

# El control judicial de las cantidades reclamadas al prestatario en el préstamo bancario de dinero

## *Judicial Control of Sums Claimed from a Borrower by the Lending Bank*

por

DIEGO CRUZ RIVERO  
*Profesor Titular de Derecho Mercantil*  
*Universidad de Sevilla*

**RESUMEN:** En el presente estudio se analizan los criterios utilizados por los Tribunales para controlar la cantidad reclamada por la entidad de crédito prestamista al prestatario como consecuencia del incumplimiento del pago de alguno de los plazos. En concreto, nos centramos en el análisis de las cantidades reclamadas en concepto de capital, intereses remuneratorios e intereses de demora. En el primer caso se estudia en qué casos y bajo qué circunstancias el incumplimiento del prestatario desencadena la posibilidad de exigir también el capital no vencido. En relación a los intereses remuneratorios, nos adentramos en el control en España de los intereses usurarios, a la vez que se hace un análisis de la legalidad de las cláusulas suelo. Y, en lo tocante a los intereses moratorios, se analiza la posible moderación o supresión en sede judicial de los intereses pactados por el hecho de que se consideren excesivos. A la hora de estudiar todas estas cuestiones se tiene especialmente en cuenta la incidencia que podría tener en la regulación el Proyecto de Código Mercantil si fuera finalmente aprobado. El artículo concluye con una referencia a la posibilidad del prestamista de excepcionar en los procesos monitorio e hipotecario estas

circunstancias, así como que las mismas puedan ser apreciadas de oficio por el juez.

*ABSTRACT: In this paper it is analyzed the criteria used by courts of law to control the amount legally claimed by the lender credit institution to the borrower as a consequence of the non-payment of any instalment. Specifically, we focus on the analysis of the sum of money claimed as principal, remunerative interest and default interest. In the former case, it is studied under which circumstances the borrower's default makes also the non-expired amount claimable. On the matter of remunerative interest, we go in depth into the control in Spain of usurious interest and we make an analysis of legality of floor clauses. Regarding default interest, it is analyzed the possibility that agreed interest were judicially reduced or suppressed because of being considered excessive. In studying all these issues, it is taken into account the effect that the Draft Commercial Code Bill could have if it were finally approved. The paper finishes with a reference to the lender's possibility of raising all these issues as a defense in small claim proceeding or in foreclosure process as well as to the possibility that the court ex officio were entitled to rule on them.*

**PALABRAS CLAVE:** Préstamo bancario. Intereses remuneratorios. Intereses de demora. Usura. Cláusula suelo. Cláusulas abusivas. Proyecto de Código Mercantil

**KEY WORDS:** *Bank lending. Remunerative interest. Default interest. Usury. Floor clause. Unfair terms. Draft Commercial Code Bill*

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO.—II. EL CONTROL DEL CAPITAL A DEVOLVER: LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO Y EL VENCIMIENTO ANTICIPADO DEL CRÉDITO: II.1. POSIBILIDAD O IMPOSIBILIDAD DE APLICAR EL ARTÍCULO 1.124 DEL CÓDIGO CIVIL AL CONTRATO DE PRÉSTAMO. II.2. POSIBILIDAD DE EXIGIR EL PAGO ANTICIPADO DE LOS PLAZOS PENDIENTES CUANDO RESULTE DE APLICACIÓN LA LEY 28/1998, DE 13 DE JULIO, DE VENTA A PLAZOS DE BIENES MUEBLES. II.3. EL IMPAGO DEL CRÉDITO COMO INCUMPLIMIENTO TÉCNICO. II.4. BREVE REFERENCIA AL PROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL.—III. EL CONTROL DE LOS INTERESES REMUNERATORIOS: LOS INTERESES USURARIOS: III.1. LA LEY DE 23 DE JULIO DE 1908 DE REPRESIÓN DE LA USURA. III.2. INCIDENCIA DEL PROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL EN LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY DE 23 DE JULIO DE 1908 DE REPRESIÓN DE LA USURA.—IV. LAS CLÁUSULAS TECHO Y SUELO: IV.1. INTERPRETACIONES ANTERIORES A LA STS DE 9 DE MAYO DE 2013. IV.2. INTERPRETACIÓN DE LA STS DE 9 DE MAYO DE 2013. IV.3. POSIBLE INCIDENCIA DEL PROYECTO DE

CÓDIGO MERCANTIL SOBRE LA CUESTIÓN.—V. LOS INTERESES MORATORIOS: CRITERIOS PARA DETERMINAR SU CARÁCTER ABUSIVO: V.1. PLANTEAMIENTO. V.2. LA PROTECCIÓN DEL PRESTATARIO EMPRESARIO: V.2.A. *La posibilidad de aplicar la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.* V.2.B. *Posibilidad de moderar los intereses moratorios estipulados como cláusula penal.* V.3. LA PROTECCIÓN DEL PRESTATARIO CONSUMIDOR. V.4. BREVE REFERENCIA A LA DISCIPLINA DE LA MORA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL.—VI. EL CONTROL JUDICIAL EN EL PROCESO. EN ESPECIAL, EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS JUICIOS MONITORIO E HIPOTECARIO.—VII. RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

## I. PLANTEAMIENTO

Habitualmente en la demanda planteada por la entidad prestamista se exige una cuantía integrada por el principal del préstamo pendiente de pago, incluyendo la cantidad hasta entonces no vencida y los intereses remuneratorios y moratorios devengados<sup>1</sup>. En los siguientes apartados analizaremos estos tres conceptos que componen la cantidad exigida y el control judicial de su determinación. Para ello, a la hora de considerar la regulación aplicable y por tanto los criterios para entender que la determinación de la cuantía se ha realizado conforme a Derecho, distinguiremos cuando sea preciso al prestatario consumidor del no consumidor. Tal como se verá seguidamente la regulación protectora de los consumidores y usuarios, a través del control de abusividad de las cláusulas incorporadas a los contratos, brinda una considerable mayor protección al prestatario consumidor. Ello no obstante existe también una regulación aplicable a cualquier tipo de contrato de préstamo bancario que ampara con carácter general a todo prestatario, también al no consumidor.

Como parte del control de los intereses remuneratorios se analizan también las distintas posiciones jurisprudenciales respecto a las cláusulas suelo. Tal como se verá más adelante, es frecuente —pues de hecho se corresponde con los efectos propios de la nulidad— que los tribunales reconozcan eficacia retroactiva a la declaración de nulidad de estas cláusulas —aunque no sigue este criterio la conocida sentencia del TS de 9 de mayo de 2013—. De este modo, ante la demanda del prestatario por parte del prestamista, aquel puede igualmente buscar una declaración de nulidad de la cláusula suelo y por tanto la necesidad de recalcular las cantidades debidas.

En el análisis de estas cuestiones haremos mención de la incidencia que podría llegar a tener el Proyecto de Código Mercantil (en adelante PCM) si llegara a aprobarse en los términos propuestos por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación<sup>2</sup>.

## II. EL CONTROL DEL CAPITAL A DEVOLVER: LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO Y EL VENCIMIENTO ANTICIPADO DEL CRÉDITO

### II.1. POSIBILIDAD O IMPOSIBILIDAD DE APLICAR EL ARTÍCULO 1.124 DEL CÓDIGO CIVIL AL CONTRATO DE PRÉSTAMO

Es evidente que la configuración del contrato de préstamo en nuestros Códigos es la de un contrato real, para cuya perfección se requiere la entrega de la cosa prestada, y unilateral, generador de obligaciones solo para el prestatario: la restitución del capital y el pago de los intereses según se haya pactado<sup>3</sup>. También la práctica contractual se corresponde con esta idea, por cuanto que el prestatario reconoce en el contrato haber recibido ya la cuantía del préstamo y se obliga a restituirla. Según la mayoría de la doctrina<sup>4</sup>, no cabe un contrato de préstamo no real, y el acuerdo previo por el que el prestamista se compromete a prestar en unas condiciones ha de calificarse de precontrato. Siguiendo este planteamiento, no siendo un contrato sinalagmático no es posible que, ante el incumplimiento del prestatario, el prestamista opte por la resolución del contrato según lo establecido en el artículo 1.124 CC<sup>5</sup>.

Existe no obstante doctrina muy autorizada que estima que dicho acuerdo de dar en préstamo no es un precontrato, sino un verdadero contrato de préstamo, sin perjuicio de que la obligación de devolver el objeto del préstamo por el prestatario solo pueda nacer tras la entrega por el prestamista<sup>6</sup>. En definitiva, bajo este punto de vista, se entiende que el contrato de préstamo es o puede configurarse como un contrato consensual y bilateral<sup>7</sup>, e incluso sinalagmático<sup>8</sup>. De seguirse esta idea, un incumplimiento grave de cualquiera de las partes —del prestatario obligado a devolver el préstamo— facultaría a la otra parte —el prestamista— para resolver el contrato conforme al artículo 1.124 del Código Civil. Ante un incumplimiento habría de evaluarse entonces su entidad para determinar si puede considerarse efectivamente como *grave*<sup>9</sup>. En caso afirmativo el incumplimiento del prestatario determinaría la posibilidad del prestamista de resolver el contrato y, por tanto, de exigir la devolución de todo el capital.

En definitiva, y con la salvedad de que el prestamista haya resuelto el contrato por el grave incumplimiento de sus obligaciones por parte del prestatario de un préstamo configurado como contrato consensual, bilateral y sinalagmático, producido el incumplimiento ha de aplicarse la regla general establecida en el artículo 1.125 del Código Civil: el prestamista puede exigir exclusivamente los plazos vencidos, integrados por capital e intereses, y los intereses moratorios que se hayan devengado. El citado precepto tiene su reflejo en el Derecho adjetivo en los artículos 575 y 578 de la LEC. En virtud de lo dispuesto en estos preceptos, podrá despacharse ejecución por el principal e intereses remuneratorios y moratorios vencidos, incrementándose en su caso esa cuantía con la que se prevea para hacer frente a las costas y a los intereses que, en su caso, puedan

devengarse durante la ejecución. Posteriormente será posible incluir nuevas cantidades conforme se vayan produciendo ulteriores vencimientos.

**II.2. POSIBILIDAD DE EXIGIR EL PAGO ANTICIPADO DE LOS PLAZOS PENDIENTES CUANDO RESULTE DE APLICACIÓN LA LEY 28/1998, DE 13 DE JULIO, DE VENTA A PLAZOS DE BIENES MUEBLES**

Según se dispone en su artículo 1, la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, regula, los contratos de compraventa a plazos de bienes muebles corporales no consumibles e identificables, los contratos de préstamo destinados a facilitar su adquisición y las garantías que se constituyan para asegurar el cumplimiento de las obligaciones nacidas de ellos. De este modo, cuando un préstamo bancario financia una compraventa regulada por esta Ley, quedará igualmente bajo su ámbito de aplicación. La Ley contempla estos contratos desde un punto de vista unitario, vinculando el contrato de compraventa y el préstamo que la financia, lo que se manifiesta en numerosos momentos a lo largo de la norma. Precisamente un ejemplo de ello es la regulación que se da al incumplimiento de la obligación de pagar los pagos aplazados por parte del comprador prestatario.

Cuando la financiación proviene del propio vendedor, ante el incumplimiento de la obligación del pago del precio el vendedor puede optar entre resolver la compraventa, debiendo en tal caso devolver el precio ya percibido<sup>10</sup>, o exigir el cumplimiento del contrato. Es en este último supuesto en el que el comprador pierde el plazo concedido al acordar la operación y, como excepción a lo dispuesto en los artículos 1.125 del Código Civil y concordantes, debe pagar todos los plazos pendientes, produciéndose su vencimiento anticipado. En concreto, el artículo 10.1 permite esta posibilidad ante la falta de pago de dos plazos<sup>11</sup> por el comprador.

Igualmente, cuando la operación se ha financiado a través de un tercero, el artículo 10.2 faculta al prestamista en iguales condiciones —esto es, ante el impago de dos plazos— a exigir el pago de todas las cuotas pendientes, aunque no ya a resolver el contrato de compraventa; todo ello sin perjuicio de la posibilidad<sup>12</sup> de acudir al procedimiento previsto en el artículo 16.2 de la Ley para dirigirse directa y exclusivamente contra los bienes adquiridos a plazos. En definitiva, el artículo 10.2 no concede a la entidad financiera un derecho de resolución, sino la posibilidad de provocar el vencimiento anticipado de los plazos, de forma similar a los supuestos en los que se produce el vencimiento anticipado de las obligaciones en diversos supuestos por imperativo legal<sup>13</sup>.

Y ello nos conduce a la cuestión de determinar el importe que debe restituir el comprador prestatario en estos casos, pues el artículo 10 de la Ley no precisa con exactitud el alcance del vencimiento anticipado.

Una interpretación literal del precepto —que alude al pago o al abono de los plazos— nos llevaría a afirmar que el prestamista puede exigir el pago de los plazos íntegros; esto es, por entero las cuantías que, de no haberse producido el incumplimiento, deberían ser pagadas por el prestatario conforme fueran venciendo<sup>14</sup>. Ello, en el supuesto de que el préstamo que financia la compraventa no fuera gratuito, implicaría que el comprador prestatario habría de abonar los intereses remuneratorios correspondientes a un tiempo por el que no ha disfrutado propiamente del préstamo, en definitiva, por un capital ya amortizado y no pendiente de pago.

Por ello, resulta más adecuado en nuestra opinión entender que la parte de los plazos que vencen anticipadamente correspondiente a los intereses debe deducirse de la cuantía que ha de pagar el comprador prestatario. De no ser así el vencimiento anticipado de la deuda provocaría un enriquecimiento injustificado del prestamista<sup>15</sup>. Dicha consecuencia sería un tanto sorprendente, en especial si se considera que la Ley de venta a plazos de bienes muebles tiene como declarado objetivo, precisamente, proteger al comprador, aunque también conceda al prestamista importantes garantías de cobro. Así, por ejemplo, el artículo 11 prevé que excepcionalmente y por justas causas<sup>16</sup>, apreciables discrecionalmente<sup>17</sup> por el juez, este puede señalar nuevos plazos o alterar los pactados por las partes, determinando en su caso el recargo a incluir en el precio por los nuevos aplazamientos.

Lógicamente, habrían de deducirse los intereses remuneratorios efectivamente pactados en la operación de financiación, lo que debe constar expresamente en el contrato según se establece en el artículo 7.5 de la Ley. De este modo, si el aplazamiento de pago se ha acordado de forma gratuita, sin que exista interés remuneratorio alguno, de modo que la suma de los plazos resulta ser igual al precio del producto pagado al contado<sup>18</sup>, no debería descontarse cantidad alguna por el hecho del vencimiento anticipado.

### II.3. EL IMPAGO DEL CRÉDITO COMO INCUMPLIMIENTO TÉCNICO

Tal como se ha indicado, y salvo que resulte de aplicación la Ley de venta a plazos de bienes muebles, el incumplimiento de los plazos por parte del prestatario no provoca el vencimiento anticipado del crédito ni la posibilidad del prestamista de exigir el reembolso íntegro de la cuantía prestada. Ello es así salvo que podamos entender que el préstamo se ha configurado por las partes como un contrato bilateral y sinalagmático, en cuyo caso solo si se entendiera que se ha producido un incumplimiento grave por el prestatario se abriría para el prestamista el cauce previsto en el artículo 1.124 del CC.

Precisamente por esta razón los contratos de préstamo bancario suelen incluir entre sus cláusulas que el incumplimiento de la obligación de pagar un

determinado número de plazos habilita a la entidad de crédito a concluir la relación y a exigir la restitución de todo el capital prestado. Nuevamente, ahora en aplicación de una cláusula contractual, se configura otra excepción a los artículos 1.125 y concordantes del Código Civil y la LEC: no es necesario ir ampliando la cuantía de la demanda conforme vayan venciendo los sucesivos plazos. Esta consecuencia del incumplimiento del prestatario no se configura en los contratos como una concreción del incumplimiento grave del artículo 1.124 del Código Civil, sin perjuicio de que la literalidad de los clausulados pueda recordar dicho precepto. No se trata de que las partes definan en el contrato qué debe considerarse un incumplimiento grave a efectos de posibilitar la resolución del préstamo conforme a lo dispuesto en dicho precepto. Ello implicaría que, al intentar el prestamista aplicar dicha cláusula, un juez pudiera considerarla ilegal por no resultar esta norma de aplicación a contratos no sinalagmáticos. En la redacción de las condiciones generales se huye de disquisiciones conceptuales acerca de si el contrato de préstamo es bilateral o unilateral, consensual o real, aunque también es cierto que el prestatario reconoce haber recibido el monto del préstamo, sin que por tanto el prestamista se comprometa a una entrega que, al menos formalmente, ya se ha producido<sup>19</sup>. Muy al contrario, con independencia de todo ello, se prevé la posibilidad de que el prestamista resuelva<sup>20</sup> el contrato de préstamo como consecuencia de que el prestatario incurra en alguno de los llamados *incumplimientos técnicos*, entre los que se incluiría, quizás como el supuesto más importante, el impago de un número de cuotas. Tales *incumplimientos* son circunstancias que permiten a la entidad la resolución del contrato y, por tanto, exigir el pago anticipado del crédito sin que se haya producido propiamente un incumplimiento del prestatario —no desde luego de la obligación de pago de un plazo aún no vencido—.

Estos incumplimientos técnicos son posibles en nuestro Ordenamiento (STS de 20 de diciembre de 2005 /RJ 2006, 286)<sup>21</sup>). Para ello, se exigen dos requisitos. De un lado es necesario que este supuesto de incumplimiento técnico se encuentre previsto en el contrato<sup>22</sup>. Tal pacto, al parecer, se fundamentaría en el hecho de que la entidad ha concedido crédito bajo el presupuesto de unas condiciones de solvencia del prestatario o de la existencia de unas garantías para recobrar el importe del préstamo. Disminuida la capacidad económica del deudor o reducida la cobertura de dichas garantías, lo que se pone de manifiesto en unos concretos hechos descritos en el contrato —el impago de una serie de plazos en el caso que nos ocupa—, se pierde el plazo pactado, debiendo el prestatario, tras el ejercicio del derecho de resolución por parte de la entidad, devolver toda la cuantía pendiente de restitución.

Y, de otro lado, la causa que permite la resolución del contrato por la entidad prestamista debe considerarse justa y objetiva<sup>23</sup>. En este sentido se entiende que concurre justa causa cuando se produce una «verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obliga-

*ciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes»<sup>24</sup>, lo que puede pactarse en relación incluso al impago de uno solo de los plazos<sup>25</sup>. Y ha de ser objetiva en el sentido de que la causa prevista en el contrato no puede depender de la mera voluntad del prestamista. Evidentemente, acaecida la causa, es la propia entidad la que decide resolver el contrato. Pero dicha posibilidad solo existe cuando previamente ha tenido lugar un hecho ajeno a la entidad, como es el caso del impago por parte del cliente<sup>26</sup>. Nuestros tribunales en definitiva han considerado, cuando el prestatario es un consumidor, que la cláusula por la que se permite la resolución del contrato por el mero incumplimiento de una de las cuotas no supone la imposición al consumidor de una cláusula abusiva, contraria al artículo 85.6 de la LGDCU (indemnización desproporcionadamente alta por el incumplimiento del consumidor)<sup>27</sup>.*

Por otra parte el acaecimiento del hecho descrito válidamente en el contrato como incumplimiento técnico no determina automáticamente la posibilidad de exigir judicialmente el pago del capital no vencido. Lo que se configura en el contrato es la posibilidad de resolver el contrato. Así pues el prestamista deberá previamente ejercitar dicho derecho, comunicándolo al prestatario<sup>28</sup>. Es el ejercicio del derecho de resolución lo que provoca realmente el vencimiento del crédito y, por tanto, la imposibilidad de aplicar en sede judicial los artículos 1.125 del Código Civil y 575 y 578 de la LEC<sup>29</sup>.

Por último debe destacarse que en caso de ejercitarse el derecho de resolución vencería anticipadamente la obligación de devolver el capital hasta entonces pendiente de vencimiento, no los plazos o cuotas. Con ello el prestatario debe solo devolver, además lógicamente de los plazos vencidos y los intereses de demora, el capital pendiente de pago, no los intereses que se devengarían sobre ese capital por el transcurso del tiempo y que, a la postre, integrarían las cuotas periódicas. De hecho el Tribunal Supremo consideró abusiva en un crédito al consumo y por aplicación de la LGDCU la cláusula por la que el prestamista podía exigir al prestatario, en caso de incumplimiento de alguna de las cuotas, las restantes pendientes de vencimiento<sup>30</sup>. Ello constituiría una diferencia respecto del vencimiento anticipado contemplado en el artículo 10 de la Ley de venta a plazos de bienes muebles si, como han entendido en algún caso los tribunales, se siguiera dicha interpretación.

#### II.4. BREVE REFERENCIA AL PROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

Si entrara en vigor el PCM, su artículo 573-4.1 prevería la posibilidad del vencimiento anticipado en los préstamos mercantiles. Da la sensación de que con esta expresión se alude fundamentalmente a los incumplimientos técnicos pactados en los préstamos bancarios de dinero. Y, al mismo tiempo, lo que se prevé es el vencimiento anticipado del deber de restituir el capital prestado, no

de las cuotas pactadas: el vencimiento anticipado se recoge en un artículo bajo la rúbrica «la devolución de la suma prestada», quedando el pago del interés regulado en otro precepto<sup>31</sup>. De este modo, la nueva regla general contenida en el PCM podría servir para reforzar la interpretación hasta aquí seguida del artículo 10 de la Ley de venta a plazos de bienes muebles: que pese al tenor literal del precepto no es posible exigir el pago anticipado del importe íntegro de las cuotas, sino que, si se han pactado intereses remuneratorios, deben deducirse de las mismas dichos intereses.

### III. EL CONTROL DE LOS INTERESES REMUNERATORIOS: LOS INTERESES USURARIOS

#### III.1. LA LEY DE 23 DE JULIO DE 1908 DE REPRESIÓN DE LA USURA

El interés remuneratorio es la retribución que percibe el prestamista por la entrega, con la obligación de devolver transcurrido un tiempo, de una cantidad de dinero al prestatario<sup>32</sup>. Se trata, en definitiva, y aun siendo un elemento facultativo del contrato (art. 314 C. de C.), del precio del préstamo; por tanto, objeto del contrato. Siendo ello así, no parece adecuado someter el interés al control de abusividad propio de las condiciones generales de los contratos y de las cláusulas predispuestas (STS de 18 de junio de 2012 [RJ 2012, 8857] y SAP de Sta. Cruz de Tenerife de 23 de julio de 2013 [JUR 2013, 319406])<sup>33</sup>, toda vez que nuestro Ordenamiento propugna como regla general la libertad de precios, regla que se concreta a su vez para el préstamo mercantil en el primer párrafo del artículo 315 del C. de C<sup>34</sup>.

Sin embargo, no existe absoluta libertad a la hora de pactar el tipo de interés de un préstamo<sup>35</sup>. El control de los intereses remuneratorios se fundamenta hoy día<sup>36</sup> en la Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura<sup>37</sup>.

A la vista del artículo 1 de la Ley de 1908<sup>38</sup> la jurisprudencia ha entendido que el carácter usurario del préstamo como consecuencia de los intereses remuneratorios pactados<sup>39</sup> debe deducirse de dos circunstancias<sup>40</sup>. Desde el punto de vista objetivo el tipo de interés pactado debe ser manifiestamente desproporcionado; desde el punto de vista subjetivo debe haber sido aceptado por un prestatario en una situación angustiosa, de inexperiencia o de limitación mental<sup>41</sup>. A juicio de la jurisprudencia, solo desde esta situación personal del prestatario puede explicarse la aceptación por su parte de un préstamo en unas condiciones tan desfavorables (STS de 1 de febrero de 2002 [RJ 2002, 2879]). Pero estas consideraciones de carácter subjetivo, lejos de ser una mera explicación de los motivos que han movido al prestatario a aceptar unos elevados intereses, se convierten en un requisito para el reconocimiento de la usura<sup>42</sup>, siendo su existencia evaluada por el tribunal, del mismo modo que se evalúa si el tipo de interés es desproporcionado<sup>43</sup>.

En cuanto al carácter excesivo del tipo de interés, el artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908 parece tomar como primera referencia el interés legal del dinero —ha de ser *notablemente superior al normal del dinero*—, aunque han de tenerse igualmente en cuenta las características de la operación —ha de ser *manifestamente desproporcionado con las circunstancias del caso*—, tomando siempre como referencia los tipos de interés existentes en el momento de la celebración del contrato<sup>44</sup>. Sin embargo, por regla general<sup>45</sup>, la jurisprudencia ha considerado que en realidad es este segundo elemento de juicio el que ha de ser determinante a la hora de considerar el carácter usurario de un préstamo; o, al menos, se ha entendido que no existe una correspondencia entre interés *legal* e interés *normal* del dinero. Según se ha dicho, «*la comparación no debe tener lugar con el denominado interés legal, sino con el interés normal o habitual, en concurrencia con las circunstancias del caso y la libertad contractual existente en esta materia para supuestos como el presente*» (SSTS de 2 de octubre de 2001 [RJ 2001, 7141] y de 7 de mayo de 2002 [RJ 2002, 4045], seguida entre otras por la SAP de Asturias de 23 de junio de 2010 [JUR 2010, 276528] y la SAP de Valencia de 12 de diciembre de 2012 [JUR 2013, 120084])<sup>46</sup>.

La interpretación por los Tribunales de los requisitos subjetivo y objetivo para apreciar la existencia de la usura se hace con base en lo que tradicionalmente se ha llamado «la facultad de formar libremente su convicción», expresión utilizada en el derogado artículo 2 de la Ley de 23 de julio de 1908. Tal como se interpretaba el precepto, la norma no autorizaba al juez a fallar en un sentido sin que existieran pruebas que sustentaran el fallo, sino que simplemente recogía la libertad del juez de valorar las pruebas presentadas sin un criterio pre establecido<sup>47</sup>. El artículo 2 de la Ley de represión de la usura fue derogado por la Disposición derogatoria Única. 2.4º de la LEC. Ahora bien, el artículo 319.3 de la LEC se ha interpretado en igual sentido que la norma derogada, hasta el punto de que en algún caso la jurisprudencia posterior ha basado sus resoluciones invocando directamente la Ley de represión de la usura y no la vigente LEC<sup>48</sup>. El artículo 319.3 de la LEC se refiere exclusivamente al valor probatorio de los documentos públicos, que, en caso de usura, no harán prueba plena de su contenido. Ello no obstante tanto la doctrina como la jurisprudencia han interpretado ampliamente el precepto de modo que entienden que confiere al juzgador libertad para evaluar las pruebas y, en su caso, apreciar la existencia de la usura<sup>49</sup>.

