

Hacia un concepto autónomo y uniforme de cláusula abusiva. La jurisprudencia del TJUE y su recepción por los tribunales españoles

Marta Carballo Fidalgo

Universidad de Santiago de Compostela

Abstract*

La Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores ha dado lugar a más de sesenta sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En su labor de interpretación del derecho comunitario, la corte ha abordado aspectos básicos del régimen establecido en la norma, como la noción de consumidor, las exclusiones de su ámbito de aplicación, el entendimiento de la sanción de ineficacia establecida en el art. 6.1 o el deber del juez nacional de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula. En los últimos años, un cuerpo importante de sentencias ha abordado la noción misma de cláusula abusiva, estableciendo la interpretación autónoma y uniforme de los conceptos de "buena fe" y desequilibrio significativo, el grado de transparencia exigible en el clausulado contractual y los criterios adicionales que el juez nacional ha de aplicar al apreciar el eventual carácter abusivo de una cláusula. Pese a la meridiana claridad de la jurisprudencia europea, el Tribunal Supremo español mantiene en la aplicación del derecho interno algunos criterios interpretativos contradictorios con los sostenidos por el TJUE, que comprometen los objetivos de protección perseguidos por la norma comunitaria. Este trabajo analiza las principales aportaciones de la corte europea y su (parcial) recepción por la jurisprudencia española, cuya doctrina en materias como las cláusulas de vencimiento anticipado del crédito o la transparencia exigible en la redacción de las cláusulas accesorias del contrato debe ser revisada, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la directiva.

The Court of Justice of the European Union has been requested to clarify Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts on more than sixty occasions. In interpreting EU law, the Court of Justice has tackled basic issues of this provision such as the concept of consumer, the exclusions from its scope of application, the meaning of the non-binding authority of unfair terms as laid down in article 6(1) or the obligation of national courts to examine, of their own motion, the unfairness of a contractual terms (ex officio control). Over the last years a significant number of judgments has focused on the concept of unfair term, and established an autonomous and uniform interpretation of the 'bona fides', 'significant imbalance' and "transparency" concepts. In spite of this clear case law, the Spanish Supreme Court holds some interpretative criteria in contradiction with those of the CJEU, what might jeopardize the EU law's protection objectives. This paper addresses the main criteria developed by the Court of Justice and its (partial) reception by the Spanish jurisprudence, in particular when dealing with acceleration clauses or the transparency required from terms accessory to the contract. Hence, the Spanish case law ought to be revised with a view to securing compliance with the obligations enshrined in Directive 93/13/EEC.

* El presente trabajo se integra en el Proyecto de Investigación "Libertad de mercado y sobreendeudamiento de consumidores: estrategias jurídico-económicas para garantizar una segunda oportunidad" (2016-PN082), con referencia DER2016-80568-R, del que es investigadora principal la Prof^a. Dr^a. Marta Carballo Fidalgo.

Palabras clave: Consumidor. Cláusulas abusivas. Cláusulas no negociadas individualmente. Condiciones generales de la contratación. Cláusulas declarativas. Elementos esenciales del contrato. Buena fe. Desequilibrio significativo. Deber de transparencia. No incorporación. Cláusulas de vencimiento anticipado. Intereses de demora.

Title: Towards an autonomous and uniform concept of unfair contract terms. CJEU's case law and its reception by Spanish courts.

Keywords: Consumer. Unfair terms. Terms not individually negotiated. Standard contract. Terms reflecting national provisions. Core terms. Good faith. Significant imbalance. Transparency. Non-incorporation. Acceleration clauses. Rate of interest on late payments.

Sumario

1. Cuestión preliminar: cláusulas sujetas a control
2. Noción general del artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE: parámetros y criterios de apreciación del carácter abusivo de una cláusula no negociada
 - 2.1. Buena fe y desequilibrio significativo: la sentencia *Aziz* y su repercusión en el derecho español
 - 2.2. Los límites imperativos del pacto como parámetro de valoración (y la compatibilidad con la directiva de la jurisprudencia española en materia de intereses moratorios). De la sentencia *Unicaja Banco y Caixabank* a la sentencia *Banco Santander*
 - 2.3 El auto *Bilbao Vizcaya Argentaria* y la sentencia *Banco Primus*: la inaplicación de una cláusula por el profesional no impide la apreciación judicial de su carácter abusivo
 - 2.4. Los criterios hermenéuticos del artículo 4.1 de la directiva
3. El valor de la transparencia en el juicio de validez del clausulado no negociado
 - 3.1. Marco normativo
 - 3.2. La doctrina del TJUE sobre el alcance del deber de transparencia y las consecuencias de su incumplimiento: de la sentencia *Invitel* a la sentencia *Andriciuc*
 - 3.3. Incorporación formal y transparencia material en la jurisprudencia del Tribunal Supremo
 - a) El distinto grado de transparencia exigible en las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato y en las definitorias de los derechos y deberes de las partes
 - b) Sanción por falta de transparencia
4. Conclusiones
5. Tabla de jurisprudencia
6. Bibliografía

1. Cuestión preliminar: cláusulas sujetas a control

La noción de cláusula abusiva contenida en el art. 3 de la Directiva 93/13 resulta de la combinación de una definición general, basada en la contravención de la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones, y una lista de 17 tipos de cláusulas “indiciariamente abusivas”, que no prejuzga el carácter abusivo de las cláusulas que recoge ni impide que cláusulas no incluidas en ella sean declaradas abusivas a la luz de la definición general (apartados 1 y 3 del art. 3 y anexo de la directiva)¹.

En el sistema de la directiva, el juicio de validez se ciñe a las cláusulas que no han sido objeto de negociación individual, de modo que el consumidor no ha podido influir sobre su contenido (art. 3.2). Con este ámbito, la norma excluye inicialmente de control dos categorías de cláusulas. De una parte, las que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como disposiciones o principios de los convenios internacionales de que los Estados miembros o la Comunidad sean parte (art. 1.2), cláusulas cuya licitud presume el legislador comunitario (considerando 13 de la directiva). De otra, las contempladas en el art. 4.2, que excluye la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato y a la «adecuación entre precio y retribución, por una parte, [y] los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra», siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

El modelo comunitario de definición de cláusula abusiva ha sido adoptado por el legislador español, que reproduce la noción general del art. 3.1 en el art. 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE nº 287, de 30.11.2007) (en adelante, TRLGDCU), aun cuando altera el sentido del listado de cláusulas prohibidas, que califica “en todo caso” de abusivas y clasifica en seis categorías, desarrolladas en los arts. 85 a 90.

Más allá de tal diferencia, la ley española omite cualquier exclusión a su ámbito de aplicación, lo que debiera conducir al control de toda cláusula contractual, sobre el presupuesto de su falta de negociación individual. Pero la ausencia de transposición de los arts. 1.2 y 4.2 de la directiva no ha impedido que la vigencia de ambas exclusiones en España sea sostenida por una jurisprudencia ya consolidada, que de este modo exime de fiscalización tanto las conocidas como “cláusulas declarativas” como las cláusulas definitorias de los elementos esenciales del contrato².

¹ Véase, Sentencia del Tribunal de Justicia 7 de mayo de 2002, *Comisión/Suecia*, C-478/99, EU:C:2002:281, apartado 20, sobre el carácter indicativo y no exhaustivo de la lista contenida en el anexo.

² Entre otras, STS, 1ª, 18.6.2012 (Ar. 8857 MP: Francisco Javier Orduña Moreno); STS, 1ª, Pleno, 9.5.2013 (Ar. 3088; MP: Rafael Gimeno Bayón Cobos); STS, 1ª, 7.9.2015 (Ar. 3976; MP: Rafael Sarazá Jimena).

Admitida la vigencia de ambas exclusiones, corresponde al juez español pronunciarse sobre la calificación de la cláusula, sin perjuicio de la competencia del juez comunitario para deducir de los arts. 1.2 y 4.2 de la directiva los criterios que aquél debe aplicar al llevar a cabo dicha calificación, dada la necesidad de que sean objeto, en toda la Unión Europea, de una interpretación autónoma y uniforme³. Unos criterios que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha ido perfilando a través de una serie de pronunciamientos presididos por un principio común: la preceptiva interpretación restrictiva de ambos preceptos, en la medida en que constituyen sendas excepciones al mecanismo de control establecido⁴.

En relación a la exclusión recogida en el art. 1.2, la doctrina europea parte de la interpretación auténtica realizada por el legislador comunitario, que en el considerando 13 de la directiva extiende la noción de disposición imperativa a *“las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo”*. Conforme a tal criterio y a la necesaria interpretación restrictiva de la norma, la corte ciñe la exclusión de control a las cláusulas que reproduzcan aquellas disposiciones normativas o reglamentarias que, ya imperativamente, ya en defecto de pacto, deban ser aplicadas al tipo contractual en causa y no a otro distinto. Cuando las disposiciones normativas nacionales fijan el contenido de un contrato, lo hacen a partir de una ponderación equilibrada de los derechos y deberes de las partes en la concreta relación negocial contemplada, de ahí que la exención de control no pueda operar cuando alguna de las condiciones generales normativamente previstas se extirpa de su contexto y se aplica a otra categoría de contrato⁵.

A partir de tales premisas, incumbe al juez nacional apreciar, atendiendo a la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones de los contratos en cuestión, así como a su contexto jurídico y de hecho, si concurren los dos requisitos que determinan la operatividad de la exclusión, esto es, que la cláusula efectivamente refleja una disposición legal o reglamentaria nacional y que ésta se aplica entre las partes con independencia de su elección o con carácter supletorio, para el supuesto de que no hayan pactado otra cosa⁶.

³ Véase, sobre el reparto de funciones entre el juez nacional y el comunitario, Sentencias del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 45; de 10 de septiembre de 2014, *Kušionová*, C-34/13, EU:C:2014:2189, apartados 79-80; de 26 de febrero de 2015, *Matei*, C-143/13, ECLI:EU:C:2015:127, apartado 50; de 23 de abril de 2015, C-96/14, *Van Hove*, ECLI:EU:C:2015:262, apartado 28; de 20 de septiembre de 2017, *Andriiciuc*, C-186/16, EU:C:2017:703, apartados 22 y 30 (a propósito del art. 1.2) y 32-34 (a propósito del art. 4.2 de la directiva).

⁴ Sentencias *Kásler y Káslerné Rábai*, apartado 42; *Kušionová*, apartado 77; *Matei*, apartado 49; *Van Hove*, apartado 31; *Andriiciuc*, apartado 31 (a propósito del art. 1.2) y 34 (a propósito del art. 4.2 de la directiva).

⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de marzo de 2013, *RWE Vertrieb*, C-92/11, EU:C:2013:180, apartados 26-30; ROCHFELD, 2013: 845.

⁶ Sentencias del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 2014, *Barclays Bank*, 280/13, EU:C:2014:279, apartado 42; *Kušionová*, apartados 78-80; de 23 de octubre de 2014, *Schulz*, C-359/11 y C-400/11, EU:C:2014:2317, apartados 78-79; *Andriiciuc*, apartados 28-30; Conclusiones del abogado general Sr. Maciej SZPUNAR, presentadas el 2 de febrero de 2016, *Banco Primus*, C-421/14, EU:C:2016:69, puntos 78-81.

El traslado de la doctrina comunitaria al derecho español deja fuera de cuestión la sujeción a control de las cláusulas que sólo en virtud de pacto expreso se incorporan al contrato, aun cuando sean contempladas por la normativa interna a efectos diversos, como determinar los requisitos de información precontractual, asesoramiento y transparencia documental exigibles al profesional. Así lo ha entendido con acierto el Tribunal Supremo (TS) a propósito de diversas cláusulas reguladas por la normativa sobre transparencia bancaria, sujetas a control de contenido cuando son utilizadas en un contrato estandarizado suscrito con un consumidor⁷. En sentido inverso, se sustraen a la disciplina legal las cláusulas que confieren a los contratantes facultades que les son atribuidas por el derecho dispositivo aplicable al contrato en causa, como las cláusulas que en un contrato de financiación de la compra de un bien mueble a plazos prevén el vencimiento anticipado del préstamo por impago de dos cuotas, efecto previsto por el art. 10.1 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a Plazos de Bienes Muebles (BOE nº 167, de 14 de julio de 1998)⁸. En la lógica de la doctrina *RWE Vertrieb*, tal precepto no puede sin embargo significar la exclusión de control de las cláusulas de vencimiento cuando son incorporadas a un tipo contractual diverso, como el préstamo hipotecario, aun cuando el art. 693.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (BOE nº 7, 8.1.2000) (en adelante, LEC) las contemple a efectos de legitimar la reclamación íntegra del crédito por la vía de la ejecución hipotecaria (PAZOS CASTRO, 2017: 582; Conclusiones del abogado general SZPUNAR, *Banco Primus*, puntos 76-79).

Ya en lo que se refiere a la exclusión contenida en el art. 4.2 de la directiva, y, en particular, la noción de "objeto principal del contrato", la doctrina perfilada por el TJUE en las sentencias *Kásler y Káslerné Rábai*, *Matei*, *Van Hove* y *Andriciuc* identifica las cláusulas exentas de control con las que regulan las prestaciones esenciales del contrato y que, como tales, lo caracterizan, lo que obliga a discernirlas de las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual⁹. Una valoración que, nuevamente, el juez nacional ha de llevar a cabo atendiendo a la finalidad de la cláusula, a la naturaleza, al sistema general y a todas las estipulaciones del contrato, así como al contexto jurídico y de hecho en que se inscriben¹⁰.

⁷ STS, 1ª, 2.3.2011 (Ar. 1833; MP: José Antonio Seijas Quintana), a propósito de la fiscalización de las cláusulas de redondeo al alza del tipo de interés resultante de la aplicación del índice de referencia, incorporadas en un contrato de préstamo hipotecario por la entidad bancaria prestamista; STS, 1ª, Pleno, 9.5.2013 (Ar. 3088) y STS, 1ª, 29.4.2015 (Ar. 2042; MP: Rafael Sarazá Jimena), a propósito de las cláusulas de limitación a la baja del tipo de interés resultante de la aplicación del índice de referencia en los préstamos pactados a interés variable.

⁸ Véase, la citada STS, 1ª, 7.9.2015 (Ar. 3976), que excluye la posibilidad de que la cláusula sea declarada abusiva "en tanto que es la simple transcripción del régimen legal que regula dicho contrato."

⁹ Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, apartados 49-50; sentencia *Matei*, apartado 54; sentencia *Van Hove*, apartado 33; sentencia *Andriciuc y otros*, apartados 35-36. Sobre la asunción por el TJUE de la tesis germánica en la interpretación del objeto principal del contrato, que excluyó de la exención de control las cláusulas accesorias al precio véase, HONDIUS, 2016: 469-470.

¹⁰ Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, apartado 51; sentencia *Matei*, apartados 54 y 78; sentencia *Van Hove*, apartados 37-38. Debe observarse que la atribución formal de la calificación de las cláusulas al juez nacional no ha impedido al TJUE pronunciarse en ocasiones sobre su inclusión o exclusión en el ámbito de

Con idéntico carácter restrictivo, el TJUE ha considerado que la segunda categoría de cláusulas exentas de control conforme al art. 4.2 sólo abarca la estricta adecuación entre el precio o la retribución prevista y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, explicándose dicha exclusión porque no hay baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar el control de dicha adecuación¹¹. En su labor de calificación, el juez nacional debe partir de la consideración de que no todos los elementos del precio o la retribución a cargo del consumidor remuneran un servicio efectivo prestado por el profesional como contrapartida, de ahí que carezcan de inmunidad las cláusulas que no retribuyen un servicio realmente existente, supuestos en que la adecuación entre precio y contraprestación siquiera puede plantearse¹². De este modo, no han de reputarse comprendidas en la categoría analizada las cláusulas de modificación unilateral del tipo de interés aplicable al préstamo, cuando su carácter abusivo no se invoca por una supuesta inadecuación entre el nivel del tipo de interés modificado y cualesquiera de las contrapartidas proporcionadas a cambio de tal modificación, sino por las condiciones y los criterios que permiten al prestamista alterar el tipo estipulado (*Matei*, apartado 63); ni las cláusulas que imponen al consumidor el pago de una comisión por riesgo, cuando de los elementos concurrentes se desprende que tal riesgo está ya cubierto con una hipoteca y cuando el banco, a cambio de dicha comisión, no presta ningún servicio real que redunde en beneficio del consumidor y del que la comisión pueda ser contrapartida (*Matei*, apartados 70-71).

La autonomía entre las categorías de cláusulas contempladas en el art. 4.2 se revela en supuestos como el controvertido en la sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, de inteligencia compleja, como lo es la propia cláusula enjuiciada (PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, 2017: 28-30). Para el Tribunal, en el contexto de un préstamo denominado en una moneda extranjera, pero que ha sido desembolsado y debe ser devuelto por el consumidor en moneda nacional, corresponde al tribunal remitente apreciar si la cláusula relativa al tipo de cambio aplicable para el cálculo de las cuotas de devolución del préstamo constituye un componente

las prestaciones esenciales del contrato. En el asunto *Matei*, el tribunal apreció la existencia de varios elementos que permitían considerar que las cláusulas controvertidas - facultad de modificación unilateral del tipo de interés y cobro de una “comisión por riesgo”, insertas en un préstamo hipotecario- no constituían un componente esencial de la prestación del deudor, sin que la inclusión en la TAE de la “comisión por riesgo” fuese pertinente para sostener la conclusión contraria (apartados 57-62, en relación a la modificación unilateral del interés; 64-68, en relación a la comisión de riesgo). En el asunto *Van Hove*, el tribunal consideró que, en el contexto de un contrato de seguro, “no puede excluirse” que las cláusulas que definen el concepto de “incapacidad total para trabajar” delimiten el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador, determinantes del cálculo de la prima abonada por el consumidor y conformadoras de la prestación esencial del contrato “extremo éste que, no obstante, incumbe verificar al tribunal remitente” (apartados 34-36). Ya en el asunto *Andriiciuc*, el tribunal estimó que una cláusula como la controvertida en el litigio principal, según la cual el crédito denominado en divisa extranjera será devuelto en la misma moneda en que se contrató, está comprendida en el concepto de «objeto principal del contrato», al regular una prestación esencial que caracteriza dicho contrato (apartados 37 y 41).

¹¹ Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, apartados 54-55; sentencia *Matei*, apartado 55.

¹² Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, apartado 58; sentencia *Matei*, apartado 71.

esencial de la prestación del deudor y, en tal sentido, forma parte del objeto principal del contrato (apartados 51 y 59). Sin embargo, la diferencia entre el tipo de cotización de compra y el de venta de la divisa extranjera (respectivamente aplicados a la fijación del importe del préstamo entregado y al cálculo de las cuotas de su devolución), que incrementa artificiosamente la obligación pecuniaria del prestatario, en modo alguno puede calificarse como «retribución» cuya adecuación al servicio prestado no pueda ser analizada a los efectos de apreciar su carácter abusivo (apartados 53-58)¹³.

