fe se entiende cuando el predisponente, es decir, el empresario, impone una cláusula de forma desequilibrada y en su propio interés y beneficio, lesionando la situación jurídica en la que se encuentra el consumidor. La buena fe no debe entenderse en sentido subjetivo sino objetivo, ya que no es necesario que el empresario sea consciente de que al incluir esta cláusula está perjudicando los derechos del consumidor. Esta buena fe está relacionada con la conducta de lealtad, es decir, la confianza que deposita el consumidor en el

---

<sup>67</sup> Adela Serra Rodríguez, *Estudio doctrinal cláusulas abusivas en los contratos de crédito al consumo*. (en línea): Boletín del Ministerio de Justicia, 2013. [https://www.icam.es/docs/observatorio/obs\\_28762.pdf](https://www.icam.es/docs/observatorio/obs_28762.pdf) (Consulta 1 de abril de 2016)

<sup>68</sup>Cañizares Laso, Ana. Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo. *Revista de derecho civil*. 2015, vol.II, núm.3 (julio a septiembre,2015) pp.71

<sup>69</sup> España. 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. *BOE*, 30 de noviembre de 2007, núm.287.pp 2007-2055. art 82.

empresario o profesional, en la regulación del contrato predispuesto, de que no se aparta del marco normativo de referencia y no defrauda las expectativas del consumidor.<sup>70</sup>

La vulneración de la buena fe conllevará aparejada una situación de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes y producirá un perjuicio al consumidor. Este desequilibrio, de acuerdo con el art. 82.3 TRLGDCU se deben entender, dependiendo de las circunstancias de la celebración del contrato y de la naturaleza de los bienes o servicios contratados. Por tanto, el trato equitativo dependerá del tipo de contrato, del marco normativo y de las circunstancias que concurran en cada caso.<sup>71</sup> El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Constructora Principado, S.A contra José Ignacio Menéndez Álvarez, de 16 de enero de 2014, considera que concurre un desequilibrio importante entre las obligaciones cuando se realice un lesión suficientemente grave de la situación jurídica del consumidor, ya sea restringiéndole el contenido de sus derechos u obstaculizando su ejercicio. Asimismo, el carácter abusivo se deberá apreciar considerando las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato, incluyendo el derecho vigente aplicable, y todas las cláusulas incluidas en este.<sup>72</sup>

El segundo tipo de control se encuentra establecido en el apartado cuarto del art. 82 en relación con los art 85 a 90, en los cuales se establecen unos supuestos, en los que en todo caso se entenderá que la cláusula tiene carácter abusivo, la denominada “lista negra”. Por tanto, si estamos delante de alguna cláusula que se pueda subsumir en alguno de los presupuestos establecidos, se considerará en todo caso abusiva.

La doctrina diferencia entre las denominadas cláusulas negras y cláusulas grises. Serán negras cuando deriven abusivas por el simple hecho de contrastar el contenido de la cláusula con el precepto. Por tanto, el contenido siempre será abusivo sin necesidad de realizar ninguna valoración. En cambio, las cláusulas grises son aquellas que requieren analizar el contenido en el caso concreto para determinar que es abusiva.<sup>73</sup>

---

<sup>70</sup> González Pacanowska Isabel, “Cláusulas abusivas”... op. Cit.1112-1120

<sup>71</sup> *Las cláusulas abusivas en la contratación electrónica*. Informe, Inédito CECU, 2007.

<sup>72</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de enero de 2014 en el caso Constructora Principado, S.A contra José Ignacio Menéndez Álvarez.

<sup>73</sup> González Pacanowska Isabel, “Cláusulas abusivas”... op. Cit.1106-1108.

#### 4.3. Control de la incorporación de las cláusulas predispuestas

El art. 80.1 TRLGDCU establece una serie de requisitos que deben cumplir las cláusulas predispuestas por el empresario, a fin de que puedan formar parte del contrato. Estos dos requisitos son el de la concreción, calidad y sencillez con posibilidad de comprensibilidad directa, y la accesibilidad, los cuales también se encuentran establecidos en los arts. 5 y 7 LCGC.

El primer requisito, el de la concreción, claridad y sencillez en la redacción con posibilidad de comprensión directa hace referencia a la comprensibilidad o transparencia, lo cual presupone la perceptibilidad y legibilidad de las cláusulas. En referencia a la legibilidad el art 80.1.b ha establecido un criterio objetivo para comprobar si concurre o no este requisito, en este sentido, se establece que no se considerará cumplido “*si el tamaño de la letra del contrato es inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura*”. Con cumplimiento de la Directiva 2011/83/UE, la reforma del TRLGDCU, incide en el requisito de comprensibilidad en los art. 60.1 y 99.1, estableciendo que la información que se suministre al consumidor ha de redactarse de forma clara y comprensible y deberá al menos estar redactada en castellano.

Por último, respecto al principio de transparencia, este se deberá realizar tomando en consideración al consumidor medio y con conexión a las circunstancias y tipo de contrato.<sup>74</sup> En este sentido, el control de transparencia también se basa en que el consumidor conozca o pueda llegar a conocer de forma sencilla la carga económica y la carga jurídica que supone la celebración del contrato, es decir, comprender tanto el sacrificio patrimonial como la posición jurídica en el contrato y sus elementos y atribución del riesgo.<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> Marta Pérez Esolar, *Incorporación al contrato de cláusulas no negociadas*. (en línea): BOE, 2015. [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-2015-20040900480\\_ANUARIO\\_DE\\_DERECHO\\_CIVIL\\_Incorporaci%F3n\\_al\\_contrato\\_de\\_cl%E1usulas\\_no\\_negociadas\\_Perspectivas\\_de\\_reforma\\_a\\_la\\_luz\\_del\\_panorama\\_europeo\\_la\\_Propuesta\\_de\\_Modernizaci%F3n\\_del\\_C%F3digo\\_Civil\\_y\\_el\\_Anteproyecto\\_de\\_Ley\\_de\\_C%F3digo\\_Mercantil](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2015-20040900480_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Incorporaci%F3n_al_contrato_de_cl%E1usulas_no_negociadas_Perspectivas_de_reforma_a_la_luz_del_panorama_europeo_la_Propuesta_de_Modernizaci%F3n_del_C%F3digo_Civil_y_el_Anteproyecto_de_Ley_de_C%F3digo_Mercantil) (Consulta 16 de abril de 2016)

<sup>75</sup> PASCUAL MARTÍNEZ ESPÍN. "El control de las condiciones generales de la contratación: Su aplicación al contrato de alquiler de vehículos". *Revista CESCO de derecho de Consumo*. (2013), núm. 6/2013.