El sustento de la consideración de una operación como usuraria sobre conceptos jurídicos indeterminados, unido a la comentada libertad del juez a la hora de evaluar las pruebas conducentes a la oportuna calificación, ha provocado que pueda reconocerse en la jurisprudencia una elevada casuística<sup>50</sup>. De este modo ante supuestos de hecho muy similares se encuentran resoluciones judiciales diversas en función de la importancia que se concede a los requisitos objetivo y subjetivo y a la interpretación de uno y otro<sup>51</sup>.

En cuanto a las consecuencias de que el interés se considere usurario, el artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908 prescribe la nulidad del contrato y por ende la necesidad de devolver exclusivamente el principal del préstamo (art. 3). Con ello deben resaltarse dos cuestiones. De un lado parece que solo habría de restituirse el principal del préstamo, es decir, interpretando literalmente el artículo 3, la consideración de usurario del interés remuneratorio implica también la exclusión de cualquier tipo de interés moratorio o cláusula penal<sup>52</sup>. Tan solo se devengarían los intereses procesales previstos en el artículo 576 de la LEC si se produce un retraso en el pago una vez que el préstamo ha sido declarado usurario<sup>53</sup>.

Y, de otro lado, una interpretación literal del precepto nos llevaría a reconocer que tal nulidad se produce respecto del contrato y no solo respecto de la cláusula de intereses. Si esto es así, ello implicaría que dicha restitución del principal debe realizarse de una sola vez e inmediatamente después de la sentencia por la que se declare la usura<sup>54</sup>, aunque deduciendo de esta cantidad los intereses pagados hasta la fecha, que, como consecuencia lógica de la retroacción propia de los efectos de la nulidad, deben imputarse al capital restante de pago<sup>55</sup>.

La pérdida del plazo concedido por el préstamo es una consecuencia que puede ser muy onerosa para el prestatario, a quien trata de proteger la Ley de represión de la usura, lo que en determinados casos puede disuadirle de ejercitar la acción de nulidad. Por consiguiente un sector doctrinal<sup>56</sup> ha defendido que, en realidad, debe producirse la nulidad solo de la cláusula de intereses, debiendo devolverse el principal del préstamo en los plazos inicialmente pactados<sup>57</sup>. Ello sería así por cuanto que hoy día —lo que no sucedía en 1908— la regla general en caso de que un contrato incluya una cláusula ilegal sería la subsistencia del contrato teniendo por no puesta la cláusula contraria a Derecho (art. 83 de la LGDCU).

A nuestro modo de ver, la pérdida del plazo resulta la solución más acorde con la literalidad de la Ley de represión de la usura y, al mismo tiempo, con las normas generales de nuestro Derecho. Así, la subsistencia del contrato está prescrita para casos de nulidad de condiciones generales abusivas<sup>58</sup>; y no es el caso el que ahora nos ocupa<sup>59</sup>. Tratándose el interés del objeto del contrato de préstamo, vinculado también a la causa onerosa del mismo (*ex art. 1.274 del Código Civil*), no parece que el préstamo deba subsistir de forma gratuita. Más bien, la invalidez del contrato —*nulidad*, según la Ley de represión de la usura— parece ser más coherente con nuestros principios jurídicos, tanto si contemplamos la usura como un supuesto de vicio del consentimiento, como si lo hacemos como un supuesto de ilegalidad en el objeto o la causa del contrato.

A este respecto el artículo 1 de la Ley de represión de la usura califica expresamente la ineficacia del contrato como *nulidad*. Obviamente tal expresión no debe considerarse determinante, teniendo en cuenta que solo algunos años antes la regulación del Código Civil utiliza reiteradamente sin la precisión deseable los conceptos de nulidad y anulabilidad. Si se entendiera la usura como un vicio del consentimiento, poniendo de relieve el requisito subjetivo anteriormente comen-

tado, la respuesta del Ordenamiento debería considerarse un tipo de anulabilidad. En cambio, si se estimara que la usura es un caso de causa ilícita, el resultado debería ser la calificación de la misma como nulidad radical<sup>60</sup>. En nuestra opinión, a la vista de su regulación y efectos, es más adecuado considerar la usura un supuesto de nulidad contractual, aunque con una regulación peculiar. Según se establece en el artículo 3, los efectos se producen *ex tunc*, pero parece que solo el prestatario puede ejercitarse la acción u oponer la excepción de usura, a la vez que solo puede ser apreciada a instancia de parte<sup>61</sup>. Asimismo el contrato no es confirmable ni convallable<sup>62</sup>, pues la Ley es imperativa, sin que el prestatario pueda renunciar a sus derechos. Se trata de una nulidad *sui generis*, a la que tampoco es aplicable el artículo 1306.2 del Código Civil<sup>63</sup>.

Por otra parte, pese a la evidente desventaja que para el prestatario supone esta interpretación, no hay que olvidar que el mantenimiento del plazo podría implicar su enriquecimiento injustificado, pues le permitiría disponer gratuitamente por un tiempo del capital prestado. Es cierto que la Ley de represión de la usura busca sancionar al prestamista y prevenir la usura, razón por la cual la Ley dispone la pérdida del interés pactado y no su moderación a lo razonable. Pero el tenor literal del artículo 1 de la Ley de represión de la usura parece claro al respecto: prescribe la nulidad del contrato como consecuencia de la consideración del crédito como usurario. De hecho, si se pretendía proteger en grado sumo al prestatario podría haberse reconocido la consecuencia prevista para los contratos con causa torpe en el artículo 1.306 del Código Civil, en cuyo caso el prestamista no podría exigir la devolución del préstamo, ni siquiera del capital. Más bien el legislador parece haber querido establecer una protección frente a la imposición de intereses usurarios, pero sin que ello provoque un enriquecimiento sin causa del prestatario o una sanción excesiva al prestamista.

En cualquier caso lo cierto es que esta controversia pierde importancia en el supuesto que venimos analizando. Si nos centramos en la invocación de la usura tras la demanda por impago por parte del prestamista hay que tener en cuenta que, tal como se ha visto, el procedimiento judicial en el que tenga lugar se ve precedido en la práctica por la resolución del préstamo por la entidad. De este modo la apreciación de la usura implicará exclusivamente una reducción del importe a devolver por el prestatario excluyendo los intereses remuneratorios y moratorios pactados en el contrato. La necesidad de devolver el principal del préstamo se habría producido ya como efecto de la mencionada resolución contractual.

### III.2. INCIDENCIA DEL PROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL EN LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY DE 23 DE JULIO DE 1908 DE REPRESIÓN DE LA USURA

Ante todo, el artículo 573-11.1 del PCM parece que consagraría la interpretación que ha venido haciendo la jurisprudencia sobre los requisitos para que se

considere que existe usura a la vista del artículo 1 de la Ley de represión de la usura: el predominio del requisito objetivo frente al subjetivo y que la comparación no debe simplemente efectuarse con el interés legal del dinero. El precepto proyectado alude solo al requisito objetivo y, en concreto, el préstamo resultaría usurario «*atendidas las circunstancias de mercado y el riesgo que asume el prestamista*».

Por otra parte, a nuestro entender, la interpretación que hemos seguido de la Ley de represión de la usura en relación a las consecuencias de que el préstamo sea considerado usurario podría considerarse más coherente con la sistemática del PCM si finalmente este entrara en vigor. Frente al artículo 314 del C. de C. el artículo 573-3 del PCM establecería el carácter de naturalmente retribuido del préstamo, siendo el interés del préstamo el interés legal del dinero si no se hubiera pactado ningún otro interés (art. 573-6.4). De este modo, si se entendiera que la consecuencia del carácter usurario del préstamo determina solo la nulidad de la cláusula de intereses, y no la nulidad del contrato, la consecuencia habría de ser tener la cláusula por no puesta y, por lo tanto, considerar que el préstamo debe ser retribuido con el interés legal del dinero. Esta consecuencia es evidentemente contraria a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de represión de la usura y, al mismo tiempo, implica una menor protección del prestatario.

Abundando en esta idea, aunque el PCM se refiere a la usura en el artículo 573-11, bajo la rúbrica «límites al pacto de intereses», la consecuencia de que el prestamista tenga una retribución excesiva, según se dispone en ambos apartados del precepto, es que el préstamo resulta usurario —el préstamo, no la cláusula de intereses—. De hecho, en el supuesto contemplado en el segundo apartado es posible que ni siquiera exista propiamente una cláusula de intereses: se proscribe que el interés quede oculto por reconocer haber recibido el prestatario una cantidad superior a la efectivamente recibida. Claramente en nuestra opinión, cuando el préstamo es usurario, el contrato no debe integrarse conforme a lo dispuesto en el artículo 573-6.4 del PCM<sup>64</sup>. Antes bien, el mencionado artículo 573-11 parece remitirse a la propia Ley de 1908<sup>65</sup>, norma formalmente en vigor a la vista de la disposición derogatoria del PCM y vigente, pues una ley especial no queda derogada por una ley general —*lex specialis derogat generali*<sup>66</sup>—. Asimismo, y en coherencia con lo manifestado, parece que habría que seguir considerando que tras la declaración de nulidad del contrato el prestatario debe devolver de una vez la cantidad que reste por restituir, perdiendo el beneficio del plazo.

#### IV. LAS CLÁUSULAS TECHO Y SUELO

##### IV.1. INTERPRETACIONES ANTERIORES A LA STS DE 9 DE MAYO DE 2013

Estas cláusulas, por las que se limitan los efectos de una subida o bajada excesiva del tipo de interés de referencia de un préstamo a interés variable son

en la práctica muy frecuentes en ciertos tipos de préstamos, como es el caso de los préstamos hipotecarios. Obviamente la cláusula techo no plantea ningún problema de legalidad, por cuanto que se trata de un pacto establecido en beneficio del cliente, al que salvaguarda de una subida del tipo de referencia por encima del límite establecido en el contrato.

Sí se ha debatido en cambio en nuestra jurisprudencia menor la legalidad de las cláusulas suelo, que impiden repercutir en el prestatario una bajada del tipo de interés de referencia por debajo del límite establecido.

A este respecto, tradicionalmente nuestra jurisprudencia menor, a falta de pronunciamiento sobre esta cuestión por parte del Tribunal Supremo, se dividía en torno a dos tesis contrapuestas<sup>67</sup>. Por un lado se ha entendido que la determinación de la legalidad de la cláusula suelo debe hacerse conforme a lo establecido en el artículo 87 de la LGDCU, que resultaría de aplicación cuando el prestatario era un consumidor, por entenderse que esta cláusula merece la consideración de condición general<sup>68</sup>. De este modo la cláusula suelo sería abusiva si la misma implicase una falta de reciprocidad en el contrato<sup>69</sup>. Con ello, para que la cláusula suelo fuera legal, sería imprescindible que se hubiera previsto igualmente una cláusula techo<sup>70</sup>. Y, existiendo ambas, las cláusulas deberían analizarse conjuntamente para determinar el nivel de protección dispensada a cada una de las partes<sup>71</sup>. En definitiva, el límite establecido en la cláusula suelo podría ser tanto más alto cuanto más bajo fuese el límite fijado en la cláusula techo, concediéndose semejante protección al prestamista y al prestatario frente a las variaciones del tipo de interés de referencia.

Siendo ello así, parece que la inclusión de un techo excesivamente alto en modo alguno justificaría la introducción de una cláusula suelo. De hecho se trataría de una cláusula engañososa, que haría pensar al prestatario que con ella se le está protegiendo de una subida del tipo de referencia, cuya probabilidad sería en realidad remota. Esta cláusula podría utilizarse como reclamo para captar a un cliente inexperto que, a diferencia de la entidad de crédito, no tuviera los conocimientos suficientes para analizar este tipo de cuestiones económicas, a la vez que se podría tratar de justificar frente dicho cliente la inclusión de una cláusula suelo; esta sí protectora de la entidad frente a una bajada del tipo de referencia, tal vez muy probable.

Por otra parte otro sector de nuestra jurisprudencia menor, encabezado por la SAP de Sevilla de 7 de octubre de 2011 (*AC* 2011, 1569)<sup>72</sup>, ha considerado que no cabe analizar una supuesta reciprocidad entre las cláusulas techo y suelo conforme al artículo 87 LGDCU. Ello sería así por cuanto que el contrato de préstamo es un contrato unilateral, refiriéndose ambas cláusulas a la obligación del prestatario de pagar unos intereses remuneratorios del préstamo, por lo que, bajo este punto de vista, no existen unas obligaciones recíprocas entre prestamista y prestatario susceptibles de ser analizadas. Al mismo tiempo se advierte que el artículo 87 de la LGDCU establece una reciprocidad jurídica, no económica,

de las prestaciones<sup>73</sup>. De este modo, aun cuando llegara a apreciarse una falta de reciprocidad económica, ello no provocaría la nulidad de la cláusula. Por otro lado esta tesis parte del hecho de que las cláusulas techo y suelo son relativas a los intereses remuneratorios y, por tanto, al precio del préstamo. Siendo así, bajo el presupuesto de que los elementos del contrato no se someten al control de abusividad previsto en la LGDCU y de que en España existe libertad de precios, no es posible considerar abusiva una cláusula suelo. En definitiva, se concluye que las cláusulas techo y suelo son siempre legales, obviamente si no se contraviene ninguna otra norma que implique la nulidad de la cláusula o la no incorporación al contrato.

Según se considera por esta corriente jurisprudencial no sería adecuado que el juez analizara cuestiones de carácter económico, como es la reciprocidad económica o el carácter ilusorio de una cláusula techo, pues, de hecho, la experiencia demuestra que situaciones planteadas desde el punto de vista económico como muy improbables o imposibles pueden finalmente acontecer. Incluso si el techo fuera realmente ilusorio y no protegiera al prestamista de ningún riesgo real, el cliente tendería a excluir ese elemento de la comparación entre las distintas alternativas que se le ofrecieran a la hora de solicitar el crédito y, si lo considerase conveniente, contrataría con otra entidad. En definitiva, si el cliente decide contratar con la entidad que propone un techo más tarde pretendidamente ilusorio en sede judicial, ello pone de manifiesto que el conjunto de condiciones del contrato, incluyendo la cláusula suelo, es considerado satisfactorio. Bajo este punto de vista las condiciones del contrato (todas ellas tomadas en su conjunto) no serían desproporcionadas, pues a la vista de otras opciones del mercado y a juicio del propio cliente habrían sido percibidas como la opción más ventajosa en el plano económico. Lógicamente, ello parte del presupuesto de la existencia de un mercado transparente, de que el cliente está suficientemente informado y de que tiene conocimientos suficientes para discernir el carácter ilusorio o no del techo y, con ello, de las probabilidades de que las cláusulas techo y suelo operen en realidad.

En definitiva, esta segunda tesis confía en que sean los propios clientes quienes rechacen aquellos contratos que incluyan condiciones que les resulten excesivamente gravosas, entendiendo que debe ser el propio mercado el que expulse a los prestamistas que utilicen este tipo de cláusulas, disuadiendo por tanto a las entidades de crédito de emplear cláusulas suelo excesivamente altas o desproporcionadas respecto del techo fijado en los contratos.

#### IV.2. INTERPRETACIÓN DE LA STS DE 9 DE MAYO DE 2013

Hoy día, las dos tesis anteriormente expuestas se han visto superadas por la STS de 9 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3088), aclarada por Auto de 3 junio 2013

(RJ 2013, 3617)<sup>74</sup>. Esta sentencia casa precisamente la SAP de Sevilla de 7 de octubre 2011 (AC 2011, 1569), considerada paradigmática de la segunda tesis anterior. Ante todo se parte del presupuesto de que, si efectivamente no ha sido negociada individualmente<sup>75</sup>, la cláusula suelo tiene la naturaleza de cláusula predispuesta, condición general si se ha redactado con la finalidad de incluirse en una pluralidad de contratos, y por tanto su incorporación al contrato debe controlarse conforme a lo dispuesto en la LCGC. Y sin embargo se estima que, al tratarse de una cláusula que describe y define el objeto principal del contrato —el precio del préstamo—, la regla general ha de ser su no sometimiento al control de abusividad aun en el supuesto de que el prestatario sea un consumidor. Siendo así, no es posible, al menos por regla general, controlar judicialmente el justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes al que se refiere el artículo 10.1-c de la LGDCU de 1984 (art. 80.1-c de la actual LGDCU).

En cuanto a la consideración de la cláusula como condición general de la contratación, el tenor literal de la sentencia sienta un precedente que podría entenderse contrario a la tesis tradicional en nuestra jurisprudencia menor y expuesta en relación al control de los intereses remuneratorios. Se expresa categóricamente y sin ningún matiz que «*[e]l hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que estas se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo*».

Con ello el TS toma como punto de partida el mismo presupuesto que las SSTS de 4 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 8021) y 29 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 148), que consideraron abusivas las cláusulas de redondeo al alza. A nuestro entender las mencionadas sentencias resolvieron con base en una errónea interpretación tanto de la LCGC como de la STJUE de 3 de junio de 2010 (TJCE 2010, 162). En esta última el TJUE consideró que no contravenía el Derecho de la Unión Europea el hecho de que los Estados miembros permitieran el control de abusividad de las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato<sup>76</sup>. Obviamente ello es así, pero no implica que el Derecho español haya establecido dicho control, solo que podría haberlo hecho sin contravenir el Derecho comunitario<sup>77</sup>.

El problema hermenéutico radica, de un lado, en que ni el artículo 1 de la LCGC ni el artículo 80 de la LGDCU excluyen expresamente de la aplicación de la Ley aquellas cláusulas relativas al objeto del contrato y; de otro, en el hecho de que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE establece que «*[l]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*». A la vista de la falta de incorporación a nuestro Ordenamiento del artículo 4.2 de la Directiva podría entenderse que en España sí es posible considerar las cláusulas relativas al objeto del contrato condiciones generales; y, aún más, tal como parece deducirse de las SSTS de 4 de noviembre

de 2010 y 29 de diciembre de 2010, que cabe el control de abusividad propio de las cláusulas predisueltas si participa en el contrato un consumidor. A nuestro entender la falta de incorporación al Ordenamiento español del mencionado precepto de la Directiva debe entenderse un simple error del legislador<sup>78</sup>, una omisión que no debe provocar consecuencias contrarias a los principios que rigen nuestro sistema jurídico-económico, la economía de mercado y la libertad de precios, conforme a lo establecido en el artículo 38 de la CE<sup>79</sup>.

Así, un control de abusividad sobre el objeto del contrato y la evaluación de la falta de reciprocidad de las prestaciones podría conducir a un control por parte del Estado —a través del poder judicial— de los precios libremente pactados por las partes del contrato en el ejercicio del principio de autonomía de la voluntad. En nuestra opinión, y sin perjuicio de que las partes de un contrato deben consentir informadamente, el control de las situaciones abusivas debe realizarse dentro de nuestro sistema económico-constitucional, que no es otro que la economía de mercado, y cuyo presupuesto es la existencia de un mercado competitivo<sup>80</sup>. No cabe por tanto una revisión de precios, sino la tutela de la competencia conforme al artículo 2 de la LDC, que proscribe el abuso de posición dominante consistente, entre otros supuestos, en la imposición de precios u otras condiciones comerciales no equitativas<sup>81</sup>; o tal vez, llegado el caso, el control de las buenas prácticas comerciales con base en el artículo 16 de la LCD. Si no se cumplen los presupuestos para que operen estos controles, no es posible valorar la *justicia* del precio de las prestaciones contratadas, ni procurar la revisión del contrato; salvo, claro está, en los casos que excepcionalmente se prevén en nuestro Ordenamiento, como lo establecido, por ejemplo, en la Ley de represión de la usura<sup>82</sup>.

La mencionada jurisprudencia relativa a las cláusulas de redondeo al alza se enmarca, aun sin ponerse expresamente de manifiesto, en la distinción que hace la doctrina más autorizada<sup>83</sup> entre aquellas cláusulas contractuales en las que se establece el precio de la prestación y aquellas otras que afectan al precio o guardan relación con él. No cabe control de abusividad sobre las primeras, mientras que las segundas sí quedan sometidas al control propio de las cláusulas predisueltas. Con esta distinción se salvaguardan nuestros principios constitucionales y el hecho de que, por regla general, los tribunales han negado la consideración de condiciones generales a las cláusulas relativas al precio. Pero, al mismo tiempo, se da explicación a las SSTS de 4 de noviembre de 2010 y 29 de diciembre de 2010 y se protege a los consumidores de este tipo de prácticas bancarias<sup>84</sup>. Siguiendo la mencionada tesis, los intereses remuneratorios no serían susceptibles de control de abusividad, como así se ha considerado por la mayoría de la jurisprudencia menor, y las cláusulas de redondeo sí podrían considerarse abusivas, como así ha sucedido en las mencionadas sentencias. Y, siguiendo esta tesis, el TS podría haber considerado que las cláusulas suelo no son definitorias del precio, aunque aluden al mismo, y por tanto, como en el caso de las cláusulas de redondeo, podría controlarse judicialmente su contenido<sup>85</sup>.

Pero la STS de 9 de mayo de 2013 añade un nuevo matiz a esta distinción<sup>86</sup>. La Sentencia parte del presupuesto de que «*las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato*» y añade que «*las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial*». A la vista de la anterior distinción la consecuencia de tales afirmaciones habría de ser la negación de la consideración de las cláusulas suelo como cláusulas predispostas y su no sujeción al control de abusividad. Sin embargo, tal como se ha dicho, la Sentencia afirma que, por no haber sido negociadas individualmente, sí merecen la consideración de condiciones generales. Partiendo de estas premisas, el Alto Tribunal aplica directamente el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE: pese a tratarse de una cláusula predisposta, cuando la cláusula defina el objeto del contrato, no cabrá su sometimiento al control de abusividad, sin que quepa por tanto evaluar la equivalencia de los derechos y obligaciones de las partes. Tan solo, en aplicación del mencionado artículo 4.2, cuando el prestatario sea consumidor deberá evaluarse la transparencia en la formulación de la cláusula con arreglo a los parámetros propios de la protección de los consumidores.

De este modo, en principio la cláusula suelo quedará incorporada al contrato si se cumplen los requisitos establecidos en los artículos 5 y 7 de la LCGC, preceptos que rigen tanto si el adherente tiene la condición de consumidor como si se trata de un empresario que actúa en el ámbito de su actividad profesional o empresarial. Con ello debe controlarse si la redacción de la cláusula es suficientemente clara y transparente, para lo que, en nuestra opinión, deberían tenerse en cuenta las especiales características de los contratantes —la evidente desigualdad de las partes en lo que se refiere a sus conocimientos y formación jurídica y económica—, la complejidad de los contratos y la existencia de una regulación específica de los contratos bancarios. A este respecto se deja claro en la mencionada Sentencia que la vigencia de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios —hoy día sustituida por la general Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios— no resulta incompatible con el control de incorporación dispuesto en la LCGC<sup>87</sup>.

Ciertamente el mero cumplimiento del proceso de contratación descrito en la normativa sectorial —la Orden de 5 de mayo de 1994 en el momento del contencioso sometido al Alto Tribunal— garantiza razonablemente que se reúnen los requisitos de incorporación de la LCGC<sup>88</sup>. Sin embargo, como se aclara en el Auto de 3 de junio de 2013, ello no debe considerarse definitivo, debiendo atenderse al concreto contrato celebrado<sup>89</sup>.

No obstante, si el prestatario es un consumidor, el control de incorporación previsto en la LCGC es solo un primer criterio para determinar la legalidad de la cláusula. Tal como se ha dicho, la regla general es que las cláusulas suelo no han de someterse al control de abusividad previsto en la LGDCU por tratarse de

la delimitación de uno de los elementos del contrato de préstamo —el interés—. Pero dicha regla general queda exceptuada, a juicio del Tribunal Supremo y en aplicación del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, interpretado *a sensu contrario*, cuando la cláusula no esté redactada con suficiente claridad. Ello implica que, aun cuando la cláusula supere el control de incorporación previsto en los artículos 5 y 7 LCGC por considerarse objetivamente clara, si el prestatario es un consumidor deberá además controlarse el requisito de claridad y transparencia del artículo 80.1 —especialmente de su apartado a)— de la LGDCU.

Se entiende así que la transparencia exigida en la LGDCU, que sí es exigible a las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, es superior a la requerida con carácter general en la LCGC. En el caso de la LGDCU habrían de contemplarse los contratos celebrados de modo general y no solo atender a los términos en los que se redactaron las concretas cláusulas. En este sentido el Tribunal Supremo entiende que, para que las cláusulas suelo sean lícitas es necesario que el «*adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir; la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo*». Y la sentencia añade que las cláusulas deben permitir «*tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato*», sin que queden «*enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro*». Siguiendo este criterio, en el concreto caso sometido al conocimiento del Alto Tribunal, se revocó la sentencia del tribunal de apelación por cuanto que se estimó que las concretas cláusulas suelo analizadas configuraban el contrato como un préstamo a interés fijo, variable solo al alza, siendo previsible para la entidad y sorpresivo para el cliente que operara dicha cláusula suelo; todo ello utilizando la inclusión de una cláusula techo como «señuelo» que aparentemente compensaba la introducción de la cláusula suelo.

En conclusión, se entiende que para que la cláusula suelo sea admisible, el clausulado debe dejar claro que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, sin que se ofrezca formalmente como una contraprestación a la cláusula techo; deben aparecer simulaciones de los escenarios probables teniendo en cuenta el comportamiento razonablemente previsible de los tipos de interés; ha de existir una información clara y comprensible sobre el coste comparado de otras modalidades contractuales ofrecidas; y la cláusula no debe ubicarse entre una abrumadora cantidad de datos que dificulten su comprensión<sup>90</sup>.