La doctrina comunitaria, que definitivamente construye la exclusión del art. 4.2 de la directiva sobre la distinción entre los elementos esenciales de las prestaciones de las partes y los que sólo de modo accesorio inciden en su determinación (como el método de cálculo o las modalidades de modificación del precio) aconsejaría revisar algunas de las afirmaciones realizadas por la jurisprudencia española en torno a tal exclusión. En particular, la calificación de las cláusulas suelo como parte inescindible del precio, sostenida por el TS español aun cuando, al menos en pura teoría, su operatividad en el contrato sea incidental o contingente (CÁMARA LAPUENTE, 2017a: 24-25). El criterio jurisprudencial contrasta con el adoptado por el propio tribunal a propósito de las cláusulas de redondeo al alza del tipo de interés resultante de la aplicación del índice de referencia que, al igual que las de limitación a la baja de tipo remuneratorio, inciden accesoriamente en la determinación de la prestación debida por el prestatario, y que por tal carácter incidental se reputan sujetas a control de contenido por nuestros tribunales, terminando por incorporarse al catálogo de cláusulas expresamente prohibidas por la ley (art. 87.5 TRLGDU)¹⁴.

Sea como fuere, y a diferencia de las cláusulas contempladas en el art. 1.2 de la directiva, las definitorias de los elementos esenciales del contrato no están exentas en todo caso de control, pues su inmunidad pasa porque su redacción sea "clara y comprensible". La fiscalización de estas cláusulas se desplaza así al terreno de la transparencia, una exigencia que se proyecta sobre la totalidad del contenido contractual (art. 5 de la directiva) y cuya vulneración es tratada, en la jurisprudencia reciente del TJUE, como criterio directo de abusividad de las cláusulas concernidas (*infra*, 3.2).

¹³ De especial interés resultan los puntos 71 y 72 de las conclusiones del abogado general Sr. Nils WAHL, presentadas el 12 de febrero de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:85. Véase, ALFARO ÁGUILA-REAL, 2014: 3-4; DOMÍNGUEZ ROMERO, 2014: 325-326.

¹⁴ Para PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, la disparidad de criterios se justifica por la diversa incidencia de unas y otras cláusulas en la decisión de contratar. Si las primeras, en caso de ser suficientemente conocidas, son tomadas en consideración por el consumidor a la hora de elegir entre las distintas ofertas existentes en el mercado, las segundas tienen una incidencia sobre el contrato imperceptible por el consumidor medio, aun cuando sea informado de su existencia, de ahí que su control deba realizarse, no ya en términos de transparencia, sino de razonabilidad objetiva y equilibrio (2017:33-35). Desde una perspectiva diferente, entiende PAZOS CASTRO que la cláusula suelo define la remuneración mínima a percibir por el capital prestado, de ahí que hayan de reputarse parte integrante del precio del préstamo (2017: 400-401).

2. Noción general del artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE: parámetros y criterios de apreciación del carácter abusivo de una cláusula no negociada

2.1. Buena fe y desequilibrio significativo: la sentencia *Aziz* y su repercusión en el derecho español

Con el ámbito objetivo apuntado, el eje del sistema de protección viene dado por la noción de cláusula abusiva contenida en el art. 3.1, que mide el eventual carácter abusivo de una cláusula en atención a un doble patrón: la contravención de las exigencias de la buena fe y la producción de un desequilibrio contractual importante.

La labor de apreciación del carácter abusivo de una cláusula es, de acuerdo con el propio TJUE, competencia exclusiva del juez nacional, sin que el juez comunitario aparezca facultado para calificar concretas cláusulas contractuales, lo que exigirá el examen de todas las circunstancias concurrentes y de las ventajas y desventajas que a cada cláusula vincula el derecho nacional aplicable al contrato.

En el reparto de funciones entre juez nacional y europeo, el TJUE ha atribuido a este último la función de establecer la correcta interpretación que ha de darse a los criterios abstractos utilizados por el legislador comunitario al definir la noción de cláusula abusiva (buena fe y desequilibrio significativo) y a los cánones hermenéuticos que, conforme al art. 4.1, han de ser tenidos en cuenta en la apreciación del carácter abusivo de una cláusula: la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración y todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que dependa (LAS CASAS *et alii* : 452-459)¹⁵.

El alcance de las nociones de "desequilibrio significativo" y "buena fe" fue perfilado por vez primera en la sentencia *Aziz*, en que la corte tuvo ocasión de pronunciarse sobre el procedimiento español de ejecución hipotecaria y, en lo que ahora nos interesa, sobre los criterios de determinación del carácter abusivo de una cláusula. Consultado por el JM número tres de Barcelona sobre el eventual carácter abusivo de tres cláusulas incluidas en un contrato de préstamo hipotecario (vencimiento anticipado del préstamo, intereses de demora y liquidación unilateral por el prestamista del importe de la deuda impagada), el TJUE facilita al órgano de remisión los criterios que ha de considerar para apreciar tal carácter, que reiterará en pronunciamientos posteriores.

En primer término, y a efectos de determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las

¹⁵ Sobre el reparto de funciones, véanse, Sentencias del Tribunal de Justicia de 1 de abril de 2004, *Freiburger Kommunalbauten*, C-237/02, EU:C:2004:209; de 4 de junio de 2009, *Pannon GSM*, C-243/08, EU:C:2009:350, apartados 37-44; de 9 de noviembre de 2010, *VB Pénzügyi Lízing*, C-137/08, EU:C:2010:659, apartados 43-44; de 26 de abril de 2012, *Invitel*, C-472/10, EU:C:2012:242, apartado 22; de 14 de marzo de 2013, *Aziz*, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 66; *Kušionová*, apartado 73; de 16 de enero de 2014, *Construtora Principado*, C-226/12, EU:C:2014:10, apartado 20; *Banco Primus*, apartado 57; Auto del Tribunal de Justicia de 16 de noviembre de 2010, *Pohotovosť*, C-76/10, EU:C:2010:685, apartados 59-60.

partes, el tribunal ordena la valoración de las normas aplicables en el ordenamiento de referencia en defecto de pacto. Un examen comparativo que permite apreciar “si y en qué medida” el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que el derecho vigente. Asimismo, defiende la pertinencia a tales efectos de examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas (apartado 68)¹⁶. La sentencia apunta una idea que el TJUE desarrollará con posterioridad: el desequilibrio definitorio de la cláusula abusiva no es económico, sino puramente normativo, y exige expulsar de la reglamentación negocial el clausulado que aleja sensiblemente al consumidor de los efectos normales del contrato queridos por el ordenamiento (*LAS CASAS et alii* : 459-462)¹⁷.

Ya en la valoración de la contravención de la buena fe contractual, el tribunal ordena atender a las expectativas razonables del consumidor forjadas al contratar, lo que exige “comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual” (apartado 69)¹⁸. Un test que, conforme al art. 4.1 de la directiva, debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en su ulterior ejecución (*Andriiciuc*, apartados 54-58).

Tras señalar los criterios comentados, y con el respeto formal a la frontera existente entre su formulación y su concreta aplicación al caso- competencias respectivas del juez comunitario y el juez nacional-, la sentencia *Aziz* estrecha el cerco de la tarea aplicativa, al indicar los factores determinantes de la abusividad de las concretas cláusulas en juego (MICKLITZ y REICH, 2014: 798-800; GERSTENBERG, 2015: 605-606). En el supuesto del pacto relativo al vencimiento anticipado del crédito, la sentencia conmina al juez nacional a examinar su validez a la luz de cuatro criterios: la esencialidad de la obligación incumplida como condición de activación de la facultad resolutoria del empresario; la gravedad del incumplimiento, valorada en relación a la duración y cuantía del préstamo; la excepcionalidad de la medida en el contexto del derecho aplicable a la materia y la existencia en el derecho nacional de medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo (apartado 73).

¹⁶ En el mismo sentido, sentencia *Constructora Principado*, apartado 21; sentencia *Banco Primus*, apartados 58-59.

¹⁷ Sentencia *Constructora Principado*, que, a propósito de la cláusula de repercusión al consumidor del impuesto de plusvalía y otros gastos asociados al alta de diversos suministros, establece que la ponderación del “desequilibrio tolerado” debe huir de una valoración puramente económica del perjuicio sufrido, en ocasiones carente de significación a nivel individual pero enormemente lesivo al interés colectivo de los consumidores (apartados 22-23). Sobre la sentencia, véase, MORACCHINI-ZEIDENBERG, 2014: 1177; PIEDELIÈVRE, 2014: 21.

¹⁸ Con posterioridad, sentencia *Banco Primus*, apartado 60; sentencia *Andriiciuc*, apartado 57.

Ya en relación a la controvertida cláusula de fijación del interés moratorio, la referencia al derecho dispositivo como parámetro de medición de su desproporción exige atender a dos vectores: el interés legal aplicable en defecto de pacto y los objetivos que el interés de demora persigue en el Estado de referencia, entre los que se encuentra tanto la compensación de perjuicios como la preservación del cumplimiento o mantenimiento de *“una ética de pago”*. Desde esta perspectiva, la validez de la cláusula habrá de medirse en términos de adecuación a la realización de tales objetivos, constatando que aquélla *“no va más allá de lo necesario para alcanzarlos”* (apartado 74).

Por último, el tribunal ordena valorar la cláusula de liquidación unilateral por el prestamista del importe de la deuda pagada en atención a la excepcionalidad de la medida en relación al derecho subsidiario aplicable y a los medios procesales de que dispone el consumidor en su defensa (apartado 75).

Pocas sentencias del TJUE tuvieron en España la repercusión que caracterizó a la sentencia *Aziz*. A nivel legislativo, su doctrina encontró respuesta en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que dio una nueva redacción a los arts. 114 de la Ley Hipotecaria (LH) y 693 de la LEC. En virtud del primero de estos preceptos, desde la entrada en vigor de la ley los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no pueden ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Una limitación extensiva, conforme a la disposición transitoria segunda apartado segundo de la ley, a los intereses de demora previstos en los préstamos constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos.

Por su parte, la nueva redacción del art. 693 LEC restringió el proceso de ejecución hipotecaria por la totalidad de la cantidad adeudada por capital e intereses a los supuestos en que se hubiese convenido el vencimiento por impago de, al menos, tres plazos mensuales o de un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses.

La promulgación de la Ley 1/2013 inauguró una nueva etapa en la evolución de la jurisprudencia española recaída a propósito de intereses moratorios y cláusulas de vencimiento anticipado, marcada en buena medida por los criterios establecidos por la Sala de lo Civil del TS en el célebre Acuerdo de 8 de mayo de 2013, donde – bajo la influencia de la ley, pero adelantándose a su entrada en vigor-, analizó las repercusiones de la doctrina del TJUE en materia de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria.

Si se trae a colación tal acuerdo es porque en sus conclusiones sexta y séptima – y en la jurisprudencia posterior dictada en su aplicación- se encuentran las claves de un debate de

calado en torno a dos cuestiones básicas en la determinación de la labor judicial de apreciación del carácter abusivo de una cláusula.

Se trata, de una parte, de precisar el papel que en tal apreciación han de jugar las normas nacionales imperativas que restringen cuantitativamente el alcance de cláusulas contractuales típicas; de otra, de determinar si el juicio de abusividad de una cláusula predispuesta ha de condicionarse a su efectiva utilización por el empresario.

2.2. Los límites imperativos del pacto como parámetro de valoración (y la compatibilidad con la directiva de la jurisprudencia española en materia de intereses moratorios). De la sentencia *Unicaja Banco y Caixabank* a la sentencia *Banco Santander*

El establecimiento por la Ley 1/2013 de límites imperativos a la fijación convencional de intereses de demora y a la concesión al prestatario de la facultad de vencimiento anticipado del crédito vino a determinar, en el estricto ámbito de aplicación de la ley, la nulidad automática de los pactos que transgrediesen los límites establecidos, sin prejuzgar sin embargo la validez de las cláusulas que los respetasen, cuyo eventual carácter abusivo habría de medirse conforme a los criterios generales (BASTANTE GRANELL, 2015: 2440-2442). La redacción de los arts. 114 LH y 693.2 LEC ofreció además un nuevo referente normativo a la hora de juzgar el eventual carácter abusivo de las cláusulas que contemplan, cuando son insertas en contratos no incluidos en el ámbito de aplicación de la ley (*vg.*, los préstamos hipotecarios destinados a un fin distinto del de vivienda, o aun los concertados sin garantía hipotecaria).

El valor de la nueva normativa como herramienta de medición de los límites de la buena fe fue defendido en la conclusión sexta del Acuerdo del TS de 8 de mayo de 2013 donde, con carácter general, la Sala sostuvo que “para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual se atenderá, además de a la naturaleza de los bienes o servicios objeto de contrato y a las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, a las demás cláusulas del contrato y a los parámetros contenidos en las normas de derecho interno en relación con situaciones similares a la que se plantea. En particular, se atenderá a los parámetros recogidos en la proposición de ley sometida hoy a la aprobación del Senado.”

Acogiéndose al carácter abierto del elenco de criterios hermenéuticos recogidos por el art. 82.3 del TRLGDCU, el TS apela al valor de la normativa interna no aplicable directamente al contrato, pero reguladora de situaciones similares, como referente en la apreciación de los límites de un interés moratorio leal y de una cláusula de vencimiento anticipado equilibrada, sin convertirla en criterio directo de decisión. Tal valor es mantenido por el tribunal en la conclusión séptima del acuerdo que, al centrarse en el establecimiento de los criterios aplicables a determinadas cláusulas típicas, sanciona, en relación a las cláusulas de fijación de intereses moratorios, que “habrá que valorar los distintos tipos de interés referenciados en la normativa interna, y en particular, al que se contempla en el nuevo art. 114 LH”.

Con su pronunciamiento, el TS vino a adaptar a la nueva legalidad una práctica jurisprudencial consolidada, consistente en utilizar como referentes indiciarios del máximo interés moratorio “tolerable” los tipos contenidos en normas que, regulando supuestos diversos, establecen, ya un interés moratorio subsidiario (art. 20 regla 4ª de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro (BOE nº 250, de 17.10.1980); art. 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (BOE nº 314, de 30.12.2004), ya un tipo máximo al interés pactado (art. 20.4 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, BOE nº 151, de 25.6.2011)¹⁹.

Como era previsible y en consonancia con los criterios dictados por el TS, a la utilización por juzgados y audiencias de tales parámetros se vino a añadir, con absoluto protagonismo en el ámbito hipotecario, el establecido por el art. 114 LH. De este modo, fuera del ámbito de aplicación estricto de la ley se actuó bajo el criterio general de estimar abusivas las cláusulas de fijación de un interés de demora superior a tres veces el legal del dinero, sin perjuicio del análisis de otras circunstancias relevantes²⁰.

La conformidad de tal práctica con el derecho comunitario ofrecía poca duda, y vino a sancionarse en la sentencia del TJUE *Unicaja Banco y Caixabank* y en los autos *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, Banco Grupo Cajatres* e *Ibercaja Banco*²¹. Aun cuando el objeto central del primero de estos pronunciamientos no fue propiamente la cuestión ahora planteada²², el razonamiento seguido por el Tribunal para dar respuesta a la cuestión prejudicial interpuesta pasaba por analizar la incidencia del art. 114 LH sobre la labor valorativa del juez, lo que le llevó a afirmar que “la obligación de respetar el límite máximo del tipo de interés de demora equivalente a tres veces el interés legal del dinero, tal como la impuso el legislador, no prejuzga en absoluto la apreciación por parte del juez del carácter abusivo de una cláusula por la que se establecen intereses de demora.” Una apreciación en que ha de

¹⁹ Una práctica respaldada por la sentencia *Aziz*, cuyo apartado 74 remite a los argumentos expuestos en su defensa por la abogada general KOKOTT (conclusiones 82 a 87, EU:C:2012:700).

²⁰ Véanse, entre otras, SAP de Asturias (Sección 7ª), 10.6.2013 (JUR 2013\245139); SAP Pontevedra (Sección 3ª), 9.10.2013 (JUR\2013\325363); SAP de Pontevedra (Sección 1ª), 14.5.2014 (JUR\2014\145294); AAP de Lleida (Sección 2ª), 3.12.2014 (JUR\2015\54886); AAP de Barcelona (Sección 1ª), 27.2.2015 (AC 2015\649).

²¹ Véase, Sentencia de 21 de enero de 2015, *Unicaja Banco y Caixabank*, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21; auto de 11 de junio de 2015, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, C-602/13, EU:C:2015:397; auto de 8 de julio de 2015, *Banco Grupo Cajatres*, C-90/14, EU:C:2015:465; auto de 17 de marzo de 2016, *Ibercaja Banco*, C-613/15, EU:C:2016:195.

²² La cuestión principal resuelta por la sentencia *Unicaja Banco y Caixabank* fue la compatibilidad con el derecho comunitario de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013, que, tras extender el límite del art. 114 LH a los créditos suscritos e intereses vencidos y no pagados con anterioridad a su entrada en vigor, establece una regla especial para los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a tal tiempo. Conforme a la norma, cuando se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o venta extrajudicial, el Secretario Judicial o el Notario darán al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule la cantidad debida conforme al límites establecido en el art. 114 LH. Véase, sobre la sentencia, MARÍN LÓPEZ, 2015: 27-39; PAZOS CASTRO, 2015: 55-65.

valorar los criterios recogidos en el art. 4.1 de la directiva y las consecuencias que la cláusula puede tener en el marco del derecho aplicable, sin que quepa considerar que un tipo de interés moratorio inferior al establecido en el art. 114 LH sea necesariamente equitativo (apartados 36-40).

La doctrina establecida incidentalmente en la sentencia *Unicaja Banco y Caixabank* se verá confirmada en los autos *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, Banco Grupo Cajatres e Ibercaja Banco*, estos dos últimos directamente llamados a resolver la cuestión de la compatibilidad con el derecho comunitario de los arts. 114 LH y 693 LEC, cuestionada por los órganos remitentes en el entendimiento de que su literalidad limitaba la labor valorativa del juez nacional, constriñéndola a verificar el respeto de los topes legales por la cláusula enjuiciada. La respuesta del tribunal es en ambos casos un corolario de su doctrina anterior, al rechazar la compatibilidad con la directiva de cualquier criterio establecido por disposiciones internas que prejuzgue por sí solo e inevitablemente la labor calificadora del juez, restringiendo su facultad de apreciación del carácter abusivo de las cláusulas de que conoce, que deberá hacerse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato en cuestión y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración (apartados 29-30 auto *Banco Grupo Cajatres*; apartados 33 y 42 del auto *Ibercaja Banco*).

A la luz de la jurisprudencia sentada en los pronunciamientos reseñados, resulta llamativo que fuese precisamente el primero de ellos el que motivó un cambio esencial en la doctrina establecida por el TS en materia de cláusulas de fijación de intereses moratorios, fijada inicialmente en el ámbito del préstamo personal otorgado sin garantía real y extendida más adelante a los créditos garantizados con hipoteca.

En sentencia de 22 de abril de 2015, la Sala Primera del TS, constituida en Pleno, sienta como doctrina que, en el marco de los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado. Decretado el carácter abusivo de la cláusula, el Tribunal sanciona la supresión de tal incremento y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada, por apreciar que persiste la causa que lo motivó: la entrega del dinero al prestatario y la disposición por este de la cantidad entregada²³.