El segundo requisito exigido, el de la accesibilidad, hace referencia a la entrega o facilitación al cliente del clausulado contractual predispuesto. En consecuencia, para que las cláusulas puedan formar parte del contrato, deberán quedar redactadas completamente sobre la firma del consumidor. Si las cláusulas figuraran en el anverso del contrato pero por debajo de la firma o en el reverso, únicamente se considerarán incluidas si se realiza una referencia expresa tanto de su ubicación como de su existencia.

Por último, si las cláusulas no figuraran en el documento del contrato, sino que se encontraran establecidas en un documento a parte, solo se podrán considerar incorporadas si se realiza una referencia de este documento en la antefirma y se entrega al consumidor el documento que contenga dichas cláusulas con carácter previo o simultáneo a la celebración del contrato.<sup>76</sup>

#### *4.4. Nulidad de la cláusula*

En referencia a la nulidad de la cláusula considerada abusiva, la Directiva 93/13 prevé dos cuestiones, por un lado, garantizar la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas, y por otro lado, el mandato de continuar con el contrato siempre y cuando fuera posible, pero sin la incorporación de la referida cláusula. Por tanto, el objetivo de la Directiva 93/13 no es la nulidad total del contrato sino que es restablecer el equilibrio entre el consumidor y el empresario.<sup>77</sup>,

El régimen de nulidad, en la regulación nacional española, se encuentra establecido en el artículo 83 del TRLGDCU, el cual ha sido modificado a través de la Ley 3/2014, de 27 marzo, por la cual se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias aprobadas por el Real Decreto Legislativo 1/2007, como consecuencia de la sentencia de 14 de junio de 2012 caso Banco Español de Crédito, en la cual se estableció por parte del tribunal europeo que el juez nacional está facultado para declarar la nulidad de oficio de una cláusula siempre que considere que puede ser lesiva para los intereses del consumidor, teniendo en cuenta los elementos de derecho y de hecho necesario. Esta obligación alcanza incluso a poder practicar de oficio las diligencias de prueba necesarias para poder verificar si la cláusula está o no incluida dentro del ámbito de aplicación de la protección ofrecida al consumidor contra las cláusulas abusivas. Con esta finalidad, también se han modificado

---

<sup>76</sup> Pagador López, Javier. *Los contratos de consumo* ... op.cit. 128-129 pp.

<sup>77</sup> González Pacanowska Isabel, *Cláusulas abusivas* ... op.cit. 1146-1150pp.

determinados aspectos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de ahora en adelante LEC, para habilitar esta declaración de oficio.

No obstante, esta declaración de oficio debe respetar tanto el derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el artículo 24 de la CE, como los principios que informan y proceden del derecho procesal civil. Esta exigencia queda asegurada a través del artículo 83 de TRLGDCU el cual prevé una audiencia de las partes con la finalidad de que el empresario pueda alegar lo que considere oportuno contra la declaración del carácter abusivo de la cláusula, y, simultáneamente se respete la voluntad del consumidor si quiere seguir vinculado a lo establecido en la cláusula abusiva, después de ser informado tanto del carácter lesivo de esta cláusula como de la no vinculación. Esta renuncia por parte del consumidor siempre se deberá realizar dentro de unos límites y debe ser posterior al surgimiento del conflicto.<sup>78</sup>

La nulidad de esta cláusula se puede invocar a través de diversas vías, la de acción nulidad, la de reconvencción o la de excepción.

Una vez declarada la nulidad de la cláusula abusiva surge una cuestión y es el efecto de esta sentencia en el sentido de si tiene efectos retroactivos o no. En este sentido, el Tribunal supremo se pronunció en diversas sentencias, como por ejemplo STS de 13 de marzo de 2012, de que la declaración de nulidad de una cláusula abusiva no produce retroactividad, ya que si no se perjudicaría al orden público económico.<sup>79</sup> No obstante, respecto a esta cuestión, se hará referencia en el siguiente epígrafe, debido a que no hay unanimidad en los tribunales respecto a este carácter retroactivo o no de las sentencias.

Por otro lado, el legislador propone la subsistencia del contrato al establecer que la cláusula abusiva se tendrá por no puesta. Por tanto, de acuerdo con la doctrina, se prevé la nulidad parcial del contrato por mandamiento de ley, lo cual es una medida más proteccionista, respecto la directiva, para el consumidor debido a que la nulidad total del contrato podría provocarle más perjuicios. Por tanto, con la finalidad de proteger por un lado al consumidor y por otro la seguridad del tráfico contractual, la nulidad parcial

---

<sup>78</sup> González Pacanowska Isabel, *Cláusulas abusivas* ... op.cit. 1151 a 1151

<sup>79</sup> Faustino Cordón Moreno, *Eficacia de la declaración de nulidad de una cláusulas abusiva y sus efectos en el sobreesimiento de ejecución judicial*. (en línea): Centro de estudios de consumo, 2015. <http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/02/Eficacia-de-la-declaraci%C3%B3n-de-nulidad-de-una-cl%C3%A1usula-suelo-abusiva-.pdf> (consultado el 20 de abril de 2016)

prescinde de la voluntad del predisponente, ni aunque probará que el resto de cláusulas, sin la cláusula declarada nula, no corresponde a su voluntad.