Siguiendo el razonamiento de la Sentencia, cuando el prestatario es un consumidor, existe un doble control de transparencia —los establecidos en la

LCGC y la LGDCU—, de modo que, interpretando *a sensu contrario* el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, el incumplimiento del control previsto en la regulación protectora de los consumidores y usuarios permitiría controlar la abusividad de la condición general relativa al objeto principal del contrato. Pero el Tribunal Supremo rechaza centrar el control de la cláusula en un análisis conjunto de ella con la cláusula techo y con base en el equilibrio de derechos y obligaciones de las partes previsto en el artículo 80.1-c. Muy al contrario el Tribunal entiende que la licitud de la cláusula suelo no debe hacerse depender de las características de la cláusula techo o ni tan siquiera de su existencia, sin que quepa atender a un «equilibrio económico» entre las partes. De hecho incluso se considera, desde un punto de vista formal, que la inclusión del suelo y el techo en una misma cláusula puede ser un elemento distorsionador para que el consumidor pueda enjuiciar el alcance real de la cláusula suelo. Así pues, debe concluirse que la entidad es libre de introducir en el contrato la cláusula suelo con independencia de la existencia o características de la cláusula techo, siempre y cuando la cláusula sea, tal como se ha dicho, suficientemente clara.

Por otra parte, una vez declarada nula la cláusula suelo, la consecuencia de ello no ha de ser la integración judicial del contrato —esto es, la modificación de la cláusula suelo—, sino la eliminación de la cláusula de dicho contrato y la pervivencia del mismo sin suelo alguno. Esta solución se corresponde plenamente con el tenor actualmente vigente del artículo 83 de la LGDCU, tras su modificación por la Ley 3/2014, de 27 de marzo<sup>91</sup>, pero no con la redacción vigente en el momento del contencioso<sup>92</sup>.

La reforma de la LGDCU estuvo motivada precisamente por el hecho de que el TJUE había considerado que el tenor anterior de la norma española contravenía el artículo 6.1 de la Directiva 93/13<sup>93</sup>; procediéndose por tanto con ella a la adaptación de nuestro Derecho al mandato comunitario.

De forma correcta, en nuestra opinión, la STS de 9 de mayo de 2013 rechaza la aplicación del artículo 83 de la LGDCU según la redacción entonces vigente e, invocando la STJUE de 14 de junio de 2012 (TJCE 2012, 143), resuelve conforme a la Directiva europea. A nuestro entender una solución contraria incentivaría la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos por parte de los empresarios, pues la sanción no sería más que la de modificar la cláusula —en este caso el suelo— dándole el contenido que podría haber tenido desde un primer momento.

En cuanto a los efectos temporales de la nulidad de la cláusula la STS de 9 de mayo de 2013 considera que la nulidad de la cláusula suelo tiene solo efectos *ex nunc*, sin que deban recalcularse las cuotas ya pagadas y devolverse el exceso o imputarse al capital pendiente de pago. A este respecto la decisión del Tribunal de excluir la retroactividad de los efectos de la Sentencia se basa ante todo en el hecho de que en dicha Sentencia se resuelve una acción colectiva de cesación, con lo que la retroactividad implicaría la necesidad de restituir ingentes

cantidades de dinero, incluso respecto a contratos de préstamo ya consumados. Se niega tal consecuencia sobre la base de que ello podría contravenir el principio de seguridad jurídica e implicar un riesgo para el orden público económico<sup>94</sup>.

A nuestro parecer, resulta muy positivo que el Tribunal entre a enjuiciar la transparencia de las cláusulas suelo, siendo en este caso muy clarificadora la enumeración ejemplificativa de los elementos que deben tener en cuenta los tribunales de instancia para apreciar la legalidad de la cláusula<sup>95</sup>. Sin embargo, el reconocimiento de un doble nivel de protección —el general de la LCGC, aplicable también a prestatarios no consumidores, y el reforzado de la LGDCU, vigente solo para prestatarios consumidores— coloca en una difícil posición a quienes no tienen la condición de consumidores. Ello carece de sentido cuando ya los artículos 5.5 y 7 de la LCGC exigen para la incorporación de las condiciones generales la claridad y la inteligibilidad de la cláusula<sup>96</sup>. Es más, si realmente la complejidad del contrato provoca la imposibilidad del prestatario de conocer el alcance de la cláusula suelo y por tanto el modo en el que se va a determinar el interés aplicable a la operación, podrían llegar a resultar de aplicación los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil. Ciertamente, el especial énfasis del tenor literal de la LGDCU en la claridad de las condiciones de los contratos podría amparar la idea de una protección reforzada a este respecto del consumidor. Pero si se observa la cuestión desde el punto de vista del prestatario no consumidor y se interpreta *a sensu contrario* la sentencia del Tribunal Supremo el resultado puede ser la desprotección de dicho prestatario. Así, al parecer, resultaría irrelevante para este que pudiera conocer con sencillez la carga económica y jurídica que supone la introducción de la cláusula en el contrato; resultaría irrelevante que pudiera conocer claramente su posición jurídica o la distribución de los riesgos que puede implicar la cláusula en el desarrollo del contrato; resultaría irrelevante que el prestatario pudiera tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo puede operar la cláusula en la economía del contrato; y resultaría irrelevante por último que la cláusula suelo quedara enmascarada entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que dificultaran la compresión de la cláusula. A la vista de todas estas cuestiones, cuyo desconocimiento según entiende el Tribunal Supremo resulta irrelevante para el prestatario no consumidor, no cabe sino poner en tela de juicio el alcance de la protección dispensada por la LCGC. Y, al mismo tiempo, semejante distinción tampoco se fundamenta en una radical y esencial diferencia entre el prestatario consumidor y no consumidor. El hecho de que el crédito financie la actividad empresarial —la adquisición de un inmueble para abrir un establecimiento mercantil, por ejemplo— no debe suponer de forma automática una elevación del parámetro de diligencia o de los conocimientos exigibles a dicho prestatario. Si, para un prestatario moderadamente informado, la cláusula contractual no es suficientemente clara en el contexto del contrato, no debería superar el control de incorporación de los artículos 5 y 7 de la LCGC<sup>97</sup>.

La STS de 9 de mayo de 2013 ha sido seguida por sentencias posteriores de tribunales inferiores, habiéndose constituido en un referente para la resolución de las demandas de impugnación de cláusulas suelo por los prestatarios<sup>98</sup>. No obstante, de forma acertada en nuestra opinión, algunas sentencias<sup>99</sup> han entendido que la declaración de nulidad de la cláusula sí tiene efectos retroactivos, como corresponde a la naturaleza de la nulidad, sin que pueda apreciarse en un contencioso promovido por un particular la justificación del riesgo para el orden público económico que reconoce el TS para no estimar la retroactividad de la nulidad de la cláusula<sup>100</sup>.

#### IV.3. POSIBLE INCIDENCIA DEL PROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL SOBRE LA CUESTIÓN

Pese a que no prevé derogar la LCGC, el PCM introduce algunas normas relativas a las condiciones generales de la contratación que, habría de entenderse, regirían solo para los contratos mercantiles<sup>101</sup>. Dado que el préstamo bancario es un contrato mercantil, sin perjuicio de la participación en el mismo de un consumidor, de entrar en vigor el PCM tales normas resultarían de aplicación<sup>102</sup>. En concreto, el artículo 430-3.2 dispondría que «[c]larece de eficacia aquella cláusula integrada en condiciones generales cuyo contenido o redacción, material o formal, carezca de razonable previsibilidad para la otra parte del contrato, salvo que esta la acepte expresamente».

A nuestro modo de ver, no queda claro el sentido del precepto. Podría entenderse que se trata de cláusulas cuya inserción en el contrato fuera inesperada para el adherente, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato, los tratos preliminares o la práctica habitual. Al exigir su aceptación expresa la norma estaría forzando una llamada de atención al adherente sobre esta condición general<sup>103</sup>. No obstante también es posible entender que esta llamada de atención se está haciendo sobre una cláusula cuya aplicación pudiera provocar durante la ejecución del contrato efectos no previstos por el adherente en el momento de la celebración del contrato. De seguirse esta última interpretación la norma podría ser de plena aplicación a las cláusulas suelo si no cumplieran los requisitos expuestos por la STS de 9 de mayo de 2013, pues en el fondo es esta plena información de las consecuencias de la inserción de la cláusula lo que pretende dicha Sentencia.

Por otro lado el PCM incorpora en su artículo 416-2 la posibilidad de instar la renegociación del contrato y, en su caso, finalmente la adaptación del contrato para restablecer el equilibrio de las prestaciones o incluso su extinción en el supuesto de que sobrevenga una excesiva onerosidad del contrato<sup>104</sup>. De entrar en vigor está por ver la aplicación que harían los tribunales de esta compleja norma, que parece establecer legalmente una regla análoga la cláusula *rebus sic stantibus*. En nuestra opinión tal regla sería solo de dudosa aplicación en el

supuesto de los préstamos a interés variable, por cuanto que en estas operaciones prestamista y prestatario asumen expresamente el riesgo de que el tipo de referencia baje o suba, aunque al mismo tiempo podría considerarse un claro ejemplo de supuesto en el que la alteración de las circunstancias provoca una excesiva onerosidad del contrato. Por otra parte las cláusulas suelo y techo vienen precisamente a eliminar esta incertidumbre, con lo que no parece que una bajada del tipo de referencia por debajo del suelo debiera implicar la activación de la posibilidad prevista en el artículo 416-2 —posibilidad que ha de considerarse en todo caso excepcional—, pues simplemente se darían las circunstancias previstas en el contrato para que opere la cláusula suelo acordada entre las partes.

## V. LOS INTERESES MORATORIOS: CRITERIOS PARA DETERMINAR SU CARÁCTER ABUSIVO

### V.1. PLANTEAMIENTO

A diferencia del caso de los intereses remuneratorios la Ley de 23 de julio de 1908 de represión de la usura no se aplica a los intereses moratorios (SSTS de 2 de octubre de 2001 [RJ 2001,7141], 4 de junio de 2009 [RJ 2009,4747] y 26 de octubre de 2011 [RJ 2012,1126])<sup>105</sup>, si bien, tal como se ha expuesto, la declaración de usurario de un préstamo por el carácter excesivo de los intereses remuneratorios implica que el prestatario debe solo restituir el principal del crédito, quedando sin efecto tanto los intereses remuneratorios como los moratorios.

No obstante, tratándose de una cláusula que no se refiere a un elemento esencial del contrato, si la cláusula no ha sido individualmente negociada y se cumplen el resto de presupuestos para ello resulta indudablemente de aplicación la LCGC. Y si el prestatario es un consumidor podrá controlarse igualmente el carácter abusivo de la cláusula predispuesta<sup>106</sup>. Así pues un tipo de interés moratorio excesivo contravendría claramente el artículo 85.6 de la LGDCU, que prescribe que son abusivas las cláusulas que establezcan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla sus obligaciones.

Evidentemente la posibilidad de invocar la protección de la LGDCU dependerá de la consideración de consumidor del prestatario. El artículo 3 de la LGDCU define a los consumidores como «*las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*», así como «*las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial*»<sup>107</sup>. Con ello se excluye del ámbito de la Ley el denominado «consumo empresarial», esto es, la adquisición de productos o servicios para aplicarlos a un proceso productivo, sin que requiera dicha exclusión que los

productos o servicios adquiridos por el empresario sean directamente el objeto de su propia actividad empresarial<sup>108</sup>.

Si el prestatario es un empresario que solicita el préstamo para financiar su actividad empresarial no es de aplicación la LGDCU. En tal caso la protección que le dispensa el Ordenamiento es mucho más débil. Lógicamente se aplicará la LCGC y toda la regulación protectora del cliente bancario en lo que se refiere al deber de información y a la formación de la voluntad de dicha parte contratante. Pero, superado dicho filtro de legalidad, no se controla que los intereses moratorios sean excesivos.

## V.2. LA PROTECCIÓN DEL PRESTATARIO EMPRESARIO

### V.2.A. *La posibilidad de aplicar la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales*

Un sector doctrinal<sup>109</sup> ha planteado la posibilidad de que resulte de aplicación a los contratos bancarios de financiación a empresarios la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Para ello se trae a colación la tramitación parlamentaria de la norma —en la cual se suprimió la exclusión expresa de estos contratos de su ámbito de aplicación—. Frente a esta idea existe también doctrina que ha justificado la no aplicación de esta norma al contrato de préstamo por el hecho de que se trata de un contrato unilateral en el que los pagos que efectúa el prestatario no son propiamente contraprestación de un bien o servicio<sup>110</sup>. Con ello no resultaría procedente la aplicación de la Ley, cuyo ámbito queda delimitado a la mora en las obligaciones de «pago en las operaciones comerciales que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios» (art. 1)<sup>111</sup>; como por otra parte se recogía en la derogada Directiva 2000/35/CE<sup>112</sup> y se recoge en la vigente Directiva 2011/7/UE<sup>113</sup>.

A nuestro modo de ver, la consideración del contrato de préstamo como contrato unilateral o como contrato bilateral y sinalagmático no es determinante para decidir si la Ley 3/2004 resulta o no aplicable a estos contratos. Tal como indicamos al inicio de este trabajo<sup>114</sup>, es evidente que la configuración del contrato de préstamo en nuestros Códigos es la de un contrato unilateral y real. Por su parte, la calificación del acuerdo previo por el que el prestamista se compromete a prestar en unas condiciones ha sido debatida: la doctrina tradicional, que sostiene la naturaleza esencialmente real del contrato, lo califica de precontrato; mientras que otros autores lo consideran un contrato de préstamo configurado por las partes como consensual y bilateral. En cualquier caso, no cabe duda de que los intereses remuneratorios son el precio del préstamo, la

cantidad que retribuye al prestamista la operación y, aunque en la sistemática legal representen un contenido facultativo del contrato, en la praxis ordinaria del contrato de préstamo bancario se vinculan a la causa onerosa del mismo.

Dicho esto, en nuestra opinión, no parece que la *ratio* de la norma sea regular los contratos bancarios. La Ley 3/2004 busca claramente proteger a los acreedores frente a la inserción de cláusulas en los contratos y la realización de prácticas comerciales abusivas que amparen una conducta morosa de los deudores. Se trata de impedir que contratantes de un perfil determinado —la Administración pública o también empresarios con una mayor capacidad de negociación o un mayor margen de actuación— obtengan financiación ilícitamente a costa del retraso en el cumplimiento de sus obligaciones respecto de otros empresarios con los que mantienen relaciones comerciales; retrasos que, a la postre, podrían afectar negativamente a la solvencia de estos últimos empresarios. Se trata de evitar que aquellos contratantes logren configurar, a través de la inserción de ciertas cláusulas en los contratos o por una adecuada gestión del impago por su parte, una situación en la que les resulte más conveniente el cumplimiento moroso que el puntual de sus obligaciones. Evidentemente la norma es igualmente aplicable a pequeños empresarios que actúen en un plano de igualdad, razón por la que el carácter abusivo de las cláusulas contractuales no se circunscribe a las condiciones generales de la contratación. Pero no es planteable que la Ley 3/2004 busque proteger a las entidades de crédito de un posible abuso por parte de sus clientes prestatarios. No parece que la Ley trate de solucionar este problema porque, sencillamente, este problema no existe. Ha de dejarse patente que la Ley no busca exactamente promover el cumplimiento puntual de las obligaciones de pago, sino evitar situaciones abusivas. Frente a un deudor incapaz de atender a sus obligaciones la Ley 3/2004 es absolutamente inútil. Y, ante el riesgo de que el prestatario tenga una conducta fraudulenta, las entidades tienen recursos y conocimientos suficientes para defender sus intereses. Lo que se busca es que la contraparte de un contrato no imponga un plazo de pago excesivamente dilatado en las operaciones comerciales, unas condiciones de la mora (requisitos para entrar en ella y consecuencias de la misma) o una regulación de los costes de cobro abusiva.

Partiendo de esta idea resulta un tanto forzado incluir al préstamo bancario entre las operaciones comerciales definidas en el artículo 1 de la Ley: aquellas que dan lugar a la entrega de bienes o servicios. No tendría sentido siquiera tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 4 respecto al plazo de pago o considerar abusivos plazos más amplios; no tendría amparo legal alguno que una entidad de crédito pretendiera cobrar un interés de demora superior al pactado por el hecho de que resulta inferior al dispuesto en el artículo 7; ni, por último, podría la entidad de crédito cobrar los 40 euros previstos en el artículo 8 si ello no está recogido en el contrato. Tan solo podría plantearse la aplicación de la Ley 3/2004 a los préstamos bancarios en los supuestos en que se rompa la

premisa expuesta en el párrafo anterior. Es decir, si realmente una Administración Pública o una gran empresa —tal vez otra entidad de crédito— llegara a imponer condiciones abusivas a la entidad de crédito prestamista podría no ser descartable encontrar acomodo a una posible declaración de abusividad en esta norma. Aparte de en este tipo de supuestos, realmente cercanos a situaciones reguladas en el artículo 2 de la LDC, no parece adecuado plantear con carácter general la aplicación de la Ley 3/2004.

Dicho esto, lo cierto es que la doctrina ha apuntado también la posibilidad de efectuar una interpretación y aplicación *inversa* de la Ley 3/2004; en defensa, no del acreedor, sino del deudor, en este caso del prestatario. Para ello se parte de la idea de que la norma establece un interés de demora razonable (y por tanto de aplicación supletoria). Pero, al mismo tiempo, si el interés de demora pactado se aparta manifiesta e injustificadamente de este interés razonable en contra del deudor también debería considerarse abusivo<sup>115</sup>.

En nuestra opinión, resulta evidente que no es esto lo que dispone la norma. La Ley 3/2004 sigue a lo largo de todo su tenor literal un criterio de *favor creditoris*. Tal como se ha dicho trata de proteger a los acreedores. No busca la Ley establecer propiamente un tipo moratorio supletorio de referencia para que deban considerarse abusivos aquellos tipos que se alejen injustificadamente al alza o a la baja del mismo. Los diversos preceptos de la Ley no deben aplicarse de forma inversa y a favor del deudor. Cuestión distinta es que, considerado abusivo o digno de moderación un tipo de interés moratorio, el juzgador busque un criterio objetivo en las normas para sustituir el pactado por las partes y dicho criterio se encuentre en la Ley 3/2004. Ello sucedió precisamente en la SAP de Asturias de 23 de junio de 2010 (*JUR* 2010, 276528), relativa a un préstamo bancario, no a un empresario, sino a un consumidor. Dicho interés moratorio se consideró ilícito conforme a la LGDCU y se moderó acudiendo al tipo de interés del artículo 7 de la Ley 3/2004.

#### *V.2.B. Posibilidad de moderar los intereses moratorios estipulados como cláusula penal*

Descartada la aplicación de la Ley 3/2004 hemos de interrogarnos sobre la posibilidad de reducir los intereses moratorios de préstamos empresariales con base en los artículos 1.103 y 1.154 del Código Civil<sup>116</sup>. Ello es así por cuanto que el pacto acerca de los intereses moratorios es una cláusula penal<sup>117</sup>, con lo que, si se cumplen los requisitos para ello, podría moderarse por los tribunales. El artículo 1.154 del Código Civil establece que el juez «modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor». Este precepto se ha interpretado literalmente por la jurisprudencia, de modo que ha de entenderse que establece no una posibilidad,

sino un deber del juez<sup>118</sup>, que debe cumplir de oficio, aun cuando no lo hayan solicitado las partes<sup>119</sup>. Sin embargo la modificación de la pena será procedente solo si, como dice la norma, la obligación se ha cumplido únicamente en parte o irregularmente. Si se hubiera incumplido totalmente la obligación no será posible la moderación de la pena<sup>120</sup>. Y, al mismo tiempo, con ello se entiende que, si la pena se hubiere previsto desde un primer momento para el incumplimiento parcial del deudor y se produjera un incumplimiento subsumible en aquel, no cabrá su moderación con base en la equidad<sup>121</sup>. Tal como considera la jurisprudencia «*la finalidad del repetido artículo [el 1.154 CC] no reside en si debe rebajarse equitativamente una pena por resultar excesivamente elevada, sino en que las partes, al pactar la pena, pensaron en un incumplimiento total y la determinaron en función de esa hipótesis*» (STS de 4 de mayo de 2011 [RJ 2011, 3728]). Ello hace que la mayoría de la jurisprudencia considere que cuando la cláusula penal se ha previsto específicamente para la mora no pueda reducirse<sup>122</sup>. En definitiva, la regla general excluiría la rebaja de los intereses moratorios por resultar excesivos, con base en los artículos 1.103 y 1.154 del Código Civil.

Dicho esto, lo cierto es que también existen algunas sentencias que no siguen la indicada interpretación. En las mismas, se acude al artículo 1.154 del Código Civil para suplir la no aplicación de la Ley de represión de la usura y la LGDCU a los intereses moratorios en préstamos concedidos a empresarios, con el resultado de reducir los intereses pactados por considerarlos demasiado elevados. Abanderada de esta tesis jurisprudencial es la STS de 17 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1351), seguida por numerosas sentencias de las audiencias provinciales<sup>123</sup>. En esta sentencia, relativa a un arrendamiento financiero, tras rechazar la aplicación de las leyes citadas, se reduce el interés moratorio por considerar que los intereses pactados son excesivos y muy superiores a los daños efectivamente causados por el incumplimiento<sup>124</sup>.

### V.3. LA PROTECCIÓN DEL PRESTATARIO CONSUMIDOR

En el caso de que el prestatario sea un consumidor la protección del mencionado artículo 85.6 de la LGDCU es mucho más fuerte, por cuanto que la norma prescribe la abusividad de la cláusula por la que se imponga una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla sus obligaciones. La protección resulta en este caso más evidente, pues el precepto incluye claramente este supuesto de hecho, pero no por ello está exenta de problemas hermenéuticos. Nuevamente la ilicitud de la cláusula se hace depender de un concepto indeterminado que debe ser interpretado por el juez, ofreciendo la jurisprudencia una variada casuística<sup>125</sup>. La jurisprudencia ofrece en líneas generales dos posibles criterios interpretativos<sup>126</sup>. El primero de ellos, seguido en la STS de 23 de septiembre de 2010 (RJ 2010,7296)<sup>127</sup>, sería tomar como

referencia para valorar la desproporción el parámetro del artículo 20.4 de la actual Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo —antiguo 19.4 de la derogada Ley de crédito al consumo, citado por la sentencia—, que resultaría de aplicación analógicamente. De hecho el propio artículo 89.7 de la LGDCU estima que unas condiciones más onerosas a las previstas en dicha disposición deben considerarse abusivas —tal como se disponía igualmente en el apartado 29 de la disposición adicional 1<sup>a</sup> de la LGDCU de 1984—. El artículo 20.4 de la Ley 16/2011 establece que el interés máximo aplicable a los descubiertos en cuentas corrientes es 2,5 veces el interés legal del dinero<sup>128</sup>. Se aplicaría por tanto analógicamente este límite a los intereses de demora pactados en otros contratos bancarios de activo, como el préstamo. En definitiva, siguiendo esta tesis, el interés moratorio sería abusivo si superase este porcentaje.

En la actualidad, esta tesis jurisprudencial se enfrenta al obstáculo del tenor literal del artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Tal precepto, introducido por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, establece en relación a los préstamos hipotecarios para la adquisición de la vivienda habitual hipotecada un límite a los intereses de demora de 3 veces el interés legal del dinero<sup>129</sup>. Evidentemente la norma pretende otorgar protección a estos deudores, no excepcionar una regla general para que los mismos tengan una protección inferior. Siendo así, resulta lógico entender que el límite general para los intereses moratorios no puede ser inferior al establecido como excepción en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria<sup>130</sup>. En nuestra opinión, sin embargo, no es difícil pensar que el legislador ha pretendido otorgar dicha protección a este tipo de deudores sin una previa reflexión acerca de la existencia del mencionado criterio jurisprudencial y, desde luego, sin pretender que una interpretación *a sensu contrario* del precepto impida apreciar la analogía con el artículo 20.4 de la Ley 16/2011 en otros supuestos distintos. Lo que sí habrá evitado será la aplicación del límite fijado por esta tesis jurisprudencial —el resultado de multiplicar por 2,5 el interés legal del dinero— a los préstamos hipotecarios regulados por el artículo 114 de la Ley Hipotecaria.

El segundo criterio parte de considerar que el anterior expuesto no resulta determinante<sup>131</sup>, sino que, para saber si un interés moratorio es abusivo, debería atenderse a las condiciones del mercado. Normalmente se viene considerando abusivo un interés moratorio superior al 20% TAE, sin que los tribunales sigan una postura uniforme en este sentido<sup>132</sup> y sin que se argumente tal decisión con base en ningún criterio objetivo claramente reconocible<sup>133</sup>.

Una vez se ha considerado excesivo el interés moratorio en atención a uno de estos dos criterios, tradicionalmente nuestros tribunales se han mostrado favorables a reducir dicho interés, lo que, por otra parte, se correspondía con lo dispuesto en el artículo 83 de la LGDCU hasta la entrada en vigor de la Ley 3/2014<sup>134</sup>. Cuando se ha seguido la primera tesis, el interés moratorio se ha

reducido hasta el límite considerado lícito, esto es el resultado de multiplicar por 2,5 el interés legal del dinero.

Cuando se ha seguido la segunda tesis, la moderación de los intereses moratorios se ha hecho siguiendo diversas alternativas. En algún supuesto, obviando incluso a veces la existencia de una regulación especial protectora de los consumidores y usuarios, se ha aplicado, como en el caso anterior, el artículo 1.154 del Código Civil para reducir la cláusula penal consistente en el pacto de intereses moratorios. En tal caso la moderación se ha realizado con base en la equidad según el leal saber y entender del juez<sup>135</sup>. Otras veces, lo que ha sido más frecuente, se ha resuelto conforme a la regulación protectora de los consumidores y usuarios, tratando el tribunal de buscar algún criterio objetivo con el que decidir la cuantía exacta a la que deben reducirse los intereses moratorios. En alguna ocasión se ha puesto en relación el interés moratorio con el interés remuneratorio pactado<sup>136</sup> o con el tipo de interés legal<sup>137</sup>. Y en alguna otra, considerado abusivo el interés moratorio por contravenir el artículo 85.6 de la LGDCU, se sustituye el interés moratorio pactado en el contrato por el más alto de los dos siguientes: (1) el resultado de multiplicar por 2,5 el interés legal del dinero o (2) el previsto en el artículo 7 de la Ley 3/2004, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales; norma que, nuevamente, se aplicaría por analogía. Con ello, el interés moratorio se reduciría al publicado semestralmente en el BOE por el Ministerio de Economía como tipo de interés de demora supletorio en las operaciones comerciales, siempre y cuando, según se ha expuesto, supere el 2,5 el interés legal del dinero<sup>138</sup>.