El TS justifica la regla objetiva de abusividad en la conveniencia de evitar la existencia de criterios dispares entre los órganos judiciales, que puedan llevar consigo una elevada dosis de inseguridad jurídica. Por tal razón, y tras citar diversas normas que establecen, ya

²³ Véase, STS, 1ª, Pleno, 22.4.2015 (Ar. 1360; MP: Rafael Sarazá Jimena). En el estricto ámbito del crédito personal, la doctrina se reitera en la citada STS 7.9.2015 (Ar. 3976) y en la STS, 1º, 8.9.2015 (Ar. 3977; MP: Rafael Sarazá Jimena). En la doctrina, véase, AGÜERO ORTIZ, 2015: 262-274; LÓPEZ CÁNOVAS, 2015: 167-178.

intereses de demora subsidiarios, ya límites al interés pactado, apela al art. 576 de la LEC que, a falta de pacto de las partes o de disposición especial de la ley, establece como interés de mora procesal a devengar por la deuda judicialmente declarada el resultante de adicionar dos puntos porcentuales al interés legal del dinero. En defensa de su tesis, el tribunal recurre a tres argumentos básicos: el ámbito de aplicación general de la norma, no ceñido a un campo concreto del derecho sustantivo; la garantía de que con su aplicación el interés moratorio superará al remuneratorio y el cumplimiento por el interés así fijado de sus funciones típicas, al indemnizar de modo proporcionado los daños que sufre el demandante que ha vencido en el litigio y contener un factor disuasorio para que el condenado no demore en exceso el cumplimiento de la sentencia.

La argumentación se cierra con una reflexión práctica, que justifica la limitación expresa de la doctrina sentada a los préstamos personales en el hecho de que, por razón de la ausencia de garantía real, comportan habitualmente intereses remuneratorios elevados, por lo que la adición en ellos de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales supone un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora contemplados por las normas nacionales. Fuera de esta lógica quedarían los préstamos hipotecarios, sujetos a un tratamiento distinto y presidido por el art. 114.3 LH y la interpretación que del mismo resulta de la sentencia *Unicaja Banco y Caixabank*.

Ya en lo que se refiere a los efectos de la declaración del carácter abusivo de la cláusula, el TS blinda su interpretación y su compatibilidad con la doctrina del TJUE identificando el objeto de control con los puntos porcentuales de incremento que supone el interés de demora respecto al remuneratorio. De este modo - siempre a juicio del tribunal-, la supresión íntegra de tal recargo sería respetuosa con la prohibición de la "reducción conservadora" de la validez de la cláusula mantenida por el tribunal europeo desde la sentencia *Banco Español de Crédito*²⁴, pues no implica la moderación judicial del interés moratorio hasta un límite admisible, sino su mera inaplicación.

La doctrina sentada por la sentencia de 22 de abril de 2015 tuvo una rápida recepción por la jurisprudencia menor, que mayoritariamente la asumió y aplicó a todo tipo de préstamos²⁵.

²⁴ Sentencias del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, C- C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349; de 30 de mayo de 2013, *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341; de 21 de enero de 2015, *Unicaja Banco y Caixabank*; sentencia *Kásler*, apartados 80-85.

²⁵ Véanse, entre otras, AAP Lleida (Sección 2ª), 27.4.2015 (AC 2015\1093); SAP Salamanca (Sección 1ª), 19.6.2015 (AC 2015\1335); AAP Cádiz (Sección 8ª), 25.9.2015 (AC\2016\90); SAP Zaragoza (Sección 5ª), 15.12.2015 (JUR 2016\19495); AAP Madrid (Sección 9ª), 9.6.2016 (JUR\2016\184201); AAP Valencia (Sección 9ª), 7.6.2016 (JUR\2016\213516); SAP Alicante (Sección 8ª), 23.6.2016 (JUR\2016\213134); AAP Málaga (Sección 5ª), 28.9.2016 (AC 2016\2320); AAP Castellón (Sección 3ª), 28.10.2016 (JUR 2017\13079); SAP Las Palmas (Sección 4ª), 9.11.2016 (AC 2017\72); AAP Álava (Sección 1ª), 16.11.2016 (AC 2016\1702); AAP Barcelona (Sección 1ª), 17.11.2016 (JUR 2017\38651); SAP Huelva (Sección 2ª), 1.12.2016 (JUR 2017\57622); AAP Málaga (Sección 4ª), 5.6.2017 (JUR 2017\237165); AAP Sevilla (Sección 5ª), 29.12.2016 (AC 2016\2114); AAP Cádiz (Sección 2ª), 25.1.2017 (JUR 2017\71148); AAP Jaén (Sección 1ª), 1.2.2017 (JUR 2017\131164); AAP Ciudad Real (Sección 1ª), 6.2.2017 (AC 2017\691); AAP Barcelona (Sección 14ª), 7.2.2017 (JUR 2017\99699); SAP Pontevedra (Sección 6ª), 31.5.2017 (AC\2017\937); AAP Málaga (Sección

Una extensión que acabará por defender el propio TS en sentencias de 23 de diciembre de 2015 y de 18 de febrero de 2016, donde hace tabla rasa de la especificidad de los créditos hipotecarios - sostenida con anterioridad- para aplicarles su doctrina²⁶. La justificación de tal extensión aparecerá en la STS de 3 de junio de 2016, que de nuevo apela al principio de seguridad jurídica para descartar que la diferencia práctica entre los intereses remuneratorios pactados en uno y otro tipo de préstamos justifique su tratamiento diverso²⁷.

La tesis del TS supuso el abandono del criterio contenido en el art. 114.3 LH, relegado a operar en supuestos distintos a la contratación con consumidores bajo condiciones generales, ámbito en que “resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual”²⁸.

La recepción de la doctrina del TS por los juzgados y tribunales españoles contrastó con la crítica recibida por buena parte de la doctrina, esencialmente fundada en tres consideraciones. De una parte, el exceso en que incurre el tribunal al establecer una regla general que erige en criterio directo y objetivo de abusividad de las cláusulas de fijación de intereses moratorios, difícilmente conciliable con la doctrina contenida en la sentencia *Unicaja Banco y Caixabank* y en los autos *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, Banco Grupo Cajatres e Ibercaja Banco*, donde el TJUE proscribe la fijación normativa de criterios que prejuzguen la labor judicial de apreciación del carácter abusivo de una cláusula (AGÜERO ORTIZ, 2016: 213-214). De otra, la falta de objetividad del propio criterio de abusividad adoptado que, sobre la falaz remisión al art. 576 LEC – del que se toma solo una parte-, deja a voluntad del predisponente la determinación del carácter abusivo de las cláusulas que impone, incrementando a su antojo el interés remuneratorio (AGÜERO ORTIZ, 2015: 270-271; PAZOS CASTRO, 2017: 588-589; ARROYO AMAYUELAS, 2018: 9). Por último, y ya en relación a los efectos de la nulidad declarada, la artificiosidad de la construcción jurisprudencial cuestionada, que al centrar la sanción de nulidad sobre el “recargo” representado por el interés moratorio sobre el remuneratorio no hace algo distinto a moderar la cláusula que fija - unitariamente- los primeros (AGÜERO ORTIZ, 2015: 271-273; 2016: 215-216; ARROYO AMAYUELAS, 2016: 95).

5ª), 5.10.2017 (AC 2017\1670); SAP Islas Baleares, 5ª, 7.2.2018 (JUR\2018\96996); AAP Almería, 1ª, 27.2.2018 (JUR 2018\201017); SAP Cádiz (Sección 5ª), 28.3.2018 (JUR 2018\184648); AAP Barcelona (Sección 19ª), 12.6.2018 (JUR 2018\181652). Sólo una jurisprudencia minoritaria ha permanecido ajena a la doctrina del TS (véase, AAP Valencia (Sección 11ª), 22.9.2016 (AC 2016\2219); AAP Córdoba (Sección 1ª), 11.4.2016 (AC 2016\1097).

²⁶ STS, 1ª, Pleno, 23.12.2015 (Ar. 5714; MP: Pedro José Vela Torres) y STS, 1ª, 18.2.2016 (Ar. 619; MP: Pedro José Vela Torres).

²⁷ STS, 1ª, Pleno, 3.6.2016 (Ar. 2300; MP: Pedro José Vela Torres).

²⁸ Véase, STS, 1ª, Pleno, 23.12.2015, fundamento de derecho quinto, motivo tercero; STS, 1ª, 18.2.2016, fundamento de derecho primero, apartado nueve; STS de 3 de junio de 2016, fundamento de derecho segundo, apartado seis.

Pese a la solvencia de las críticas recibidas, la compatibilidad de la doctrina analizada con la Directiva 93/13 ha sido reconocida por el TJUE en su reciente sentencia *Banco Santander*, en la que da respuesta conjunta a sendas cuestiones prejudiciales interpuestas por el JPI nº 38 de Barcelona y el propio TS²⁹. En su fallo, que sigue en esencia las conclusiones del abogado general WAHL, el Tribunal de Justicia analiza la doble cuestión imbricada en la doctrina jurisprudencial controvertida, esto es, la legitimidad del establecimiento jurisprudencial de un criterio objetivo de abusividad y la determinación del alcance de la nulidad ligada a la apreciación del carácter abusivo de la cláusula controvertida.

En relación a la primera de las cuestiones, la defensa por el tribunal europeo de la tesis jurisprudencial española se sostiene a partir de un presupuesto ineludible: que la *presunción iuris et de iure* de nulidad sentada por el TS, vinculante para los tribunales inferiores, no priva al juez nacional de la posibilidad de declarar el carácter abusivo de cláusulas sometidas a su examen que no entran en el ámbito de la presunción jurisprudencial, en cuanto establezcan un interés de demora que no suponga un incremento de dos puntos sobre el interés remuneratorio pactado (apartados 59, 61 y 67). Desde tal premisa, el tribunal defiende la coherencia de la jurisprudencia española con la doctrina *Unicaja Banco y Caixabank* y la pertinencia del establecimiento de criterios jurisprudenciales que responden nítidamente al objetivo de protección de los consumidores perseguido por la directiva (apartados 68 y 69).

Es dudoso que la doctrina del TS dejase realmente abierta la puerta a la fiscalización de cláusulas respetuosas con el criterio sentado que – recuérdese – se justificó sobre la consideración *in abstracto* de que la aplicación del diferencial de dos puntos sobre el interés remuneratorio “indemniza de un modo proporcionado los daños que sufre el demandante que ha vencido en el litigio por el retraso del condenado en el cumplimiento”³⁰. En cualquier caso, el reparo a este extremo del fallo europeo no es relevante: basta con que, en asunción del mismo, el TS incorpore expresamente a su doctrina la premisa cuestionada, a fin de preservar sin reservas la libertad valorativa del juez ante cláusulas que respeten el criterio establecido. Admitida tal interpretación, ha de reconocerse que la tesis avalada por el TJUE es óptima desde la perspectiva del consumidor, aun cuando resulte más complejo aceptar que sea respetuosa con su jurisprudencia previa. De una parte, el tribunal sujeta la doctrina *Unicaja Banco y Caixabank* a una relectura que obvia un extremo fundamental de la misma: la sanción de la preceptiva utilización por el juez de los criterios hermenéuticos del art. 4 de la directiva en la apreciación del carácter abusivo de una cláusula, negada en este caso por intercesión de un criterio jurisdiccional objetivo vinculante. De otra – y pese a las afirmaciones contenidas en el apartado 63 de la sentencia *Banco Santander* –, el criterio del TS

²⁹ AJPI nº 38 Barcelona, 2.2.2016 (JUR 2016\233688); ATS, 1ª, Pleno, 22.2.2017 (Ar. 597; M P: Rafael Sarazá Jimena); Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de agosto de 2018, *Banco Santander*, C-96/16 y C-94/17, ECLI:EU:C:2018:643.

³⁰ Véase, STS, 1ª, Pleno, 22.4.2015, fundamento de derecho cuarto, motivo séptimo; STS, 1º, 8.9.2015, fundamento de derecho tercero, motivo décimo; STS, 1ª, Pleno, 3.6.2016, fundamento de derecho segundo, motivo séptimo.

supone un incontestable alejamiento de la doctrina *Aziz*, que en la apreciación de la proporción de la indemnización pactada apela al interés legal aplicable en defecto de pacto y los objetivos que el interés de demora persigue en el ordenamiento de referencia, parámetros sustituidos ahora por el precio del préstamo “pactado” en cada supuesto y una presunción general de proporcionalidad y de respeto a las expectativas del consumidor que hace tabla rasa de la entidad real del tipo de referencia utilizado (ARROYO AMAYUELAS, 2018: 7).

Cierto es que, de ser el tipo remuneratorio excesivamente alto, la sentencia *Banco Santander* deja expedita la fiscalización de la cláusula de determinación del interés moratorio, aun cuando no suponga un incremento superior a dos puntos sobre aquél. Pero en el caso de efectiva aplicación de intereses remuneratorios bajos – como los generalmente pactados en el ámbito del crédito hipotecario – el criterio del TS podrá determinar que la adición de dos puntos porcentuales conduzca a la declaración de abusividad de intereses moratorios inferiores al legal contemplado en el art. 1108 C.c. Una conclusión que refuerza la protección del consumidor (finalidad que el tribunal declara prioritaria a la búsqueda del equilibrio contractual global: apartado 69), pero de difícil encaje en la doctrina comunitaria sobre los límites de un interés moratorio leal, que legítimamente puede cumplir una doble función resarcitoria y disuasoria (apartado 74 sentencia *Aziz*; AGÜERO ORTIZ, 2016: 213; ARROYO AMAYUELAS, 2018: 8).

Al margen de su cuestionable fidelidad a la jurisprudencia precedente, la respuesta a la primera de las cuestiones planteadas en relación a las cláusulas de fijación de intereses moratorios no deja sombra de duda, ni en su dirección ni en su fundamentación. Una claridad en absoluto predicable de la respuesta a la segunda de las cuestiones que el tribunal aborda, en relación a las consecuencias de la declaración de abusividad de la cláusula controvertida. En este extremo, la opacidad del razonamiento del TJUE – en buena medida determinada por la propia formulación de la cuestión prejudicial elevada por el TS – es tal que resulta complejo incluso comprender a qué cuestión está dando realmente respuesta.

La lectura detenida de los apartados 72 a 79 – en esencia concordantes con los apartados 82 a 91 de las conclusiones del abogado general WAHL – evidencia que el hilo central del razonamiento del tribunal gira en torno a una cuestión que, en puridad, no suscita debate: si la declaración de abusividad y consecuente eliminación de una cláusula debe acarrear la nulidad de cláusulas independientes; en particular, si la supresión total de los intereses moratorios abusivos ha de determinar que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato. La respuesta sólo puede ser negativa: “la Directiva 93/13 no exige que el juez nacional deje sin aplicación, además de la cláusula declarada abusiva, aquellas que no han sido calificadas como tales” (apartado 75), máxime cuando estas últimas están exentas de control, al afectar a los elementos esenciales del contrato.

Hasta aquí, la sentencia no merece reproche alguno. La independencia entre cláusulas justifica que la nulidad de los intereses moratorios no empañe el juego de los

remuneratorios, que se seguirán devengando mientras sigan cumpliendo su función contractual, definida por el propio TJUE: retribuir al prestamista por poner a disposición del prestatario una cantidad de dinero hasta la devolución de la misma (apartado 76). Esta continuidad del devengo del interés remuneratorio, a despecho de la nulidad del moratorio, es concebible en escenarios diversos, como el de ejercicio por el consumidor de la acción de nulidad de la cláusula de fijación de intereses moratorios, constante el contrato, o el supuesto en que es entablada con éxito una acción de cesación contra la cláusula en cuestión, que la entidad demandada ha de suprimir de todos sus clausulados, pese a la subsistencia de los contratos en lo restante. Pero - advirtamos desde ahora- el mantenimiento del devengo del interés remuneratorio no es defendible en el contexto de los litigios de que traen causa las cuestiones prejudiciales resueltas por el TJUE en que, vencidos anticipadamente los créditos por voluntad del prestamista, ha finalizado la relación contractual de préstamo y el aplazamiento que el interés remuneratorio retribuye, sin que proceda más devengo que el del interés moratorio pactado en concepto de indemnización por retraso. Como se ha puesto de relieve, resulta incongruente pretender la restitución de la cantidad prestada y, a la vez, querer cobrar intereses por un capital que no se desea prestar, a riesgo de admitir que, vencido el préstamo, se deban tanto los intereses moratorios - en caso de no ser abusivos- como los remuneratorios pactados³¹ (ARROYO AMAYUELAS, 2016: 94; 2018: 14-15; AGÜERO ORTIZ, 2018: 9-18).

Pero volvamos al *excursus* del TJUE, que ha de retomarse en el apartado 77 de la sentencia *Banco Santander* donde, de nuevo en concordancia con las conclusiones del abogado general, señala que las consideraciones precedentes – esto es, la inexistencia de nulidad *por rebote* de la cláusula de intereses remuneratorios- resultan aplicables con independencia del modo en que la cláusula contractual que establezca el interés de demora esté redactada, ya se defina separadamente al tipo remuneratorio, ya en forma de incremento de varios puntos porcentuales sobre aquél, supuesto este último en que “al consistir la cláusula abusiva en tal incremento, lo único que exige la directiva es su anulación”. Concordamos en que el tratamiento de las cláusulas de fijación del interés moratorio debe ser homogéneo, con independencia del modo en que se determine. Y precisamente por tal razón discrepamos de la afirmación entrecomillada, que, en conformidad con el enfoque defendido por el TS en su cuestión prejudicial, localiza la abusividad en el incremento representado por el interés de demora en relación al interés remuneratorio, fragmentando artificiosamente dos conceptos en el seno de un tipo moratorio que únicamente toma el primero como referencia de cálculo. Centrar el control de abusividad en el “recargo” supone reconocerle una autonomía de que carece. ¿O acaso, constante el préstamo, se limita a tal recargo porcentual el interés de demora aplicable a las mensualidades vencidas

³¹ Obsérvese que los tribunales españoles han sancionado invariablemente la nulidad de las cláusulas insertas en los contratos de préstamo por las que se otorga a la entidad prestamista la facultad de exigir, en caso de vencimiento anticipado del préstamo por impago, tanto los intereses remuneratorios correspondientes a los plazos vencidos anticipadamente como los intereses moratorios pactados. Véanse, entre otras, SAP Zaragoza (Sección 4ª), 29.6.2007 (JUR 2008\175866); SAP Asturias (Sección 4ª), 25.5.2012 (JUR 2012\231460); SSAP Pontevedra (Sección 6ª), 6.2.2013 (JUR 2013\92624) y de 30 de junio de 2017 (JUR 2017\220234); SAP Barcelona (Sección 13ª), 13.9.2017 (JUR 2017\298107).

e impagadas? La propia fiscalización de las cláusulas en que el mencionado aumento no excede de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio - presupuesto de la legitimidad de la doctrina cuestionada- evidencia que el objeto de control no se identifica con “el recargo que dicho interés supone respecto del interés remuneratorio” - que en este caso superaría el control de abusividad-, sino con el íntegro del interés pactado en concepto de indemnización por retraso, unitariamente considerado.

