



## CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LA CLÁUSULA DE DETERMINACIÓN DEL INTERÉS VARIABLE\*

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 538/2019 de 11 octubre (RJ\2019\3852)

*Pascual Martínez Espín\*\**  
*Catedrático de Derecho Civil*  
*Centro de Estudios de Consumo*  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

*Fecha de publicación: 30 de octubre de 2019*

**Resumen:** No es abusiva la cláusula de determinación del interés remuneratorio, por tratarse de una cláusula presentada de tal forma que permite comprender cómo se calcula el interés remuneratorio. El mero hecho de que se trate de una cláusula larga no determina por sí su falta de transparencia, si esta extensión, asegura que el consumidor pueda entender mejor sus consecuencias jurídicas y económicas: para apreciar la falta de transparencia es necesario constatar en qué medida su inclusión contraría las exigencias de la buena fe y qué desequilibrio importante de derechos y obligaciones entre las partes habría producido, en perjuicio del consumidor.

**Palabras clave:** Control de transparencia, cláusula abusiva, interés remuneratorio.

### **Comentario**

#### **1. Antecedentes**

El 9 de noviembre de 2005 el consumidor concertó con BBVA un préstamo hipotecario por un importe de 208.000 euros. El contrato fue posteriormente novado dos veces: la primera, el 25 de septiembre de 2006, para ampliar el capital prestado en 52.983,18 euros; y la segunda, el 23 de marzo de 2010, para ampliar el préstamo en 19.000 euros.

---

\* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social" y dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato y a la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2019-GRIN-27198, denominado "Grupo de Investigación del Profesor Angel Carrasco" (GIPAC).

\*\* ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4466-7128>



El consumidor presentó una demanda en la que pidió la nulidad de las siguientes cláusulas del contrato: la cláusula tercera bis 3, que contiene una limitación a la variación del tipo de interés; la cláusula tercera que regula los intereses remuneratorios; la cláusula cuarta sobre comisiones; la cláusula sexta sobre intereses de demora; la cláusula sexta bis sobre vencimiento anticipado; y la cláusula octava 4 y 5 sobre imputación de pagos y compensación.

El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Alicante dictó sentencia con fecha 24 de febrero de 2016 desestimando la demanda sin costas. Respecto de la cláusula tercera bis (cláusula suelo), apreció la carencia sobrevenida de objeto, porque esa misma cláusula ya había sido declarada nula por falta de transparencia en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3088) al conocer de una acción colectiva. Este pronunciamiento quedó firme, al no ser impugnado en apelación. El juzgado desestimó también la pretensión de nulidad de la cláusula tercera, sobre determinación del interés remuneratorio del préstamo, al entender que cumplía las exigencias del control de transparencia. Y también fue desestimada la pretensión de nulidad del resto de cláusulas impugnadas en la demanda.

La sentencia de primera instancia fue recurrida por el demandante, pero en el recurso no se impugnó la desestimación de la pretensión de nulidad de la cláusula tercera bis 3 (cláusula suelo).

La resolución correspondió a la Sección 8.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Alicante, mediante sentencia de 15 de julio de 2016 (PROV 2016, 213812). La Audiencia examina la cláusula tercera (determinación de los intereses remuneratorios) y concluye que cumplía con las exigencias de transparencia. Sí aprecia el carácter abusivo de las cláusulas sobre comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas y la de vencimiento anticipado. Y, finalmente, rechaza la abusividad de la cláusula sobre imputación de pagos y compensaciones.

Frente a la sentencia de apelación, el demandante formula recurso de casación, articulado en un sólo motivo, que afecta a la desestimación de la pretensión de nulidad de la cláusula tercera del contrato de préstamo hipotecario, que regula la determinación de los intereses remuneratorios.

La Sala Primera del Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el actor contra la Sentencia de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante.