Más modernamente, la jurisprudencia ha considerado también que, una vez declarada nula la cláusula de intereses moratorios, tales intereses no deben moderarse, sino suprimirse<sup>139</sup>. Esta tesis se basa en la aplicación directa del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, al considerar contrario al Derecho europeo el artículo 83 de la LGDCU, según se declaró en la la STJUE de 14 de junio de 2012 (TJCE 2012, 143). Muy acertadamente, en nuestra opinión, el argumento para defender esta tesis es que en caso contrario se estaría incentivando la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos por parte de las entidades de crédito, pues la sanción aplicable a ello no sería más que la de reducir el tipo de interés a uno aproximado al que hubiera aplicado la entidad si no hubiera intentado utilizar un tipo abusivo. Hoy día, tras la modificación del artículo 83 de la LGDCU por la Ley 3/2004, precisamente para adaptarla al tenor del artículo 6.1 de la Directiva, no cabe duda de que la consecuencia de considerar abusivo un interés moratorio es la supresión de dicho interés, sin que quepa su reducción a lo *razonable*.

A nuestro modo de ver sería muy aconsejable contar con un parámetro objetivo para determinar la abusividad de los intereses moratorios, como sucede en el caso de los descubiertos en cuenta corriente. Sin embargo no parece

adecuado entender que el límite impuesto para estos casos, el resultado de multiplicar por 2,5 el interés legal del dinero, es extensible automáticamente a otros supuestos, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria. El artículo 85-6 de la LGDCU establece la abusividad de las cláusulas que impongan al consumidor una indemnización *desproporcionadamente* alta como consecuencia del incumplimiento. Pero no dice el precepto respecto a qué debe ser *proporcionada* la indemnización.

Habría de tenerse en cuenta ante todo cuál es el daño que se ha causado al empresario como consecuencia de la mora del consumidor. Pero, al mismo tiempo, hay que tener en cuenta también que los intereses moratorios pactados son una cláusula penal que en gran medida tiene la función de disuadir a la contraparte del retraso en el cumplimiento. Y, sobre todo, la cláusula penal trata de evitar la necesidad de cuantificar el daño causado por este retraso. En sí misma la cláusula penal implica la libre cuantificación de dicho daño por las propias partes, por lo que, en principio, y tal como se ha visto en relación al artículo 1.154 del Código Civil, no debe alterarse lo pactado. La clave está, en nuestra opinión, en que en el supuesto del artículo 85-6 de la LGDCU es una de las partes, el empresario, la que impone a la otra, el consumidor, una indemnización *desproporcionada*. Hay que entender entonces que lo que se prohíbe es la imposición de una indemnización excesiva —esto es, muy superior— a los daños efectivamente causados al prestamista, de modo que pueda entenderse que dicha actuación por parte de él es contraria a la buena fe. Deberían por tanto tenerse en cuenta las circunstancias del mercado para determinar si la cláusula por la que se establecen los intereses moratorios es o no abusiva.

#### V.4. BREVE REFERENCIA A LA DISCIPLINA DE LA MORA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

De aprobarse en los términos actuales, el PCM derogaría la Ley 3/2004, cuyo contenido se integraría con algunas modificaciones en sus artículos 418-4 y sigs. En concreto, el tipo de interés moratorio supletorio para las operaciones entre empresarios o entre estos y la administración se regularía en el artículo 418-5.1.

Por otra parte el PCM establece un tipo de interés moratorio supletorio para las obligaciones mercantiles en general —no ya el específico para las operaciones entre empresarios o estos y la administración del artículo 418-5.1— en el artículo 418-2.1 (el interés legal del dinero<sup>140</sup>) y un tipo supletorio para el caso del préstamo en el artículo 573-8.2 (el más alto de entre el interés retributivo y el interés legal del dinero). Evidentemente no siempre que se pacte un interés moratorio superior a estos nos encontraríamos ante una cláusula abusiva<sup>141</sup>. El PCM permite que se pacten unos intereses moratorios superiores, además de otras cláusulas penales (art. 573-8.3). En definitiva, los criterios para deter-

minar el carácter abusivo del interés moratorio hasta aquí examinados podrán mantenerse.

## VI. EL CONTROL JUDICIAL EN EL PROCESO. EN ESPECIAL, EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS JUICIOS MONITORIO E HIPOTECARIO

Tal como se ha visto, iniciado por la entidad de crédito un proceso para exigir el pago de la deuda, es posible la reducción de la cantidad que deba pagarse por el hecho de que la liquidación presentada se haya realizado con base en unos intereses remuneratorios usurarios, la existencia de una cláusula suelo ilícita o unos intereses moratorios abusivos. Debe aludirse ahora a dos problemas de índole procesal de cuya resolución depende en gran medida la efectividad práctica de lo tratado en los epígrafes anteriores: la posibilidad de que tales cuestiones puedan, de un lado, ser controladas de oficio y *ad limine litis* por el juez; y, de otro, en el caso del procedimiento ejecutivo, la de ser invocadas por el deudor para evitar la ejecución.

Ambos problemas han sido definitivamente resueltos<sup>142</sup> para el procedimiento ejecutivo y cuando el deudor sea un consumidor con la entrada en vigor de la Ley 1/2013<sup>143</sup>. Entre otros cambios esta Ley ha modificado los artículos 552, 557 y 561 de la LEC<sup>144</sup>. Tras la reforma, despachada ejecución con base en un título ejecutivo no judicial ni arbitral, el deudor puede oponerse a ella por el hecho de que el título contenga una cláusula abusiva<sup>145</sup>. Asimismo, si el juez aprecia la existencia de una cláusula abusiva, debe dar audiencia a las partes<sup>146</sup> y resolver lo que proceda. En cualquiera de ambos casos, apreciado el carácter abusivo de la cláusula, el auto que se dicte determinará las consecuencias de ello, bien decretando la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de las cláusulas consideradas abusivas<sup>147</sup>.

Asimismo, la Ley 1/2013 ha modificado el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, de modo que cuando la venta del inmueble se lleve a cabo extrajudicialmente, si el notario considera que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible pudiera tener carácter abusivo, debe ponerlo en conocimiento del deudor, acreedor y en su caso, avalista e hipotecante no deudor a los efectos oportunos. Y, en cualquier caso, planteado ante el juez el carácter abusivo de las cláusulas contractuales, el notario debe suspender la venta extrajudicial.

Tal como reconoce la propia Exposición de Motivos de la Ley 1/2013, estas modificaciones legislativas se han producido como consecuencia de la STJUE de 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89)<sup>148</sup>, dictada para resolver una cuestión propuesta por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona en relación a una ejecución hipotecaria. En esta sentencia el Tribunal Europeo reitera su postura

de que el juez debe controlar de oficio la existencia de cláusulas abusivas en los contratos<sup>149</sup>, acordando incluso si fuera preciso la práctica de prueba<sup>150</sup>. Por otra parte esta sentencia entendía que el Ordenamiento español quebrantaba el principio de efectividad procesal de los derechos de los consumidores conferidos por el Derecho europeo. Ello era así, antes de la reforma indicada, por cuanto que la reclamación del deudor con base en la existencia de cláusulas abusivas en el contrato debía efectuarse en un procedimiento ordinario, cuyo inicio no implicaba la paralización de la ejecución. De este modo, aunque el resultado del proceso ordinario fuera favorable a la pretensión del deudor, ello no provocaba la recuperación del bien ejecutado. Muy al contrario, tras la adjudicación del bien a un tercero, la pérdida del bien por el deudor resultaba irreversible<sup>151</sup>.

A la vista de la jurisprudencia del TJUE ha de entenderse por tanto que la posibilidad de apreciar de oficio la abusividad de las cláusulas predisueltas constituye una regla predicable también de otros procesos<sup>152</sup>. Conforme a lo dispuesto en el artículo 83 de la LGDCU, tras su reforma por la Ley 3/2014, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato. Con esta audiencia por tanto se evitaría la indefensión del acreedor, que podría argumentar en el proceso lo que conviniera a su derecho.

Como consecuencia de lo expuesto, y al plantearse el control de oficio solo respecto de las cláusulas abusivas y en el marco de la regulación —en este caso procesal— protectora de los consumidores y usuarios, no parece que cuando el deudor no sea un consumidor goce de una protección equivalente. En definitiva, el control de incorporación de las condiciones generales de la contratación *ex artículos 5 y 7 de la LCGC* debe ser en todo caso invocado por el deudor para que sea efectivo.

E igualmente quedan en el aire los efectos que la STJUE de 14 de marzo de 2013 pueda tener sobre el control de la usura por los Tribunales. Según se ha visto la usura no es controlada en nuestro Ordenamiento como una cláusula abusiva —pues de hecho alude directamente al objeto del contrato, sin perjuicio de las consideraciones efectuadas en relación a las cláusulas suelo y a la STS de 9 de mayo de 2013—. Y sin embargo es indudable que Ley de represión de la usura brinda al consumidor una protección complementaria a la propia de los consumidores y usuarios. A este respecto, la jurisprudencia ha rechazado en alguna ocasión el control de oficio de la usura, sin distinguir si el deudor es o no consumidor<sup>153</sup>. A nuestro entender la mencionada STJUE provocará que la usura pueda ser apreciada de oficio cuando el deudor sea un consumidor, si bien no en caso contrario.

En cuanto a la oposición a la ejecución con base en estas circunstancias por parte del deudor no consumidor, tampoco parece posible, teniendo en cuenta el carácter tasado de las causas de oposición y la imposibilidad de encontrar justificación normativa en la oposición por pluspetición.

## VII. RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC de 10 de diciembre (*RTC* 1985, 167).
- STC de 18 de junio (*RTC* 2001, 140).

### TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE de 27 de junio de 2000 (*TJCE* 2000, 144).
- STJUE de 4 de junio de 2009 (*TJCE* 2009, 155).
- STJUE de 6 de octubre de 2009 (*TJCE* 2009, 309).
- STJUE de 3 de junio de 2010 (*TJCE* 2010, 162).
- STJUE de 9 de noviembre de 2010 (*TJCE* 2010, 335).
- STJUE de 14 de junio de 2012 (*TJCE* 2012, 143).
- STJUE de 21 de febrero de 2013 (*TJCE* 2013, 46).
- STJUE de 14 de marzo de 2013 (*TJCE* 2013, 89).

### TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 24 de noviembre de 1984 (*RJ* 1984, 5658).
- STS de 20 de mayo de 1986 (*RJ* 1986, 2734).
- STS de 18 de mayo de 1987 (*RJ* 1987, 353).
- STS de 27 de noviembre de 1987 (*RJ* 1987, 8701).
- STS de 30 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987, 9713).
- STS de 16 de abril de 1988 (*RJ* 1988, 3173).
- STS de 7 de febrero de 1989 (*RJ* 1989, 754).
- STS de 10 de mayo de 1989 (*RJ* 1989, 3679).
- STS de 19 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991, 9409).
- STS de 29 de septiembre de 1992 (*RJ* 1992, 7330).
- STS de 6 de noviembre de 1992 (*RJ* 1992, 9228).
- STS de 8 de febrero de 1993 (*RJ* 1993, 690).
- STS de 18 de marzo de 1993 (*RJ* 1993, 2023).
- STS de 15 de febrero de 1994 (*RJ* 1994, 1315).
- STS de 30 de diciembre de 1994 (*RJ* 1994, 10242).
- STS de 15 de noviembre de 1995 (*RJ* 1995, 8604).
- STS de 13 de febrero de 1996 (*RJ* 1996, 1252).
- STS de 19 de julio de 1996 (*RJ* 1996, 5802).
- STS de 31 de julio de 1996 (*RJ* 1996, 6083).
- STS de 18 de noviembre de 1996 (*RJ* 1996, 8361).

- STS de 17 de julio de 1997 (*RJ* 1997, 5759).
- STS de 29 de noviembre de 1997 (*RJ* 1997, 8441).
- STS de 7 de marzo de 1998 (*RJ* 1998, 1267).
- STS de 17 de marzo de 1998 (*RJ* 1998, 1351).
- STS de 18 de marzo de 1998 (*RJ* 1998, 1704).
- STS de 30 de junio de 1998 (*RJ* 1998, 5294).
- STS de 27 de marzo de 1999 (*RJ* 1999, 2371).
- STS de 30 de marzo de 1999 (*RJ* 1999, 1719).
- STS de 18 de junio de 1999 (*RJ* 1999, 4478).
- STS de 7 de febrero de 2000 (*RJ* 2000, 282).
- STS de 16 de octubre de 2000 (*RJ* 2000, 9906).
- STS de 2 de noviembre de 2000 (*RJ* 2000, 8492).
- STS de 10 de mayo de 2001 (*RJ* 2001, 6191).
- STS de 22 de mayo de 2001 (*RJ* 2001, 6466).
- STS de 2 de octubre de 2001 (*RJ* 2001, 7141).
- STS de 1 de febrero de 2002 (*RJ* 2002, 2879).
- STS de 7 de febrero de 2002 (*RJ* 2002, 2887).
- STS de 21 de marzo de 2002 (*RJ* 2002, 2526).
- STS de 7 de mayo de 2002 (*RJ* 2002, 4045).
- STS de 8 de octubre de 2002 (*RJ* 2003, 358).
- STS de 21 de noviembre de 2002 (*RJ* 2002, 10269).
- STS de 5 de diciembre de 2003 (*RJ* 2003, 8640).
- STS de 17 de diciembre de 2003 (*RJ* 2003, 8792).
- STS de 21 de junio de 2004 (*RJ* 2004, 3956).
- STS de 21 de septiembre de 2004 (*RJ* 2004, 5576).
- STS de 27 de abril de 2005 (*RJ* 2005, 3769).
- STS de 3 de octubre de 2005 (*RJ* 2005, 7099).
- STS de 15 de diciembre de 2005 (*RJ* 2006, 1223).
- STS de 20 de diciembre de 2005 (*RJ* 2006, 286).
- STS de 14 de junio de 2006 (*RJ* 2006, 3536).
- STS de 25 de septiembre de 2006 (*RJ* 2006, 6577).
- STS de 4 de enero de 2007 (*RJ* 2007, 1101).
- STS de 26 de marzo de 2007 (*RJ* 2007, 2342).
- STS de 20 de junio de 2007 (*RJ* 2007, 3861).
- STS de 10 de octubre de 2007 (*RJ* 2007, 6812).
- STS de 4 de junio de 2008 (*RJ* 2008, 3196).
- STS de 19 de junio de 2008 (*RJ* 2008, 3225).
- STS de 15 de julio de 2008 (*RJ* 2008, 3365).
- STS de 15 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 5692).
- STS de 12 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009, 152).
- STS de 22 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009, 163).
- STS de 26 de marzo de 2009 (*RJ* 2009, 2387).

- STS de 4 de junio de 2009 (*RJ* 2009,4747).
- STS de 16 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010, 702).
- STS de 31 de marzo de 2010 (*RJ* 2010, 4032).
- STS de 1 de julio de 2010 (*RJ* 2010, 6554).
- STS de 23 de septiembre de 2010 (*RJ* 2010,7296).
- STS de 4 de noviembre de 2010 (*RJ* 2010, 8021).
- STS de 29 de diciembre de 2010 (*RJ* 2011, 148).
- STS de 4 de mayo de 2011 (*RJ* 2011, 3728).
- STS de 26 de octubre de 2011 (*RJ* 2012,1126).
- STS de 18 de junio de 2012 (*RJ* 2012, 8857).
- STS de 22 de febrero de 2013 (2013, 1609).
- STS de 1 de marzo de 2013 (*RJ* 2013, 2280).
- STS de 9 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3088).
- ATS de 3 de junio de 2013 (*RJ* 2013, 3617).
- ATS de 6 de noviembre de 2013 (*JUR* 2013, 355553).

#### AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Burgos de 26 octubre de 1992 (*AC* 1992, 1442).
- SAP de Oviedo de 22 de enero de 1993 (*AC* 1993, 32).
- SAP de Málaga de 5 de febrero de 1996 (*AC* 1996, 409).
- SAP de Cuenca de 2 de mayo de 1996 (*AC* 1996, 989).
- SAP de Castellón de 20 abril de 1999 (*AC* 1999, 1086).
- SAP de Barcelona de 9 de junio de 1999 (*AC* 1999, 1509).
- SAP de Murcia de 1 de febrero de 2000 (*AC* 2000, 774).
- SAP de Murcia de 31 de marzo de 2000 (*AC* 2000, 1282).
- SAP de Pontevedra de 27 de junio de 2000 (*AC* 2000, 3772).
- SAP de Asturias de 28 de septiembre de 2000 (*AC* 2000, 1941).
- SAP de Burgos de 31 de octubre de 2000 (*JUR* 2001, 12518).
- SAP de Gerona de 23 de enero de 2001 (*JUR* 2001, 121934).
- SAP de Madrid de 5 de febrero de 2001 (*AC* 2001, 1665).
- SAP de Córdoba de 4 de mayo de 2001 (*AC* 2001, 1082).
- SAP de Lérida de 14 de enero de 2002 (*AC* 2002, 181).
- SAP de Sevilla de 23 de enero de 2002 (*AC* 2002, 1013).
- SAP de Barcelona de 21 de marzo de 2002 (*JUR* 2002, 152009).
- SAP de Barcelona de 16 de abril de 2002 (*JUR* 2002, 155097).
- SAP de Zamora de 16 de mayo de 2002 (*JUR* 2002, 189215).
- AAP de Barcelona de 30 de mayo de 2002 (*AC* 2002, 1245).
- SAP de Barcelona de 30 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003, 22324).
- AAP de Córdoba de 25 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 19805).
- SAP de Murcia de 9 de enero de 2003 (*JUR* 2003, 195958).

- AAP de Burgos de 17 de febrero de 2003 (*JUR* 2003, 122479).
- SAP de Barcelona de 17 de febrero de 2003 (*JUR* 2003, 196488).
- SAP de Barcelona de 10 de julio de 2003 (*AC* 2003, 1141).
- SAP de Madrid de 11 mayo de 2004 (2005, 832).
- AAP de Barcelona de 24 de mayo de 2004 (*JUR* 2004, 22121).
- SAP de Madrid de 5 de noviembre de 2004 (*AC* 2004, 2273).
- AAP de Barcelona de 2 de marzo de 2005 (*JUR* 2005, 117236).
- AAP de Barcelona de 7 de marzo de 2005 (*JUR* 2005, 116734).
- SAP de Valencia de 12 abril de 2005 (*JUR* 2005, 165048).
- SAP de Málaga de 13 julio de 2005 (*AC* 2005, 1634).
- SAP de Valencia de 21 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006, 107147).
- SAP de Córdoba de 5 de febrero de 2007 (*AC* 2007, 1112).
- SAP de Tarragona de 18 de julio de 2008 (*JUR* 2008, 314433).
- AAP de Barcelona de 26 de enero de 2009 (*AC* 2009, 1186).
- SAP de Barcelona de 19 marzo de 2009 (*AC* 2009, 1364).
- AAP de Asturias de 23 de junio de 2009 (*AC* 2009, 1722).
- AAP de Tarragona de 21 de julio de 2009 (*JUR* 2009, 425127).
- AAP de Gerona de 15 de diciembre de 2009 (*JUR* 2010, 117094).
- SAP de Barcelona de 19 de enero de 2010 (*JUR* 2010, 149522).
- SAP de Alicante de 25 de mayo de 2010 (*AC* 2010, 1050).
- SAP de Asturias de 23 de junio de 2010 (*JUR* 2010, 276528).
- AAP de Madrid de 11 de octubre de 2010 (*JUR* 2011, 18139).
- SAP de Barcelona de 19 de octubre de 2010 (*JUR* 2010, 383298).
- SAP de La Coruña de 2 diciembre de 2010 (*JUR* 2011, 54548).
- AAP de Asturias de 9 de febrero de 2011 (*AC* 2011, 1875).
- SAP de León de 21 de junio de 2011 (*JUR* 2011, 278575).
- AAP de Sta. Cruz de Tenerife de 5 de julio de 2011 (*AC* 2011, 2075).
- SAP de Alicante de 12 de julio de 2011 (*AC* 2011, 1529).
- AAP de Almería de 15 julio de 2011 (*JUR* 2011, 377520).
- SAP de Sevilla de 7 de octubre de 2011 (*AC* 2011, 1569).
- SAP de Barcelona de 25 de enero de 2012 (*AC* 2012, 864).
- SAP de Burgos de 2 de febrero de 2012 (*JUR* 2012, 67852).
- SAP de Alicante de 10 de febrero de 2012 (*AC* 2012, 1398).
- AAP de Almería de 2 de marzo de 2012 (*JUR* 2012, 207691).
- SAP de Sta. Cruz de Tenerife de 6 de marzo de 2012 (*AC* 2012, 743).
- SAP de Burgos de 23 de marzo de 2012 (*JUR* 2012, 137310).
- SAP de Valencia de 20 de abril de 2012 (*AC* 2012, 954).
- SAP de La Coruña de 25 de abril de 2012 (*JUR* 2012, 165584).
- SAP de Zaragoza de 30 abril de 2012 (*JUR* 2012, 179992).
- SAP de Zaragoza de 8 de mayo de 2012 (*AC* 2012, 1007).
- SAP de Jaén núm. 146/2012, de 14 de mayo de 2012 (*JUR* 2012, 355078).
- SAP de Jaén núm. 147/2012, de 14 mayo de 2012 (*AC* 2013, 1376).

- SAP de Cáceres núm. 280/2012, de 23 mayo de 2012 (*JUR* 2012, 190238).
- SAP de Cáceres núm. 281/2012, de 23 mayo de 2012 (*AC* 2012, 491).
- AAP de Cádiz de 25 de mayo de 2012 (*AC* 2012, 1698).
- SAP de Jaén de 5 de julio de 2012 (*AC* 2013, 545).
- SAP de Cáceres de 10 de julio de 2012 (*AC* 2012, 1375).
- SAP de Madrid de 13 de julio de 2012 (*JUR* 2012, 293674).
- SAP de Cáceres de 18 de julio de 2012 (*AC* 2012, 1460).
- SAP de Asturias de 26 de julio de 2012 (*AC* 2012, 1391).
- SAP de Toledo de 12 de septiembre de 2012 (*AC* 2012, 1717).
- SAP de Alicante de 13 de septiembre de 2012 (*AC* 2012, 2311).
- SAP de Sta. Cruz de Tenerife de 20 de septiembre de 2012 (*JUR* 2012, 391967).
- SAP de Alicante de 24 de octubre de 2012 (*AC* 2013, 355).
- SAP de Islas Baleares de 19 de noviembre de 2012 (*JUR* 2012, 374706).
- SAP de Zaragoza de 23 de noviembre de 2012 (*JUR* 2013, 112820).
- SAP de La Coruña de 29 de noviembre de 2012 (*JUR* 2013, 30615).
- SAP de Ávila de 7 de diciembre de 2012 (*JUR* 2013, 5762).
- SAP de Valencia de 12 de diciembre de 2012 (*JUR* 2013, 120084).
- SAP de Cáceres de 14 de diciembre de 2012 (*AC* 2013, 83).
- SAP de Zamora de 22 de enero de 2013 (*JUR* 2013, 87420).
- SAP de Madrid de 11 de febrero de 2013 (*JUR* 2013, 109966).
- SAP de Cáceres de 13 de febrero de 2013 (*AC* 2013, 700).
- SAP de Badajoz de 26 de febrero de 2013 (*AC* 2013, 714).
- AAP de Madrid 4 de marzo de 2013 (*JUR* 2013, 128991).
- SAP de La Coruña 21 de marzo de 2013 (*AC* 2013, 1079).
- SAP de Valencia de 2 de abril de 2013 (*JUR* 2013, 253082).
- SAP de Tarragona de 16 de abril de 2013 (*AC* 2013, 1442).
- SAP de Madrid de 10 de mayo de 2013 (*JUR* 2013, 210035).
- SAP de Cádiz de 13 de mayo de 2013 (*AC* 2013, 1334).
- SAP de Cádiz de 17 de mayo de 2013 (*JUR* 2013, 286247).
- SAP de La Coruña de 29 de mayo de 2013 (*JUR* 2013, 211019).
- SAP de Cáceres de 18 de junio de 2013 (*JUR* 2013, 247830).
- SAP de Cáceres de 20 de junio de 2013 (*AC* 2013, 1747).
- SAP de Barcelona de 27 de junio de 2013 (*JUR* 2013, 341659).
- SAP de Alicante de 12 de julio de 2013 (*AC* 2013, 1545).
- SAP de Alicante de 18 de julio de 2013 (*AC* 2013, 1656).
- SAP de Sta. Cruz de Tenerife de 23 de julio de 2013 (*JUR* 2013, 319406).
- SAP de Alicante de 23 de julio de 2013 (*AC* 2013, 1561).
- SAP de Cáceres de 28 de octubre de 2013 (*AC* 2013, 1901).
- SAP de Salamanca de 3 de diciembre de 2013 (*AC* 2013, 2095).
- SAP de Badajoz de 14 de enero de 2014 (*AC* 2014, 14).
- SAP de Las Palmas de 26 de marzo de 2014 (*JUR* 2014, 118604).