La aceptación por el TJUE de la errónea identificación del interés de demora con el “recargo” que representa sobre el interés ordinario le lleva a realizar una afirmación que quiebra en su lógica interna: la compatibilidad con la Directiva 93/13 de una jurisprudencia nacional que postula que el juez que ha constatado el carácter abusivo de la cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora deje pura y simplemente sin aplicar *tal cláusula o el incremento que los intereses de demora representan* en relación con los intereses remuneratorios, sin poder sustituir la cláusula abusiva por disposiciones legales supletorias ni modificar la cláusula en cuestión, y mantenga al mismo tiempo la validez de las restantes cláusulas del contrato, en particular de la cláusula relativa a los intereses remuneratorios (apartados 78 y 79).

No es posible equiparar las dos operaciones que el TJUE describe. En el primer caso - operación de inaplicación pura y simple de la cláusula que define separadamente el tipo de interés de demora- la legitimidad de la sanción está fuera de duda y, como apuntábamos antes, no impide la continuidad del devengo de los intereses remuneratorios cuando persiste la causa que los genera. Una situación que no se produce en los litigios origen de la sentencia *Banco Santander*, en que la inaplicación del interés remuneratorio ha de derivar del vencimiento del préstamo y no ya del “contagio” de la abusividad entre cláusulas (AGÜERO ORTIZ, 2018: 13-14).

En el segundo - inaplicación del incremento que los intereses de demora representan en relación con los intereses remuneratorios- la argucia de la eliminación del “recargo” no puede ocultar que se están realizando dos operaciones proscritas por la jurisprudencia del TJUE: la segregación de la cláusula en una parte válida (el tipo moratorio coincidente con el remuneratorio) y una parte inválida (el tipo moratorio que excede del interés ordinario) y el “retoque” judicial de la función desempeñada por la parte salvada, que muta su naturaleza para pasar a definir la remuneración de un préstamo que - recordemos- ha vencido por voluntad del prestamista en los casos enjuiciados.

Entendemos, en definitiva, que el TS postula - ahora con el aval del TJUE- una pura y simple moderación de los intereses moratorios o, si se prefiere, una integración de la cláusula nula con el recurso al tipo fijado como interés remuneratorio, ahora “reconvertido” en interés de demora (ARROYO AMAYUELAS, 2016: 95; 2018:14; AGÜERO ORTIZ, 2018: 14). Resta saber qué reinterpretaciones sufrirá la doctrina *Banco Santander* y cuál será su incidencia en una de las - hasta ahora- más consolidadas líneas interpretativas del TJUE en materia de efectos de la declaración del carácter abusivo de una cláusula.

2.3 El auto *Bilbao Vizcaya Argentaria* y la sentencia *Banco Primus*: la inaplicación de una cláusula por el profesional no impide la apreciación judicial de su carácter abusivo

En el análisis de las claves definitorias de la labor de valoración judicial del carácter abusivo de una cláusula, resulta oportuno volver sobre el Acuerdo del TS de 8 de mayo de 2013; en particular, sobre la séptima de sus conclusiones, donde establece una controvertida regla en relación a las cláusulas de vencimiento anticipado del crédito. Conforme a dicha conclusión, en este ámbito “el posible carácter abusivo de la cláusula en abstracto no generará por sí su nulidad, sino que deberá valorarse según las circunstancias del caso. En concreto, aunque se prevea el vencimiento anticipado por un único incumplimiento, si la reclamación se interpone cuando se haya producido el incumplimiento en los términos previstos en el art. 693 LEC, no se apreciará el carácter abusivo de la cláusula.”

El criterio sentado por el tribunal apela a una interpretación *in concreto* de las cláusulas que, más allá de valorar su licitud intrínseca, pondere “las circunstancias” del caso, en particular, el comportamiento observado por el empresario en la ejecución de contrato. Su razonamiento arrastra en nuestra opinión dos errores en cadena. De una parte, excluye de control las cláusulas cuyo potencial carácter abusivo ha sido “salvado” por el empresario a la hora de aplicarlas, adaptando su pretensión a los límites de la buena fe contractual. De otra, sanciona la legitimidad del vencimiento instado por la entidad bancaria tras tres incumplimientos, haciendo tabla rasa de cualquier elemento de interpretación adicional y reconociendo, implícitamente, la validez de las cláusulas que respeten tal límite.

Pese a su dudosa corrección, las directrices fijadas por el TS en materia de cláusulas de vencimiento fueron seguidas de modo mayoritario por los juzgados y audiencias españolas³². Pero el sentir no fue unitario, y algunos tribunales optaron por declarar la abusividad directa de la cláusula, abstracción hecha de su utilización por el empresario, con el consecuente sobreseimiento del procedimiento hipotecario incoado en su ejecución³³.

Las dudas suscitadas al respecto provocaron la incoación por el JPI de Santander de un procedimiento ante el TJUE, donde el órgano de remisión planteó, entre otras cuestiones prejudiciales, la conformidad del criterio jurisprudencial analizado con los arts. 6.1 y 7.1 de la directiva³⁴. La respuesta del tribunal, contenida en el auto *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, es parca pero contundente: a fin de garantizar el efecto disuasorio buscado por

³² Véanse, entre otros, AAP Murcia (Sección 5ª), 6.6.2014 (AC\2014\1436); SAP Alicante (Sección 8ª), 11.9.2014 (JUR\2014\272560); AAP Barcelona (Sección 13ª), 29.10.2014 (AC\2014\2324); AAP Barcelona (Sección 14ª), 14.11.2014 (AC\2014\2308); AAP Girona (Sección 1ª), 20.10.2014 (AC\2014\2004); AAP Madrid (Sección 10ª), 18.12.2014 (AC 2014\2259); AAP Cádiz (Sección 8ª), 4.6.2015 (AC 2015\1415). AAP Sevilla (Sección 5ª), 20.1.2015 (JUR 2015\107497). Véase, asimismo, Acuerdo de la AP Pontevedra (Sala de Magistrados de lo Civil), 7.6.2013; Acuerdo de la AP de Barcelona (Presidencia), 12.1.2015 (JUR 2015\87682).

³³ Véanse, entre otros, AAP de Valencia (Sección 11ª) 30.12.2013 (AC\2014\415); AAP Pontevedra (Sección 6ª), 10.2.2014 (AC\2014\487); SAP Pontevedra (Sección Primera), 6.2.2015 (JUR\2015\79020).

³⁴ AJPI nº 2 Santander, 19.11.2013 (AC 2013\228).

el art. 7 de la directiva, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva, en el sentido del art. 3.1, no pueden estar supeditadas a que tal cláusula se aplique o no en la práctica (apartado 50). Constatado tal carácter, el juez nacional ha de deducir todas las consecuencias oportunas de su calificación, sin que a ello se oponga por sí sola la circunstancia de que la cláusula no haya llegado a aplicarse (apartado 53).

Pese a compartir el sentido del fallo, no creemos que en el supuesto controvertido pueda afirmarse que el empresario no ha hecho uso de la cláusula de vencimiento anticipado cuestionada. Aun cuando la entidad bancaria deje pasar más de tres mensualidades para exigir anticipadamente la totalidad del crédito, es incuestionable que sí está utilizando la cláusula contractual que le habilita al efecto, pues tal facultad no le asiste en aplicación del derecho dispositivo aplicable al contrato³⁵. El supuesto es asimilable a aquél en que, estipulado un interés moratorio superior a tres veces el legal del dinero, el empresario limita su reclamación a tal tope. ¿Puede entonces afirmarse que el pacto no ha sido aplicado? Obviamente no, desde el momento en que, en su defecto, no podría exigir más que el equivalente al interés legal del dinero, en concepto de indemnización por mora (art. 1108 C.c.). Ciertamente es que, en ambos casos, el empresario no apura al extremo las ventajas conferidas por la cláusula, sino que opta por modular su alcance, a fin de limitar sus efectos a los legalmente admitidos. Pero ello no implica que esté renunciando a su aplicación, sino que opta por un fraccionamiento “en tramos” de sus efectos, excluyendo los excesivos (incumplimientos inferiores a tres mensualidades; intereses por encima de tres veces el legal del dinero) y preservando los tolerados por el ordenamiento.

Puede observarse que esta utilización de las cláusulas por el empresario se asemeja en sus efectos prácticos a la conocida como “técnica de reducción conservadora” de la validez de las cláusulas abusivas, que otorga al juez la posibilidad de restringir el alcance de la estipulación enjuiciada, a fin de salvar su validez en la parte todavía admisible. Una técnica que - como se ha apuntado ya- el TJUE ha declarado incompatible con el los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13, a partir de la sentencia *Banco Español de Crédito*³⁶.

Por idéntica razón de fondo, la aplicación “leal” por el empresario de una cláusula intrínsecamente “desleal” no puede excluir el control judicial de esta última, lo que haría quebrar la función disuasoria que debe cumplir la disciplina en materia de cláusulas abusivas. Una disciplina que no se dirige a juzgar la conducta concreta observada por la empresa en la ejecución del contrato, sino la cláusula que da cobertura a tal comportamiento.

El comportamiento del empresario puede ser en sí mismo conforme o contrario a la buena fe y, en este segundo sentido, constituir un ejercicio abusivo del propio derecho (art. 7 C.c.), pero no puede ser definitorio de la validez o nulidad de la cláusula en cuyo ejercicio se apoya. De actuar así se estará pasando de valorar la cláusula a valorar la práctica que,

³⁵ Tal y como más tarde defenderá el abogado general SZPUNAR en los apartados 121 y 122 de las conclusiones al asunto *Abanca Corporación Bancaria*.

³⁶ Véase, nota 24.

dicho sea de paso, siquiera puede calificarse apriorísticamente de leal, pues más buscará el amparo de la norma legal que el restablecimiento del equilibrio contractual.

El auto *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria* motivó un cambio de criterio por una parte de los juzgados y tribunales españoles³⁷, si bien fueron muchos los órganos que mantuvieron su tesis anterior, eludiendo la declaración de nulidad de la cláusula “no aplicada”, con criterio sostenido por el propio Tribunal Supremo en sentencias de 23 de diciembre de 2015 y de 18 de febrero de 2016 (ADÁN DOMENECH, 2017: 6)³⁸.

Una doctrina que volvió a ser declarada contraria a derecho comunitario en la sentencia *Banco Primus*, que resuelve diversas cuestiones prejudiciales interpuestas de nuevo por el JPI de Santander, en torno al tratamiento que ha de darse a las cláusulas de vencimiento³⁹. En la que ahora nos ocupa, el tribunal se pronuncia en el mismo sentido y con similar parquedad a la mostrada en el auto *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, si bien en esta ocasión su razonamiento se completa con las conclusiones del abogado general SZPUNAR (en especial, punto 85), que con precisión centra la cuestión en su nudo gordiano, al indicar que “En el presente caso, el hecho de que la entidad bancaria no diera inicio al procedimiento de ejecución hipotecaria hasta el impago de siete mensualidades consecutivas es un elemento fáctico que no ha de tenerse en cuenta en la apreciación de una cláusula contractual que tenía en realidad por objeto permitir a la entidad bancaria proceder a la ejecución hipotecaria en caso de impago de una sola mensualidad. Cabe observar, a este respecto, que en el ámbito de la protección de los consumidores, un comportamiento razonable en un marco contractual abusivo no priva a una cláusula de su carácter abusivo”. De conformidad con la propuesta del abogado general, el TJUE declara contraria a la Directiva 93/13 “una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el art. 693.2 LEC, que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en

³⁷ Véanse, entre otros, AAP Barcelona (Sección 4ª), 27.10.2015 (JUR 2016\50926); AAP Pontevedra (Sección 1ª), 30.10.2015 (JUR\2015\254063); AAP Barcelona (Sección 17ª), 24.11.2016 (AC\2017\334); AAP Barcelona (Sección 13ª), 14.12.2016 (JUR 2017\44042).

³⁸ El TS limita en sus pronunciamientos la declaración de nulidad de la cláusula al ámbito del control abstracto, al entender que, en el marco de un concreto contrato suscrito entre un empresario y un consumidor, es preciso valorar si el ejercicio efectivo de la facultad de vencimiento está justificado por la esencialidad de la obligación incumplida, la gravedad del incumplimiento y la posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia. En la jurisprudencia menor, véase, Acuerdo AP Alicante (Pleno), 1.10.2015 (JUR\2015\250300); AAP Madrid (Sección 14ª), 3.9.2015 (JUR 2015\244752); AAP Pontevedra (Sección Sexta), 16.12.2015; AAP Barcelona (Sección 19ª), 8.9.2016 (JUR\2016\237940); AAP Barcelona (Sección 14ª), 14.12.2016 (JUR\2017\46152); AAP Córdoba (Sección 1ª), 16.12.2016 (AC 2016\2045). A esta tesis se adscriben los pronunciamientos que acordaron considerar abusivo el ejercicio de la facultad de vencimiento cuando, pese al trascurso de tres meses de impago, el incumplimiento no podía reputarse grave en atención a la cuantía y duración del préstamo, con criterio que sigue desplazando el juicio de validez al comportamiento del empresario (entre otros, AAP Barcelona (Sección 16ª) de 21.10.2016 (AC 2017\229); AAP Barcelona (Sección 14ª), 5.11.2015 (JUR 2016\9851).

³⁹ Véase, AJPI Santander, 10.9.2014 (JUR\2015\136016); Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de enero de 2017, *Primus*, C-421/14, ECLI:EU:C:2017:60.

la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional.”

Resulta sorprendente que, tras este nuevo pronunciamiento del TJUE, sigan registrándose reticencias a la asunción de la doctrina comunitaria por la jurisprudencia española, aun cuando haya de reconocerse que la mayoría de los órganos se han allanado ya a sus postulados⁴⁰. Un allanamiento al que se resiste el TS, que como recurso último en defensa de sus tesis ha interpuesto una nueva cuestión prejudicial ante el tribunal de Luxemburgo, en que formula tres preguntas enfocadas a salvar la validez de estas cláusulas y, por ende, la procedencia de la ejecución hipotecaria basada en ellas, cuestión esta última que excede del marco de este trabajo⁴¹. En la primera de las peticiones de decisión prejudicial contenidas en el auto de remisión, el TS vuelve sobre la cuestión que nos ocupa con un nuevo enfoque, al plantear no ya la exención de control de la cláusula de vencimiento intrínsecamente nula, sino el alcance de la declaración de nulidad subsiguiente a la declaración de su carácter abusivo. A juicio del tribunal, cuando lo abusivo no sea el contenido íntegro de la cláusula, sino una parte de la misma (en el caso, el número y entidad de impagos que determinan el vencimiento, en cuanto no puedan reputarse graves), la declaración parcial de su nulidad y el mantenimiento de la parte que no se considera abusiva no ha de reputarse contrario al derecho de la Unión, pues la que denomina “segregación” de la cláusula en una parte inadmisibles – que se elimina- y otra admisible – que se conserva- no constituye un supuesto de integración del pacto nulo ni de reducción conservadora de su validez. En consecuencia, eleva al TJUE la cuestión de la conformidad con la directiva de la posibilidad de que el tribunal nacional, al enjuiciar una cláusula de vencimiento anticipado, “aprecie la abusividad solo del inciso o supuesto del impago de una cuota y mantenga la validez del pacto de vencimiento anticipado por impago de cuotas también previsto con carácter general en la cláusula, con independencia de que el juicio concreto de validez o abusividad deba diferirse al momento del ejercicio de la facultad.”

Al margen del error de reconducir de nuevo el juicio de nulidad de la cláusula – íntegra o amputada- al tiempo de su aplicación, resulta artificioso el esfuerzo del tribunal por discernir la técnica que describe, de segregación o fraccionamiento de la cláusula controvertida, con el expediente de reducción conservadora de la validez de la cláusula abusiva, siendo así que, en una cláusula de redacción genérica como la controvertida, ambos expedientes se identifican (BALLUGERA GÓMEZ, 2017: 1020-1021). En uno y otro caso

⁴⁰ Entre otros, AAP Barcelona (Sección 13ª), 26.1.2017 (AC\2017\1493); AAP Cantabria (Sección 2ª), 6.2.2017 (JUR\2017\145487) ; AAP Barcelona (Sección 4ª), 15.3.2017 (AC\2017\748); AAP Vizcaya (Sección 4ª), 22.3.2017 (AC 2017/219); AAP Pontevedra (Sección 1ª), 3.4.2017 (JUR\2017\146739); AAP A Coruña (Sección 4ª), 18.4.2017 (JUR 2017\140105); AAP Zaragoza (Sección 4ª), 14.6.2017 (JUR\2017\214797); AAP Huelva (Sección 2ª), 26.6.2017 (JUR\2017\239903); AAP A Coruña (Sección 6ª), 29.9.2017 (AC 2017\1419); AAP Toledo (Sección 2ª), 23.10.2017 (JUR 2018\30907); AAP Valencia (Sección 9ª), 20.2.2018 (JUR 2018\125087). Siguen la tesis anterior AAP Ávila (Sección 1ª), 16.3.2017 (AC 2017\574); AAP Badajoz (Sección 3ª), 17.4.2017 (JUR\2017\173079); AAP Huelva (Sección 2ª), 29.6.2017 (JUR 2017\239910).

⁴¹ ATS, 1ª, Pleno, 8.2.2017 (Ar. 365; MP: Pedro José Vela Torres).

se legitima al juez para operar una “corrección sobrevenida” de la cláusula, cuyos efectos prácticos se equiparan y que, desde la perspectiva de la eficiencia del derecho comunitario, contrarían la finalidad disuasoria perseguida por los arts. 6 y 7 de la directiva⁴². En tal sentido, es posible pronosticar el rechazo por el tribunal europeo de la tesis seguida por el TS, en buena medida anunciado por las conclusiones del abogado general SZPUZGAR, que con acierto descarta la aplicabilidad al caso de la regla del fraccionamiento de la cláusula o *blue pencil test*, apelado por el TS en apoyo de su tesis. Sin prejuzgar la compatibilidad de la regla con el Derecho de la Unión (apartado 94), el abogado general desgana sus presupuestos, para concluir que no concurren en la interpretación propuesta por el TS en torno a las cláusulas que legitiman el vencimiento anticipado del préstamo “por cualquier incumplimiento”. Tal y como afirma en sus conclusiones, la cláusula controvertida es intrínsecamente “indivisible”, sin que sea posible eliminar, sin más modificación, la parte infectada, preservando la frase subsistente su sentido y finalidad inicial. Tras “pasar el trazo de rotulador” por la expresión que legitima el vencimiento abusivo del crédito (falta de pago de *cualquiera* de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización), la cláusula resultante deviene ininteligible (pese a su comprensibilidad gramatical), al permitir la exigencia íntegra de la deuda por el prestamista en caso de falta de pago *de los vencimientos* de intereses o cuotas, sin que sea posible conocer el número de impagos que permiten al acreedor invocar el vencimiento. Sólo el recurso a una norma nueva – en el caso, la pretendida aplicación supletoria de una disposición de Derecho nacional, como es el art. 693.2 LEC – podría preservar el sentido y la finalidad de la cláusula segregada. Pero tal operación excede del mero “fraccionamiento” de la cláusula para constituir un genuino supuesto de “reducción/modificación conservadora de la validez”, proscrita por la directiva (apartados 95-109)⁴³.