En relación con la nulidad de la cláusula nos podemos encontrar con diversos supuestos. Puede ser que el contrato conste de diversas cláusulas, será susceptibles de eliminar alguna de ellas sin afectar a las demás, cuando para un mismo supuesto de hecho se prevén distintas consecuencias jurídicas con carácter alternativo. O también para cuando a una pluralidad de supuestos de hechos se preveía la misma consecuencia jurídica de modo que cada una se podrá enjuiciar por separado. No obstante, el problema surge cuando para un mismo supuesto de hecho se prevé con carácter acumulativo diversas consecuencias jurídicas, que además, en este tipo supuestos, el carácter abusivo de la cláusula deriva de la presencia de las demás cláusulas. Para este problema surgen dos soluciones, o considerar como una sola cláusula todas las consecuencias que tienden a satisfacer el mismo interés del predisponente, el típico ejemplo de este supuesto es la mora del reintegro del préstamo, cuando se establece el deber de pagar intereses moratorios más el cobro de una comisión por posición deudora. O por otro lado, si las cláusulas sirven para una misma finalidad, podrían ser objeto de enjuiciamiento por separado, el ejemplo más común de este tipo de cláusulas son que en falta de cumplimiento de las obligaciones periódicas de reintegro además el deudor deba de pagar intereses moratorios y el prestamista pueda exigir el vencimiento anticipado.

Anteriormente a la facultad de declarar de oficio las cláusulas abusivas, se previa que el juez podía modificar su contenido, no obstante, como consecuencia de la sentencia del STJUE de 14 de junio de 2012, del caso Banco de España de crédito, el tribunal se pronunció en el sentido de que la facultad de modificación que se le otorga al juez podría poner en peligro la consecuencia del objetivo a largo plazo de la Directiva 93/13 debido que contribuiría a eliminar el efecto disuasorio del hecho de que las cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida de que los profesionales podrían verse tentados a utilizarlas, ya que, aunque se declare la nulidad de estas por parte del juez, el contrato deberá ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, lo cual garantizaría el interés del empresario.

Esta cuestión deriva, por ejemplo, de que se planteaba la posible reducción o moderación por parte del juez de la cuantía excesiva y por ende abusiva de los intereses. El juez no puede limitarse únicamente a reducir la cantidad, sino que debe excluir pura y simplemente la cláusula. Antes de la reforma, el juez tendía, en base a lo dispuesto al

anterior artículo 83 del TRLGDCU, a reformular la regla contractual fijando un importe distinto al predispuesto y declarado abusivo. Algunas veces se utilizaba el límite imperativo en la LCE. No obstante, la directiva fija que el contrato se debe mantener en los mismos términos y sin otra modificación que la de suprimir la cláusula abusiva.

Una vez establecido que el juez no puede moderar sino que solo puede suprimir las cláusulas declaradas nulas, se establece en el art 10.2 de la LCGC que la no incorporación por nulidad se integrara con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil, no obstante esto no debería de ser aplicable en materia de consumidores debido a que el art 83 TRLGDCU prevalece sobre este. Esta cuestión se resuelve a través de la doctrina comunitaria, a través de la sentencia de 30 de abril de 2014 del TJUE en el asunto C-26/13, en la cual se establece que se permite la aplicación de una norma supletoria del derecho nacional, bajo el presupuesto de que su aplicación permita la consecución de los objetivos de la Directiva, que es el contenido equilibrado del contrato. En consecuencia, sí que se podrá sustituir la cláusula nula por el derecho nacional, siempre y cuando, el contrato no pueda subsistir sin la supresión de la cláusula, debido a que determina un elemento esencial, y la nulidad total del contrato provocaría un perjuicio al consumidor. Por tanto, no se aplicará siempre la supletoriedad el derecho nacional, sino que únicamente en el caso de que la supresión de la cláusula provocara la nulidad del contrato y esta nulidad fuera perjudicial para el consumidor.<sup>80</sup>

Por último, si por la supresión de la cláusula se diera que el contrato es ineficaz, el juez podría declarar la nulidad total del contrato. En la antigua redacción se disponía que solo cuando las cláusulas suponían una situación no equitativa para la posición de las partes que no podía ser subsanada, el juez podía declarar la ineficacia del contrato. No obstante, con la modificación de este precepto se suprime el inciso de las partes y se establece la solución establecida en el artículo 6 de la Directiva 13/93, que hace referencia a esta cuestión. La valoración del juez ha de ser objetiva, sin que el criterio decisivo sea el de atender a la posición de las partes. El contrato no puede subsistir si tras la supresión de la cláusula, quedara privado de alguno de sus elementos esenciales. En consecuencia, será nulo el contrato, cuando con la supresión de la cláusula abusiva, se provoque una indeterminación del objeto del contrato.<sup>81</sup>

---

<sup>80</sup> González Pacanowska Isabel, *Cláusulas abusivas ...* op.cit. 1160-1170pp.

<sup>81</sup> González Pacanowska Isabel, *Cláusulas abusivas ...* op.cit. 1171-1120pp



## **5. Las cláusulas abusivas más frecuentes en los contratos de préstamo bancario**

Una vez definidos los aspectos principales sobre las cláusulas abusivas, en el presente epígrafe, se realizará un estudio de las cláusulas abusivas más frecuentes incluidas en la práctica en los préstamos bancarios.

Debido a la gran variedad de cláusulas abusivas que se establecen en la contratación bancaria, en el presente trabajo, se estudiarán únicamente las cláusulas suelo, la cláusula de vencimiento anticipado y la de intereses moratorios.

La metodología a seguir será, en primer lugar, establecer una definición del concepto de la cláusula abusiva objeto de estudio, y a continuación se argumentará el porqué, según la doctrina y jurisprudencia, tiene tal consideración. Para ello, se utilizarán las sentencias más significativas sobre esta materia.

### *5.1. Cláusula suelo*

Las cláusulas suelo son una de las cláusulas abusivas más significativas, debido tanto a su relevancia nivel social, ya que existe un gran colectivo de personas afectadas por estas estipulaciones, como por ser una de las cláusulas más utilizadas en los contratos de préstamo bancario. Así mismo, existen numerosas sentencias que se pronuncian sobre su carácter abusivo.