#### JUZGADOS DE LO MERCANTIL

- S. Juz. de lo Mercantil de León de 11 de marzo de 2011 (*AC* 2011, 179).
- S. Juz. de lo Mercantil de Madrid de 8 de septiembre de 2011 (*AC* 2011, 2146).
- S. Juz. de lo Mercantil de Barcelona de 12 de septiembre de 2011 (*AC* 2011, 2154).
- S. Juz. de lo Mercantil de Palma de Mallorca de 2 de febrero de 2012 (*AC* 2012, 316).
- S. Juz. de lo Mercantil de Madrid de 3 de febrero de 2012 (*AC* 2012, 1249).
- S. Juz. de lo Mercantil de Bilbao de 7 de marzo de 2013 (*AC* 2013, 489).
- S. Juz. de lo Mercantil de Murcia de 4 de abril de 2013 (*AC* 2013, 1428).
- S. Juz. de lo Mercantil de Orense de 13 de mayo de 2013 (*AC* 2013, 1626).
- S. Juz. de lo Mercantil de Murcia de 15 de mayo de 2013 (*AC* 2013, 968).
- S. Juz. de lo Mercantil de Málaga de 19 de julio de 2013 (*AC* 2013, 1554).
- S. Juz. de lo Mercantil de Bilbao de 19 de junio de 2013 (*JUR* 2013, 242749).

#### JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

- S. Juz. 1<sup>a</sup> Instancia de Madrid de 24 de septiembre de 2003 (*AC* 2003, 1475).
- S. Juz. 1<sup>a</sup> Instancia de Madrid de 17 de septiembre de 2013 (*AC* 2013, 1887).

### VIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACHÓN BRUÑEN, M. J.: «Deficiencias del procedimiento judicial de ejecución hipotecaria y sus negativos efectos sobre los más desfavorecidos por la crisis económica», *CE-FLegal*, núm. 141, 2012, págs. 5-46.
- «Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales», *LL*, 2013-3, págs. 1.607-1.620.
- AGUILAUME GANDASEGUÍ, G.: «El ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la Ley 3/2004, de medidas de lucha contra la morosidad», *LL*, 2005-4, págs. 1.687-1.695.
- ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil*, T. II, 13<sup>a</sup> edición, Madrid, Edisofer, 2008.
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: «Primeras observaciones a la Propuesta de Código Mercantil en materia de condiciones generales de la contratación», *LL*, 2013-4, págs. 1.512-1.519.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, Civitas, 1991.
- ALGUER, J.: «Para la crítica del concepto de precontrato», *RDPr*, núm. 268, T. XXIII, 1936, págs. 1-15.

- ÁLVAREZ OLALLA, P.: *La garantía de los intereses en el préstamo hipotecario*, Granada, Comares, 1999.
- «Comentario al artículo 1.108», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Elcano, Aranzadi, 2001, págs. 1.294-1.297.
- «Artículo 20. Descubierto tácito», en MARÍN LÓPEZ, M. (Dir.), *Comentarios a la Ley de contratos de crédito al consumo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, págs. 767-806.
- ANGUITA RÍOS, R. M.: *Constitución y ejecución del crédito hipotecario*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- BARAONA GONZÁLEZ, J.: *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, Dyrkinson, 1998.
- BASOZABAL ARRUÉ, X.: *Estructura básica del préstamo de dinero (sinalagma, interés, usura)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- BLASCO GASCÓ, F. P.: *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- BOBBIO, N.: *Teoría general del Derecho* (trad. Eduardo Rozo Acuña), Madrid, Debate, 1991.
- BRENES CORTÉS, J.; PACHECO CAÑETE, M.: «El redondeo de los tipos de interés en los préstamos hipotecarios. Consideraciones sobre la legalidad y validez de esta práctica financiera», *RDM*, núm. 246, 2002, págs. 1893-1948.
- BUSTO LAGO, J. M.; ÁLVAREZ LATA, N., PEÑA LÓPEZ, F.: *Reclamaciones de Consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, 3ª edición, Cizur Menor, Aranzadi, 2010.
- CÁMARA LAPUENTE, S.: *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*, Pamplona, Aranzadi, 2006.
- CARRASCO PERERA, A.; GONZÁLEZ CARRASCO, C.: «La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre las «cláusulas suelo» es inconstitucional», *LL*, 2013-4, págs. 1344-1354.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, T. IV, 14ª edición, Madrid, Reus, 1988.
- CASTILLA CUBILLAS, M.: «Sobre la abusividad de determinadas cláusulas en ciertos contratos bancarios y la pretendida intensificación de la protección judicial de sus adyacentes», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2010-5, págs. 139-152.
- CLEMENTE MEORO, M.: *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- CORDERO LOBATO, E.: «Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)», *LL*, 2013-2, págs. 1678-1680.
- CUÑAT EDO, V., «Reflexiones sobre las reglas de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios», en TOBÍO RIVAS, A. M.; FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAZAR, A.; TATO PLAZA, A. (eds.), *Estudios de Derecho mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. José Antonio Gómez Segade*, Madrid, Marcial Pons, 2013, págs. 1097-1109.
- DÁVILA GONZÁLEZ, J.: *La obligación con cláusula penal*, Madrid, Montecorvo, 1992.
- DE LOS MOZOS TOUYA, J. I.: «Los intereses de demora en los préstamos hipotecarios y su calificación registral», *RDPr*, T. LXXV-9, 1991, págs. 699-708.
- DE PUIG VILADRICH, J.: «El adiós a las cláusulas suelo y el debate sobre la retroactividad de su anulación», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2013-5, págs. 157-162.

- DÍAZ MORENO, A., «La protección del consumidor: una «perspectiva global»», en VILATA MENADAS, S., (dir.), *Venta de bienes fuera del establecimiento mercantil. La carta de revocación*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 103, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pág. 211-278.
- «Jurisprudencia. Tribunal Supremo. Endoso extemporáneo. Cheques falsos. Naturaleza y cesión del contrato de préstamo», *DN*, núm. 207, 2007, pág. 39-41.
- «Jurisprudencia. Vencimiento anticipado de crédito hipotecario», *DN*, núm. 230, 2009, pág. 41-42.
- DÍAZ RUIZ, E., «Nulidad de las cláusulas abusivas en la contratación bancaria», *RDBB*, núm. 119, 2010, pág. 279-306.
- DÍAZ VALES, F., «La nulidad del redondeo al alza o por exceso en los préstamos hipotecarios con interés variable», *RCDI*, núm. 719, 2010, pág. 923-980.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Las cláusulas abusivas en contratos de consumo», en NIETO CAROL, U., *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, Lex Nova, 2000, pág. 459-501.
- DURANY PICH, S.: «Artículos 5 y 7», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.; DÍEZ-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas, 2002, pág. 264-335.
- EMBID IRUJO, J. M.: «Sobre el carácter usurario de un préstamo bancario. Comentario a la STS (Sala 1.º) de 25 de abril de 1989», *LL*, 1989-3, pág. 257-261.
- ESPÍN CANOVAS, D., «La cláusula penal en las obligaciones contractuales», *RDP*, núm. 348, T. XXX, 1946, pág. 145-169.
- ESQUIVIAS JARAMILLO, J. I.: «Algunos aspectos de la contratación. Especial referencia a las cláusulas bancarias techo-suelo. Protección del consumidor», *CEF Legal*, núm. 156, 2014, pág. 41-60.
- ESTRADA ALONSO, E.; FERNÁNDEZ CHACÓN, I.: «Ejecución hipotecaria y cláusulas abusivas (A propósito de la cuestión prejudicial planteada en el asunto Mohamed Aziz c. CatalunyaCaixa)», *RCDI*, núm. 735, 2013, pág. 173-243.
- «El futuro de la ejecución hipotecaria española tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013 (Mohamed Aziz c. CatalunyaCaixa)», *RCDI*, núm. 737, 2013, pág. 1415-1475.
- ESTUPIÑÁN CÁCERES, R.: «La declaración de cláusula abusiva de intereses moratorios en el procedimiento monitorio. Su impacto en el sector bancario», *RDBB*, núm. 132, 2013, pág. 133-166.
- FERNÁNDEZ-ÁRIAS SHELLY, C.; FERNÁNDEZ ÁRIAS ALMAGRO, C.; FERNÁNDEZ-ÁRIAS ALMAGRO, J.: *El contrato de préstamo y crédito*, T. II, Madrid, Dijusa, 2000.
- GARCÍA DE PABLOS, J. F.: «Las modificaciones en el sistema de ejecución hipotecaria en España a la luz del Derecho comunitario», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2013-5, pág. 171-191.
- GARCÍA GIL, F. J.: *El préstamo hipotecario y la ejecución especial sumaria de la garantía por impago*, Pamplona, DAPP, 2011.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: «Contratación bancaria y consumo», *RDBB*, núm. 30, 1988, pág. 259-328.
- GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho mercantil*, T. II, 7ª edición, Madrid, Aguirre, 1980.
- GÓMEZ CALERO, J.: *Contratos mercantiles con cláusula penal*, 2ª edición, Madrid, Civitas, 1983.

- GÓMEZ GÁLLIGO, J.: «Presente y futuro de la garantía hipotecaria», *RCDI*, núm. 735, 2013, págs. 19-35.
- GÓMEZ LIGÜERRE, C.: «El nuevo régimen legal de la morosidad en las operaciones comerciales», *Indret*, 2011-4; disponible en [http://www.indret.com/pdf/864\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/864_es.pdf).
- GONZÁLEZ PALOMINO, J.: «La adjudicación para pago de deudas», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. I, 1945, págs. 207-327.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: «Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013», *RCDI*, núm. 739, 2013, págs. 3.440-3.454.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, T. V, Madrid, Librería Sánchez, 1869.
- HINOJOSA, J., «Sobre la imprecriptibilidad de la acción nacida de los préstamos usurarios», *RDPr*, núm. 250-251, T. XXI, 1934, págs. 242-247.
- HALDE MANSO, T.: «Cláusulas abusivas del préstamo a consumidores y ejecución de la garantía hipotecaria», *Aranzadi civil-mercantil*, 2013-2, págs. 51-65.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: *La usura. Evolución histórica y patología de los intereses*, Madrid, Dykinson, 2010.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J.; DÍAZ MORENO, A.: «Carácter mercantil de las normas reguladoras de las condiciones generales de la contratación y de la tutela de la parte débil en los contratos celebrados por consumidores y usuarios», en TOBIÓN RIVAS, A. M.; FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAZAR, A.; TATO PLAZA, A. (eds.), *Estudios de Derecho mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. José Antonio Gómez Segade*, Madrid, Marcial Pons, 2013, págs. 957-965.
- JORDANO BAREA, J.: *La categoría de los contratos reales*, Barcelona, Bosch, 1958.
- JUAN GÓMEZ, M. C.: «Reflexiones sobre la Ley 1/2013, de protección a los deudores hipotecarios», *RCDI*, núm. 739, 2013, págs. 3125-3150.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil*, T. II, vol. 3, Barcelona, Bosch, 1979.
- LASARTÉ ÁLVAREZ, C.: *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho civil II*, 13<sup>a</sup> edición, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- LLAMAS POMBO, E.: «Alcance contractual de la Ley de la morosidad», en JIMÉNEZ LIÉBANA, D. (coord.), *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor José González García*, Pamplona, Universidad de Jaén-Aranzadi, 2012, págs. 545-571.
- LLAMAS POMBO, E.; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.; TORAL LARA, E.: «Aspectos civiles de la Ley de lucha contra la morosidad», en BLANCO-MORALES LIMONES, P. (dir.), *Medidas de lucha contra la morosidad*, Las Rozas, La Ley, 2011, págs. 97-205.
- LOBATO DE BLAS, J. M.: *La cláusula penal en el Derecho español*, Pamplona, EUNSA, 1974.
- MADRID RODRÍGUEZ, F.: «El nuevo escenario de los intereses de demora conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Justicia», *DN*, núm. 272, 2013, págs. 7-22.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código Civil español*, T. XI, 6<sup>a</sup> edición, Madrid, Reus, 1972.
- MARCOS F.: «El aplazamiento y la morosidad en las obligaciones contractuales en el sector comercial», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 5, 2005, págs. 301-321.
- MAS BADÍA, M. D.: *La revisión judicial de las cláusulas penales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

- MATEOS FERRES, M., «Nulidad de cláusula suelo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2013-5, págs. 163-169.
- MIQUEL, J. M.: «Disposición adicional primera. Modificación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.; DÍEZ-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas, 2002, págs. 893-964.
- MIRANDA SERRANO, L. M.: *Aplazamientos de pago y morosidad entre empresas*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- «La disciplina legal contra la morosidad y los plazos de pago abusivos: fundamentación, ámbito de aplicación e impacto en el Derecho preeexistente», en FONT GALÁN, J. I.; MIRANDA SERRANO, L. M., *Morosidad, aplazamientos de pago y empresa familiar*, Academia Sevillana del Notariado, Sevilla, 2010, págs. 11-62.
- MIRANDA SERRANO, L. M.; PAGADOR LÓPEZ, J.: «Contratos de financiación y morosidad», *RDBB*, núm. 119, 2010, págs. 167-192.
- MORO LEDESMA, S.: «El precontrato», *RCDI*, núm. 115, 1934, págs. 481-494.
- MUCIUS SCAEVOLA, Q., «Del simple préstamo», *Código Civil*, T. XXVII, Madrid, Reus, 1952.
- MÚRTULA LAFUENTE, V.: *La prestación de intereses*, Madrid, McGraw-Hill, 1999.
- NAVARRO CHINCHILLA, J. J.: «Condiciones generales y cláusulas abusivas en la contratación bancaria», en NIETO CAROL, U., *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, Lex Nova, 2000, págs. 527-554.
- NÚÑEZ LOZANO, P. L.: «Las entidades de crédito y sus clientes: disciplina de relaciones», *DN*, 1990-1991, págs. 283-292.
- ORDÁS ALONSO, M.: «Comentario a la STS de 7-5-2002», *CCJC*, núm. 64, 2004, págs. 17-27.
- *El interés de demora*, Cizur Menor, Aranzadi, 2004.
- OROZO PARDO, G.; MORENO NAVARRETE, M. A.: «Alcance del “test de abusividad” de las cláusulas contractuales no negociadas individualmente. Interpretación del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE», en JIMÉNEZ LIÉBANA, D. (coord.), *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor José González García*, Pamplona, Universidad de Jaén-Aranzadi, 2012, págs. 619-633.
- PAGADOR LÓPEZ, J.: «Requisitos de incorporación de las condiciones generales y consecuencias negociales», en NIETO CAROL, U., *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, Lex Nova, 2000, págs. 219-300.
- «De nuevo sobre las cláusulas predispuestas relativas a la parte económica del contrato», *DN*, núm. 268, 2013, págs. 7-25.
- PALAU RAMÍREZ, F.: «Condiciones generales abusivas: alcance y criterios sustantivos del control de contenido. Una reflexión sobre el control de abusividad a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 2 de marzo de 2011 sobre las cláusulas de redondeo al alza», *Aranzadi civil-mercantil*, 2011-5, págs. 125-147.
- PALOMO, L.: *Ley contra la usura de 24 de julio de 1908*, Madrid, Librería de Fernando Fe, 1908.
- PARRA LUCÁN, M. A.: «Comentario a la STS de 21-2-2003», *CCJC*, núm. 62, 2003, págs. 805-831.
- PERALES VISCASILLAS, P.: *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas*, Cizur Menor, Civitas, 2006.

- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: «La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013», *LL*, 2013-4, págs. 1.287-1.291.
- PRATS ALBENTOSA, L.: *Préstamo de consumo, crédito al consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, T. II, vol. II, 2<sup>a</sup> edición, Barcelona, Bosch, 1982.
- RAMÍREZ GARCÍA, E.: «Estudio de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores en Derecho comunitario y español a la luz de la Ley 1/2013», *LL*, 2013-4, págs. 1228-1232.
- RAPOSO FERNÁNDEZ, J. M., «Las cláusulas abusivas en el préstamo y créditos bancarios», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 17, 1996, págs. 219-277.
- REYES LÓPEZ, M. J., «Intereses usurarios y cláusulas abusivas», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 1, 1998, págs. 245-248.
- RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Préstamos hipotecarios y cláusulas de vencimiento anticipado», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 64, 2000, págs. 1950-1968.
- RODRÍGUEZ ESPEJO, J., «El interés de los préstamos bancarios: anatocismo, liquidación anticipada, intereses remuneratorios y moratorios (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid, de 12 de diciembre de 1984)», *RDBB*, núm. 21, 1986, págs. 191-199.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: «Análisis crítico de la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (Ley 3/2004)», *CEF Legal*, núm. 71, 2006, págs. 27-78.
- RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., «Sobre la cláusula penal en el Código Civil», *ADC*, T. XLVI-II, 1993, págs. 511-587.
- ROY PÉREZ, C.: «El régimen de protección del consumidor de productos bancarios y financieros», *RDM*, núm. 287, 2013, págs. 151-187.
- RUIZ MUÑOZ, M.: «La calidad, el precio justo y la fijación del precio en función de los clientes», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 12, 2013, págs. 15-36.
- RUIZ-RICO RUIZ, J. M.: «Comentario a la STS de 7-2-1989», *CCJC*, núm. 19, 1989, págs. 169-189.
- «Cien años (y algo más) de jurisprudencia sobre intereses moratorios», en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, T. II, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, págs. 1.893-1.919.
- RUIZ-RICO RUIZ, J. M.; DE LUCCHI LÓPEZ TAPIA, Y.: «El debido tratamiento de las ejecuciones hipotecarias a la luz de la reciente jurisprudencia del TJUE», *LL*, 2013-4, págs. 1119-1126.
- SABATER BAYLE, I.: *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, Pamplona, Aranzadi, 1986.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho civil*, T IV, 2<sup>a</sup> edición, Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1899.
- TAPIA HERMIDA, A.: «La vigencia de la Ley de Usura como mecanismo de protección del consumidor a crédito. Sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 16 de octubre de 1985», *RDBB*, núm. 25, 1987, págs. 145-177.
- «La vigencia de la Ley de usura como mecanismo de protección del consumidor de crédito (Sentencia de la AT de Sevilla, de 16 de diciembre de 1985)», en SÁNCHEZ

- CALERO, F.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (coords.), *Comentarios a jurisprudencia de Derecho bancario y cambiario*, vol. II, Madrid, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, 1993, pág. 141-182.
- TUR FAÚNDEZ, M. N.: «Condiciones generales en contratos celebrados con consumidores y usura. Cuenta corriente bancaria en descubierto (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 17 de octubre de 1994)», *RGD*, núm. 608, 1995, págs. 4869-4886.
- UREÑA MARTÍNEZ, M.: «Los intereses excesivos en los contratos de financiación con consumidores: un problema de concurrencia normativa», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 12, 2004, págs. 25-48.
- VATTIER FUENZALIDA, C.: *Sobre la estructura de la obligación*, Palma de Mallorca, Universidad de Palma de Mallorca, 1980.

## NOTAS

<sup>1</sup> En su caso, se añadirán a esta cuantía los gastos generados y comisiones pactadas, así como las costas procesales.

<sup>2</sup> El texto de dicha Propuesta fue editado por el Ministerio de Justicia en 2013 (Depósito Legal M-19142-2013).

<sup>3</sup> *Vid.* la STS de 22 de mayo de 2001 (*RJ* 2001, 6466).

<sup>4</sup> *Vid.* por ejemplo GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, T. V, Madrid, Librería Sánchez, 1869, especialmente págs. 159-150; SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, T IV, 2<sup>a</sup> edición, Madrid, Sucesores de Rivadeneira, 1899, especialmente pág. 839; MORO LEDESMA, S., «El precontrato», *RCDI*, núm. 115, 1934, págs. 481-494, especialmente págs. 491-492; MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, T. XI, 6<sup>a</sup> edición, Madrid, Reus, 1972, especialmente pág. 796-798; y CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, T. IV, 14<sup>a</sup> edición, Madrid, Reus, 1988, especialmente págs. 451-452.

<sup>5</sup> Así se considera en la SAP de Burgos de 26 octubre de 1992 (AC 1992, 1442). *Vid.* la misma opinión en PRATS ALBENTOSA, L., *Préstamo de consumo, crédito al consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pág. 180.

<sup>6</sup> Esa es la interpretación que realiza Díaz Moreno de la STS de 26 de marzo de 2007 (*RJ* 2007, 2342) en DÍAZ MORENO, A., «Jurisprudencia. Tribunal Supremo. Endoso extemporáneo. Cheques falsos. Naturaleza y cesión del contrato de préstamo», *DN*, núm. 207, 2007, págs. 39-41, especialmente pág. 41.

<sup>7</sup> Nótese que el artículo 1.124 del Código Civil no se aplica a todos los contratos bilaterales, solo a aquellos que generen obligaciones recíprocas.

<sup>8</sup> Así lo entiende ALGUER, J., «Para la crítica del concepto de precontrato», *RDP*, núm. 268, T. XXIII, 1936, págs. 1-15, especialmente págs. 6-7; GONZÁLEZ PALOMINO, J., «La adjudicación para pago de deudas», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. I, 1945, págs. 207-327, especialmente págs. 276-277; JORDANO BAREA, J., *La categoría de los contratos reales*, Barcelona, Bosch, 1958, especialmente págs. 143-144; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, T. II, vol. 3, Barcelona, Bosch, 1979, especialmente pág. 179; GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil*, T. II, 7<sup>a</sup> edición, Madrid, Aguirre, 1980, especialmente pág. 146; VATTIER FUENZALIDA, C., *Sobre la estructura de la obligación*, Palma de Mallorca, Universidad de Palma de Mallorca, 1980, especialmente pág. 250; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, T. II, vol. II, 2<sup>a</sup> edición, Barcelona, Bosch, 1982, especialmente págs. 373-374; CLEMENTE MEORO, M., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, especialmente pág. 99; BASOZABAL ARRUE,

X., *Estructura básica del préstamo de dinero (sinalagma, interés, usura)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, especialmente págs. 17-20; y ALBALADEJO GARCIA, M., *Derecho civil*, T. II, 13<sup>a</sup> edición, Madrid, Edisofer, 2008, especialmente págs. 806-807. Vid. también en este sentido la STS de 10 de octubre de 2007 (*RJ* 2007, 6812).

<sup>9</sup> A este respecto se ha considerado incluso que nunca cabrá resolución ante el incumplimiento de alguno o algunos pagos parciales, pues la obligación principal, se entiende, es la devolución del préstamo y el abono de los intereses en el momento final del contrato. Así lo entiende PRATS ALBENTOSA, L., *Préstamo...; op. cit.*, especialmente pág. 181. Ahora bien, el tenor literal del artículo 10 de la Ley de venta a plazos de bienes muebles podría ofrecer un argumento para entender que el incumplimiento del pago de dos plazos habría de considerarse en nuestro sistema un incumplimiento suficiente para exigir la devolución del importe pendiente de reembolso. Si cuando resulta de aplicación esta Ley, promulgada con el fin de proteger al comprador financiado, es posible exigir al deudor el pago íntegro de su obligación, perdiéndose el beneficio del plazo, aún más habría de entenderse que el impago de dos plazos resulta relevante para resolver un contrato de préstamo configurado contractualmente como bilateral y sinalagmático en aplicación del artículo 1.124 del Código Civil.

<sup>10</sup> Según se dispone en el artículo 10.1, con una indemnización que retribuye al vendedor el empleo de la cosa por el comprador durante un tiempo; indemnización que se calcula tomando como base los plazos en los que debía pagarse el precio.

<sup>11</sup> La doctrina ha señalado que no es necesario que estos dos plazos sean consecutivos. Así lo entiende BLASCO GASCÓ, F. P., *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, especialmente pág. 109. *Vid.* más ampliamente sobre esta cuestión BASOZABAL ARRUE, X., *Estructura...; cit.*, especialmente págs. 48-49.

<sup>12</sup> Existe la posibilidad, no la obligación, de acudir a dicho procedimiento, que no se contempla como una excepción a lo establecido en el artículo 10 de la Ley de venta a plazos de bienes muebles. Así se considera en la SAP de Barcelona de 27 de junio de 2013 (*JUR* 2013, 341659).

<sup>13</sup> *Vid.* supuestos legales de pérdida del plazo en el artículo 1.129 del Código Civil.

<sup>14</sup> Así interpreta la Ley de venta a plazos de bienes muebles la SAP de Málaga de 13 julio de 2005 (AC 2005, 1634).

<sup>15</sup> Se sigue esta idea en las SSAP de Barcelona de 19 de enero de 2010 (*JUR* 2010, 149522) y La Coruña de 2 diciembre de 2010 (*JUR* 2011, 54548).

<sup>16</sup> La propia Ley incluye ejemplos de tales causas: «desgracias familiares, paro, accidentes de trabajo, larga enfermedad u otros infortunios».

<sup>17</sup> La jurisprudencia menor en algún caso se ha encargado de señalar que se trata de una facultad del juez, no de una obligación. *Vid.* en este sentido la SAP de Zaragoza de 30 abril de 2012 (*JUR* 2012, 179992). Con base en la facultad moderatoria de las cláusulas penales prevista en este precepto en alguna ocasión el juez ha rebajado los intereses moratorios, ajustándolos al resultado de multiplicar por 1,5 el interés legal del dinero. *Vid.* la SAP de Asturias de 28 de septiembre de 2000 (AC 2000, 1941).

<sup>18</sup> También este dato debe aparecer expresamente en el contrato (art. 7.4).

<sup>19</sup> Se aprecia que en los trabajos prelegislativos se parte de que esta es la realidad del tráfico a la vista del proyectado artículo 573-2.2 del PCM: «[s]alvo que del contrato resulte el reconocimiento por el prestatario de haber recibido la suma prestada...».

<sup>20</sup> Seguimos aquí la terminología habitual de las resoluciones de nuestros tribunales. Algun autor niega la consideración de resolución contractual a la ejecución de estas cláusulas relativas a los incumplimientos técnicos, que consideran más bien referidas a supuestos de vencimiento anticipado. Así lo entiende PRATS ALBENTOSA, L., *Préstamo...; op. cit.*, especialmente pág. 182.

<sup>21</sup> *Vid.* NAVARRO CHINCHILLA, J. J., «Condiciones generales y cláusulas abusivas en la contratación bancaria», en NIETO CAROL, U., *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, Lex Nova, 2000, págs. 527-554, especialmente págs. 545-546. Se considera legal la cláusula de vencimiento anticipado por impago de una serie de plazos en las SSTS de 13 de febrero de 1996 (*RJ* 1996, 1252), 31 de julio de 1996 (*RJ* 1996, 6083),

7 de febrero de 2000 (*RJ* 2000, 282), 4 de junio de 2008 (*RJ* 2008, 3196) y 12 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009, 152), así como en las SSAP de Sevilla de 23 de enero de 2002 (AC 2002, 1013) y Valencia de 12 de diciembre de 2012 (*JUR* 2013, 120084), entre otras. En cambio se entiende ilegal por contravenir los artículos 127 y 135 de la LH —pues en el caso contemplado se trataba de una ejecución hipotecaria— en la STS de 27 de marzo de 1999 (*RJ* 1999, 2371), seguida por la SAP de Madrid de 5 de febrero de 2001 (AC 2001, 1665).