2.4. Los criterios hermenéuticos del artículo 4.1 de la directiva

Como se ha advertido ya, la competencia de interpretación del TJUE alcanza los criterios hermenéuticos que, a tenor del art. 4.1 de la directiva, el juez nacional ha de aplicar en la valoración del carácter abusivo de una cláusula: la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, todas las circunstancias que concurren en su celebración y todas las demás cláusulas del propio contrato o de otro del que dependa. A diferencia de lo que ocurre con otros aspectos de la directiva, los pronunciamientos del tribunal recaídos en este ámbito han sido pocos, y se han centrado en dos de los factores recogidos en la norma: las

⁴² Sobre la inexistencia de diferencia práctica o dogmática entre la reducción y la nulidad parcial de una cláusula, véase, ALFARO ÁGUILA-REAL, 1991: 403-405.

⁴³ Conclusiones del abogado general Sr. Maciej SZPUNAR presentadas el 13 de septiembre de 2018, *Abanca Corporación Bancaria*, C-70/17 y C-179/17, ECLI:EU:C:2018:724. Obsérvese que en la misma fecha el abogado general SZPUNAR ha presentado las conclusiones a los asuntos C-92/16 y C-167/16 (*Bankia I*) y C-486/16 (*Bankia II*), todos ellos procedentes de tribunales españoles y planteados en torno al tratamiento de las cláusulas de vencimiento anticipado. La conexión material entre los casos determina que las conclusiones de estos otros asuntos – centrados en los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula sobre la subsistencia del contrato y la continuidad o sobreseimiento del procedimiento de ejecución hipotecaria- partan de las principales conclusiones del asunto *Abanca Corporación Bancaria*: apartados 59 y 69 *Bankia I*; 52 y 55 *Bankia II*.

circunstancias concurrentes en la celebración del contrato y la totalidad de las cláusulas que lo integran.

El primero de estos criterios apela a un control circunstanciado de las cláusulas no negociadas que permite, entre otros extremos, atender a la tesitura en que el consumidor se hallaba a la hora de consentir, la posición de fuerza de las partes y las eventuales presiones recibidas o condicionamientos impuestos por el empresario (considerando 16 de la directiva). El carácter abierto del art. 4 permite al juez nacional valorar la incidencia en el contrato de cualesquiera circunstancias pertinentes, como la comprobación del carácter desleal de una práctica comercial que pueda conducir al consumidor a tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado. Así lo ha entendido el TJUE en la sentencia *Pereničová y Perenič*, a propósito de la indicación en un contrato de crédito al consumo de una TAE inferior a la real. Para la corte, tal práctica conforma un elemento que puede ser valorado en la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas controvertidas y, en definitiva, en el juicio de validez del contrato en su conjunto, sin que tal determinación haya de ser sin embargo automática (apartados 43 a 47)⁴⁴.

Desde una perspectiva cronológica, el art. 4.1 ordena la ponderación exclusiva de las circunstancias concurrentes en el momento de celebración del contrato, limitación temporal que el TJUE ha interpretado restrictivamente, admitiendo exclusivamente la apreciación de circunstancias posteriores que el profesional hubiera podido prever razonablemente y que potencialmente inciden en la ulterior ejecución de dicho contrato (*Andriiciuc*, apartados 54-56, a propósito de las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera). Fuera de este marco, la valoración del desequilibrio y de la buena fe exigible ha de prescindir de hechos futuros, ya sean ajenos a las partes, ya deriven de su propia conducta (apartados 75-90 de las conclusiones del abogado general WHAL, asunto *Andriiciuc*; apartados 70 y 108 de las conclusiones del abogado general SZPUNAR, asunto *Abanca Corporación Bancaria*; apartado 54 de las conclusiones del abogado general SZPUNAR, asunto *Bankia II*). Ello no impide que, en el ámbito del control concreto, sean circunstancias necesariamente posteriores las que determinen la aplicación de la cláusula y desencadenen el litigio en que se cuestione su carácter abusivo. Pero el desequilibrio efectivamente generado debe existir potencialmente en el momento de celebrar el contrato, teniendo presente la literalidad y presentación del clausulado y adicionalmente las circunstancias previas y simultáneas a su conclusión. En este sentido, no se comprende la cuestión tercera planteada por el JPI de Santander en el asunto *Primus*, donde interroga al TJUE sobre la posibilidad, a los efectos del art. 4.1 de la Directiva, de tomar en cuenta las circunstancias posteriores a la celebración del contrato si a ello conduce la inquisición de la norma nacional. Para el órgano remitente, la respuesta del tribunal es necesaria para apreciar el eventual carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado, en la medida en que el derecho español admite la resolución anticipada del contrato tanto por incumplimiento grave como por incumplimiento

⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia 15 de marzo de 2012, *Pereničová y Perenič*, C-453/10, ECLI:EU:C:2012:144.

previsible. Y ello porque la estimación de la “previsibilidad” de incumplimientos graves futuros “llama a una valoración del desempeño del contrato posterior a su suscripción”⁴⁵.

No es fácil entender la lógica del juzgado. Se admita o no la extensión por el derecho dispositivo español de la facultad de vencimiento a los supuestos de incumplimiento previsible⁴⁶, el hecho de que la efectiva previsibilidad de la persistencia en el incumplimiento (al igual que la gravedad del mismo) sea una circunstancia que sólo se puede verificar en el futuro no incide sobre el juicio de abusividad de una cláusula que no ciñe la posibilidad de vencimiento a los supuestos normativos, sino que en su amplitud la admite frente a cualquier género de incumplimiento por el deudor. Por ello no sorprende que, en atención a la imprecisión de la cuestión y a su falta de utilidad en la resolución del supuesto planteado, fuese inadmitida por el TJUE (apartado 56 sentencia *Primus*)⁴⁷.

Ya en relación a la regla de apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual a la luz de las restantes, el TJUE ha sancionado la preceptiva ponderación de todas ellas, con independencia de su utilización efectiva por el profesional. En el asunto *Radlinger y Radlingerová*, el TJUE se hubo de pronunciar – entre otros extremos- sobre el criterio a seguir en el examen de las cláusulas de un contrato de crédito al consumo que preveía hasta cuatro penalizaciones diversas en caso de retraso por el consumidor en la devolución de las cantidades debidas⁴⁸. En particular, el Tribunal Regional de Praga planteó si en la apreciación de la desproporcionalidad de la indemnización pactada es preciso evaluar el efecto acumulativo de todas las cláusulas penales convenidas - al margen de que el acreedor exija efectivamente su cumplimiento y con independencia de que algunas de ellas puedan considerarse inválidas conforme al derecho nacional-, o debe tenerse en cuenta únicamente el importe de las penalizaciones efectivamente exigidas y que puedan reclamarse.

El TJUE responde a la cuestión planteada con una parquedad que contrasta con su relevancia práctica, pero que no deja duda sobre la respuesta procedente: a la luz del art. 4, apartado 1 de la directiva, es preciso examinar el efecto cumulativo de todas las cláusulas de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, criterio que “se justifica porque tales cláusulas resultan aplicables en su totalidad, y ello con independencia de la cuestión de si el acreedor exige efectivamente o no su pleno cumplimiento” (apartados 94 y 95).

Pese a su simplicidad, la decisión de la corte no ofrece tacha alguna y es en definitiva congruente con la doctrina *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria –Banco Primus*. Si, como veíamos en el epígrafe anterior, la inaplicación de una cláusula no excluye el examen de su carácter abusivo, tampoco ha de desplazar su valor como criterio hermenéutico de apreciación de

⁴⁵ AJPI Santander, 10.9.2014, apartado 20.

⁴⁶ Véase, MORALES MORENO, 2014: 1976-1979.

⁴⁷ Sobre la futilidad de la pregunta planteada por el JPI de Santander, véase ALFARO ÁGUILA-REAL, 2016.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia 21 de abril de 2016, *Radlinger y Radlingerová*, C-377/14, EU:C:2016:283.

las efectivamente aplicadas (CARBALLO FIDALGO, 2016: 185). De este modo, y en coherencia con la centralidad del momento de celebración del contrato en la labor valorativa del juez, ha de concluirse que, en materia de cláusula penal, la desproporción de la indemnización pactada, que lleva ligada la nulidad de la cláusula o cláusulas que la establecen, ha de medirse por la relación existente entre las penalizaciones fijadas y el perjuicio previsible derivado del incumplimiento, y no ya entre la indemnización exigida y el perjuicio efectivamente producido.

3. El valor de la transparencia en el juicio de validez del clausulado no negociado

3.1. Marco normativo

Aun cuando el sistema de protección diseñado por la Directiva 93/13 pivota en torno a la noción de cláusula abusiva, construida desde los parámetros de la contravención de la buena fe y el desequilibrio entre los deberes y derechos de las partes, la exigencia de transparencia en la redacción de las cláusulas como presupuesto para su conocimiento por el consumidor está presente en dos preceptos de la norma comunitaria. De una parte, el art. 5 ordena que las cláusulas sean redactadas siempre de forma clara y comprensible, sancionando, en caso de duda, la prevalencia de la interpretación más favorable para el consumidor. De otra, el art. 4.2 extiende la exigencia de transparencia a las cláusulas definitorias de los elementos esenciales del contrato y de la relación calidad/precio, condicionando la exclusión de su control al hecho de que se redacten «*de modo claro y comprensible*» (art. 4.2).

El tratamiento del requisito analizado sorprende por su ambigüedad, tanto en la concreción de su alcance como en la determinación de la sanción ligada a su vulneración (PAGADOR LÓPEZ, 1998: 53-54; EBERS, 2008: 201; LOOS, 2015: 180-181).

De una parte, falta en la norma alusión alguna a los requisitos de incorporación formal del clausulado, que prescriban su necesaria puesta a disposición o puesta en conocimiento del consumidor. Una obligación que incidentalmente se contempla en el considerando 20 de la directiva (... “el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas”) y está implícita en la letra i) de su anexo, que incluye en el listado de cláusulas indiciariamente abusivas aquellas que tengan por objeto o efecto “hacer constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato” (PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, 2004: 53-54; LOOS, 2015: 181-184).

De otra parte, el art. 5 se limita a prescribir la interpretación de la cláusula oscura en el sentido más favorable al consumidor, regla notoriamente insuficiente en la lucha contra los clausulados opacos. Por imperativo de la propia regla, su campo de actuación se limita al

litigio individual⁴⁹, al tiempo que, por su propia naturaleza, deja inmunes las cláusulas de redacción clara que el consumidor no ha tenido oportunidad real de conocer. Así ocurre con las cláusulas que, por su tecnicidad, resultan ininteligibles para el consumidor medio (EBERS, 2008: 248) y con las conocidas como “cláusulas sorprendentes”, que por las circunstancias de celebración del contrato (publicidad y oferta contractual, tratos previos...), su naturaleza y la configuración y presentación del documento contractual resultan tan insólitas que el consumidor no ha podido contar razonablemente con su existencia (LOOS, 2015: 183-184)⁵⁰.

Más allá de tal regla, el precepto omite la sanción merecida por el incumplimiento del deber de transparencia, cuando no es viable el recurso a la interpretación *pro consumatore*. Un silencio que puede ser colmado, ya mediante su tratamiento como medio de control de la inserción de las cláusulas al contrato -desde la perspectiva del considerando 20-, ya como criterio de valoración de su contenido, a la luz de la definición de cláusula abusiva del art. 3 (INFORME 2000: 208; EBERS, 2008: 248). Desde la primera perspectiva, se reputarían no incorporadas las cláusulas que, por no ser cognoscibles, no han podido ser consentidas (MICKLITZ, 2000: 147); desde la segunda, es aún posible cuestionarse si procede la sanción de la abusividad directa de la cláusula no transparente (expresando sus dudas, PAGADOR, 1998: 54) o ha de incluirse la falta de transparencia entre las circunstancias valorables en el juicio de abusividad el clausulado oscuro, criterio este último abonado por la inclusión en el anexo de cláusulas cuyo *indiciario* carácter abusivo radica en la falta de información al consumidor sobre aspectos determinantes de su funcionamiento (LOOS, 2015: 184-188).

La inconcreción del art. 5 se reitera en la disposición contenida en el art. 4.2 que, al someter a control las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato no transparentes, deja abierta la cuestión de si han de merecer la sanción de nulidad directa o si, por el contrario, la falta de transparencia no es más que un presupuesto para entrar a valorar su posible abusividad, al amparo de los criterios establecidos por el art. 3.1 de la norma.

Frente a la ambigüedad del texto comunitario, la legislación española en materia de condiciones generales y cláusulas no negociadas individualmente sujeta desde el año 1998 su válida incorporación al contrato a una serie de requisitos que, en síntesis, excluyen del contenido contractual las estipulaciones que, por no ser físicamente facilitadas al

⁴⁹ Véase sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2004, *Comisión/España*, C-70/03, EU:C:2004:505, apartado 16.

⁵⁰ Por el contrario, entiende PAGADOR LÓPEZ que la proscripción de las cláusulas sorprendentes está presente en los criterios hermenéuticos de apreciación del carácter abusivo de una cláusula recogidos en el art. 4.1 y en una parte de las cláusulas del anexo de la directiva (1998: 57-58). En sentido similar, entiende PERTÍÑEZ VÍLCHEZ que la prevalencia de las legítimas expectativas del consumidor frente a cláusulas insólitas, presente en muchas cláusulas del anexo, permite defender que las cláusulas sorprendentes están proscritas por la directiva, como un supuesto de cláusula abusiva (2004: 55).

consumidor de modo claro y comprensible, no han podido ser conocidas ni, por tanto, aceptadas de modo consciente⁵¹.

Pese al tratamiento específico por la norma española de los requisitos de incorporación, su interpretación no ha permanecido ajena a la jurisprudencia del TJUE de los últimos años, que de modo gradual ha venido a colmar los silencios de la directiva con una serie de pronunciamientos destinados a determinar tanto el alcance de la transparencia exigible a las cláusulas predispuestas como las consecuencias ligadas a su incumplimiento. A la doctrina jurisprudencial europea y española haremos seguidamente referencia.

3.2. La doctrina del TJUE sobre el alcance del deber de transparencia y las consecuencias de su incumplimiento: de la sentencia *Invitel* a la sentencia *Andriiciuc*

En las sentencias *Invitel* y *RWE Vertrieb*, el TJUE se pronunció por vez primera acerca de la función de la transparencia en el clausulado no negociado, en ambos casos a propósito de condiciones generales de modificación unilateral por el empresario de la prestación del consumidor, insertas en sendos contratos de duración indeterminada (de telefonía y suministro de gas, respectivamente). En sus pronunciamientos, el tribunal liga el carácter abusivo de las cláusulas enjuiciadas a la falta de información al consumidor, clara y comprensible, sobre los motivos de la modificación pretendida, el método de variación de la prestación y el derecho que le asiste a rescindir el contrato (*Invitel*, apartado 31; *RWE Vertrieb*, apartados 50-55). Una información que se ha de facilitar con carácter previo a la conclusión del contrato, sin que sea suficiente la remisión a disposiciones legales o reglamentarias que regulen aspectos de las variaciones controvertidas o establezcan derechos y obligaciones de las partes al respecto (*Invitel*, apartado 29; *RWE Vertrieb*, apartado 50).

La doctrina *Invitel* – *RWE Vertrieb* puso el foco sobre el valor de la transparencia en el sistema de protección articulado por la directiva, como mecanismo que permite al consumidor tomar una decisión consciente y ejercer sus derechos en el curso del contrato (LEONE, 2014: 319-323; PAZOS CASTRO, 2017b: 251). Sin embargo, sus aportaciones fueron aún limitadas. De una parte, el TJUE omitió la forma en que la información sobre el contenido contractual debía ser facilitada al consumidor; de otra, en ambos fallos el carácter abusivo de las cláusulas no transparentes deriva de la propia naturaleza de las cláusulas enjuiciadas, reconducibles al anexo de la directiva (letras j) del apartado 1 y b) del apartado 2), sin que el tribunal se pronuncie sobre la sanción merecida por las cláusulas oscuras no anexadas.

Fuera del marco de las cláusulas catalogadas en el anexo, la cuestión del alcance preciso del deber de transparencia fue tratada por vez primera en la sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, que fijó en sus apartados 70 a 75 el grado de “claridad” y “comprensibilidad” exigibles a la cláusula que, en un contrato de préstamo denominado en divisa extranjera pero

⁵¹ Sobre los requisitos de incorporación de las condiciones generales y cláusulas predispuestas en el sistema legal español, véase PAGADOR LÓPEZ (1999): 339-446.

reembolsable en moneda nacional, permite al profesional calcular la cuantía de las cuotas mensuales de devolución en función de la cotización de venta de la divisa extranjera aplicada por ese profesional. A juicio del tribunal – con criterio que reiterará en pronunciamientos posteriores-, la exigencia de transparencia recogida en los arts. 4.2 y 5 de la directiva no puede ser reducida al carácter comprensible de las cláusulas en un plano formal y gramatical, sino que debe entenderse de manera extensiva, de modo que ha de valorarse si el contrato expone de modo transparente tanto el motivo y particularidades de funcionamiento del mecanismo a que se refiere la cláusula (en el caso, modo de conversión de la divisa extranjera), como la relación entre tal mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo (apartado 73). En la realización de tal valoración, incumbe al tribunal remitente analizar todos los aspectos de hecho pertinentes, incluida la publicidad y la información ofrecida por el prestamista en el contexto de la negociación del contrato.

Recaída a propósito de cláusulas que podrían ser definitorias de la prestación esencial del prestatario - cuestión que compete resolver al tribunal de remisión-, la sentencia sostuvo, de modo incidental, que la exigencia establecida en el art. 4.2 "tiene el mismo alcance que la formulada en el art. 5 de esta Directiva" (69), al procurar ambas que el consumidor cuente con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas del contrato (considerandos 67-69), lo que comprende las definitorias de derechos y deberes accesorios de las partes (PAZOS CASTRO, 2017b: 252).

La conexión entre los arts. 5 y 4.2 aparece como *ratio decidendi* en la sentencia *Matei*, donde el tribunal aplica los criterios establecidos en la sentencia *Kásler y Káslerné Rábai* a las cláusulas de modificación unilateral del tipo de interés y de cobro de una "comisión de riesgo" insertas por el profesional en un contrato de préstamo concertado con un consumidor, aun cuando su inclusión en el ámbito objetivo del art. 4.2 es descartada por el propio TJUE (apartados 57-71). Tras recordar que es idéntico el alcance de la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida en ambos preceptos, el tribunal sanciona que su satisfacción pasa porque, más allá de la comprensibilidad gramatical de las cláusulas, el profesional exponga de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo de interés y su relación con otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, teniendo presente todos los elementos de hecho pertinentes - entre los que se encuentran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo-, y el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. Una exigencia que dudosamente cubre la cláusula que permite al prestamista modificar unilateralmente el tipo de interés en función del criterio - "poco transparente a primera vista", a pesar de su claridad gramatical- de «que se produzcan variaciones significativas en el mercado financiero», ni las cláusulas que prevén el cobro de una «comisión de riesgo», sin justificar la retribución correspondiente a dicha comisión (apartados 73-77).