Son un tipo de cláusulas incluidas en los préstamos formalizados con un tipo de interés variable, en el cual se vincula el interés a un índice, normalmente al Euribor. Por tanto, el riesgo de variación de los tipos de interés variable está sujeto a la incertidumbre de la evolución de este índice, y en consecuencia, las cantidades a pagar por intereses podrán aumentar o disminuir en función de la subida o bajada de este índice. Por el contrario, el tipo de interés también puede ser de carácter fijo, es decir, que en cada cuota se pagará la misma cantidad por tal concepto, y por tanto, se elimina el riesgo de la incertidumbre de la evolución del índice, al cual se vincula el interés.<sup>82</sup>

Aunque recientemente aún se siguen incorporando este tipo de cláusulas en los contratos bancarios, en la mayoría de casos, estas cláusulas fueron incluidas en los contratos

---

<sup>82</sup> Pedro Gento Mahuenda. "El final de las cláusulas suelo en España: una visión retrospectiva". *Revista CESCO de derecho de Consumo*. (2014), núm. 10/2014.

celebrados durante el *boom inmobiliario*, debido a que el Euribor era muy alto y continuaba en alza, y por tanto, el interés fijo no resultaba atractivo.<sup>83</sup>

La función de las cláusulas suelo es incorporar un límite a la variación de los intereses, es decir, se fija un tipo de interés que actuará como suelo para garantizar que la entidad que concede el crédito recibe unos ingresos mínimos. Este tipo de cláusulas tiene un claro beneficio hacia la entidad acreedora, ya que si el índice al cual se vincula disminuye por debajo del fijado en la cláusula prevalecerá el estipulado en dicha cláusula, por tanto las entidades se aseguran un mínimo interés. En algunas ocasiones, la incorporación de las cláusulas suelo trae aparejada la inclusión en el contrato de las denominadas cláusulas techo, es decir, estipulaciones que fijan una cuantía máxima que el consumidor está obligado a pagar, por tanto, aunque el índice supere esta cuantía, el consumidor únicamente estará obligado a pagar lo que se establezca la cláusula techo. Al contrario de la cláusula suelo, esta cláusula beneficia al consumidor, ya que por mucho que aumente el índice al cual se vincula el interés, el consumidor únicamente estará obligado a abonar como máximo, lo estipulado en la cláusula suelo.<sup>84</sup>

Las cláusulas suelo no pueden ser consideradas de forma automática como cláusulas abusivas, ya que son cláusulas consideradas lícitas por la normativa sectorial al admitir su existencia, como por ejemplo la Ley 2/2009 de Contratación de Préstamos Hipotecarios con Particulares o la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Medidas para reforzar la Protección de los Deudores Hipotecarios, Reestructuración de Deuda y Alquiler Social. No obstante, la regulación de estas cláusulas tampoco excluye que no puedan ser abusivas, ya que se debe remarcar, que esta regulación no impone la exigencia de las mismas en los contratos de préstamo.<sup>85</sup> En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 18 de marzo de 2015 establece que las cláusulas suelo son lícitas siempre y cuando sean transparentes y permitan al consumidor conocer los riesgos del contrato de tipos de interés variable. Por tanto, el elemento clave para la admisión de este

---

<sup>83</sup> Sergio Nasarre Aznar. "Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria". *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*. (2011), núm. 727.

<sup>84</sup> Pedro Gento Mahuenda. "El final de las cláusulas suelo en España: una visión retrospectiva". *Revista CESCO de derecho de Consumo*. (2014), núm. 10/2014.

<sup>85</sup> Celia Martínez Escribano. *Cláusulas suelo, ¿Se puede negociar con el banco?* (en línea): Aranzadi, 2014 <http://abogadoscánovas.com/wp-content/uploads/2015/06/ARTICULO-CL%C3%81USULAS-SUELO.pdf> (consulta 18 de abril)

tipo de cláusulas es la información y el conocimiento al consumidor sobre la incorporación de esta cláusula en un contrato de préstamo bancario.<sup>86</sup>

Así mismo, las cláusulas suelo, también se consideran que son abusivas cuando, de acuerdo con el artículo 82 del TRLGDCU, sean contrarias a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre las obligaciones y derechos de las partes en perjuicio del consumidor. En este sentido, de acuerdo con la doctrina se considera que son abusivas estas estipulaciones cuando no se ofrece una partida proporcional al consumidor y cuando el consentimiento otorgado por el consumidor sea sin ser informado de las consecuencias económicas que provoca el establecimiento de estas cláusulas. La proporcionalidad no se da con la simple incorporación de una cláusula techo, ya que mientras que el tipo de interés de la cláusula suelo es muy fácil de alcanzar, el tipo que se establece en el techo es casi imposible que se dé, por tanto, aquí no quedaría garantizado la proporcionalidad entre las partes.<sup>87</sup>

De acuerdo con el auto de 3 de junio de 2013 del Tribunal Supremos se consideraran abusivas las cláusulas suelo cuando concurren alguno de estos supuestos:

- a) En un contrato a interés variable, el índice establecido a la baja repercutirá en una disminución del precio del dinero.
- b) La falta de información suficiente de esta cláusula si está relacionada con un elemento esencial del contrato.
- d) Cuando la ubicación de la cláusula suelo este entre una gran cantidad de datos entre los cuales queda inadvertida.
- e) Cuando en la fase precontractual no se informe al consumidor sobre la evolución del Euribor o sobre otros tipos de instrumento que pueden substituir esta cláusula, como por ejemplo un interés fijo.

---

<sup>86</sup> Auto del Tribunal Supremo 3 de junio de 2014. Recurso de Casación 485/2012

<sup>87</sup>Sergio Nasarre Aznar. *Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria ...* Op.cit. 2676 pp.

f) Cuando no se advierta al consumidor de las consecuencias económicas de esta cláusula.<sup>88</sup>

En este sentido, la STS 241/2013 de 9 de mayo de 2013, también establece que se considerará abusiva si no supera el doble test de transparencia, que consiste en que, en primer lugar, la cláusula sea clara y sencilla y comprensible directamente. Y en segundo lugar, si el cliente conocía de la incorporación de esta cláusula y comprendía las consecuencias jurídicas y económicas de su incorporación.