<sup>22</sup> No son pocas, por otra parte, las normas que imponen en cualquier caso el deber de la entidad de crédito de advertir en el contrato acerca de las consecuencias del impago de los plazos por el prestatario. Así por ejemplo el artículo 10.3-m de la Ley 16/2011 establece que debe informarse al cliente sobre las consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones; consecuencias que deben igualmente aparecer en el contrato (art. 16.2-m). Vid. también a este respecto la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, sobre transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

<sup>23</sup> Lo contrario, en el caso de que el prestatario fuera un consumidor podría contravenir el artículo 85.4 LGDCU (*Vid.* ESTRADA ALONSO, E.; FERNÁNDEZ CHACÓN, I., «Ejecución hipotecaria y cláusulas abusivas (A propósito de la cuestión prejudicial planteada en el asunto Mohamed Aziz c. CatalunyaCaixa)», *RCDI*, núm. 735, 2013, págs. 173-243, especialmente pág. 210), salvo que se reconociera un derecho equivalente al prestatario. E incluso, si se otorgara un derecho similar al consumidor, debería evaluarse si tal derecho es ilusorio para el consumidor. *Vid.* FERNÁNDEZ-ÁRIAS SHELLY, C.; FERNÁNDEZ ÁRIAS ALMAGRO, C.; FERNÁNDEZ-ÁRIAS ALMAGRO, J., *El contrato de préstamo y crédito*, T. II, Madrid, Dijusa, 2000, especialmente págs. 1.139-1.140. *Vid.* una enumeración de cláusulas de vencimiento anticipado legales e ilegales en BLASCO GASCÓ, F. P., *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, especialmente págs. 355-366.

<sup>24</sup> En este sentido García-Cruces entiende que la causa no debe abstracta ni insuficiente. *Vid.* GARCÍA-CRUZES GONZÁLEZ, J. A., «Contratación bancaria y consumo», *RDBB*, núm. 30, 1988, págs. 259-328, especialmente pág. 286.

<sup>25</sup> STS de 12 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009, 152) y 16 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010, 702). *Vid.* un comentario a la primera de estas sentencias en DÍAZ MORENO, A., «Jurisprudencia. Vencimiento anticipado de crédito hipotecario», *DN*, núm. 230, 2009, págs. 41-42 y a la segunda en CASTILLA CUBILLAS, M., «Sobre la abusividad de determinadas cláusulas en ciertos contratos bancarios y la pretendida intensificación de la protección judicial de sus adherentes», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2010-5, págs. 139-152; DÍAZ RUIZ, E., «Nulidad de las cláusulas abusivas en la contratación bancaria», *RDBB*, núm. 119, 2010, págs. 279-306. Y sin embargo se entiende que es abusiva la cláusula que establece el vencimiento anticipado por impago de un solo plazo en BUSTO LAGO, J. M.; ÁLVAREZ LATA, N.; PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de Consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, 3<sup>a</sup> edición, Cizur Menor, Aranzadi, 2010, especialmente pág. 1.257. A tal respecto estos autores citan la S. Juz. 1<sup>a</sup> Instancia de Madrid de 24 de septiembre de 2003 (AC 2003, 1475). No obstante, dicha sentencia fue revocada precisamente en este punto por la SAP de Madrid de 11 mayo de 2004 (2005, 832).

<sup>26</sup> *Vid.* sobre este particular la SAP de Cuenca de 2 de mayo de 1996 (AC 1996, 989).

<sup>27</sup> A este respecto, cuestionado el TJUE por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, entendió el Tribunal Europeo que «*por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente [...] si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a*

*los efectos del vencimiento anticipado del préstamo»* (STJUE de 14 de marzo de 2013 [TJCE 2013, 89]). Es posible también encontrar opiniones que hacen depender el carácter abusivo de la cláusula del momento en el que pretenda ejecutarse. Entenderían estos autores que el ejercicio del derecho de resolución previsto en la cláusula podría ser ilícito y abusivo si resta todavía por pagar gran parte del crédito. *Vid.* en este sentido BUSTO LAGO, J. M.; ÁLVAREZ LATA, N.; PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones...; op. cit.*, especialmente pág. 1.123. En otras ocasiones, se ha entendido que el vencimiento anticipado por el impago de una sola de las cuotas es lícito solo si denota una auténtica dejación de las obligaciones del prestatario, no si se trata de un mero retraso. Así lo entiende ANGUITA RÍOS, R. M., *Constitución y ejecución del crédito hipotecario*, Madrid, Marcial Pons, 2008, especialmente pág. 60.

<sup>28</sup> STS de 20 de diciembre de 2005 (*RJ* 2006, 286) y SSAP de Valencia de 12 abril de 2005 (*JUR* 2005, 165048) y Barcelona de 19 marzo de 2009 (*AC* 2009, 1364).

<sup>29</sup> Si se tratara de un crédito garantizado por prenda o hipoteca el artículo 693.2 de la LEC permite en caso de incumplimiento técnico la ejecución de las garantías acudiendo al procedimiento especial previsto en los artículos 681 y sigs. Para ello se requiere expresamente que «*se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución*». El tenor literal de la norma cuestiona la posibilidad de acudir a este procedimiento si el incumplimiento técnico es cualquier otro distinto del incumplimiento del pago de los plazos. En tal caso parece que habría de acudirse al juicio declarativo o al procedimiento monitorio. Así lo considera RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Préstamos hipotecarios y cláusulas de vencimiento anticipado», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 64, 2000, págs. 1950-1968, especialmente pág. 1966. Sobre la posibilidad de otros vencimientos anticipados y su efecto sobre la hipoteca *vid.* GARCÍA GIL, F. J., *El préstamo hipotecario y la ejecución especial sumaria de la garantía por impago*, Pamplona, DAPP, 2011, págs. 162-166.

<sup>30</sup> Tales plazos, incorporados a sendas letras de cambio, incorporaban tanto capital como intereses, sin que pudiera, a juicio del Tribunal, exigirse el pago de estos últimos cuando no ha transcurrido el tiempo para que se devenguen. *Vid.* la STS de 2 de noviembre de 2000 (*RJ* 2000, 8492). Igualmente, se entiende que no puede exigirse el pago íntegro de los plazos, sino que deben deducirse los intereses remuneratorios no vencidos en la SAP de Barcelona de 19 de octubre de 2010 (*JUR* 2010, 383298) y en la SAP de Las Palmas de 26 de marzo de 2014 (*JUR* 2014, 118604). La primera de estas sentencias no obstante, de forma incorrecta en nuestra opinión, invoca el artículo 10 de la Ley 7/1995, de crédito al consumo, equivalente al artículo 30 de la vigente Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo.

<sup>31</sup> *Vid.* muy especialmente el artículo 573-3 del PCM que distingue las obligaciones del prestatario de «*devolver la suma recibida*» y «*satisfacer el correspondiente interés*».

<sup>32</sup> El artículo 31 del C. de C. reputa interés «*toda prestación pactada a favor del acreedor*». Por su parte, el artículo 573-6.1 del PCM define el interés como «*la retribución efectiva que ha de pagar el prestatario por la utilización del dinero prestado que en cada momento se adeude*»; añadiendo que «*[e]l interés compensa, además, la eventual depreciación de la suma prestada, así como los riesgos y costes que asume el prestamista*».

<sup>33</sup> Y no obstante las SSAP de Valencia de 20 de abril de 2012 (*AC* 2012, 954) y de 2 de abril de 2013 (*JUR* 2013, 253082) consideran abusivos los intereses remuneratorios del 24,95% y del 22,08% TAE respectivamente por exceder 2,5 veces el interés legal del dinero. Con ello se está aplicando a los intereses remuneratorios conceptos propios de los intereses de demora. También se mezclan los conceptos de préstamo usurario y de préstamo abusivo en la SAP de Málaga de 5 de febrero de 1996 (*AC* 1996, 409). De forma similar considera que el interés remuneratorio puede ser abusivo PRATS ALBENTOSA, L., *Préstamo...; op. cit.*, especialmente págs. 176-177. Con carácter general es abundante la doctrina que entiende que no es posible considerar condición general la cláusula en la que se delimita el objeto del contrato. *Vid.* en este sentido MIQUEL, J. M., «Disposición adicional primera. Modificación de la Ley 26/1984,

de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.; DÍEZ-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas, 2002, págs. 893-964, especialmente págs. 908-913; DÍAZ VALES, F., «La nulidad del redondeo al alza o por exceso en los préstamos hipotecarios con interés variable», *RCDI*, núm. 719, 2010, págs. 923-980, especialmente págs. 956-963. Ello no obstante existe jurisprudencia que entiende, con base en la Directiva 93/13/CEE, que es posible dicho control cuando las cláusulas que delimiten el objeto del contrato no se redacten de manera clara y comprensible. Vid. en este sentido la STS de 1 de julio de 2010 (*RJ* 2010, 6554). Por otro lado en algún caso se ha aceptado el control de abusividad de cláusulas, considerándolas condiciones generales, directamente relacionadas con el precio. Así sucedió en las SSTS de 4 de noviembre de 2010 (*RJ* 2010, 8021) y de 29 de diciembre de 2010 (*RJ* 2011, 148), que consideraron de carácter abusivo las cláusulas de redondeo al alza. Más adelante se analizará esta cuestión al hilo del análisis de la abusividad de las cláusulas suelo.

<sup>34</sup> Artículo 1255 del Código Civil. A su vez el artículo 315 del C. de C. tiene su reflejo en el artículo 4 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

<sup>35</sup> Ello aparece también en el artículo 573-11.1 del PCM, que parece remitirse a la Ley de represión de la usura.

<sup>36</sup> Aunque en ocasiones la doctrina ha puesto en cuestión la vigencia de la norma, su aplicación por los tribunales viene a corroborar que la misma no ha sido derogada tácitamente. En todo caso, hoy día la doctrina es unánime en considerar que dicha Ley es constitucional y no contraviene la libertad de empresa. Vid., por todos, sobre la vigencia de la Ley de represión de la usura, JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La usura. Evolución histórica y patología de los intereses*, Madrid, Dykinson, 2010, especialmente págs. 63-65.

<sup>37</sup> Así se conoce a esta Ley, pese a que su denominación oficial es «Ley referente a los contratos de préstamo», publicada en la Gaceta de Madrid núm. 206, de 24 de julio de 1908. También se alude frecuentemente a esta norma como «Ley Azcárate», por ser D. Gumersindo de Azcárate el diputado que elaboró y presentó la Proposición de Ley en el Congreso. Sobre la tramitación parlamentaria de esta Ley vid. PALOMO, L., *Ley contra la usura de 24 de julio de 1908*, Madrid, Librería de Fernando Fe, 1908, especialmente págs. 37-226; y SABATER BAYLE, I., *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, Pamplona, Aranzadi, 1986, especialmente págs. 136-185.

<sup>38</sup> «Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales».

<sup>39</sup> Por otra parte, el artículo 1 añade otra causa de usura al establecer que «[s]erá igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias». Además la jurisprudencia en ocasiones ha entendido que dicho precepto implica la nulidad de aquellos contratos en los que «se consignen condiciones que resulten lesivas o en que todas las ventajas establecidas lo sean en favor del acreedor» (vid. v. gr. la STS de 30 de diciembre de 1987 [*RJ* 1987, 9713]). Sigue también esta tesis CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil...; op. cit.*, especialmente págs. 458-459.

<sup>40</sup> El peso que conceptualmente se concede a ambos elementos en la consideración de la usura no es baladí. Tal como referiremos más adelante el aspecto subjetivo vincula la usura con un vicio del consentimiento, mientras que el aspecto objetivo asocia la usura a un negocio con causa torpe.

<sup>41</sup> No se requiere para que se controle el carácter usurario del crédito la condición de consumidor del prestatario. Pese a ello la Ley de represión de la usura es un instrumento muy útil para defender los intereses de los consumidores. Vid. al respecto TAPIA HERMIDA, A., «La vigencia de la Ley de usura como mecanismo de protección del consumidor de crédito (Sentencia de la AT de Sevilla, de 16 de diciembre de 1985)», en SÁNCHEZ CALERO, F.;

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (coords.), *Comentarios a jurisprudencia de Derecho bancario y cambiario*, vol. II, Madrid, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, 1993, págs. 141-182, especialmente págs. 146-158.

<sup>42</sup> En este sentido se justifica la ausencia de usura también en el incumplimiento de este requisito en la SAP de Asturias de 23 de junio de 2010 (*JUR* 2010, 276528), descartándose expresamente para el supuesto de que el prestatario solo tenga estudios primarios y haya padecido un trastorno ansioso-depresivo. De forma similar la SAP de Málaga de 5 de febrero de 1996 (*AC* 1996, 409) reconoce que este requisito es igualmente determinante, si bien finalmente acaba interpretándolo de forma muy flexible.

<sup>43</sup> A este respecto la facultad de libre convicción del Tribunal Supremo debe entenderse sin perjuicio de la necesidad de aceptar los supuestos y apreciaciones de hecho de la sentencia recurrida (STS de 24 de noviembre de 1984 [*RJ* 1984, 5658]), lo que no impide la revisión en casación de la valoración de la prueba (STS de 30 de junio de 1998 [*RJ* 1998, 5294]).

<sup>44</sup> Así se considera, por ejemplo, en la STS de 7 de marzo de 1998 (*RJ* 1998, 1267). Comenta esta sentencia REYES LÓPEZ, M. J., «Intereses usurarios y cláusulas abusivas», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 1, 1998, págs. 245-248.

<sup>45</sup> No obstante, en ocasiones parece bastar que el tipo de interés sea muy superior al interés legal del dinero (*vid. v. gr.* la SAP de Tarragona de 16 de abril de 2013 [*AC* 2013, 1442]). En esta sentencia se considera usurario un crédito con un interés remuneratorio del 22,95% TAE, siendo el interés legal para el año 2007 (en el que fue contratado el préstamo) del 5%. La interpretación que se hace en esta sentencia es que para que el préstamo incurra en usura basta que con que sea muy superior al interés legal del dinero.

<sup>46</sup> En el concreto caso enjuiciado por el tribunal en la SAP de Asturias de 23 de junio de 2010 se entendió que carecía de datos suficientes para efectuar un juicio comparativo, pues no se había probado cual era, en la fecha en que se celebró el contrato, el tipo habitual en operaciones del tipo de la que se enjuiciaba en el caso. No podía afirmarse por tanto que la desproporción fuera de grado tal que permitiera calificar el interés como usurario.

<sup>47</sup> *Vid.* en este sentido la STS de 6 de noviembre de 1992 (*RJ* 1992, 9228). La STS de 29 de septiembre de 1992 (*RJ* 1992, 7330) consideró que dicho precepto no conculcaba principios constitucionales. Sobre esta cuestión, *vid.* PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*; *op. cit.*, especialmente págs. 389-392; SABATER BAYLE, I., *Préstamo...*; *op. cit.*, especialmente págs. 190-191 y 206-212.

De forma similar el artículo 11 de la Ley de venta a plazos de bienes muebles establece que el juez apreciará discrecionalmente las causas excepcionales que podrían justificar la concesión de nuevos plazos al comprador prestatario.

<sup>48</sup> *Vid. v. gr.* la STS de 22 de febrero de 2013 (2013, 1609), seguida por la STS de 1 de marzo de 2013 (*RJ* 2013, 2280), o la SAP de Valencia de 12 de diciembre de 2012 (*JUR* 2013, 120084).

<sup>49</sup> Interpreta el artículo 319.3 de la LEC en idénticos términos que el artículo 2 de la Ley de represión de la usura JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La usura...*; *op. cit.*, especialmente pág. 111.

<sup>50</sup> La doctrina se ha mostrado dividida a la hora de valorar la indefinición legal de la usura. A favor del criterio del legislador, muy flexible, *vid.* MUCIUS SCAEVOLA, Q., «Del simple préstamo», *Código Civil*, T. XXVII, Madrid, Reus, 1952, pág. 228; TAPIA HERMIDA, A., «La vigencia de la Ley de Usura como mecanismo de protección del consumidor a crédito. Sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 16 de octubre de 1985», *RDBB*, núm. 25, 1987, págs. 145-177, especialmente pág. 167; EMBID IRUJO, J. M., «Sobre el carácter usurario de un préstamo bancario. Comentario a la STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 25 de abril de 1989», *LL*, 1989-3, págs. 257-261, especialmente pág. 259; y LASARTE ÁLVAREZ, C. *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho civil II*, 13<sup>a</sup> edición, Madrid, Marcial Pons, 2009, especialmente pág. 88. En cambio, se valora negativamente esta opción del legislador en RAPOSO FERNÁNDEZ, J. M., «Las cláusulas abusivas en el préstamo y créditos bancarios», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 17, 1996, págs. 219-277, especialmente pág. 244. Resulta de interés la exposición de las críticas que suscitó esta indefinición ya en los trámites parlamentarios de la Ley realizada

en FERNÁNDEZ-ÁRIAS SHELLY, C.; FERNÁNDEZ ÁRIAS ALMAGRO, C.; FERNÁNDEZ-ÁRIAS ALMAGRO, J., *El contrato...; op. cit.*, especialmente págs. 414-416.

<sup>51</sup> Pueden encontrarse incluso sentencias cuyos razonamientos son un tanto sorprendentes, como la de la AP de Málaga de 5 de febrero de 1996 (*AC* 1996, 409). En ella, pese a que el deudor reconocía en el supuesto de hecho enjuiciado no encontrarse en una situación angustiosa, pues de hecho había pedido el crédito para adquirir un televisor y un video, se entiende que el requisito subjetivo, cuyo necesario cumplimiento para apreciar la usura se resalta, puede encontrarse en el hecho de que la sociedad de consumo y el sistema económico capitalista provocan un comportamiento de consumo sin reparar en el coste financiero, quedando «*la voluntad del consumidor [...] disminuida, por la necesidad creada de adquirir el bien de consumo*».

<sup>52</sup> Así se estima en la STS de 7 de mayo de 2002 (*RJ* 2002, 4045). Y no obstante en algún caso la cuantía a devolver se ha visto actualizada por la inflación (STS de 7 de febrero de 1989 [*RJ* 1989, 754]). También diverge de la regla anteriormente expuesta la SAP de Málaga de 5 de febrero de 1996 (*AC* 1996, 409) que, en lugar de excluir el interés, lo reduce al que considera razonable.

<sup>53</sup> *Vid.* en este sentido JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La usura...; op. cit.*, especialmente pág. 101 y el AAP de Burgos de 17 de febrero de 2003 (*JUR* 2003, 122479). Dichos intereses no pueden ser ilegales, por cuanto es la LEC la que los establece y, en su caso, deben reconocerse de oficio por el juez (SSTC 167/1985, de 10 de diciembre [*RTC* 1985, 167] y 140/2001, de 18 de junio [*RTC* 2001, 140], así como SSTS de 18 de marzo de 1993 [*RJ* 1993, 2023], 15 de febrero de 1994 [*RJ* 1994, 1315], 30 de diciembre de 1994 [*RJ* 1994, 10242], 19 de julio de 1996 [*RJ* 1996, 5802], 18 de noviembre de 1996 [*RJ* 1996, 8361] y 21 de marzo de 2002 [*RJ* 2002, 2526], entre otras).

<sup>54</sup> Se sigue esta tesis en RUIZ-RICO RUIZ, J. M., «Comentario a la STS de 7-2-1989», *CCJC*, núm. 19, 1989, págs. 169-189, especialmente pág. 187; TUR FAÚNDEZ, M. N., «Condiciones generales en contratos celebrados con consumidores y usura. Cuenta corriente bancaria en descubierto (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 17 de octubre de 1994)», *RGD*, núm. 608, 1995, págs. 4869-4886, especialmente pág. 4886; y JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La usura...; op. cit.*, especialmente págs. 101-102.

<sup>55</sup> *Vid.* en este sentido las SSAP de Tarragona de 16 de abril de 2013 (*AC* 2013, 1442) y Madrid de 11 de febrero de 2013 (*JUR* 2013, 109966). En estas sentencias se invoca la STJUE de 14 de junio de 2012 (TJCE 2012, 143), que sin embargo se refiere a los intereses de demora.

<sup>56</sup> *Vid.* en este sentido DÁVILA GONZÁLEZ, J., *La obligación con cláusula penal*, Madrid, Montecorvo, 1992, especialmente págs. 463-464; PARRA LUCÁN, M. A., «Comentario a la STS de 21-2-2003», *CCJC*, núm. 62, 2003, págs. 805-831, especialmente págs. 827-829; ORDÁS ALONSO, M., «Comentario a la STS de 7-5-2002», *CCJC*, núm. 64, 2004, págs. 17-27, especialmente pág. 26-28; *El interés de demora*, Cizur Menor, Aranzadi, 2004, especialmente págs. 116-118 y 121; BASOZABAL ARRUÉ, X., *Estructura...; op. cit.*, especialmente pág. 97.

<sup>57</sup> Se habla de nulidad parcial, aunque sin extraer de ello la consecuencia del mantenimiento de los plazos en la STS de 1 de marzo de 2013 (*RJ* 2013, 2280).

<sup>58</sup> Ciertamente la jurisprudencia ha reconocido con carácter general el principio de la subsistencia del contrato —«*utile per inutile no vitiatur*»—, pero tal subsistencia queda condicionada al presupuesto de que las partes hubieran celebrado igualmente el contrato sin la parte de este declarada nula, lo que no sería posible si tras la declaración de nulidad el contrato presentase una situación no equitativa de las posiciones contractuales (SSTS de 18 de marzo de 1998 [*RJ* 1998, 1704], 25 de septiembre de 2006 [*RJ* 2006, 6577] y 22 de diciembre de 2008 [*RJ* 2009, 163], entre otras). Pueden verse otros supuestos de nulidad parcial fuera del ámbito de protección de los consumidores y usuario en DÍAZ MORENO, A., «La protección del consumidor: una «perspectiva global»», en VILATA MENADAS, S., (dir.), *Venta de bienes fuera del establecimiento mercantil. La carta de revocación*, Estudios de Derecho judicial, núm. 103, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, págs. 211-278, especialmente pág. 250.

<sup>59</sup> Se reconoce claramente esta diferencia entre el control de abusividad de las condiciones generales y la sanción de la Ley de represión de la usura en la STS de 18 de junio de 2012 (*RJ* 2012, 8857). Se aprecia también la nulidad radical tanto del contrato como de las garantías hipotecarias del mismo en las SSTS de 15 julio de 2008 (*RJ* 2008, 3365) y 22 de febrero de 2013 (*RJ* 2013, 1609).

<sup>60</sup> Así se entiende en HINOJOSA, J., «Sobre la imprescriptibilidad de la acción nacida de los préstamos usurarios», *RDPr*, núm. 250-251, T. XXI, 1934, págs. 242-247, especialmente págs. 245-247. Siguiendo a este autor, considera que se trata de un supuesto de nulidad ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho...; op. cit.*, especialmente pág. 809.

<sup>61</sup> Así se aprecia en la STS de 15 de noviembre de 1995 (*RJ* 1995, 8604).

<sup>62</sup> *Vid.* en este sentido la STS de 30 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987, 9713).

<sup>63</sup> *Vid.* JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La usura...; op. cit.*, especialmente págs. 104-105.

<sup>64</sup> Por otra parte entendemos que esta idea sería la seguida probablemente por los tribunales, teniendo en cuenta, tal como veremos seguidamente, la tendencia actual, en ocasiones forzada por la jurisprudencia del TJUE, de considerar que no existen intereses de demora cuando dichos intereses se consideran abusivos.

<sup>65</sup> Sirva de muestra, además de lo ya expuesto, el segundo párrafo del citado artículo 573-11 del PCM, que copia lo establecido en el segundo párrafo del artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908.

<sup>66</sup> Ha de entenderse que, en caso de incompatibilidad de normas, si el criterio cronológico choca con el principio de especialidad el intérprete debe decantarse por este último. *Vid.* BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho* (trad. Eduardo Rozo Acuña), Madrid, Debate, 1991, especialmente pág. 215.

<sup>67</sup> *Vid.* GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013», *RCDI*, núm. 739, 2013, págs. 3.440-3.454, especialmente págs. 3.443-3.448.

<sup>68</sup> Ya se ha aludido a la dificultad de admitir el control de contenido de las cláusulas, aunque predispostas, relativas a elementos esenciales del contrato, pues, aunque nuestra LCGC no incluye un artículo con el contenido del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia niegan esta posibilidad con base en el principio de libertad de precios y economía de mercado, reconocidos en nuestra Constitución. Tan solo en la mencionada jurisprudencia relativa a las cláusulas de redondeo se ha optado claramente por someter estas cláusulas al control de abusividad. En cualquier caso, bajo los presupuestos de la jurisprudencia menor que propugna semejante control también para las cláusulas suelo, lógicamente el mismo solo cabría si el prestatario adherente es efectivamente un consumidor. No obstante, en caso contrario, cabría controlar si la condición general se ha redactado con claridad, lo que constituye un requisito de incorporación de la misma, y si se ha producido algún vicio de la voluntad en la contratación. Tal fue el supuesto de la SAP de Asturias de 26 de julio de 2012 (*AC* 2012, 1391).