Al igual que su precedente, la sentencia *Matei* omitió el régimen aplicable a las cláusulas no transparentes. Habrá que esperar a la sentencia *Van Hove* para encontrar un pronunciamiento expreso, que en el caso consistió en la aplicación de la regla de interpretación *pro consumatore* de las cláusulas enjuiciadas, delimitativas del riesgo cubierto en un contrato de seguro suscrito con un consumidor (e incluidas, por tanto, en el art. 4.2 de la directiva). En el asunto, procedente de Francia, el tribunal analiza la cláusula definitoria de la "incapacidad total para trabajar", situación que, en el contexto del contrato, obligaba a la entidad aseguradora a asumir el pago de las mensualidades debidas por el asegurado en virtud del préstamo suscrito con una tercera entidad. En la cláusula controvertida, dicha incapacidad se define como la imposibilidad de ejercer "cualquier actividad, remunerada o no, como consecuencia de un accidente o de una enfermedad", excluyendo de la cobertura del seguro al asegurado que sea declarado apto para ejercer una actividad profesional cualquiera, incluso no remunerada. Aun cuando la expresión es formalmente comprensible, el órgano de remisión aprecia que contradice la finalidad típica del contrato y le priva parcialmente de su objeto, que radica en garantizar el cabal cumplimiento de las obligaciones contraídas por el prestatario en el caso de que su estado de salud no le permita ejercer por más tiempo una actividad que le procure ingresos (apartados 23-24). En consideración a tal finalidad, a la extrema amplitud y vaguedad de la expresión "cualquier actividad, remunerada o no" y al grado de atención exigible al consumidor que concierne un seguro incardinado en un entramado contractual más amplio, el TJUE concluye que "el consumidor podía contar con que el concepto de «actividad, remunerada o no», corresponde a una actividad profesional que, potencialmente al menos, sea objeto de una remuneración suficiente para hacer frente al pago de las mensualidades de sus préstamos conforme vayan venciendo", identificando el riesgo cubierto con la noción de incapacidad permanente parcial, recogido por el derecho francés de la seguridad social (apartados 44 a 48). Un extremo que compete verificar al órgano nacional que, en su caso, habrá de interpretar la cláusula controvertida en el sentido más favorable al consumidor, conforme a lo dispuesto por el art. 5 de la directiva (apartado 49).

La apelación a la interpretación *pro consumatore*, posible en el caso resuelto por la sentencia *Van Hove*, dejaba aún sin resolver la cuestión de la sanción merecida por la falta de transparencia en el contexto de la directiva, cuando tal interpretación no fuese viable. Una sanción que, si bien *obiter dicta*, se apunta en la sentencia *Gutiérrez Naranjo*, que resuelve tres peticiones de decisión prejudicial sobre la compatibilidad del art. 6.1 de la directiva con la jurisprudencia española inaugurada por la STS de 9 de mayo de 2013 que, en materia de cláusulas suelo insertas en contratos con consumidores, limitó los efectos de la nulidad de tales cláusulas a la restitución de las cantidades pagadas indebidamente en su aplicación con posterioridad a la declaración judicial de su carácter abusivo⁵².

Aun cuando el objeto de la consulta es ajeno a la cuestión que ahora nos ocupa, su resolución obliga al TJUE a pronunciarse con carácter previo sobre la alegación presentada

⁵² Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980.

por el Gobierno español, Cajasur Banco y Banco Popular en defensa de la STS de 9 de mayo de 2013. A juicio de los alegantes, la cuestión de los efectos de la declaración del carácter abusivo de cláusulas como las controvertidas en los litigios principales no está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, pues al efectuar su pronunciamiento el TS otorgó a los consumidores un nivel de protección más elevado que el garantizado por aquélla. Una alegación descartada por el TJUE, para quien la exigencia de transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato procede del propio art. 4.2 de la directiva, que impone el examen del carácter abusivo de tales cláusulas, en el sentido del art. 3.1, cuando el consumidor no ha dispuesto, antes de celebrar el contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración (apartado 51).

La defensa del "examen" del carácter abusivo de la cláusula definitoria del objeto esencial de contrato "en el sentido del art. 3, apartado 1, de la Directiva" implícitamente apeló a los parámetros de abusividad contemplados en tal norma (desequilibrio significativo/contravención de la buena fe). Sin embargo, el fallo no aclaró si el sentido atribuido a tales conceptos había de ser o no el sostenido por el TJUE en la sentencia *Aziz*, a propósito de cláusulas no incluidas en el art. 4.2 de la directiva. En otras palabras, si la falta de transparencia determina *per se* un desequilibrio en perjuicio del consumidor contrario a la buena fe (tesis de la abusividad directa) o, si por el contrario, constatada su incomprensibilidad real procede realizar un examen ulterior de la buena fe exigible y el desequilibrio generado, ponderando tal análisis a la luz de los criterios contenidos en el art. 4.1 de la directiva (CÁMARA LAPUENTE, 2017a: 12).

Sólo un mes más tarde, el tribunal dará respuesta a tal cuestión en la sentencia *Banco Primus*, donde equipara plenamente los criterios a utilizar en la calificación de las dos cláusulas objeto del litigio, insertas en un contrato de préstamo hipotecario: la relativa al cálculo de los intereses remuneratorios - definitoria de la prestación esencial del prestatario- y la de vencimiento anticipado del préstamo - definitoria de efectos secundarios del contrato. En ambos casos, y pese a la diversa naturaleza de las cláusulas en cuestión, el tribunal asume la interpretación de los conceptos abstractos de "buena fe" y "desequilibrio significativo" sostenida en la sentencia *Aziz*, que se han de tener presentes para apreciar el eventual carácter abusivo de aquéllas (57-61). En particular, su aplicación a las cláusulas definitorias del tipo de interés ordinario se justifica por su redacción no transparente (62-64), e implica que el órgano jurisdiccional remitente deba comparar el modo de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por esa cláusula y el tipo efectivo resultante con los modos de cálculo generalmente aplicados y el tipo legal de interés, así como con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato controvertido, en relación con un préstamo de un importe y una duración equivalentes (apartados 65 y 67)⁵³.

⁵³ Véase, a propósito de la sentencia y la asunción de la tesis de la abusividad ponderada, con visión crítica, CÁMARA LAPUENTE, 2017b: 392.

La dificultad de trasladar el concepto jurisprudencial de “desequilibrio significativo” a las cláusulas definitorias de los elementos esenciales del contrato se evidencia en la propia sentencia que defiende su aplicación. No existen normas dispositivas que puedan actuar como parámetro de contraste y que, en tal sentido, permitan medir el grado de alejamiento desleal de la cláusula predispuesta definitoria del interés remuneratorio del préstamo. Ello fuerza al tribunal a acudir a los usos en materia de cálculo del interés ordinario y al tipo de interés legal como referente de la abusividad del finalmente exigido. De este modo, se acaba por aceptar la fiscalización de las cláusulas definitorias de la relación calidad/precio, siendo así que la exclusión de su control se ha justificado en que la inexistencia de baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control (sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, apartado 55; sentencia *Matei*, apartado 55)⁵⁴.

La sentencia delata, en definitiva, lo artificioso de la construcción. Si la literalidad del art. 4.1 exige reconducir la transgresión del deber de transparencia al ámbito del control de contenido de las condiciones generales, más acertado parece entender que la cláusula redactada de modo oscuro o incomprensible ha de considerarse abusiva – y, por tanto, ineficaz- por este solo hecho.

A una solución próxima a la apuntada llega la sentencia *Andriciuc*, que, pese a asumir formalmente los postulados de la sentencia *Banco Primus*, reduce en la práctica los parámetros de valoración de la abusividad de la cláusula enjuiciada al desequilibrio económico que genera en perjuicio del consumidor, de cuyo riesgo no es informado de modo transparente por el empresario. En el caso, procedente de Rumanía, el TJUE es consultado acerca de la naturaleza y el grado de transparencia exigible en la redacción de la cláusula que, incluida en un contrato de crédito celebrado en moneda extranjera, prevé su devolución en la misma divisa extranjera en que se pactó su entrega, haciendo recaer en el consumidor todo el riesgo - finalmente verificado- de depreciación de la moneda nacional. En particular, el órgano remitente cuestiona si el desequilibrio generado por la cláusula ha de examinarse únicamente en relación con el momento de celebración del contrato o incluye también la valoración de la depreciación significativa de la moneda nacional - el leu rumano- respecto a la divisa extranjera - el franco suizo- producida durante su vigencia.

En su respuesta, el TJUE comienza por defender la inclusión de la cláusula controvertida en el objeto principal del contrato, en cuanto regula la prestación esencial y característica del prestatario, lo que excluye la apreciación de su carácter abusivo, siempre que esté redactada de forma clara y comprensible (apartados 38 y 41). A partir de tal premisa, y en aplicación de la doctrina *Kásler y Káslerné Rábai -Van Hove*, la corte declara que la cláusula definitoria del deber de reembolso debe exponer “las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera”, a fin de que el consumidor conozca el alcance de su compromiso y evalúe el coste total de su préstamo. Un deber cuyo cumplimiento ha de valorar el órgano jurisdiccional nacional

⁵⁴ Sobre la inviabilidad práctica de aplicar las normas dispositivas nacionales en la valoración del desequilibrio generado por las cláusulas definitorias del precio, véase, CÁMARA LAPUENTE, 2013: 231.

(apartados 47-51). Constatada la falta de transparencia, el mismo órgano ha de evaluar, en primer lugar, el posible incumplimiento de la exigencia de buena fe; en segundo lugar, la existencia de un posible desequilibrio importante en el sentido del art. 3.1, cuya apreciación debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato, ya que una cláusula contractual puede entrañar un desequilibrio entre las partes que sólo se manifieste mientras se ejecuta el contrato (apartado 54-58).

Puede observarse que, en la doctrina del TJUE, las variaciones previsibles del tipo de cambio miden tanto el nivel de transparencia exigible al profesional como el grado de desequilibrio ocasionado al consumidor por su producción efectiva, sin que exista más parámetro de contraste que el tipo vigente al tiempo de celebrar el contrato, sobre el que aquél valoró la carga económica asumida al contratar. La cláusula, potencialmente onerosa al hacer recaer sobre el consumidor el riesgo de tipo de cambio en caso de devaluación de la moneda nacional con respecto a la divisa extranjera, ha de reputarse abusiva desde que tal riesgo se verifica. La falta de transparencia se traduce, pues, en abusividad, sin que haya de realizarse más examen que el de la buena fe del profesional, por definición ausente cuando oculta al consumidor una información que debe conocer, teniendo presente su experiencia y grado de conocimiento sobre variaciones de los tipos de cambio y riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en moneda extranjera.

Con su pronunciamiento, el TJUE altera, en definitiva, el papel que la falta de transparencia ha de desempeñar en el tratamiento de las cláusulas definitorias del objeto esencial del contrato, convirtiéndola en parámetro directo de apreciación de su carácter abusivo, en la medida en que le ocasionen un perjuicio del que no ha sido advertido⁵⁵.

La nueva configuración de la transparencia y su incidencia en el juicio de abusividad aproxima la doctrina del Tribunal de Justicia a la sostenida desde el año 2013 por el TS en interpretación del derecho español, cuya evolución ha corrido paralela a la del órgano comunitario y que, a día de hoy, puede calificarse de convergente en materia de cláusulas definitorias de los elementos esenciales del contrato. Una convergencia que, sin embargo, falta en materia de cláusulas accesorias o no definitorias del objeto central, cuya interpretación por el TS debe ser necesariamente revisada.

⁵⁵ Véase, PAREDES PÉREZ, 2017: 13 27-15 27. Para ALBIEZ DOHRMANN, el TJUE avala en su sentencia un nuevo control de las cláusulas no negociadas individualmente en contratos de consumo, que denomina “control de abusividad formal” o de “transparencia material”, situado a caballo entre el control de incorporación (transparencia formal) y de contenido («abusividad» material) de las cláusulas en los contratos de adhesión consumidores (2017: 15 34-16 34).

3.3. Incorporación formal y transparencia material en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

a) El distinto grado de transparencia exigible en las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato y en las definitorias de los derechos y deberes de las partes

Como se apuntaba con anterioridad, la legislación española de transposición de la Directiva 93/13 al derecho interno reforzó la exigencia de transparencia en el clausulado no negociado, condicionando su incorporación al contrato - aun suscrito entre empresarios, de tratarse de condiciones generales- al cumplimiento de un doble requisito. De una parte, se exige que las cláusulas contractuales se faciliten al adherente de forma efectiva, lo que en el ámbito de la contratación escrita se traduce en la necesidad de su entrega, sin reenvío a documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato; de otra, que sean redactadas con concreción, claridad y sencillez, sancionando la no incorporación de las condiciones que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer y de aquellas redactadas de modo ilegible, ambiguo, oscuro o incomprensible (arts. 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (BOE nº 89, de 14/04/1998) y 10.1.a) de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, precedente del art. 80.1 del TRLDCU). Sólo cumplidos tales presupuestos, las condiciones generales pasan a formar parte del contrato, quedando sujetas, en el estricto ámbito de la contratación con consumidores, al control de contenido, centrado en la noción de cláusula abusiva (art. 8 LCGC y 10 bis LGDCU, precedente de los arts. 82 y 83 TRLGDCU).

El régimen de incorporación, en la letra de la ley común a toda contratación estandarizada y cualquiera que sea la naturaleza de las cláusulas implicadas, fue reinterpretado por el TS en la célebre sentencia de 9 de mayo de 2013, en que declaró la insuficiencia del cumplimiento de los requisitos de inclusión de las condiciones generales en contratos suscritos con consumidores, en que se incluye el control de la comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato (apartados 209 a 215).

Sobre el presupuesto de que las cláusulas litigiosas - de limitación a la baja de la variabilidad del tipo de interés pactado en los préstamos hipotecarios a interés variable («cláusulas suelo»)- forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, el TS elabora una novedosa doctrina sobre el grado de transparencia exigible en su redacción, que articula a través del que denomina «*doble filtro de transparencia*» a que estas cláusulas deben ser sometidas cuando se utilizan en la contratación con consumidores. Por vez primera, el tribunal independiza el juego de los arts. 5 y 7 de la LCGC -que establecen los requisitos generales de inserción formal de las condiciones al contrato, quienesquiera que sean sus partes- y el propio del art. 80.1 TRLGDCU, que en su exigencia de «*comprensibilidad*» introduce un parámetro abstracto de validez que, proyectado sobre los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el adherente conozca tanto la carga económica que supone para él el contrato como su posición jurídica en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo. En el concreto caso de las cláusulas suelo, el Tribunal estima ineludible que la información suministrada al consumidor le permita percibir que se trata de una cláusula definitoria del objeto principal

del contrato y comprender de modo completo cómo puede incidir en la economía de la relación (apartados 210-211). Una exigencia no cubierta por el clausulado enjuiciado, cuya presentación impide al consumidor conocer su trascendencia en el desarrollo del contrato, en la medida en que lo elevado del suelo convierte los préstamos, ofertados como de interés variable, en préstamos a interés mínimo fijo, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor (apartados 217-225).

Con su pronunciamiento, el TS se anticipó en casi un año al propio TJUE (sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*) en la exigencia de lo que se dio en llamar después “transparencia material” de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, que trasciende de su claridad formal y gramatical para alcanzar la comprensibilidad por el consumidor del alcance jurídico y económico de su compromiso contractual. Una exigencia que el TS ha mantenido y aun reforzado en pronunciamientos posteriores, exigiendo información precontractual clara y con antelación suficiente, cuya ausencia no se ve subsanada por la intervención notarial en la firma del contrato⁵⁶. Jurisprudencia interna y europea han corrido así paralelas, sin que pueda entenderse que la noción de transparencia defendida por el TS – pese a anticiparse en el tiempo– supere el nivel de protección brindado por la directiva, cuyo art. 4.2 exige idéntico grado de comprensibilidad⁵⁷.

Más aún, es posible cuestionarse si la doctrina del TS cumple con la jurisprudencia europea en lo que atañe a las cláusulas contractuales definitorias de elementos no esenciales del contrato. Aun cuando la STS de 9 de mayo de 2013 parece exigir la transparencia reforzada a todas las cláusulas no negociadas inscritas en contratos celebrados con consumidores (apartados 215 y 223), su tesis se centra en la comprensibilidad exigible a las definitorias del objeto principal del contrato. A ellas se refieren asimismo las sentencias posteriores, hasta llegar a afirmar en las sentencias de 29 de abril de 2015 y, más claramente, de 14 de julio de 2016 que las cláusulas accesorias no se someten a más control de incorporación que el formal establecido en el art. 5 LCGC⁵⁸. Una posición que contrasta con la sostenida por el

⁵⁶ Véanse, en materia de cláusulas suelo, STS, 1ª, Pleno, 24.3.2015 (Ar. 845; MP: Rafael Sarazá Jimena); STS, 1ª, 29.4.2015 (Ar. 2042; MP: Rafael Sarazá Jimena); STS, 1ª, Pleno, 23.12.2015 (Ar. 5714); STS, 1ª, 24.11.2017 (Ar. 5063; MP: Rafael Sarazá Jimena); STS, 1ª, 24.1.2018 (Ar. 182; MP: Ignacio Sancho Gargallo); STS, 1ª, 11.4.2018 (Ar. 1730; MP: Rafael Sarazá Jimena); STS, 1ª, 24.4.2018 (Ar. 1793; MP: Francisco Javier Orduña Moreno); STS, 1ª, 7.6.2018 (Ar. 165114; MP: Rafael Sarazá Jimena); STS, 1ª, 13.6.2018 (Ar. 172278; MP: Rafael Sarazá Jimena); STS, 1ª, 15.6.2018 (Ar. 172279; MP: Francisco Javier Orduña Moreno); STS, 1ª, 11.9.2018 (Ar. 233415; MP: Pedro José Vela Torres). Sobre cláusulas definitorias de la obligación de pago del capital prestado por el prestamista y de las obligaciones de reembolso del prestatario, insertas en una hipoteca multidivisa, STS, 1ª, Pleno, 15.11.2017 (Ar. 4730; MP: Rafael Sarazá Jimena).

⁵⁷ Razón por la que su sanción no puede extraerse del ámbito del art. 6.1 de la directiva, en su mandato de no vinculación (*Gutiérrez Naranjo*, apartados 48-49).