Por último, una de las cuestiones más controvertidas de las cláusulas abusivas, y en concreto, actualmente, de las cláusulas suelo, es el efecto retroactivo o irretroactivo de la sentencia, así como si se deben restituir las cantidades percibidas en concepto de una cláusula declarada nula. El origen de esta cuestión proviene de la Sentencia 241/13 de 9 de mayo de 2013, la cual hace referencia a una demanda contra diversas entidades bancarias por la incorporación de cláusulas suelo en los contratos de préstamos hipotecarios. En esta sentencia, el tribunal se pronuncia sobre la irretroactividad de la devolución de lo cobrado por los bancos debido a que esto podía provocar una grave trascendencia en el orden público económico. No obstante, se estableció una retroactividad parcial a la fecha de publicación de la sentencia.

Pero esta irretroactividad no fue aceptada por algunas Audiencias Provinciales ni Jueces de Primera Instancia, ya que establecían que la STS de 9 de mayo de 2013 no era un criterio general aplicable a todas las cláusulas suelo sino que era una excepción a la regla general, y por tanto, se aplicó la retroactividad de estas cláusulas en algunas ocasiones, en base a la aplicación del art. 1.393 del Código civil y 9 y 10 LCGC. Un ejemplo de la aplicación de la retroactividad es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 185/2014 de 12 de marzo del 2014, en la cual se establece que aunque la STS de 9 de mayo de 2013 niega el efecto retroactivo de la nulidad de la cláusula, esta sentencia se dictó en el marco de una acción colectiva en la cual no se ejercitó tampoco una acción accesoria de condena de restitución sino únicamente de nulidad. Es por esto último, que la Audiencia se pronuncia en referencia a que la declaración de no retroactividad no es

---

<sup>88</sup> Audiencia Provincial de Málaga núm. 185/2014 de 12 de marzo del 2014

aplicable en el supuesto de hecho, y que en aplicación del artículo 1.303 del Código Civil, se declara que se debe restituir las prestaciones derivadas de la cláusula suelo. <sup>89</sup>

El 25 de marzo de 2015 el Tribunal Supremo se vuelve a pronunciar sobre esta cuestión y establece en la sentencia de 25 de marzo de 2015, unificando el criterio establecido en la anterior sentencia, que si se declara abusiva y nula una cláusula suelo se procederá a la restitución de los intereses que se hubieran pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo.

Aun así, esta sentencia no acabo de resolver el problema relativo a esta cuestión, ya que nuevamente los tribunales no estaban conformes con dicha resolución, debido a que consideraban que no se ajustaba a derecho. Por eso, son algunas las Audiencias Provinciales que han decidido plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Entre estas Audiencias se encuentra la de Cantabria, que en el Auto de fecha 17 de julio de 2015 preguntó al TJUE si se puede limitar la devolución de los intereses satisfechos en virtud de la cláusula suelo. <sup>90</sup> Respecto a la resolución de estas cuestiones prejudiciales aún no se tiene respuesta por parte del tribunal europeo, no obstante, los medios de comunicación ya han hecho eco de esta noticia, y es que si se acordara por parte del tribunal la retroactividad de la nulidad de la cláusula, y consecuentemente, la restitución de las cantidades obtenidas a través de esta cláusula, esto tendría un impacto que podría superar los 5.000 millones de euros. <sup>91</sup>

### *5.2. Cláusula de vencimiento anticipado*

La cláusula de vencimiento anticipado es aquella cláusula en virtud de la cual, el prestamista podrá reclamar la totalidad del crédito por capital e intereses con anterioridad al plazo establecido, en caso de que el deudor incumpla su obligación de pago de alguno de los plazos establecidos.

La consecuencia de la incorporación de la referida cláusula implica que si el deudor impaga las cuotas establecidas en el contrato, la deuda debe ser considerada vencida y

---

<sup>89</sup> Informe de Cremades García, Vicente *sobre la retroactividad de las cláusulas suelo*. Elche: 2015.

<sup>90</sup> Informe de Cremades García, Vicente *sobre la retroactividad ...op.cit.*

<sup>91</sup> Pablo R. Suanzes. (28/04/2016). Bruselas advierte al Gobierno por su pasividad ante las cláusulas suelo. Diario el Mundo.

exigible, por lo cual, la entidad bancaria podrá reclamar al consumidor el pago de la deuda y proceder a su ejecución.<sup>92</sup>

Normalmente, la jurisprudencia la ha considerado válida, en virtud del art 1255 de Código Civil, si concurría justa causa, no obstante, el problema se planteó en relación a los contratos de larga duración, debido a que se podría considerar abusivo reclamar la totalidad de una deuda por el impago de uno o varios plazos. El TJUE abordó esta cuestión en la sentencia de 14 de marzo de 2013 caso Aziz, estableciendo que corresponde a juez nacional entender si la facultad del vencimiento anticipado depende de que el consumidor haya incumplido una obligación esencial del contrato y si además el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo.<sup>93</sup>

Como consecuencia de esta sentencia, se modificó el artículo 693 de la LEC, el cual introduce un mínimo de cuotas impagadas, tres cuotas, o de un número de cuotas que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo equivalente ha dicho periodo de tres meses.

Por tanto, la integración de estas cláusulas, en un contrato de préstamo bancario, que no respecte estos límites deberá ser considerada abusiva, debido a que el impago de menos cuotas resulta manifiestamente desproporcionado en relación con el vencimiento anticipado del contrato.

### *5.3. Cláusula de intereses moratorios*

Las cláusulas de intereses de demora son un tipo de estipulaciones incluidas en los contratos de préstamo bancario, que establecen una penalización, que es el pago de un porcentaje, si se produce un retraso en el pago de las cuotas.<sup>94</sup> El tenor de este tipo de cláusulas es similar al siguiente:

*“Las obligaciones dinerarias de la parte prestataria, dimanantes de este contrato, vencidas y no satisfechas, devengarán desde el día siguiente al de su vencimiento, sin necesidad de requerimiento alguno y sin perjuicio de la facultad de vencimiento*

---

<sup>92</sup> Fernández de Palencia, Elena Bellod. “Cláusulas de vencimiento anticipado”. En Salas Carceller, Antonio. *Ejecución hipotecaria: solución a tiempos de conflicto*. Navarra: Aranzadi, 2012. 489-490 pp.

<sup>93</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 asunto Aziz.