<sup>69</sup> Así se entiende en las SSAP de Alicante de 10 de febrero de 2012 (*AC* 2012, 1398), Burgos de 23 de marzo de 2012 (*JUR* 2012, 137310), Zaragoza de 8 de mayo de 2012 (*AC* 2012, 1007), Cáceres núm. 280/2012, de 23 mayo de 2012 (*JUR* 2012, 190238), Cáceres núm. 281/2012, de 23 mayo de 2012 (*AC* 2012, 491), Cáceres de 10 de julio de 2012 (*AC* 2012, 1375), Cáceres de 18 de julio de 2012 (*AC* 2012, 1460), Toledo de 12 de septiembre de 2012 (*AC* 2012, 1717), Alicante de 13 de septiembre de 2012 (*AC* 2012, 2311), Islas Baleares de 19 de noviembre de 2012 (*JUR* 2012, 374706), Zaragoza de 23 de noviembre de 2012 (*JUR* 2013, 112820), Cáceres de 14 de diciembre de 2012 (*AC* 2013, 83), Zamora de 22 de enero de 2013 (*JUR* 2013, 87420), Cáceres de 13 de febrero de 2013 (*AC* 2013, 700) y Badajoz de 26 de febrero de 2013 (*AC* 2013, 714). Esta misma idea aparece en las SS. Juz. de lo Mercantil de León de 11 de marzo de 2011 (*AC* 2011, 179), Barcelona de 12 de septiembre de 2011 (*AC* 2011, 2154), Palma de Mallorca de 2 de febrero de 2012 (*AC* 2012, 316), Bilbao de 7 de marzo de 2013 (*AC* 2013, 489), Murcia de 4 de abril de 2013 (*AC* 2013, 1428) y Orense de 13 de mayo de 2013 (*AC* 2013, 1626).

<sup>70</sup> Se considera que no es posible la inclusión de una cláusula suelo si no se incluye también una cláusula techo en GÓMEZ GÁLLIGO, J., «Presente y futuro de la garantía hipotecaria», *RCDI*, núm. 735, 2013, págs. 19-35, especialmente pág. 29.

<sup>71</sup> Sigue esta tesis ROY PÉREZ, C., «El régimen de protección del consumidor de productos bancarios y financieros», *RDM*, núm. 287, 2013, págs. 151-187, especialmente págs. 185-187.

<sup>72</sup> Siguen la doctrina de esta sentencia, entre otras, las SSAP de Jaén núm. 146/2012, de 14 de mayo de 2012 (*JUR* 2012, 355078), Jaén núm. 147/2012, de 14 mayo de 2012 (*AC* 2013, 1376), Jaén de 5 de julio de 2012 (*AC* 2013, 545), Madrid de 13 de julio de 2012 (*JUR* 2012, 293674) y Ávila de 7 de diciembre de 2012 (*JUR* 2013, 5762). Por su parte la SAP de Burgos de 2 de febrero de 2012 (*JUR* 2012, 67852) y las SS. Juz. de lo Mercantil de Madrid de 8 de septiembre de 2011 (*AC* 2011, 2146) y 3 de febrero de 2012 (*AC* 2012, 1249) reproducen razonamientos similares, aunque consideran que la cláusula relativa al tipo de interés puede merecer la consideración de condición general de la contratación si no ha sido individualmente negociada.

<sup>73</sup> Así lo ha entendido igualmente la doctrina. *Vid.* en este sentido MIQUEL, J. M., «Disposición adicional...»; *op. cit.*, especialmente págs. 934-936; BUSTO LAGO, J. M.; ÁLVAREZ LATA, N.; PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones...*; *op. cit.*, especialmente págs. 183-187; PALAU RAMÍREZ, F., «Condiciones generales abusivas: alcance y criterios sustantivos del control de contenido. Una reflexión sobre el control de abusividad a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 2 de marzo de 2011 sobre las cláusulas de redondeo al alza», *Aranzadi civil-mercantil*, 2011-5, págs. 125-147, especialmente págs. 143-147; y ROY PÉREZ, C., «El régimen...»; *op. cit.*, especialmente pág. 175.

<sup>74</sup> Finalmente, el ATS de 6 de noviembre de 2013 (*JUR* 2013, 355553) resolvió negativamente un incidente de nulidad de las actuaciones planteado por diversas entidades de crédito.

<sup>75</sup> Y, tal como aclara la sentencia, ello será así con independencia de que el empresario realice varias ofertas, cada una de ellas sin posibilidad de negociación, y, por tanto, con condiciones generales de la contratación.

<sup>76</sup> Posteriormente la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, ha introducido un nuevo artículo 8 bis en la Directiva 93/13/CEE que deja claro que los Estados miembros pueden «hacer extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración».

<sup>77</sup> *Vid.* a este respecto PALAU RAMÍREZ, F., «Condiciones...»; *op. cit.*, especialmente págs. 135-137.

<sup>78</sup> *Vid.* en este sentido CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*, Pamplona, Aranzadi, 2006, especialmente págs. 61-62; PAGADOR LÓPEZ, J., «De nuevo sobre las cláusulas predispuestas relativas a la parte económica del contrato», *DN*, núm. 268, 2013, págs. 7-25, especialmente págs. 10-11 y 15-16.

<sup>79</sup> *Vid.* en este sentido BUSTO LAGO, J. M.; ÁLVAREZ LATA, N.; PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones...*; *op. cit.*, especialmente págs. 171-174.

<sup>80</sup> Considera estos principios de nuestro ordenamiento, que, no obstante, se ven recientemente amenazados por la jurisprudencia que interpreta la normativa comunitaria RUIZ MUÑOZ, M., «La calidad, el precio justo y la fijación del precio en función de los clientes», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 12, 2013, págs. 15-36, especialmente págs. 20-26.

<sup>81</sup> Tal como ha afirmado Duque, planteada la práctica colusoria o el abuso de posición dominante, el Tribunal de Defensa de la Competencia —hoy día la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, el órgano de control de la comunidad autónoma— tendrá en cuenta el perjuicio a los consumidores para comprobar si han existido efectivamente tales prácticas contrarias a la competencia. Con ello, la tutela de los consumidores en estos casos es solo un valor indirectamente protegido. *Vid.* DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Las cláusulas abusivas en contratos de consumo», en NIETO CAROL, U., *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, Lex Nova, 2000, págs. 459-501, especialmente pág. 485.

<sup>82</sup> *Vid.* también por ejemplo la rescisión por lesión prevista en el artículo 1.291 del Código Civil, contemplada expresamente como una excepción en el propio artículo 1.293. Más am-

pliamente se contempla la rescisión por lesión en los artículos 499-507 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho civil foral de Navarra (BOE núm. 57, de 7 de marzo de 1973).

<sup>83</sup> Muy claramente se ha entendido que «*no todas las cláusulas que guardan alguna relación o se refieren o afectan de cualquier forma a los essentialia negotii dejan de hallarse incluidas en el ámbito de aplicación de los artículos 10 y 10 bis LGDCU*». *Vid.* BRENES CORTÉS, J.; PACHECO CAÑETE, M., «El redondeo de los tipos de interés en los préstamos hipotecarios. Consideraciones sobre la legalidad y validez de esta práctica financiera», *RDM*, núm. 246, 2002, págs. 1.893-1.948, loc. cit. pág. 1.930. Igual tesis sostiene DÍAZ VALES, F., «La nulidad...»; *op. cit.*, especialmente págs. 963-966. En esta línea, considera PAGADOR que las cláusulas reguladoras del precio y las prestaciones no están sujetas al control de contenido, aunque sí lo están aquellas otras «*que de algún modo les afectan*» (*vid.* PAGADOR LÓPEZ, J., «De nuevo...»; *op. cit.*, loc. cit. pág. 10).

<sup>84</sup> O, más ampliamente, de otras prácticas abusivas, como el cobro de prestaciones no efectivamente ejecutadas o el redondeo al alza en los contratos de aparcamiento de vehículos o de telefonía. Dichas prácticas quedaron prohibidas expresamente tras la reforma de la LGDCU de 1984 por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre —hoy día por el artículo 87.5 de la vigente LGDCU—.

<sup>85</sup> Se considera que esta podría ser la consideración de las cláusulas suelo en PAGADOR LÓPEZ, J., «De nuevo...»; *op. cit.*, especialmente pág. 14.

<sup>86</sup> No se trata de una innovación del magistrado ponente, el Excmo. Sr. D. Rafael GIMENO-BAYÓN COBOS, pues ya la doctrina se ha mostrado favorable a este proceder. *Vid.* una magistral exposición de esta tesis PAGADOR LÓPEZ, J., «De nuevo...»; *op. cit.*, especialmente págs. 12-13.

<sup>87</sup> Ambos controles concurrirán o no en función del diverso ámbito de aplicación de las normas. En este sentido debe tenerse en consideración que la Orden EHA/2899/2011 se aplica solo cuando el cliente sea una persona física (art. 2.1), y que es posible asimismo que las partes acuerden la no aplicación de la Orden, con excepción de lo establecido en el capítulo II de su título III, si el cliente actúa en el ámbito de su actividad profesional o empresarial. En tales casos por tanto la LCGC, como también algunas normas administrativas relativas a la actuación de las entidades de crédito, quedarán como únicos elementos de protección del prestatario. *Vid.* sobre esta cuestión ROY PÉREZ, C., «El régimen...»; *op. cit.*, especialmente págs. 156-159. Critica el ámbito de protección de la Orden EHA/2899/2011 CUÑAT EDO, V., «Reflexiones sobre las reglas de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios», en TOBÍO RIVAS, A. M.; FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAZAR, A.; TATO PLAZA, A. (eds.), *Estudios de Derecho mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. José Antonio Gómez Segade*, Madrid, Marcial Pons, 2013, págs. 1.097-1.109, especialmente págs. 1.107-1.109.

<sup>88</sup> Aunque con ámbitos de aplicación solo parcialmente coincidentes, puede afirmarse con carácter general que la normativa protectora del cliente bancario y las regulaciones protectoras del consumidor y del adherente de condiciones generales pueden operar conjunta y sistemáticamente. *Vid.* en este sentido NÚÑEZ LOZANO, P. L., «Las entidades de crédito y sus clientes: disciplina de relaciones», *DN*, 1990-1991, págs. 283-292, especialmente págs. 284-285. Nótese por otra parte que unos días después de esta Sentencia del Tribunal Supremo, el 14 de mayo de 2013, se promulgó la Ley 1/2013. En el artículo 6 de esta Ley se exige para ciertos préstamos hipotecarios con cláusulas techo y suelo, que en la escritura conste, además de la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato.

<sup>89</sup> Tal como se indica en el Auto, «[t]ambién se deduce con claridad de la sentencia cuya aclaración se interesa que el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios. Para el futuro, no puede anudarse de forma automática al cumplimiento de determinadas fórmulas, tantas veces

*convertidas en formalismos carentes de eficacia real. Y hacia el pasado, no tolera vaciar de contenido la sentencia que condena a eliminar de los contratos en vigor las cláusulas declaradas nulas.* Se critica fuertemente esta decisión del Tribunal Supremo, incluso planteando la contravención de la Constitución en CARRASCO PERERA, A.; GONZÁLEZ CARRASCO, C., «La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre las “cláusulas suelo” es inconstitucional», *LL*, 2013-4, pág. 1344-1354, especialmente pág. 1345.

<sup>90</sup> Tal como se aclara en el Auto de 3 de junio de 2013 (*RJ* 2013, 3617), estos parámetros son meramente ejemplificativos, sin que, por otra parte, hayan de incumplirse todos ellos cumulativamente para que una cláusula sea ilícita, pues en todo caso habrá de verificarse realmente que la cláusula es suficientemente clara y que el consumidor ha sido debidamente informado de su trascendencia.

<sup>91</sup> Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE núm. 76, de 28-3-2014).

<sup>92</sup> Hasta su modificación, el precepto establecía lo siguiente: «*1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. 2. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineeficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Solo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineeficacia del contrato.*

<sup>93</sup> Establece este precepto que «*[l]os Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas.*

<sup>94</sup> Vid. una crítica a esta decisión en DE PUIG VILADRICH, J., «El adiós a las cláusulas suelo y el debate sobre la retroactividad de su anulación», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2013-5, págs. 157-162, pássim.; ACHÓN BRUÑEN, M. J., «Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales», *LL*, 2013-3, págs. 1.607-1.620, especialmente pág. 1.611. Ahora bien, otro sector doctrinal entiende que la consecuencia lógica de la declaración judicial de la nulidad de la cláusula, al haberse ejercitado una acción de cesación (*ex art. 53 de la LGDCU*), debe ser la condena al demandado a cesar en la conducta seguida hasta el momento y la prohibición de su reiteración futura, no la restitución de las cantidades indebidamente percibidas. Con ello se entiende, no solo que efectivamente la sentencia debe tener exclusivamente efectos *ex nunc*, sino que el pronunciamiento al respecto del Tribunal es procesalmente incongruente. *Vid.* PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F., «La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013», *LL*, 2013-4, págs. 1.287-1.291, especialmente pág. 1.288.

<sup>95</sup> Al contrario, entiende que tal enumeración provoca una mayor confusión CARRASCO PERERA, A.; GONZÁLEZ CARRASCO, C., «La STS 241/2013...»; *op. cit.*, especialmente pág. 1346.

<sup>96</sup> Ha de tenerse en cuenta que la «incomprensibilidad» puede ser en relación a unas condiciones generales en su conjunto o a una cláusula en concreto. Así, se ha entendido que «*[l]a incomprensibilidad puede predicarse de unas condiciones generales en su conjunto cuando el texto se haya construido de manera compleja o intrincada; cuando las cláusulas se encuentren recogidas sin orden ni clasificación; cuando estén formuladas de manera vaga o imprecisa; cuando empleen innecesariamente un lenguaje excesivamente técnico, remisiones externas a reglas legales o de manera general a derecho de garantía; cuando contengan gran cantidad de remisiones internas de unas cláusulas a otras, de unos clausulados a otros, o caigan incluso en contradicción; cuando acuse una extensión o volumen excesivamente*

te desproporcionado con relación a la importancia económica del negocio o al contenido real de la regulación; cuando, finalmente, el mismo texto se utilice para diferentes tipos de contratos y, sin embargo, no se adapte al efectivamente celebrado». Vid. DURANY PICH, S., «Artículos 5 y 7», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.; DÍEZ-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas, 2002, págs. 264-335, loc. cit. pág. 319; quien a su vez cita a ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, Civitas, 1991, especialmente págs. 235-236. En igual sentido se manifiestan PAGADOR LÓPEZ, J., «Requisitos de incorporación de las condiciones generales y consecuencias negociales», en NIETO CAROL, U., *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, Lex Nova, 2000, págs. 219-300, especialmente págs. 236-238; y DÍAZ VALES, F., «La nulidad...»; *op. cit.*, especialmente págs. 953-954.

<sup>97</sup> La misma idea puede apreciarse en CORDERO LOBATO, E., «Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)», *LL*, 2013-2, págs. 1678-1680, especialmente pág. 1679; y en GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «Una revisión...»; *op. cit.*, especialmente pág. 3.453.

<sup>98</sup> Vid. SSAP de Cádiz de 13 de mayo de 2013 (AC 2013, 1334), Cádiz de 17 de mayo de 2013 (*JUR* 2013, 286247), Cáceres de 18 de junio de 2013 (*JUR* 2013, 247830), Cáceres de 20 de junio de 2013 (AC 2013, 1747), Cáceres de 28 de octubre de 2013 (AC 2013, 1901) y Badajoz de 14 de enero de 2014 (AC 2014, 14); así como la S. Juz. de lo Mercantil de Murcia de 15 de mayo de 2013 (AC 2013, 968).

<sup>99</sup> Vid. la SAP de Alicante de 23 de julio de 2013 (AC 2013, 1561) y las SS. Juz. de lo Mercantil de Málaga de 19 de julio de 2013 (AC 2013, 1554) y Bilbao de 19 de junio de 2013 (*JUR* 2013, 242749). Por su parte, la SAP de Alicante de 12 de julio de 2013 (AC 2013, 1545) versa sobre un contrato afectado precisamente por la STS de 9 de mayo de 2013, debiendo la entidad devolver las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo desde el 9 de mayo de 2013.

<sup>100</sup> Resalta que la decisión al respecto del TS adoptada en su sentencia de 9 de mayo de 2013 es una resolución de carácter excepcional, que en modo alguno debe suponer la imposibilidad —o incluso la no conveniencia— de reconocer la retroactividad de las declaraciones de nulidad de las cláusulas suelo en otros supuestos concretos, pues la retroactividad es la regla general en caso de nulidad, MATEOS FERRES, M., «Nulidad de cláusula suelo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2013-5, págs. 163-169, pássim. Por otra parte hay que tener en cuenta que la STS de 9 de mayo de 2013 declara la irretroactividad de esta sentencia y por los motivos enunciados, no con carácter general el hecho de que la declaración de nulidad de una cláusula suelo no pueda tener efectos retroactivos. Muy acertadamente, así lo resalta PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F., «La restitución...»; *op. cit.*, especialmente págs. 1290-1291. De este modo una sentencia de un tribunal inferior que reconociera la retroactividad de una declaración de nulidad de una cláusula suelo a partir de la demanda de un particular en modo alguno contravendría el tenor de la STS de 9 de mayo de 2013.

<sup>101</sup> No compartimos por tanto la tesis de que el PCM regiría solo para las relaciones entre empresarios, pues no es este el único criterio de determinación del ámbito de aplicación de la norma. Sigue esta idea ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Primeras observaciones a la Propuesta de Código Mercantil en materia de condiciones generales de la contratación», *LL*, 2013-4, págs. 1.512-1.519, especialmente págs. 1.414-1.515.

<sup>102</sup> Sobre la integración de la regulación protectora de los consumidores y usuarios y de la normativa de condiciones generales de la contratación en el Derecho mercantil, *vid.* JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J.; DÍAZ MORENO, A., «Carácter mercantil de las normas reguladoras de las condiciones generales de la contratación y de la tutela de la parte débil en los contratos celebrados por consumidores y usuarios», en TOBIÓ RIVAS, A. M.; FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAZAR, A.; TATO PLAZA, A. (eds.), *Estudios de Derecho mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. José Antonio Gómez Segade*, Madrid, Marcial Pons, 2013, págs. 957-965, pássim.

<sup>103</sup> Podría en tal caso verse un antecedente de esta norma en el § 305c.1 del *BGB* alemán.

<sup>104</sup> El párrafo segundo del precepto establece que «[s]e considera que existe onerosidad sobrevenida cuando, con posterioridad a la perfección del contrato, ocurrán o sean conocidos sucesos que alteren fundamentalmente el equilibrio de las prestaciones, siempre que esos sucesos no hubieran podido preverse por la parte a la que perjudiquen, escapen al control de la misma y esta no hubiera asumido el riesgo de tales sucesos».

<sup>105</sup> No obstante pueden encontrarse resoluciones jurisprudenciales que aplican la Ley de represión de la usura a los intereses moratorios. Vid., v. gr., el AAP de Burgos de 17 de febrero de 2003 (*JUR* 2003, 122479). Por su parte la SAP de Córdoba de 5 de febrero de 2007 (AC 2007, 1112) cita como exponente de esta tesis la STS de 7 de mayo de 2002 (*RJ* 2002, 4045). Aunque esta sentencia del TS no es clara al respecto, parece que los efectos de la Ley de represión de la usura sobre los intereses de demora son indirectos: declarados usurarios los intereses remuneratorios, no hay que pagar ni estos ni aquellos, como tampoco ninguna otra cláusula penal. No se declaraba en dicha sentencia el carácter de usurarios de los intereses de demora. Por otra parte la doctrina se ha mostrado también contraria a la aplicación de la Ley de represión de la usura a los intereses moratorios. *Vid.*, v. gr., GÓMEZ CALERO, J., *Contratos mercantiles con cláusula penal*, 2<sup>a</sup> edición, Madrid, Civitas, 1983, especialmente pág. 80; RUIZ-RICO RUIZ, J. M., «Cien años (y algo más) de jurisprudencia sobre intereses moratorios», en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, T. II, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, págs. 1.893-1.919, especialmente págs. 1913-1914; DE LOS MOZOS TOUYA, J. I., «Los intereses de demora en los préstamos hipotecarios y su calificación registral», *RDP*, T. LXXV-9, 1991, págs. 699-708, especialmente págs. 706-707; RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., «Sobre la cláusula penal en el Código Civil», *ADC*, T. XLVI-II, 1993, págs. 511-587, especialmente págs. 545; BARAONA GONZÁLEZ, J., *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, Dykinson, 1998, especialmente pág. 297; ÁLVAREZ OLALLA, P., «Comentario al artículo 1.108», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Elcano, Aranzadi, 2001, págs. 1.294-1.297, especialmente pág. 1.296; ORDÁS ALONSO, M., «Comentario...»; *op. cit.*, especialmente pág. 24-25; ANGUITA RÍOS, R. M., *Constitución...»; op. cit.*, especialmente pág. 73; ROY PÉREZ, C., «El régimen...»; *op. cit.*, especialmente pág. 183; y ACHÓN BRUNÉN, M. J., «Cláusulas...»; *op. cit.*, especialmente págs. 1.608-1.609. Ahora bien, sí será de aplicación la Ley de represión de la usura a los intereses moratorios que escondan en realidad una retribución excesiva del préstamo, por tratarse de una operación sustancialmente equivalente a un préstamo usurario (art. 9 de la Ley de represión de la usura). Ello será así cuando el cumplimiento de la obligación sea prácticamente imposible, estando configurado el contrato bajo la idea de que es prácticamente seguro que va a actuar la cláusula penal. *Vid.* en este sentido ESPÍN CANOVAS, D., «La cláusula penal en las obligaciones contractuales», *RDP*, núm. 348, T. XXX, 1946, págs. 145-169, especialmente pág. 165; LOBATO DE BLAS, J. M., *La cláusula penal en el Derecho español*, Pamplona, EUNSA, 1974, especialmente pág. 182; y JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La usura...»; op. cit.*, especialmente págs. 87-88.

<sup>106</sup> Nótese que si se trata de un préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda habitual que se hipoteca, el artículo 114 de la Ley Hipotecaria establece un límite para los intereses de demora de tres veces el interés legal del dinero. *Vid.* sobre el ámbito de aplicación de esta norma la DT 2<sup>a</sup> de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

<sup>107</sup> Precepto redactado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

<sup>108</sup> *Vid.* en este sentido las SSAP de Barcelona de 25 de enero de 2012 (AC 2012, 864), La Coruña de 25 de abril de 2012 (*JUR* 2012, 165584), Alicante de 24 de octubre de 2012 (AC 2013, 355), La Coruña de 29 de noviembre de 2012 (*JUR* 2013, 30615), La Coruña de 21 de marzo de 2013 (AC 2013, 1079), Alicante de 18 de julio de 2013 (AC 2013, 1656); y en el ámbito de los contratos bancarios la SAP de Salamanca de 3 de diciembre de 2013 (AC 2013, 2095) y la S. Juz. 1<sup>a</sup> Instancia de Madrid de 17 de septiembre de 2013 (AC 2013, 1887). La misma interpretación se hacía respecto al artículo 1 de la LGDCU de 1984 en las

SSTS de 17 de julio de 1997 (*RJ* 1997, 5759), 17 de marzo de 1998 (*RJ* 1998, 1351), 18 de junio de 1999 (*RJ* 1999, 4478), 16 de octubre de 2000 (*RJ* 2000, 9906), 21 de septiembre de 2004 (*RJ* 2004, 5576), 15 de diciembre de 2005 (*RJ* 2006, 1223) y 19 de junio de 2008 (*RJ* 2008, 3225). Esta es la interpretación que se hace también en la doctrina; *vid.*, por ejemplo, ANGUITA RÍOS, R. M., *Constitución...*; *op. cit.*, especialmente págs. 36-37; BUSTO LAGO, J. M.; ÁLVAREZ LATA, N.; PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones...*; *op. cit.*, especialmente págs. 75-76; y más ampliamente ROY PÉREZ, C., «El régimen...»; *op. cit.*, especialmente págs. 152-156. La misma interpretación se hacía del artículo 1 de la Ley 7/1995 de crédito al consumo y puede hacerse del artículo 2.1 de la vigente Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo; *vid.* en este sentido PRATS ALBENTOSA, L., *Préstamo...*; *op. cit.*, especialmente págs. 37-38. Y sin embargo, tanto la derogada como la actual Ley de contratos de crédito al consumo exigen que el consumidor sea persona física.

<sup>109</sup> *Vid.* PERALES VISCASILLAS, P., *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas*, Cizur Menor, Civitas, 2006, especialmente págs. 41-46; MIRANDA SERRANO, L. M., *Aplazamientos de pago y morosidad entre empresas*, Madrid, Marcial Pons, 2008, especialmente págs. 153-160; «La disciplina legal contra la morosidad y los plazos de pago abusivos: fundamentación, ámbito de aplicación e impacto en el Derecho preeexistente», en FONT GALÁN, J. I.; MIRANDA SERRANO, L. M., *Morosidad, aplazamientos de pago y empresa familiar*, Academia Sevillana del Notariado, Sevilla, 2010, págs. 11-62, especialmente pág. 30; MIRANDA SERRANO, L. M.; PAGADOR LÓPEZ, J., «Contratos de financiación y morosidad», *RDBB*, núm. 119, 2010, págs. 167-192, *pássim*. En contra *vid.* MARCOS F., «El aplazamiento y la morosidad en las obligaciones contractuales en el sector comercial», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 5, 2005, págs. 301-321, especialmente pág. 313; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., «Análisis crítico de la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (Ley 3/2004)», *CEF Legal*, núm. 71, 2006, págs. 27-78, especialmente pág. 39; y LLAMAS POMBO, E.; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.; TORAL LARA, E., «Aspectos civiles de la Ley de lucha contra la morosidad», en BLANCO-MORALES LIMONES, P. (dir.), *Medidas de lucha contra la morosidad*, Las Rozas, La Ley, 2011, págs. 97-205, especialmente págs. 113-114.

<sup>110</sup> *Vid.* LLAMAS POMBO, E., «Alcance contractual de la Ley de la morosidad», en JIMÉNEZ LIÉBANA, D. (coord.), *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor José González García*, Pamplona, Universidad de Jaén-Aranzadi, 2012, págs. 545-571, especialmente págs. 554-555.

<sup>111</sup> AGUILAUME GANDASEGUI, G., «El ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la Ley 3/2004, de medidas de lucha contra la morosidad», *LL*, 2005-4, págs. 1.687-1.695, especialmente pág. 1694; GÓMEZ LIGÜERRE, C., «El nuevo régimen legal de la morosidad en las operaciones comerciales», *Indret*, 2011-4, especialmente pág. 8, disponible en [http://www.indret.com/pdf/864\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/864_es.pdf).

<sup>112</sup> Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (DO L núm. 200, de 8-8-2000).