⁵⁸ STS, 1ª, Pleno, 14.7.2016 (Ar. 3399; MP: Ignacio Sancho Gargallo), dictada a propósito de la cláusula que, en caso de vencimiento anticipado del préstamo, faculta al acreedor a instar la ejecución o venta extrajudicial del inmueble prevista en el art. 129 LH. Para el Tribunal, la cláusula no está sujeta al control de transparencia reforzada, exclusivo de las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato. Para las restantes, respecto de las que cabe el control de contenido, los deberes de transparencia exigibles son los previstos en el art. 5 LCGC para su incorporación. De tal forma que, superado este control de inclusión, el posible carácter abusivo de la cláusula no dependerá de la información previa o de cómo se haya

TJUE, que, como se ha visto, equipara el tratamiento dado a unas y otras cláusulas, a partir de una interpretación coordinada de los arts. 4.2 y 5 de la directiva (CÁMARA LAPUENTE, 2017a: 13). La tesis del TS exonera de cualquier control las cláusulas comunicadas formalmente al consumidor, aun cuando se dude de su comprensibilidad real o cuando por su propio modo de presentación puedan pasar desapercibidas a un consumidor medio. Ciertamente que su válida incorporación al contrato no las libera de su sujeción a un ulterior control de contenido, presidido por los criterios del art. 82 TRLGDCU. Pero la relajación del requisito deja fuera de control las cláusulas formalmente comprensibles que no produzcan un desequilibrio objetivo en perjuicio del consumidor. Puede pensarse en las cláusulas sorprendentes que introducen un requisito adicional para la obtención de un beneficio recogido en otra cláusula que, de modo transparente, otorga al consumidor una posición más ventajosa que la derivada del derecho dispositivo. En tal contexto ¿ha de entenderse válida la cláusula insólita por no existir a la postre desequilibrio contractual?⁵⁹.

b) Sanción por falta de transparencia

La aportación de la STS de 9 de mayo de 2013 al régimen de la transparencia exigible a las cláusulas suelo no se ciñó al grado de comprensibilidad exigible, sino que se extendió a determinar los efectos del carácter «no transparente» de las cláusulas analizadas. Como punto de arranque de su razonamiento, el tribunal descarta que tal situación produzca *per se* un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor contrario a la buena fe, premisa necesaria para la declaración de su nulidad (apartados 229 y 250). Por el contrario, es preciso que concurren los parámetros definitorios del carácter abusivo de las cláusulas concernidas, interpretados a la luz de los criterios contenidos en el art. 82.3 TRLGDCU. Sobre tales premisas, dos son los criterios «seleccionados» por el tribunal para emitir su juicio sobre la validez de las cláusulas en causa: la evolución previsible de los tipos de interés y el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y actúa a través de personas (empleados de la sucursal) en cuya apariencia de neutralidad confía (apartados 237-238 y 253). A partir de lo expuesto –y pese a declarar la licitud abstracta de las cláusulas suelo–, el tribunal entiende que se produce en el supuesto un desequilibrio contrario a la buena fe en el reparto real de los riesgos de variabilidad de los tipos, de modo que las cláusulas controvertidas dan cobertura exclusiva a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja «*y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como "variable"*» (apartados 263-264).

El razonamiento desarrollado por el TS para localizar el desequilibrio importante y contrario a la buena fe determinante del carácter abusivo de la cláusula evidencia que aquél

presentado, sino de su carácter objetivamente desequilibrado en perjuicio del consumidor. Con posterioridad, ciñen la exigencia de un plus de transparencia a las cláusulas definitorias de los elementos esenciales del contrato las ya citadas SSTs de 24.11.2017 (Ar. 5063); de 7.6.2018 (Ar. 165131) y la STS, 1ª, 11.4.2018 (Ar. 1722; MP: José Vela Torres).

⁵⁹ A favor de la limitación del control de transparencia material a los elementos esenciales se muestra MIRANDA SERRANO, a partir de la consideración de que los no esenciales no son tenidos en cuenta por el consumidor a la hora de contratar, con independencia de su comprensibilidad (2018: 14-19).

deriva, pura y llanamente, de la constatación durante la vigencia del contrato de un riesgo previsible que se omitió al consumidor: la bajada sensible del Euribor como tipo de referencia del interés remuneratorio del préstamo concertado y la consecuente activación como interés fijo del tipo estipulado en apariencia como tipo mínimo exigible. Aun cuando el tribunal apele a la falta de transparencia como presupuesto de control del carácter abusivo de una cláusula (apartado 229), lo cierto es que tal carácter se liga no ya al desequilibrio material que provoca por relación al tipo resultante del derecho dispositivo (referencia en este caso inexistente), sino por relación a la composición de intereses que puede representarse un consumidor medio a la vista del documento contractual. El *quid* del carácter abusivo de la cláusula es la existencia de un perjuicio derivado de su aplicación, previsible para el empresario e imprevisible para el consumidor, desconocedor de su potencial juego. En el contexto del fallo, el único sentido que puede atribuirse a la afirmación contenida en el apartado 250 de la sentencia («la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas») es que las cláusulas no transparentes pueden ser inocuas para el consumidor y, en tal caso, estar exentas de control, pues la existencia de un perjuicio está en la esencia misma de la noción de cláusula abusiva (PAZOS CASTRO, 2017: 446-448).

Las ideas expuestas presiden los pronunciamientos posteriores del TS, que certifican un tránsito en el papel que la falta de transparencia ha de jugar en la calificación de la cláusula, pasando de ser un presupuesto para apreciar su eventual carácter abusivo a constituir un criterio directo de abusividad. Un papel que aparece nítidamente descrito en la STS de 24 de marzo de 2015, cuando identifica el “desequilibrio sustancial” en perjuicio del consumidor que trae consigo la falta de transparencia con la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad, o una u otra modalidad de préstamo. En palabras del tribunal, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no ya del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo entre ambos, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

En su jurisprudencia posterior, el TS consolida la doctrina que liga directamente el carácter abusivo de la cláusula a la falta de transparencia material, desplazando progresivamente el juicio de nulidad al terreno del consentimiento, que pasa por la cognoscibilidad real de las cláusulas a las que el consumidor se adhiere y la posibilidad de contrastarlas con ofertas alternativas⁶⁰. De ahí que la cláusula salve su validez cuando el conocimiento se reputa existente, tal y como sucede en el supuesto resuelto por la sentencia de 9 de marzo de 2017,

⁶⁰ Véanse las ya citadas SSTs 29.4.2015 (Ar. 2042); 23.12.2015 (Ar. 5714); 24.11.2017 (Ar. 5063) y 24.1.2018 (Ar. 182) y la STS, Pleno, 25.5.2017 (Ar. 2561; MP: Ignacio Sancho Gargallo); STS, 1ª, 15.11.2017 (Ar. 4730; MP: Rafael Sarazá Jimena); STS, 1ª, 4.6.2018 (Ar. 158487; MP: Francisco Javier Orduña Moreno); STS, 1ª, 7.6.2018 (Ar. 165131; MP: Francisco Javier Orduña Moreno). En la doctrina, MIRANDA SERRANO, 2018: 33-42.

recaída sobre la cláusula suelo de que el consumidor fue suficientemente informado (AGÜERO ORTIZ, 2017: 173-177).

Llegados a este punto, es posible cuestionarse la necesidad de la doctrina jurisprudencial comentada. Establecido el nivel de transparencia exigible y constatada su falta en la cláusula enjuiciada, bastaría con aplicar la sanción de no incorporación al contrato prevista en la normativa española, equiparable a la “no vinculación” prevista por el art. 6 de la directiva en relación a las cláusulas abusivas⁶¹. Una sanción igualmente procedente en relación a las cláusulas accesorias que, en cumplimiento de la jurisprudencia europea, debieran garantizar la comprensibilidad real de sus términos y de sus efectos sobre la posición jurídica ocupada por el consumidor durante la vigencia del contrato. EL TS reserva el régimen de no incorporación a las cláusulas accesorias que no cumplan los requisitos de inclusión formal, y es en este extremo donde su doctrina debe ser revisada, a fin de garantizar la transparencia real de la totalidad del clausulado como presupuesto de su carácter vinculante.

4. Conclusiones

Primera: Desde la sentencia *Aziz*, el TJUE ha ido perfilando la noción de cláusula abusiva contenida en el artículo 3.1 de la Directiva 93/13, mediante el establecimiento de la interpretación que ha de darse a los conceptos abstractos de buena fe y desequilibrio significativo y a los criterios y cánones hermenéuticos que han de ser tenidos en cuenta por el juez nacional en la apreciación del carácter abusivo de una cláusula.

En la valoración del “desequilibrio significativo” entre los derechos y deberes derivados del contrato, el tribunal ha apelado reiteradamente al derecho dispositivo interno como parámetro de contraste, a fin de apreciar “si y en qué medida” el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que el derecho vigente. Por su parte, en la apreciación de la buena fe ordena valorar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual, una vez informado del conjunto de circunstancias que podrían influir en la ejecución del contrato.

Completando el marco de actuación del juez nacional, el TJUE ha establecido – siempre en respuesta a cuestiones procedentes de órganos españoles- dos principios de actuación a que aquél ha de sujetarse.

El primero de estos principios se vincula a la existencia de normas imperativas que restringen cuantitativamente el alcance de cláusulas contractuales típicas y que, a juicio del tribunal, no han de prejuzgar la labor calificadora del juez, restringiendo su facultad de apreciación del carácter abusivo de las cláusulas de que conoce, que deberá hacerse teniendo en cuenta los criterios recogidos en el art. 4.1 de la directiva y las consecuencias

⁶¹ Sobre la idoneidad de la sanción de no incorporación, véase, GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015: 1072-1078; CÁMARA LAPUENTE, 2017b: 392.

que la cláusula puede tener en el marco del derecho aplicable. La regla ha sido matizada con la admisión por la propia corte europea de la doctrina jurisprudencial española que, en el marco de los contratos de préstamo, ha establecido como criterio objetivo vinculante que es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora superior en más de dos puntos porcentuales al interés remuneratorio pactado. Ciertamente es que el TJUE sanciona la legitimidad del criterio jurisprudencial cuestionado a partir de un presupuesto ineludible: que la presunción *iuris et de iure* de nulidad sentada por el TS no ha de impedir al juez nacional apreciar el carácter abusivo de las cláusulas sometidas a su examen que respeten dicho criterio. Pero el fallo asume una doctrina que excluye la labor calificadora del juez en relación a las cláusulas que no lo respeten - cuya abusividad se decreta, abstracción hecha de las circunstancias concurrentes- y que prescinde del derecho dispositivo como parámetro de medición del desequilibrio generado por la cláusula, para sustituirlo por el precio del préstamo "pactado", sobre cuya determinación el profesional tiene influencia directa.

El segundo principio de actuación sancionado por el TJUE de modo reiterado excluye que las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva se supediten a su efectiva utilización por el empresario. A fin de preservar la función disuasoria buscada por el art. 7 de la directiva, la calificación de la cláusula- y, en su caso, privación de todos sus efectos - ha de prescindir de la valoración del comportamiento del empresario que, a fin de salvar su validez, adapta una pretensión fundada en ella a los límites de la buena fe contractual. La doctrina jurisprudencial europea exige la inmediata corrección del criterio interpretativo seguido por el TS en materia de cláusulas de vencimiento anticipado del préstamo por impago de *cualquiera* de los vencimientos, que el tribunal español estima exentas de control cuando la entidad bancaria haya dejado pasar más de tres mensualidades para reclamar anticipadamente el crédito. La consciencia de la caducidad de su doctrina ha llevado al TS a procurar su defensa desde un diverso prisma, elevando al TJUE una nueva cuestión prejudicial en que plantea, no ya la inmunidad de la cláusula, sino la legitimidad de limitar su nulidad a una parte de la misma (el inciso o supuesto de vencimiento por impago de una sola cuota), salvando su validez en el resto. En espera del fallo, es posible augurar el rechazo por el TJUE de la técnica propuesta por el tribunal español, al implicar en definitiva una corrección sobrevenida de la cláusula idéntica en sus efectos a la conocida "reducción conservadora" de la validez de la cláusula, que el TJUE ha declarado contraria al principio de eficiencia del derecho comunitario y a la finalidad disuasoria perseguida por los arts. 6 y 7 de la directiva.

Segunda: En los últimos años, la jurisprudencia del TJUE ha ido colmando, de modo gradual y evolutivo, el silencio guardado por la Directiva 93/13 en torno al alcance del deber de transparencia exigible a las cláusulas contractuales no negociadas individualmente y a los efectos ligados a su incumplimiento por el profesional. Tal evolución - quizás todavía inacabada- permite afirmar que las cláusulas predispuestas, ya definan los elementos esenciales del contrato - art. 4.2 de la directiva-, ya los derechos y deberes accesorios de las partes- art. 5 -han de ser *materialmente* comprensibles por un consumidor medio, de modo que, más allá de su transparencia formal y gramatical, han de exponer de modo claro y comprensible tanto su motivación y particularidades de

funcionamiento como su relación con las restantes cláusulas integrantes del contrato, a fin de que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos, las consecuencias económicas derivadas a su cargo. Constatada la falta de transparencia, el TJUE conmina al juez nacional a evaluar el posible incumplimiento de la exigencia de buena fe por el empresario y la existencia de un desequilibrio significativo en perjuicio del consumidor, en el sentido del art. 3.1 de la directiva. En apariencia, la apelación a este último precepto apunta al valor de la falta de transparencia como presupuesto para proceder al ulterior juicio de abusividad del clausulado oscuro, en términos de desequilibrio objetivo. Sin embargo, el análisis de los fallos más recientes evidencia que, para el TJUE, se produce un desequilibrio determinante del carácter abusivo de la cláusula desde que su juego ocasiona al consumidor un perjuicio para él imprevisible, pero cognoscible por el profesional en el momento de celebración del contrato. La vulneración del deber de transparencia contraria a las exigencias de la buena fe se convierte así en criterio directo de abusividad de la cláusula concernida, en la medida en que la previsibilidad del riesgo del que el consumidor no ha sido informado constituye la clave del juicio de su validez.

Las líneas interpretativas apuntadas coinciden parcialmente con la doctrina sostenida desde el año 2013 por el TS español que, en el estricto ámbito de las cláusulas definitorias del objeto esencial del contrato - señaladamente, en relación a las cláusulas suelo-, ha venido a consagrar el valor de la falta de transparencia material como parámetro directo del carácter abusivo de la cláusula, al generar en perjuicio del consumidor un desequilibrio sustancial objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá la aplicación de la cláusula y en la privación de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado.

La convergencia entre doctrina jurisprudencial europea e interna falta aún en materia de cláusulas accesorias, definitorias de los derechos y deberes de las partes que, a juicio del TS, no han de sujetarse a más control de transparencia que el del cumplimiento de los requisitos de su inclusión formal al contrato, que se estiman cubiertos cuando el clausulado ha sido puesto a disposición del consumidor con carácter previo o simultáneo a la celebración del contrato, con independencia del nivel de información precontractual suministrada, de la presentación de la cláusula y de su nivel de comprensibilidad real. La jurisprudencia española debe en este extremo adaptarse a la tesis sostenida por el TJUE, que equipara el tratamiento que ha de darse a la transparencia en todo tipo de cláusulas, a partir de una interpretación coordinada de los arts. 4.2 y 5 de la directiva.

5. Tabla de jurisprudencia

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Caso</i>	<i>Referencia</i>
STJUE, 5ª, 7.5.2002	C-478/99, Comisión/Suecia	EU:C:2002:281
STJUE, 1ª, 9.9.2004	C-70/03, Comisión/España	EU:C:2004:505
STJUE, 5ª, 1.4.2004	C-237/02, Freiburger Kommunalbauten	EU:C:2004:209
STJUE, 4ª, 4.6.2009	C-243/08 , Pannon GSM	EU:C:2009:350
STJUE, Gran Sala, 9.11.2010	C-137/08, VB Pénzügyi Lízing	EU:C:2010:659
ATJUE, 8ª, 16.11.2010	C-76/10, Pohotovost'	EU:C:2010:685
STJUE, 1ª, 26.4.2002	C-472/10, Invitel	EU:C:2012:242
STJUE, 1ª, 15.3.2012.	C-453/10, Perenicová y Perenic	ECLI:EU:C:2012 :144
STUE, 1ª, 14.6.2012	C- C-618/10, Banco Español de Crédito	ECLI:EU:C:2012 :349
STJUE, 1ª 14.3.2013	C-415/11, Aziz	EU:C:2013:164
STJUE, 1ª, 21.3.2013	C-92/11, RWE Vertrieb	EU:C:2013:180
STJUE, 30.5.2013	C-488/11, Asbeek Brusse y de Man Garabito	ECLI:EU:C:2013 :341
STJUE, 1ª, 16.1.204	C-226/12, Constructora Principado	EU:C:2014:10
STJUE, 4ª, 30.4.2014	C-26/13, Kásler y Káslerné Rábai	EU:C:2014:282
STJUE, 6ª, 30.4.2014	C- 280/13, Barclays Bank	EU:C:2014:279
STJUE, 3ª, 10.9.2014	C-34/13, Kušionová	EU:C:2014:2189
STJUE, 4ª, 23.10.2014	C-359/11 y C-400/11, Schulz	EU:C:2014:2317
STJUE, 1ª, 21.1.2015	C-482/13, C-484/13, C- 485/13 y C-487/13, Unicaja Banco y Caixabank	EU:C:2015:21
STJUE, 9ª, 26.2.2015	C-143/13, Matei	ECLI:EU:C:2015 :127
STJUE, 3ª, 23.4.2015	C- 96/14, Van Hove	ECLI:EU:C:2015 :262
ATJUE, 6ª, 11.6.2015	C-602/13, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria	EU:C:2015:397
ATJUE, 6ª, 8.7.2015	C-90/14, Banco Grupo Cajates	EU:C:2015:465

ATJUE, 10ª, 17.3.2016	C-613/15, Ibercaja Banco	EU:C:2016:195
STJUE, 3ª, 21.4.2016	C-377/14, Radlinger y Radlingerová	EU:C:2016:283
STJUE, Gran Sala, 21.12.2016	C-154/15, C-307/15 y C-308/15, Gutiérrez Naranjo	EU:C:2016:980
STJUE, 1ª, 26.1.2017	C-421/14, Primus	ECLI:EU:C:2017:60
STJUE, 2ª, 20.9.2017	C-186/16, Andriiciuc	EU:C:2017:703
STJUE, 5ª, 7.8.2018	C-96/16 y C-94/17, Banco Santander	ECLI:EU:C:2018:643

Tribunal Supremo

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, 1ª, 2.3.2011	RJ 1833	José Antonio Seijas Quintana
STS, 1ª, 18.6.2012	RJ 8857	Francisco Javier Orduña Moreno
STS, 1ª, Pleno, 9.5.2013	RJ 3088	Rafael Gimeno-Bayón Cobos
TS, 8.5.2013	JUR 2013\146287	Acuerdo de los magistrados de la Sala de lo Civil
STS, 1ª, Pleno, 24.3.2015	RJ 845	Rafael Sarazá Jimena
STS, 1ª, Pleno, 22.4.2015	RJ 1360	Rafael Sarazá Jimena
STS, 1ª, 29.4.2015	RJ 2042	Rafael Sarazá Jimena
TS, 1ª, 7.9.2015	RJ 3976	Rafael Sarazá Jimena
TS, 1ª, 8.9.2015	RJ 3977	Rafael Sarazá Jimena
TS, 1ª, Pleno, 23.12.2015	RJ 5714	Pedro José Vela Torres
STS, 1ª, 18.2.2016	RJ 619	Pedro José Vela Torres
STS, 1ª, Pleno, 3.6.2016	RJ 2300	Pedro José Vela Torres
STS, 1ª, Pleno, 14.7.2016	RJ 3399	Ignacio Sancho Gargallo
ATS, 1ª, Pleno, 8.2.2017	RJ 365	Pedro José Vela Torres
ATS, 1ª, Pleno, 22.2.2017	RJ 597	Rafael Sarazá Jimena
STS, 1ª, Pleno, 25.5.2017	RJ 2561	Ignacio Sancho Gargallo
STS, 1ª, Pleno, 15.11.2017	RJ 4730	Rafael Sarazá Jimena
STS, 1ª, 24.11.2017	RJ 5063	Rafael Sarazá Jimena
STS, 1ª, 24.1.2018	RJ 182	Ignacio Sancho Gargallo
STS, 1ª, 11.4.2018	RJ 1722	Pedro José Vela Torres
STS, 1ª, 11.4.2018	RJ 1730	Rafael Sarazá Jimena
STS, 1ª, 24.4.2018	RJ 1793	Francisco Javier Orduña