<sup>94</sup> OCU. *Los intereses de demora abusivos*. (en línea):OCE, 2015

<http://www.ocu.org/dinero/hipotecas/noticias/intereses-demora-abusivos>(consulta: 20 de abril de 2016)

*anticipado atribuida al Banco en la Cláusula 6ª bis, un interés de demora del X% nominal anual, calculado y liquidable por meses naturales o fracción en su caso y siempre por periodos vencidos. Los intereses vencidos y no satisfechos devengarán y se liquidarán en igual forma nuevos intereses al tipo de interés moratorio aquí establecido.*

*Las cantidades resultantes como intereses de demora se considerarán firmes en el momento en que se perciban, sin perjuicio del derecho del Banco a exigir los intereses moratorios devengados hasta cada momento, y quedarán garantizadas exclusivamente con cargo a la cantidad máxima consignada en el apartado b) de la cláusula 9ª.<sup>95</sup>*

Existen diversas normas que establecen límites a los intereses moratorios, como la Ley de Crédito al Consumo, el Real Decreto Legislativo 6/2012 de 9 de marzo sobre medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios y recientemente en el artículo 114 de la LH.<sup>96</sup>

Esta cláusula será considerada abusiva, cuando, de acuerdo con el art. 82 TRLGDCU cause en perjuicio de la buena fe, un desequilibrio entre las obligaciones y los derechos de las partes. Este desequilibrio concurrirá cuando el interés de demora sea desproporcionadamente alto. De acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para considerar que una cláusula es abusiva será necesario tener en cuenta las normas aplicables de derecho nacional y en segundo lugar, considerar que si de manera leal y equitativa el consumidor hubiera aceptado la cláusula en el marco de una negociación individual.

---

<sup>95</sup> Carlos Ballugera Gómez. *Denegación por abusiva de una cláusula de interés de demora del 19% en préstamo hipotecario con consumidor.* (en línea): Notarios y Registradores, 2016 <http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/consumo-y-derecho/temas-practicos/denegacion-por-abusiva-de-una-clausula-de-interes-de-demora-del-19-en-prestamo-hipotecario-con-consumidor/> (consulta 22 de abril de 2016)

<sup>96</sup> Diego Gutiérrez Alonso; Ana María Álvarez de Yraola. *Cláusulas más habituales en los préstamos hipotecarios* (en línea): Jueces para la democracia , <http://www.juecesdemocracia.es/boletinprivado/BOLETIN%204%202013.pdf2013> (consulta 25 de abril)

En consecuencia, y una vez analizada las normas relativas a los intereses moratorios, el Tribunal Supremo, fija como doctrina jurisprudencial en la Sentencia núm. 1723/2015 que el incremento de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado, previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la fijación del interés de demora procesal, es el criterio legal más idóneo para determinar el interés de demora aplicable a los préstamos personales con consumidores, resultando abusivo cualquier porcentaje superior.<sup>97</sup>

Por último, se debe remarcar, que de acuerdo con lo estudiado en el epígrafe anterior, el juez nacional no podrá modificar el interés moratorio establecido en el contrato, ya que, esto podría ir en contra de la finalidad disuasoria de la Directiva, sino que deberá declararla nula.

---

<sup>97</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 1723/2015 de 22 de abril de 2015. Recurso 2351/2012

## **Conclusiones**

### **Primera: Influencia de las entidades bancarias**

La primera conclusión que se puede extraer de este estudio es que en materia de contratación bancaria, y en especial, en los préstamos bancarios, las entidades financieras tiene un rol muy relevante debido a que estas son las que imponen a los consumidores las condiciones de los contratos que realizan. En este sentido, y para que los clientes no se vean más perjudicados, este tipo de contratos, aun siendo atípicos, disponen de cierta regulación enfocada sobre todo a la transparencia y a la información precontractual.

### **Segunda: La evolución del derecho del consumo**

En materia de derecho del consumo, la evolución legislativa, tanto a nivel europeo como a nivel estatal, es tendente a proteger al consumidor. Esto deriva de que en los ámbitos en los que contrata el consumidor cada vez son más técnicos y especializados y las relaciones contractuales cada vez están más internacionalizadas. Por tanto, además de una eficiente protección a los consumidores, es necesario que esta goce de una buena armonización.

### **Tercera: Normativa de los consumidores en el ámbito estatal**

En referencia a la normativa de los consumidores en el ordenamiento jurídico español, se puede establecer que no es muy sobreprotectora en comparación con la normativa a nivel europeo, debido a que en determinados aspectos, el legislador se ha dedicado a regular exclusivamente lo establecido en la Directiva 93/13. Así mismo, el TJUE, en algunas ocasiones, se ha pronunciado en el sentido de que la normativa estatal era contraria a la Europea, como por ejemplo, en la Sentencia del 14 de Junio de 2012 del caso Banco de España de Crédito, donde se estableció que el juez nacional no está facultado para modificar una cláusula abusiva sino que únicamente puede declarar nulas dichas cláusulas, y por consiguiente, suprimirlas del contrato.

### **Cuarta: Concepto de cláusula abusiva**

En relación al concepto de cláusula abusiva, se puede concluir que es muy indeterminado debido a que se basa en la buena fe y en el desequilibrio de los derechos y las obligaciones entre el consumidor y el empresario, es decir, en criterios que son muy subjetivos. Por tanto, para delimitar este concepto es muy importante tener en cuenta tanto la doctrina como la jurisprudencia de los tribunales españoles.

### **Quinta: Efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas**

Una de las cuestiones más controvertidas sobre la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas es si deben tener o no efectos retroactivos, lo cual supondría, por ejemplo, en las cláusulas suelo o en las de intereses moratorios, la obligación de la entidad bancaria de devolver todas las cantidades indebidas. Como se ha estudiado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo estableció en primer lugar que no debía tener efectos retroactivos no obstante, a partir de la sentencia de 13 de marzo de 2012, hubo un cambio jurisprudencia y se estableció que si tenían efectos retroactivos pero limitados a la fecha de la anterior sentencia. Por el contrario, las Audiencias Provinciales no están a favor de esta limitación temporal, sino que se pronuncian en el sentido de que deberían tener efectos retroactivos sin limitaciones. Por esta razón, se ha planteado una cuestión prejudicial al TJUE la cual será resuelta aproximadamente en verano de 2016.