## **2. Cláusula de determinación del interés remuneratorio**

Se denuncia la "infracción de los arts. 8.2 de la LCGC (RCL 1998, 960) y 80 y 82.1 de la LCU (RCL 2007, 2164y RCL 2008, 372) , en relación con el enjuiciamiento y apreciación de la abusividad por falta de transparencia de la cláusula de limitación a la variación del interés del contrato de préstamo hipotecario de BBVA, citándose como infringida la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo contenida en la sentencia del Pleno de la Sala Primera núm. 241/2013 (RJ 2013, 3088) , que dispone que la falta de transparencia de una condición general no supone necesariamente que deba considerarse abusiva, sino que, para ello, se exige examinar si, con arreglo a los arts. 8.2 de la LCGC y 82.1 de la LCU, la cláusula es contraria a las exigencias de la buena fe y causa, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de derechos y obligaciones de las partes del contrato".

Sin embargo, conviene aclarar que la cláusula contractual respecto de la cual se cuestiona su transparencia no es la cláusula suelo (tercera bis 3ª), esto es la que establece una limitación a la variabilidad del interés, sino la cláusula tercera relativa a la determinación del interés remuneratorio.

Llama la atención que la argumentación del recurso contiene una referencia a la cláusula suelo, que no es objeto de enjuiciamiento ahora, hasta el punto de que en el suplico del recurso lo que se pide es la nulidad de la cláusula suelo. Y el escaso razonamiento referido a la falta de transparencia de la cláusula de determinación del interés variable es genérico, como lo era el que se contenía en la demanda. No se indica qué información se ha dejado de presentar con la transparencia necesaria para comprender su carga económica y jurídica, y lo que es más importante, a la vista de la jurisprudencia del TJUE, por qué habría de considerarse su inclusión contraria a las exigencias de la buena fe y qué desequilibrio importante de derechos y obligaciones entre las partes habría producido, en perjuicio del consumidor.

## **3. El tipo de interés y los índices de referencia**

En un contrato de préstamo, el tipo de interés será el que libremente establezcan las partes. Aunque rija el principio de libertad de pacto, el legislador estableció la posibilidad de que el Ministerio de Economía, a través del Banco de España, publicara unos tipos oficiales de referencia para que las entidades bancarias pudieran aplicar a los préstamos a interés variable que suscribieran con sus clientes. Por lo tanto, las partes pueden pactar libremente los intereses, pero si se remiten a estos tipos oficiales, su definición, su publicación y su control corresponden al Banco de España.



La hoy derogada Ley 26/1988, de 29 de julio (RCL 1988, 1656y RCL 1989, 1782) , sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, modificada por Ley 2/1994, de 30 de marzo (RCL 1994, 999) , en su art. 48, apartado segundo, establecía que "con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación", en su letra e ) se facultaba al Ministro de Economía y Hacienda para efectuar, por sí o a través del Banco de España, la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable, especialmente en el caso de préstamos hipotecarios".

Pues bien, a esos efectos la Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España a entidades de crédito, sobre modificación de la Circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, modificada por la Circular 7/1999, establecían los índices oficiales, concretamente a su definición y fórmula de cálculo de cada uno de ellos. Por lo tanto, como primera conclusión, los índices de referencia referidos en esa Circular y en la normativa que la desarrollada no deben en modo alguno considerarse condiciones generales de la contratación. Son índices definidos y regulados por disposición legal y son las entidades financieras las que deciden incorporar uno de estos índices en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable que ofrecen a sus clientes.

#### **4. Elemento esencial del contrato**

El interés remuneratorio es el precio que satisface el prestatario al prestamista por la concesión del préstamo. Por lo tanto, las cláusulas que se refieren al modo de determinación del interés remuneratorio afectan al precio del contrato y, por lo tanto, configuran los elementos esenciales del contrato (AP Barcelona (Sección 15<sup>a</sup>), sentencia núm. 907/2019 de 16 mayo. AC 2019\777).