		Moreno
STS, 1ª, 4.6.2018	RJ 158487	Francisco Javier Orduña Moreno
STS, 1ª, 7.6.2018	RJ 165114	Rafael Sarazá Jimena
STS, 1ª, 7.6.2018	RJ 165131	Francisco Javier Orduña Moreno
STS, 1ª, 13.6.2018	RJ 172278	Rafael Sarazá Jimena
STS, 1ª, 15.6.2018	RJ 172279	Francisco Javier Orduña Moreno
STS, 1ª, 11.9.2018	RJ 233415	Pedro José Vela Torres

Audiencias Provinciales y Juzgados

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
SAP Zaragoza, 4ª, 29.6.2007	JUR 2008\175866	Juan Ignacio Medrano Sánchez
SAP de Asturias, 4ª, 25.5.2012	JUR 2012\231460	María Nuria Zamora Pérez
SAP Pontevedra, 6ª, 6.2.2013	JUR 2013\92624	Magdalena Fernández Soto
SAP de Asturias, 7ª, 10.6.2013	JUR 2013\245139	Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorent
SAP Pontevedra, 3ª, 9.10.2013	JUR\2013\325363	Jaime Esáin Manresa
AJPI nº 2 Santander, 19.11.2013	AC 2013\228	Jaime Francisco Anta González
AAP Valencia, 11ª, 30.12.2013	AC\2014\415	Manuel José López Orellana
AAP Pontevedra, 6ª, 10.2.2014	AC\2014\487	Jaime Carrera Ibarzábal
SAP de Pontevedra, 1ª, 14.5.2014	JUR\2014\145294	Manuel Almenar Belenguer
AAP Murcia, 5ª, 6.6.2014	AC\2014\1436	José Manuel Nicolás Manzanares
AJPI Santander, 10.9.2014	JUR\2015\136016	Jaime Francisco Anta Gonzalez
SAP Alicante, 8ª, 11.9.2014	JUR\2014\272560	Francisco José Soriano Guzmán
AAP Girona, 1ª, 20.10.2014	AC\2014\2004	Fernando Lacaba Sánchez
AAP Barcelona, 13ª, 29.10.2014	AC\2014\2324	Juan Bautista Cremades Morant
AAP Barcelona, 14ª, 14.11.2014	AC\2014\2308	Agustín Vigo Morancho

AAP de Lleida, 2ª, 3.12.2014	JUR\2015\54886	Ana Cristina Sainz Pereda
AAP Madrid, 10ª, 18.12.2014	AC 2014\2259	José Manuel Arias Rodríguez
AP Barcelona, 12.1.2015.	JUR 2015\87682	Acuerdo de la Presidencia
AAP Sevilla, 5ª, 20.1.2015	JUR 2015\107497	Fernando Sanz Talayero
SAP Pontevedra, 1ª, 6.2.2015	JUR\2015\79020	Francisco Javier Menéndez Estébanez
AAP de Barcelona, 1ª, 27.2.2015	AC 2015\649	Amelia Mateo Marco
AAP Lleida, 2ª, 27.4.2015	AC 2015\1093	Albert Guilanyà i Foix
AAP Cádiz, 8ª, 4.6.2015	AC 2015\1415	Ignacio Rodríguez Bermúdez de Castro
SAP Salamanca, 1ª, 19.6.2015	AC 2015\1335	Fernando Carballo Cascón
AAP Madrid, 14ª, 3.9.2015	JUR 2015\244752	Juan Uceda Ojeda
AAP Cádiz, 8ª, 25.9.2015	AC\2016\90	Blas Rafael Lope Vega
AP Alicante, Pleno, 1.10.2015	JUR\2015\250300	Acuerdo de la Presidencia
AAP Barcelona, 4ª, 27.10.2015	JUR 2016\50926	Mercedes Hernández Ruiz-Olalde
AAP Pontevedra, 1ª, 30.10.2015	JUR\2015\254063	Manuel Almenar Belenguer
AAP Barcelona, 14ª, 5.11.2015	JUR 2016\9851	Marta Font Marquina
SAP Zaragoza, 5ª, 15.12.2015	JUR 2016\19495	Pedro Antonio Pérez García
AAP Pontevedra, 6ª, 16.12.2015		Julio Picatoste Bobillo
AAP Barcelona, 19ª, 8.9.2016	JUR\2016\237940	Asunción Claret Castany
AJPI nº 38 Barcelona, 2.2.2016	JUR 2016\233688	Francisco González de Audicana Zorraquino
AAP Pontevedra, 6ª, 29.2.2016		Eugenio Francisco Míguez Tabares
AAP Córdoba, 1ª, 11.4.2016)	AC 2016\1097	Fernando Caballero García
AAP Valencia, 9ª, 7.6.2016	JUR\2016\213516	Juan Carlos Mompó Castañeda
AAP Madrid, 9ª, 9.6.2016	JUR\2016\184201	Juan Angel Moreno García
SAP Alicante, 8ª, 23.6.2016	JUR\2016\213134	Francisco José Soriano Guzmán
AJPI Alicante, 28.7.2016	JUR\2017\85130	José Antonio Pérez

		Nevot	
AAP Valencia, 11 ^a , 22.9.2016	AC 2016\2219	Susana Muedra	Catalán
AAP Málaga, 5 ^a , 28.9.2016	AC 2016\2320	Melchor Calvo	Hernández
AAP Barcelona, 16 ^a , 21.10.2016	AC 2017\229	Inmaculada Camacho	Zapata
AAP Castellón, 3 ^a , 28.10.2016	JUR 2017\13079	José Manuel Cos	Marco
SAP Las Palmas (Sección 4 ^a), 9.11.2016 (AC 2017\72):	RJ 172279	Francisco Orduña	Javier Moreno
AAP Álava, 1 ^a , 16.11.2016	AC 2016\1702	Edmundo Rodríguez Achutegui	
AAP Barcelona, 1 ^a , 17.11.2016	JUR 2017\38651	M ^a Teresa Martín de la Sierra	García- Fogeda
AAP Barcelona, 17 ^a , 24.11.2016	AC\2017\334	Paulino Rico Rajo	
SAP Huelva, 2 ^a , 1.12.2016	JUR 2017\57622	Francisco Soria	Bellido
AAP Barcelona, 13 ^a , 14.12.2016	JUR 2017\44042	Juan Bautista Cremades Morant	
AAP Barcelona, 14 ^a , 14.12.2016	JUR\2017\46152	Montserrat Sal	
AAP Córdoba, 1 ^a , 16.12.2016	AC 2016\2045	Fernando Caballero García	
AAP Sevilla, 5 ^a , 29.12.2016	AC 2016\2114	Conrado Gallardo Correa	
AAP Cádiz, 2 ^a , 25.1.2017	JUR 2017\71148	Concepción Carranza Herrera	
AAP Barcelona, 13 ^a , 26.1.2017	AC\2017\1493	María dels Angels Gomis Masque	
AAP Jaén (Sección 1 ^a), 1.2.2017	JUR 2017\131164	Luis Shaw Morcillo	
AAP Ciudad Real, 1 ^a , 6.2.2017	AC 2017\691	Luis Casero Linares	
AAP Cantabria, 2 ^a , 6.2.2017	JUR\2017\145487	José Arsuaga Cortázar	
AAP Barcelona, 14 ^a , 7.2.2017	JUR 2017\99699	Agustín Vigo Moracho	
AAP Barcelona, 4 ^a , 15.3.2017	AC\2017\748	Marta Dolores del Valle García	

AAP Ávila, 1ª, 16.3.2017	AC 2017\574	Javier García Encinar
AAP Vizcaya, 4ª, 22.3.2017	AC 2017/219	Desconocido
AAP Pontevedra, 1ª, 3.4.2017	JUR\2017\146739	María Begoña Rodríguez González
AAP Badajoz, 3ª, 17.4.2017	JUR\2017\173079	Joaquín González Casso
SAP A Coruña, 4ª, 18.4.2017	JUR 2017\140105	Antonio Miguel Fernández-Montells Fernández
SAP Pontevedra, 6ª, 31.5.2017	AC\2017\937	Magdalena Fernández Soto
AAP Zaragoza, 4ª, 14.6.2017	JUR\2017\214797	María Jesús de Gracia Muñoz
AAP Huelva, 2ª, 26.6.2017	JUR\2017\239903	Francisco Bellido Soria
AAP Huelva, 2ª, 29.6.2017	JUR 2017\239910	Francisco Bellido Soria
SAP Pontevedra, 6ª, 30.6.2017 (Sección 6ª)	JUR 2017\220234	Magdalena Fernández Soto
SAP Barcelona, 13ª, 13.9.2017	JUR 2017\298107 Carbonell	Fernando Utrillas Carbonell
AAP A Coruña, 6ª, 29.9.2017	AC 2017\1419	Angel Pantín Reigada
AA Provincial Málaga, 5ª, 5.10.2017	AC 2017\1670	Soledad Velázquez Moreno
AAP Toledo, 2ª, 23.10.2017	JUR 2018\30907	María Isabel Ochoa Vidaur
SAP Islas Baleares, 5ª, 7.2.2018	JUR\2018\96996	Santiago Oliver Barceló
AAP Valencia, 9ª, 20.2.2018	JUR 2018\125087	Gonzalo Caruana Font de Mora
AAP Almería, 1ª, 27.2.2018	JUR 2018\201017	Laureano Francisco Martínez Clemente
SAP Cádiz, 5ª, 28.3.2018	JUR 2018\184648	Carlos Ercilla Labarta
AAP Barcelona, 19ª, 12.6.2018	JUR 2018\181652	Miguel Julián Collado Nuño

6. Bibliografía

Federico ADÁN DOMENECH (2017), "STJUE de 26 de enero de 2017 sobre cláusulas de vencimiento anticipado: nuevo varapalo jurídico al Tribunal Supremo y crisis del sistema procesal español", *Diario La Ley*, 8922, 15.2.1017.

Alicia AGÜERO ORTIZ (2015), "Los intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales a los intereses remuneratorios son abusivos", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 14, 262-274. Disponible en: <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/806>

Alicia AGÜERO ORTIZ (2016), "Los intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales a los remuneratorios serán abusivos en los préstamos hipotecarios", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 19, 209-216. Disponible en: <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1192>

Alicia AGÜERO ORTIZ (2017), "Cláusula suelo transparente por quedar probado que el consumidor tuvo un conocimiento de la misma: ¿existe alguna diferencia entre el control de transparencia y la evaluación del consentimiento?" *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 21, 171-179. Disponible en: <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1420>

Alicia AGÜERO ORTIZ (2018), "Conclusiones del abogado general sobre la doctrina del TS relativa a la abusividad de la cláusula de intereses moratorios y sus efectos". *Centro de Estudios de Consumo* [web], 5-5-2018. Disponible en: <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/3585-conclusiones-del-abogado-general-sobre-la-doctrina-del-ts-relativa-a-la-abusividad-de-la-cl%C3%A1usula-de-intereses-moratorios-y-sus-efectos-2>

Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN (2017), "Cláusulas de moneda o divisa extranjera en contratos de préstamos bancarios. Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16: Andriuc y otros/Banca Românesacă SA", *La Ley. Unión Europea*, 53 (Noviembre).

Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (1991), *Las condiciones generales de la contratación: estudio de las disposiciones generales*. Madrid, Civitas.

Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (2014), "Cláusulas abusivas y elementos esenciales del contrato", *Almacén de Derecho* [blog], 12-2-2014. Disponible en: <http://derechomercantilesana.blogspot.com.es/2014/02/clausulas-abusivas-y-elementos.html>

Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (2014), "Las Conclusiones del Abogado General sobre el art. 693.2 LEC y la Directiva de cláusulas abusivas", *Almacén de Derecho* [blog], 3-2-2016. Disponible en: <http://almacendederecho.org/las-conclusiones-del-abogado-general-sobre-el-art-693-2-lec-y-la-directiva-de-clausulas-abusivas/>

Esther ARROYO AMAYUELAS (2016), "No vinculan al consumidor las cláusulas abusivas: del Derecho civil al procesal y entre la prevención y el castigo" en Esther ARROYO AMAYUELAS y Ángel SERRANO DE NICOLÁS (dirs.), *La europeización del derecho privado: cuestiones actuales*, Madrid, Marcial Pons, pp. 65-96.

Esther ARROYO AMAYUELAS (2018), "The Dialogue Between Courts Concerning Directive 93/13, especially the default interest clause", Texto inédito que manejo por amabilidad de la autora, de próxima publicación en la editorial Nomos.

Carlos BALLUGERA GÓMEZ (2017), "La cuestión prejudicial del Tribunal Supremo sobre el vencimiento anticipado. Integración de cláusulas abusivas y falta de confianza del Supremo en el mercado hipotecario", *Diario La Ley*, 8950, 28.3.2017.

Víctor BASTANTE GRANELL, (2015), "La abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado en el procedimiento de ejecución hipotecaria", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 750, 2420-2454.

Sergio CÁMARA LAPUENTE (2013), "¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas?", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 5 (2), 209-233.

Sergio CÁMARA LAPUENTE (2017a), "Doce tesis sobre la STJUE de 21 diciembre 2016: Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no sólo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo", *Indret*, 1. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1287.pdf>

Sergio CÁMARA LAPUENTE (2017b), "Un examen crítico de la STJUE de 21 diciembre 2016: nulidad retroactiva sí, falta de transparencia "abusiva" de las cláusulas suelo no", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 9 (1), 383-395.

Marta CARBALLO FIDALGO (2016), "La extensión del deber de aplicación de oficio del derecho de consumo de origen comunitario al juez concursal. Comentario a la STJUE (Sala Tercera) de 21 de abril de 2016", *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, 25, 177-189.

Javier DOMÍNGUEZ ROMERO (2014), "Cláusulas exentas, transparencia e integración judicial a propósito de la STJUE 30.4.2014, Árpád Kásler, y la revisión británica sobre *exempt terms*". *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 35, 317-343.

Martin EBERS (2008), "Unfair Contract Terms Directive", en Hans SCHULTE-NÖLKE, Christian TWIGG-FLESNER y Martin EBERS (eds.), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Munich, Sellier.

Oliver GERSTENBERG (2015), "Constitutional Reasoning in Private Law: The Role of the CJEU in Adjudicating Unfair Terms in Consumer Contracts", *European Law Journal*, 21 (5), 599-621.

Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, (2015), "Artículo 80", en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi.

Ewouds HONDIUS (2016), "Unfair Contract Terms and the Consumer: ECJ Case Law, Foreign Literature and Their Impact on Dutch Law", *European Review of Private Law*, 24 (3/4), 457-472.

Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, COM (2000) 248 final, 27.04.2000.

Antonio LAS CASAS *et al.* (2014), "Recent trends of the ECJ on consumer protection: Aziz and Constructora Principado", *European Review of Contract Law*, 2014, 10 (3), 444-465.

Candida LEONE (2014), "Transparency revisited - on the role of information in the recent case-law of the CJEU", *European Review of Contract Law*, 2014, 10 (2), 312-325.

Marco B.M. LOOS (2015), "Transparency of standard terms under the Unfair Contract Terms Directive and the Proposal for a Common European Sales Law", *European Review of Private Law*, 23(2), 179-193.

Ángeles LÓPEZ CÁNOVAS (2015), "El carácter abusivo del pacto de intereses moratorios en préstamos sin garantía real. Comentario a la STS nº 265/2015, de 22 de abril, que fija doctrina jurisprudencial al respecto", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 8, 167- 178.

Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ (2015), "Imposibilidad de recalcular los intereses moratorios en los préstamos hipotecarios, fijándolos en tres veces el interés legal del dinero, cuando la cláusula que los impone es abusiva (STJUE de 21 de enero de 2015)", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 13, 27-39. Disponible en <https://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/707>

Hans W. MICKLITZ (2000), "Obligation of clarity and favourable interpretation to the consumer (Article 5)", en *The "Unfair Terms Directive", 5 years on. Evaluation and future perspectives*, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities.

Hans W. MICKLITZ y Norbert REICH (2014), "The Court and Sleeping Beauty: the revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD)", *Common Market Law Review*, 51, 771-808.

Luis María MIRANDA SERRANO (2018), "El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria", *Indret*, 2. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1386.pdf>

Stéphanie MORACCHINI-ZEIDENBERG (2014), "Clauses abusives : précisions sur la notion de déséquilibre significatif. Commentaire de CJUE, arrêt du 16 janvier 2014, Constructora Principado SA c/ José Ignacio Menéndez Álvarez, C-226/12", *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, 14, 1177.

Antonio Manuel MORALES MORENO (2014), "El control de abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado del crédito hipotecario, por falta de pago" en Luis DIEZ-PICAZO (coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*. Vol. 2, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 1957-1993.

Javier PAGADOR LÓPEZ (1998), *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Madrid, Marcial Pons.

Javier PAGADOR LÓPEZ (1998), *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*, Madrid, Marcial Pons.

José Ignacio PAREDES PÉREZ (2017), "El carácter abusivo por falta de transparencia de las cláusulas que establecen el reembolso de un préstamo vinculado a moneda extranjera. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 20 de septiembre de 2017, Asunto C-186/16: Ruxandra Paula Andriuc y otros y Banca Românească SA", *La Ley Unión Europea*, 53 (Noviembre).

Ricardo PAZOS CASTRO (2015), "El control judicial de las cláusulas abusivas existentes en los procesos de ejecución hipotecaria. Comentario a la STJUE de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, Unicaja Banco y Caixabank)", *La Ley. Unión Europea*, 26 (Mayo).

Ricardo PAZOS CASTRO (2016), "La retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo según el TJUE: luces y sombras. STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15: Gutiérrez Naranjo y otros", *La Ley. Unión Europea*, 45 (Febrero).

Ricardo PAZOS CASTRO (2017), *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi.

Ricardo PAZOS CASTRO (2017b), "Transparency in contracts with consumers – A new beginning?", *Revista de Direito do Consumidor*, 112, 249-276.

Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004), *Cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi.

Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017), La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios, Valencia, Tirant lo Blanch.

S. PIEDELIEVRE (2014). Clauses abusives et déséquilibre significatif, commentaire de CJUE, arrêt du 16 janvier 2014, Constructora Principado SA c/ José Ignacio Menéndez Alvarez, C-226/12. *Gazette du Palais*, 170.

J. ROCHFELD (2013). La protection du consommateur-contractant dans l'Union Européenne : quelques enseignements sur l'étatut de la liberté contractuelle e des contrats à durée indéterminée. *Revue des contrats*, Juillet, 843-848.

Peter ROTT (2012), "Case note on Banco Español de Crédito v Joaquín Calderón Camino", *European Review of Contract Law*, 8 (4), 470-480.