### **Sexta: Cláusulas abusivas en los préstamos bancarios**

En referencia a las cláusulas abusivas establecidas en los préstamos bancarios se puede concluir, después del estudio de la jurisprudencia de los tribunales españoles y del tribunal europeo, que han sido utilizadas de forma masiva por parte de diferentes entidades bancarias. Las razones de su incorporación son porque la regulación sobre este tipo de cláusulas, a principios del boom inmobiliario, que fue la época cuando más se contrataron préstamos bancarios, era menos proteccionista, ya que se debe recordar que hasta 2006 esta regulación estaba establecida en únicamente dos artículos, el art 10 y 10 bis del TRLGDCU. Así mismo, otro de los motivos que ha influido en la masiva incorporación de estas cláusulas es que los consumidores normalmente no leen las condiciones de contratación o no las comprenden debido a su carácter tan técnico. Es por esto, que la actual normativa realiza tanto un control de la incorporación de las anteriores cláusulas encaminado a la sencillez, transparencia y comprensión de estas como un control de su contenido.

### **Séptima: El límite de la licitud de las cláusulas suelo, las de vencimiento anticipado y las de intereses moratorios**

Otra conclusión que se puede extraer del estudio de las cláusulas suelo, las de vencimiento anticipado y las de intereses moratorios, es que son, en principio, cláusulas lícitas. Es decir, se pueden incorporar en los contratos de préstamo bancario este tipo de cláusulas, no obstante, siempre se debe respetar el límite de la buena fe y no crear un desequilibrio

de los derechos y las obligaciones entre las partes. Como ha quedado reflejado en este trabajo, en muchas ocasiones, no se ha respetado este límite, lo cual ha provocado obtener grandes beneficios a las entidades bancarias.

#### **Octava: Las cláusulas suelo**

En referencia a las cláusulas suelo, estas han sido unas de las más incorporadas en los contratos de préstamo bancario y una de las más perjudiciales porque no ha permitido beneficiarse a las personas que las contrataron de la bajada del Euribor. Para la interpretación de la consideración como abusiva ha sido de vital importancia la jurisprudencia de los tribunales, la cual ha evolucionado y cada vez es más tendente a declararlas abusivas. No obstante, como se ha establecido anteriormente, está pendiente de resolución la cuestión relativa a la retroactividad de esta cláusula que, en caso de declararse, permitirá a los consumidores reclamar las cantidades cobradas indebidamente.

#### **Novena: Las cláusulas de vencimiento anticipado e intereses moratorios**

Del estudio realizado sobre las cláusulas de vencimiento anticipado, se puede concluir también que tanto los tribunales como el legislador son cada vez más protectores con los consumidores para evitar que estas cláusulas puedan ser abusivas y causen perjuicios. En este sentido, con la reforma de la LEC, se ha establecido un mínimo de cuotas impagadas para evitar precisamente que las entidades bancarias no puedan reclamar el total de la deuda por el impago de cantidad muy reducida en proporción con el total de la deuda.

Por último, esta misma conclusión se puede realizar del estudio de las cláusulas de intereses moratorios, en el sentido de que tanto la jurisprudencia como el legislador han establecido límites con la finalidad de que las entidades bancarias no puedan fijar intereses desproporcionadamente altos.



## Bibliografía

### *Bibliografía*

- Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*. Navarra: Aranzadi, 2015.
- Blanco García, Ana Isabel (2014). *Conflictos bancarios: su tutela extrajudicial* (Tesis doctoral, Universidad de Valencia, 2014).
- Cámara Lapuente, Sergio; Arroyo Amayuelas, Esther. *La revisión de las normas Europeas y nacionales de protección de los consumidores*. 1a.ed. Navarra: Aranzadi, 2012.
- Cañizares Laso, Ana. *Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo*. *Revista de derecho civil*. 2015, vol.II, núm.3
- Clavería Gosálbez, Luis Humberto. *Condiciones Generales y cláusulas contractuales impuestas*. Barcelona: Bosch, 2008.
- Cremades García, Vicente *Informe sobre la retroactividad de las cláusulas suelo*. Elche: 2015
- De León Arce, Alicia. *Derecho de los consumidores y usuarios: doctrina, normativa, jurisprudencia y formularios*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007
- García, Isidor. *Reforma de la Ley de consumidores y usuarios*. Viola Demestre, Isable. *Revista Mon Jurídic*.2014, núm. 286
- Guillén Caramés, Javier. *El estatuto jurídico del consumidor: política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la administración*.1a. ed. Madrid: Civitas ediciones, S.L., 2002
- Jiménez Sánchez, Guillermo, *las operaciones bancarias de activo*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- Méndez Aurelio; Rojo, Ángel. *Lecciones de derecho mercantil*. 13ª ed. Madrid: Civitas, 2015
- Nasarre Aznar Sergio. "Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria". *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*. (2011), núm. 727.
- Paniagua Zurera, Manuel, Miranda Serrano, Luís María. *Derecho (privado) de los consumidores*. 1a.ed.

- PASCUAL MARTÍNEZ ESPÍN. "El control de las condiciones generales de la contratación: Su aplicación al contrato de alquiler de vehículos". *Revista CESCO de derecho de Consumo*. (2013), núm. 6/2013. Madrid: Marcial Pons, 2012. 21pp
- Pedro Gento Mahuenda. "El final de las cláusulas suelo en España: una visión retrospectiva". *Revista CESCO de derecho de Consumo*. (2014), núm. 10/2014.
- Reyes López, María José. *Derecho de Consumo: la protección del consumidor en los contratos de compraventa de viviendas, de arrendamiento de obra y financiación. Comentarios, legislación y jurisprudencia*. 1a. ed. Valencia: Editorial general de derecho, S.L., 1993
  - *Derecho privado de consumo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005
  - *Manual del Derecho Privado de Consumo*. 1a. ed. Madrid: La Ley, 2009
- Salas Carceller, Antonio. *Ejecución hipotecaria: solución a tiempos de conflicto*. Navarra: Aranzadi, 2012