<sup>113</sup> Directiva 2011/7/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (DO L núm. 48, de 23-2-2011).

<sup>114</sup> *Vid. supra* en relación a la posibilidad de aplicar el artículo 1.124 del Código Civil a los contratos de préstamo.

<sup>115</sup> Podría invocarse a favor de esta idea la tramitación parlamentaria de la Ley, pues en algún caso se defendió la inclusión de los contratos bancarios en el ámbito de aplicación de la Ley precisamente para proteger a la clientela bancaria. *Vid.* en este sentido MIRANDA SERRANO, L. M.; PAGADOR LÓPEZ, J., «Contratos...»; *op. cit.*, especialmente págs. 174 y 190-191.

<sup>116</sup> A favor, de la moderación de los intereses moratorios con base en el artículo 1.154 *vid.* RODRÍGUEZ ESPEJO, J., «El interés de los préstamos bancarios: anatocismo, liquidación anticipada, intereses remuneratorios y moratorios (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid, de 12 de diciembre de 1984)», *RDBB*, núm. 21, 1986, págs. 191-199,

especialmente pág. 195; ÁLVAREZ OLALLA, P., *La garantía de los intereses en el préstamo hipotecario*, Granada, Comares, 1999, especialmente pág. 197; MÚRTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, Madrid, McGraw-Hill, 1999, especialmente pág. 275-276; y BASOZABAL ARRUE, X., *Estructura...*; *op. cit.*, especialmente págs. 94-95. En cambio, se muestran en contra de esta posibilidad ORDÁS ALONSO, M., *El interés...*; *op. cit.*, especialmente págs. 39-40; y UREÑA MARTÍNEZ, M. «Los intereses excesivos en los contratos de financiación con consumidores: un problema de concurrencia normativa», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 12, 2004, págs. 25-48, especialmente págs. 36-38.

<sup>117</sup> Así se entiende ampliamente por la doctrina. *Vid.* por todos JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La usura...*; *op. cit.*, especialmente págs. 83-88. No obstante también se ha argumentado en contra que el artículo 1152 del Código Civil parece distinguir entre interés moratorio y cláusula penal.

<sup>118</sup> *Vid.* ESPÍN CANOVAS, D., «La cláusula...»; *op. cit.*, especialmente pág. 164. Sin embargo la falta de moderación de la cláusula penal conforme al artículo 1.154 no es susceptible de casación cuando a la misma precede un juicio valorativo basado en hechos que quedan inalterados y de los que, en equidad, se había deducido la necesidad de aplicar la cláusula penal por entero (SSTS de 18 de mayo de 1987 [RJ 1987, 353], 16 de abril de 1988 [RJ 1988, 3173] y 19 de diciembre de 1991 [RJ 1991, 9409]).

<sup>119</sup> Así se ha considerado en las SSTS de 20 de mayo de 1986 (RJ 1986, 2734), 27 de noviembre de 1987 (RJ 1987, 8701), 10 de mayo de 1989 (RJ 1989, 3679), 8 de febrero de 1993 (RJ 1993, 690), 10 de mayo de 2001 (RJ 2001, 6191), 7 de febrero de 2002 (RJ 2002, 2887), 27 de abril de 2005 (RJ 2005, 3769), 4 de enero de 2007 (RJ 2007, 1101) y 4 de mayo de 2011 (RJ 2011, 3728). *Vid.* al respecto MAS BADÍA, M. D., *La revisión judicial de las cláusulas penales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, especialmente págs. 73-77.

<sup>120</sup> *Vid.* ESPÍN CANOVAS, D., «La cláusula...»; *op. cit.*, especialmente pág. 164. La misma tesis se afirma en las SSTS de 30 de marzo de 1999 (RJ 1999, 1719), 7 de febrero de 2002 (RJ 2002, 2887), 17 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 8792), 21 de junio de 2004 (RJ 2004, 3956) y 26 de marzo de 2009 (RJ 2009, 2387).

<sup>121</sup> *Vid.* en este sentido las SSTS de 5 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 8640), 3 de octubre de 2005 (RJ 2005, 7099), 14 de junio de 2006 (RJ 2006, 3536) y 20 de junio de 2007 (RJ 2007, 3861).

<sup>122</sup> *Vid.* en este sentido las SSTS de 29 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8441), 10 de mayo de 2001 (RJ 2001, 6191), 7 de febrero de 2002 (RJ 2002, 2887), 8 de octubre de 2002 (RJ 2003, 358), 21 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 10269), 15 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5692) y 31 de marzo de 2010 (RJ 2010, 4032). Asimismo se ha entendido que la pena moratoria se configura como una pena cumulativa, compatible con la exigencia del cumplimiento de la obligación. *Vid.* en este sentido MAS BADÍA, M. D., *La revisión...*; *op. cit.*, especialmente pág. 120. A nuestro entender ello no contraviene el artículo 56 del C. de C., referido a las «penas de indemnización contra el que no lo cumpliera» [el contrato], no al supuesto en el que se cumpla tardíamente.

<sup>123</sup> Se sigue a esta sentencia en relación a un arrendamiento financiero en las SSAP de Barcelona de 16 de abril de 2002 (JUR 2002, 155097) y 17 de febrero de 2003 (JUR 2003, 196488). Por su parte el AAP de Barcelona de 7 de marzo de 2005 (JUR 2005, 116734), relativo también a un arrendamiento financiero, rechaza la moderación de una cláusula de intereses moratorios en relación a un no consumidor, no porque no sea posible con base en el artículo 1.154 del Código Civil, sino porque no resulta probado el carácter «abusivo» de dicho interés en relaciones con un no consumidor. En otras ocasiones las sentencias no aclaran si el prestatario es o no un consumidor. Tal es el caso de las SSAP de Barcelona de 9 de junio de 1999 (AC 1999, 1509), Zamora de 16 de mayo de 2002 (JUR 2002, 189215), Barcelona de 30 de septiembre de 2002 (JUR 2003, 22324), Murcia de 9 de enero de 2003 (JUR 2003, 195958) y Madrid de 5 de noviembre de 2004 (AC 2004, 2273). Igualmente la SAP de Pontevedra de 27 de junio de 2000 (AC 2000, 3772), que no aclara si se refiere o no a un consumidor, modera los intereses del préstamo con base en el artículo 1.103 del Código Civil.

<sup>124</sup> En algún caso se ha admitido con base en el artículo 1.154 del Código Civil la concesión de un plazo adicional para cumplir. Vid. al respecto y en contra de esta tesis MAS BADÍA, M. D., *La revisión...; op. cit.*, especialmente págs. 157-160. A nuestro entender, y en el marco de la mora en los préstamos estudiados, ello contravendría el artículo 61 del C. de C.

<sup>125</sup> Pueden verse ciertos parámetros comunes a la jurisprudencia en ROY PÉREZ, C., «El régimen...»; *op. cit.*, especialmente págs. 182-183.

<sup>126</sup> Se exponen ambos criterios en algunas resoluciones de audiencias. Vid. por ejemplo las SAP de Asturias de 23 de junio de 2010 (*JUR* 2010, 276528) y el AAP de Asturias de 9 de febrero de 2011 (AC 2011, 1875). Vid. también MADRID RODRÍGUEZ, F., «El nuevo escenario de los intereses de demora conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Justicia», *DN*, núm. 272, 2013, págs. 7-22, especialmente págs. 7-9.

<sup>127</sup> Vid. igualmente las SSAP de Tarragona de 18 de julio de 2008 (*JUR* 2008, 314433), Alicante de 25 de mayo de 2010 (AC 2010, 1050) y Alicante de 12 de julio de 2011 (AC 2011, 1529) y los AAAP de Gerona de 15 de diciembre de 2009 (*JUR* 2010, 117094) y Cádiz de 25 de mayo de 2012 (AC 2012, 1698). En los casos de la SAP de Murcia de 1 de febrero de 2000 (AC 2000, 774) y el AAP de Córdoba de 25 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 19805) se sigue este mismo criterio, aunque se invoca también el artículo 1.154 del Código Civil. De forma incorrecta, a mi juicio, se aplica este criterio al interés remuneratorio en la SAP de Valencia de 20 de abril de 2012 (AC 2012, 954).

<sup>128</sup> Habría de contemplarse a este respecto la TAE y no propiamente el tipo de interés moratorio, pues en la primera se incluye además del tipo de interés propiamente dicho otras penalizaciones, como las comisiones por descubierto. Así lo entiende ÁLVAREZ OLALLA, P., «Artículo 20. Descubierto tácito», en MARÍN LÓPEZ, M. (Dir.), *Comentarios a la Ley de contratos de crédito al consumo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, págs. 767-806, especialmente págs. 797-799.

<sup>129</sup> La Ley 1/2013 modifica igualmente el artículo 4 del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. Esta norma, que declara expresamente que solo debe aplicarse en los concretos supuestos incluidos en su ámbito de aplicación, establece como límite a los intereses moratorios el interés remuneratorio incrementado en dos puntos. Resulta significativo en este sentido que antes de la modificación el precepto estableciera igualmente como límite el resultado de multiplicar el interés legal del dinero por 2,5. Y llama la atención la separación del criterio del 2,5 por el interés legal del dinero cuando este era el límite propuesto en el Informe del Defensor del Pueblo «Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo», publicado el 22 de enero de 2012, medida paliativa 4.3.5, pág. 106.

<sup>130</sup> Esta es la opinión manifestada por JUAN GÓMEZ, M. C., «Reflexiones sobre la Ley 1/2013, de protección a los deudores hipotecarios», *RCDI*, núm. 739, 2013, págs. 3.125-3.150, especialmente pág. 3.131.

<sup>131</sup> Expresamente se rechaza la aplicación analógica del límite de la actual Ley 16/2011 a otros contratos bancarios de activo en las SSAP de Madrid de 5 de noviembre de 2004 (AC 2004, 2273) y León de 21 de junio de 2011 (*JUR* 2011, 278575), en las cuales finalmente se modera el interés moratorio con base en el artículo 1.154 del Código Civil.

<sup>132</sup> A título de ejemplo, el Acuerdo de la Junta de Jueces de Valencia de 4 de diciembre de 2012 decidió considerar abusivos los intereses moratorios que excedieran el 19% anual. Asimismo, en las Jornadas para la unificación de criterios de las secciones civiles de la Audiencia Provincial de Madrid, celebradas el 4 de octubre de 2013, se acordó que como criterio general, y sin perjuicio de atender a las circunstancias del caso concreto, un interés moratorio superior a tres veces el interés legal del dinero debería considerarse abusivo. Vid. MADRID RODRÍGUEZ, F., «El nuevo...»; *op. cit.*, especialmente pág. 10. Igualmente, la Junta de Jueces de Primera Instancia de Barcelona, en su acuerdo de 4 de abril de 2013, estimó que debían considerarse abusivos los intereses moratorios de los préstamos a consumidores que superaran 2,5 veces el interés legal, salvo que el interés remuneratorio fuese superior, en cuyo caso el interés de demora no podría superarlo en más de dos puntos. También el

Acuerdo de la Junta de Jueces de Denia de 22 de abril de 2013 consideró abusivo el interés moratorio en préstamos a consumo que excediera al resultado de multiplicar por 2,5 el interés legal. Igual criterio se ha establecido en la Junta Sectorial de Jueces de Primera Instancia de Toledo (Acuerdo de 16 de abril de 2013). En cambio se ha entendido que este límite debía ser de 3 veces el interés legal del dinero en el Acuerdo de 5 de abril de 2013 de la Junta Sectorial de Jueces de Primera Instancia de Santiago de Compostela y en el Acuerdo de 26 de abril de 2013 de la Junta Sectorial de Jueces de Primera Instancia de Murcia. *Vid.* JUAN GÓMEZ, M. C., «Reflexiones...»; *op. cit.*, especialmente pág. 3.130.

<sup>133</sup> Así por ejemplo, se considera que no es abusivo un interés de demora del 29% TAE en la SAP de Barcelona de 19 de octubre 2010 (*JUR* 2010, 383298).

<sup>134</sup> Igualmente se entiende que debe moderarse y no suprimirse el interés moratorio en BUSTO LAGO, J. M.; ÁLVAREZ LATA, N.; PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones...*; *op. cit.*, especialmente pág. 1.165.

<sup>135</sup> En las SSAP de Castellón de 20 abril de 1999 (AC 1999, 1086), Barcelona de 10 de julio de 2003 (AC 2003, 1141), Madrid de 5 de noviembre de 2004 (AC 2004, 2273) y León de 21 de junio de 2011 (*JUR* 2011, 278575), así como en el AAP de Barcelona de 30 de mayo de 2002 (AC 2002, 1245) se considera que es posible moderar los intereses moratorios en un préstamo con un consumidor con base en el artículo 1.154 del Código Civil.

<sup>136</sup> Así por ejemplo en la SAP de Sta. Cruz de Tenerife de 6 de marzo de 2012 (AC 2012, 743) se reduce el interés moratorio al resultado de multiplicar por 2 el interés remuneratorio pactado y en la SAP de Sta. Cruz de Tenerife de 20 de septiembre de 2012 (*JUR* 2012, 391967), por multiplicarlo por 2,5.

<sup>137</sup> En este sentido, con base en la facultad moderatoria de las cláusulas penales prevista en el artículo 11 de la Ley de venta a plazos de bienes muebles que resultaba de aplicación al caso, en la SAP de Asturias de 28 de septiembre de 2000 (AC 2000, 1941) se optó por reducir el interés moratorio ajustándolo al resultado de multiplicar por 1,5 el interés legal del dinero.

<sup>138</sup> Se sigue esta tesis en la SAP de Asturias de 23 de junio de 2010 (*JUR* 2010, 276528).

<sup>139</sup> Se sigue esta tesis en las SSAP de La Coruña de 29 de mayo de 2013 (*JUR* 2013, 211019) y Barcelona de 27 de junio de 2013 (*JUR* 2013, 341659). A favor de esta tesis se muestran OROZCO PARDO, G.; MORENO NAVARRETE, M. A., «Alcance del «test de abusividad» de las cláusulas contractuales no negociadas individualmente. Interpretación del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE», en JIMÉNEZ LIÉBANA, D. (coord.), *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor José González García*, Pamplona, Universidad de Jaén-Aranzadi, 2012, págs. 619-633, especialmente págs. 631-633; ESTUPÍNÁN CÁCERES, R., «La declaración de cláusula abusiva de intereses moratorios en el procedimiento monitorio. Su impacto en el sector bancario», *RDBB*, núm. 132, 2013, págs. 133-166, especialmente págs. 155-157; y ACHÓN BRUÑEN, M. J., «Cláusulas...»; *op. cit.*, especialmente pág. 1609.

<sup>140</sup> Nótese que con ello se trae al PCM lo establecido en el artículo 1.108 del Código Civil.

<sup>141</sup> Y no obstante, puede servir también de referencia para determinar si un tipo de interés moratorio es o no abusivo. A este respecto, el TJUE, en respuesta a una cuestión propuesta por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, entendió que «el juez remitente deberá comprobar en particular [...], por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que este persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos» (STJUE de 14 de marzo de 2013 [TJCE 2013, 89]). *Vid.* sobre esta cuestión ESTRADA ALONSO, E.; FERNÁNDEZ CHACÓN, I., «Ejecución hipotecaria...»; *op. cit.*, especialmente págs. 219-222.

<sup>142</sup> Ha de entenderse superada la controversia que ha suscitado en los tribunales este tema. Muy claramente se pronunció, por ejemplo, el AAP de Madrid de 11 de octubre de 2010 (*JUR* 2011, 18139), que consideraba que: «no puede denegarse la petición de proceso

*monitorio apreciando de oficio la nulidad de una cláusula que establece unos intereses moratorios sobre la base de que pueden ser abusivos, en trámite de admisión («in limine litis»), ya que se trata de un extremo que deberá ponerse de relieve, en su caso, en la oposición que haga el deudor, pues no puede olvidarse que la demanda de juicio monitorio abre paso a una fase de alegaciones del demandado. La acreedora ha aportado el documento del que resulta fundamento de buena apariencia jurídica de la deuda y la cantidad de dinero, que conforme a lo pactado se adeuda, es determinada, vencida y exigible, ya que no estamos en una fase declarativa con contradicción, sino en el inicio de un proceso en el que basta la buena apariencia jurídica de la deuda, y en la que sí ha mediado pacto contractual de intereses, no cabe, sin contradicción alguna, considerarlo nulo pues con ello se impide a la entidad acreedora alegar y probar, en su caso, la licitud del pacto, máxime cuando, en el caso de estimarse abusivo y nulo de pleno derecho, procede la integración del contrato sustituyendo la cláusula abusiva, que es la consecuencia de dicha declaración, lo que tampoco es materia que pueda efectuarse en trámite de admisión, ya que se vulneraría el principio de contradicción». En definitiva, se entendía que la inadmisión *ad limine litis* provocaba la indefensión del acreedor. Esta misma idea aparece en otros autos de Audiencias Provinciales, tales como los AAAP de Barcelona de 24 de mayo de 2004 (*JUR* 2004, 22121), 2 de marzo de 2005 (*JUR* 2005, 117236), y 26 de enero de 2009 (*AC* 2009, 1186), así como, entre otros, el AAP de Almería de 15 julio de 2011 (*JUR* 2011, 377520). En cambio en otras ocasiones sí se admitió el control de oficio de las cláusulas abusivas. Así se consideró en las SSTS de 1 de julio de 2010 (*RJ* 2010, 6554) y 23 de septiembre de 2010 (*RJ* 2010, 7296), así como en las SSAP de Oviedo de 22 de enero de 1993 (*AC* 1993, 32), Murcia de 1 de febrero de 2000 (*AC* 2000, 774), Murcia de 31 de marzo de 2000 (*AC* 2000, 1282), Burgos de 31 de octubre de 2000 (*JUR* 2001, 12518), Gerona de 23 de enero de 2001 (*JUR* 2001, 121934), Córdoba de 4 de mayo de 2001 (*AC* 2001, 1082), Lérida de 14 de enero de 2002 (*AC* 2002, 181), Valencia de 21 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006, 107147), Tarragona de 18 de julio de 2008 (*JUR* 2008, 314433), Alicante de 12 de julio de 2011 (*AC* 2011, 1529), Valencia de 20 de abril de 2012 (*AC* 2010, 954), Madrid de 10 de mayo de 2013 (*JUR* 2013, 210035) y Barcelona de 27 de junio de 2013 (*JUR* 2013, 341659). Igualmente, se sigue esta idea en los AAAP de Córdoba de 25 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 19805), Asturias de 23 de junio de 2009 (*AC* 2009, 1722), Tarragona de 21 de julio de 2009 (*JUR* 2009, 425127), Gerona de 15 de diciembre de 2009 (*JUR* 2010, 117094), Asturias de 9 de febrero de 2011 (*AC* 2011, 1875), Sta. Cruz de Tenerife de 5 de julio de 2011 (*AC* 2011, 2075), Almería de 2 de marzo de 2012 (*JUR* 2012, 207691) y Madrid 4 de marzo de 2013 (*JUR* 2013, 128991).*

<sup>143</sup> Sobre esta modificación *vid.* MADRID RODRÍGUEZ, F., «El nuevo...»; *op. cit.*, especialmente págs. 15-20; y JUAN GÓMEZ, M. C., «Reflexiones...»; *op. cit.*, especialmente págs. 3.136-3.137.

<sup>144</sup> Nótense que el artículo 552 de la LEC ha sido posteriormente modificado de nuevo por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas (BOE núm. 153, de 27-6-2013) para ampliar los plazos de la audiencia a las partes que debe otorgar el juez.

<sup>145</sup> Igualmente, la Ley 1/2013 ha modificado el artículo 695 de la LEC para incluir entre las causas de oposición a la ejecución dineraria «*el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible*».

<sup>146</sup> Inicialmente tras la Ley 1/2013 se daba un plazo de audiencia de cinco días. Posteriormente la Ley 8/2013 ha elevado este plazo a quince días. *De lege ferenda* se critica la necesidad de dar traslado a las partes cuando el carácter abusivo de la cláusula sea patente en ACHÓN BRUÑEN, M. J., «Cláusulas...»; *op. cit.*, especialmente pág. 1.616.

<sup>147</sup> Si se aprecia de oficio y previa audiencia de las partes (art. 552 de la LEC) la existencia de una cláusula abusiva y se despacha ejecución sin aplicar dicha cláusula (art. 561.1-3) parece que no cabe recurso contra lo resuelto (*ex art.* 551.4 de la LEC). En cambio, si se deniega la ejecución, sí es posible recurso de apelación (art. 552.2 de la LEC). Si como consecuencia de la oposición del deudor el juez considera que existe una cláusula abusiva, es posible interponer recurso de apelación tanto si se despacha ejecución sin aplicar la cláusula como si se

deniega la ejecución (art. 561.3 de la LEC). Por su parte, en el procedimiento hipotecario, es posible el recurso de apelación contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución o la inaplicación de una cláusula abusiva, sin que quepa recurso alguno si se acuerda continuar con la ejecución (art. 695.4 de la LEC). Critica la asimetría entre el tratamiento dispensado al acreedor y al deudor en la regulación de los recursos ACHÓN BRUÑEN, M. J., «Cláusulas...»; *op. cit.*, especialmente pág. 1.617.

<sup>148</sup> Ello implica por tanto una excepción al principio de autonomía procesal de los estados miembros, con base en el principio de efectividad procesal del Derecho de la UE. La consecuencia necesaria de tal sentencia debe ser por tanto permitir la oposición por el deudor y el examen de oficio de la abusividad de las cláusulas contractuales incluso en el proceso monitorio y las ejecuciones hipotecarias, tal como ha implicado la reforma. Vid. sobre esta cuestión HUALDE MANSO, T., «Cláusulas abusivas del préstamo a consumidores y ejecución de la garantía hipotecaria», *Aranzadi civil-mercantil*, 2013-2, págs. 51-65, especialmente págs. 55-56 y 58-60; ESTRADA ALONSO, E.; FERNANDEZ CHACÓN, I., «El futuro de la ejecución hipotecaria española tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013 (Mohamed Aziz c. CatalunyaCaixa)», *RCDI*, núm. 737, 2013, págs. 1415-1475, especialmente págs. 1447-1464; ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., «La declaración...»; *op. cit.*, especialmente págs. 153-155.

<sup>149</sup> Se cita en concreto la STJUE de 4 de junio de 2009 (TJCE 2009, 155), que, referida a un procedimiento monitorio, y seguida por otras, como la STJUE de 3 de junio de 2010 (TJCE 2010, 162), considera que «*el juez nacional deberá examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello*». Ya previamente la STJUE de 27 de junio de 2000 (TJCE 2000, 144) había entendido que «*el Juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le haya sido sometido cuando examine la admisibilidad de una demanda presentada ante los órganos jurisdiccionales nacionales*». Vid. en igual sentido la STJUE de 14 de junio de 2012 (TJCE 2012, 143), referida a un proceso monitorio, y la STJUE de 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89), referida a una ejecución hipotecaria. La mencionada STJUE de 4 de junio de 2009 considera que el juez debe no aplicar la cláusula abusiva, salvo que el consumidor desee dicha aplicación. En cambio otras sentencias, como la STJUE de 6 de octubre de 2009 (TJCE 2009, 309), no parecen considerar que el consumidor pueda expresamente consentir en sede judicial la aplicación de la cláusula, debiendo por tanto el juez evaluar en todo caso la legalidad de la cláusula y, llegado el caso, inaplicarla.

<sup>150</sup> Se cita STJUE de 9 de noviembre de 2010 (TJCE 2010, 335), en relación a una cláusula atributiva de competencia territorial. Lógicamente en el proceso el juez debe dar trámite de audiencia al profesional e incluso procurar que las partes debatan la cuestión de forma contradictoria (STJUE de 21 de febrero de 2013 [TJCE 2013, 46]).

<sup>151</sup> Se critica el art. 698 de la LEC por permitir que el deudor se vea privado del bien hipotecado aun cuando obtenga una sentencia favorable en el juicio declarativo en ACHÓN BRUÑEN, M. J., «Deficiencias del procedimiento judicial de ejecución hipotecaria y sus negativos efectos sobre los más desfavorecidos por la crisis económica», *CEF Legal*, núm. 141, 2012, págs. 5-46, especialmente págs. 29-30.

<sup>152</sup> A favor del control de oficio, a la vista de la jurisprudencia de la Unión Europea, vid. GARCÍA DE PABLOS, J. F., «Las modificaciones en el sistema de ejecución hipotecaria en España a la luz del Derecho comunitario», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2013-5, págs. 171-191, especialmente pág. 187. Muy acertadamente en nuestra opinión se considera que ello es posible también en otros procesos en RUIZ-RICO RUIZ, J. M.; DE LUCCI López TAPIA, Y., «El debido tratamiento de las ejecuciones hipotecarias a la luz de la reciente jurisprudencia del TJUE», *LL*, 2013-4, págs. 1.119-1.126, especialmente pág. 1120; RAMÍREZ GARCÍA, E., «Estudio de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores en Derecho comunitario y español a la luz de la Ley 1/2013», *LL*, 2013-4, págs. 1228-1232, especialmente págs. 1229-1230. Se entiende con carácter general que «*el control puede venir referido a tres circunstancias: a) de un lado, la facultad del juez de analizar e inaplicar las cláusulas nulas de oficio; b) de*

*otro, por la posibilidad o no de que, apreciada la nulidad, el juez pueda declarar válido el resto; y c) por la posibilidad o no de que ese juez integre el contrato, modificando la cláusula nula, dotándola de un contenido adecuado para que surta efectos (la denominada integración del contrato)». Vid. ESQUIVIAS JARAMILLO, J. I., «Algunos aspectos de la contratación. Especial referencia a las cláusulas bancarias techo-suelo. Protección del consumidor», *CEF Legal*, núm. 156, 2014, págs. 41-60, *loc. cit.* pág. 46.*

<sup>153</sup> STS de 15 de noviembre de 1995 (*RJ* 1995, 8604). En cambio en algún caso se ha considerado que la usura es apreciable de oficio, aunque «con suma cautela» (SAP de Barcelona de 21 de marzo de 2002 [*JUR* 2002, 152009]).

*(Trabajo recibido el 20-05-2014 y aceptado  
para su publicación el 30-06-2014)*