#### *Jurisprudencia*

- Sentencia de 7 de abril de 2004, número 236/2004. Recurso de Casación 3816/1998
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 asunto Aziz
- Sentencia del Tribunal Supremo número 241/2013 de 9 de mayo de 2013. Recurso de casación 485/2012.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de enero de 2014 en el caso Constructora Principado, S.A contra José Ignacio Menéndez Álvarez.
- Provincial de Málaga núm. 185/2014 de 12 de marzo del 2014 Auto del Tribunal Supremo 3 de junio de 2014. Recurso de Casación 485/2012 Audiencia
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 208/2014 de 3 de octubre de 2014 Recurso de Apelación núm. 244/2014
- Sentencia del Tribunal Supremo 1723/2015 de 22 de abril de 2015. Recurso 2351/2012
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 222/2015 de 29 de abril de 2015. Recurso de casación 1072/2013.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares núm. 292/2015 de 21 de diciembre de 2015. Recurso de apelación 324/2015

### Recursos electrónicos

- Adela Serra Rodríguez, *Estudio doctrinal cláusulas abusivas en los contratos de crédito al consumo*. (en línea): Boletín del Ministerio de Justicia, 2013. [https://www.icam.es/docs/observatorio/obs\\_28762.pdf](https://www.icam.es/docs/observatorio/obs_28762.pdf) (Consulta 1 de abril de 2016)
- Alberto Javier Tapia Hermida. *El concepto y la clasificación de los contratos* (en línea): V/Lex España. <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/concepto-clasificacion-contratos-bancarios-39060054> (consulta 24 de abril de 2016)
- Banco de España. *Guía de acceso al préstamo hipotecario*. (en línea): BDE, 2013 [http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/Folletos/Fic/Guia\\_hipotecaria\\_2013.pdf](http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/Folletos/Fic/Guia_hipotecaria_2013.pdf). (Consulta 24 de abril de 2016).
- Celia Martínez Escribano. *Cláusulas suelo, ¿Se puede negociar con el banco?* (en línea): Aranzadi, 2014 <http://abogadscanovas.com/wp-content/uploads/2015/06/ARTICULO-CL%C3%81USULAS-SUELO.pdf> (consulta 18 de abril)
- Carlos Ballugera Gómez. *Denegación por abusiva de una cláusula de interés de demora del 19% en préstamo hipotecario con consumidor*.(en línea): Notarios y Registradores,2016 <http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/consumo-y-derecho/temas-practicos/denegacion-por-abusiva-de-una-clausula-de-interes-de-demora-del-19-en-prestamo-hipotecario-con-consumidor/>(consulta 22 de abril de 2016)
- Diana Marcos Francisco, *Nuevas medidas de defensa de los consumidores en materia de acciones colectivas, asistencia jurídica gratuita, costas y tasas judiciales*. (En línea): Indret 2015 [http://www.indret.com/pdf/1181\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/1181_es.pdf) (consultado el 20 de abril de 2016)
- Diego Gutiérrez Alonso; Ana María Álvarez de Yraola. *Cláusulas más habituales en los préstamos hipotecarios* (en línea): Jueces para la democracia, <http://www.juecesdemocracia.es/boletinprivado/BOLETIN%204%202013.pdf2013> (consulta 25 de abril)

- Faustino Cordón Moreno, *Eficacia de la declaración de nulidad de una cláusulas abusiva y sus efectos en el sobreseimiento de ejecución judicial*. (En línea): Centro de estudios de consumo, 2015.
- <http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/02/Eficacia-de-la-declaraci%C3%B3n-de-nulidad-de-una-cl%C3%A1usula-suelo-abusiva-.pdf> (consultado el 20 de abril de 2016)
- Íñigo Fernández de Mesa Vargas, *Marco legal de protección del cliente bancario*. (En línea): UNACC. <http://www.unacc.com/Portals/0/Otras%20Publicaciones/Libros/Marco%20legal%20de%20proteccion%20del%20cliente%20bancario.pdf> (Consulta 22 de marzo de 2016)
- Juan Buendía Colmenero. *La progresiva protección del consumidor en los contratos bancarios* (en línea): HISPACOLEX Servicios Jurídicos S.L.P, 2015 <http://www.hispacolex.com/biblioteca/articulos-doctrinales/proteccion-consumidor-contratos-bancarios/> (consulta 17 de abril)
- José Carmelo Llopis. *Las listas negras y las listas grises de cláusulas abusivas*. (En línea): Notaria Llopis, 2014. <http://www.notariallopis.es/blog/i/185/73/las-listas-negras-y-las-listas-grises-de-clausulas-abusivas> (consulta: 20 de abril de 2016)
- Marta Pérez Esolar, *Incorporación al contrato de cláusulas no negociadas*. (En línea): BOE, 2015. [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C201520040900480\\_ANUARIO\\_DE\\_DERECHO\\_CIVIL\\_Incorporaci%F3n\\_al\\_contrato\\_de\\_cl%Elusulas\\_no\\_negociadas.Perspectivas\\_de\\_reforma\\_a\\_la\\_luz\\_del\\_panorama\\_europeo\\_la\\_Propuesta\\_de\\_Modernizaci%F3n\\_del\\_C%F3digo\\_Civil\\_y\\_el\\_Anteproyecto\\_de\\_Ley\\_de\\_C%F3digo\\_Mercantil](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C201520040900480_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Incorporaci%F3n_al_contrato_de_cl%Elusulas_no_negociadas.Perspectivas_de_reforma_a_la_luz_del_panorama_europeo_la_Propuesta_de_Modernizaci%F3n_del_C%F3digo_Civil_y_el_Anteproyecto_de_Ley_de_C%F3digo_Mercantil) (Consulta 16 de abril de 2016)
- Pedro Gento Mahuenda. "El final de las cláusulas suelo en España: una visión retrospectiva". *Revista CESCO de derecho de Consumo*. (2014), núm. 10/2014.

- OCU. *Los intereses de demora abusivos*. (eEnlínea):OCE, 2015  
<http://www.ocu.org/dinero/hipotecas/noticias/intereses-demora-abusivos>(consulta: 20 de abril de 2016)