Por el contrario, la cláusula que fija intereses de demora no es un elemento esencial del contrato, a diferencia de la que recoge los intereses remuneratorios aplicados a la cantidad objeto de préstamo, o la cláusula suelo o techo, que opera igualmente sobre los intereses remuneratorios, que es la retribución que recibe la entidad bancaria o de crédito a cambio de la cantidad prestada, retribución esencial en el mutuo o préstamo. A diferencia de estos intereses remuneratorios, los intereses de demora solo operan cuando el prestatario incumple el contrato. Son la sanción pactada para caso de incumplimiento, pero, en modo alguno, configuran el contrato como elemento esencial del mismo. Dicho de otro modo, el interés de demora no se aplicará nunca si el prestatario cumple con sus obligaciones esenciales, que son devolver el capital prestado y los intereses remuneratorios pactados.



Siguiendo la propia Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, observamos que en modo alguno alude al interés moratorio como elemento esencial del contrato, sí al interés referencial y diferencial, señalando que las cláusulas suelo "(...) se incorporan al contrato, siendo el precio del mismo (...) estas cláusulas de limitación de intereses son elementos configuradores del precio del producto contratado, estableciendo el mínimo que el cliente habrá de pagar como intereses del préstamo, y el máximo que abonará (...) estas cláusulas no son de carácter accesorio (...) como uno de los factores de determinación del precio del contrato (junto con el interés referencial y el interés diferencial), precisamente el que determina el mínimo que habrá de pagar el prestatario, forman parte integrante de uno de los elementos esenciales del mismo. Como tal es el elemento decisivo a la hora de decantar su voluntad para contratar (...) lo que verdaderamente le interesa es el objeto principal del contrato y la conveniencia de las condiciones esenciales del mismo. (...) al constituir estos pactos de limitación de intereses elementos conformadores de una de las condiciones esenciales del contrato, nada menos que de la estipulación contractual más importante para el prestatario que es el tipo de interés (...)" (AP Albacete (Sección 1ª), sentencia núm. 236/2014 de 14 noviembre. AC 2014\2309).

No se discute que en la escritura se pactó un interés remuneratorio variable, lo que obligaba a incluir un índice de referencia a partir del cual calcular periódicamente el tipo de interés aplicable al préstamo cláusula que no puede ser considerada abusiva, de conformidad con el considerando décimo noveno de la Directiva 93/13 "[...] la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación", y el artículo 4.2 de la Directiva mencionada "[L]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida [...]" .

## **5. Control de transparencia**

La STJUE de 26 de enero de 2017 (TJCE 2017, 31) (Banco Primus), en un supuesto en que la cláusula controvertida se refiere al cálculo de los intereses ordinarios de un contrato de préstamo, y el juez nacional estimaba "que, pese a estar comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, esa cláusula no estaba redactada de manera clara y comprensible en el sentido de dicha disposición", el Tribunal de Justicia razona (en el apartado 64), que de apreciarse la falta de transparencia:



*"incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar el carácter abusivo de dicha cláusula y, en particular, si ésta causa, en detrimento del consumidor de que se trate, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato a la luz de las consideraciones expuestas en los apartados 58 a 61 de la presente sentencia [...]"*.

Al respecto, el apartado 59 ilustra, con carácter general, cómo puede determinarse si una cláusula causa en detrimento del consumidor un "desequilibrio importante" entre derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato:

*"deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas (sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 68)"*.

El apartado 60 precisa en qué circunstancias se causa ese desequilibrio "contrariamente a las exigencias de la buena fe":

*"habida cuenta del decimosexto considerando de la Directiva 93/13, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual (sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 69)"*.

Y, conforme al apartado 61, en la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe tenerse en cuenta *"la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato"* y *"todas las circunstancias que concurran en su celebración"* (sentencias de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C-243/08, EU:C:2009:350, apartado 39, y de 9 de noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08, EU:C:2010:659, apartado 42). De ello se desprende que, en esta perspectiva, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional (sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartados 71 y jurisprudencia citada)".

La sentencia recurrida, como también lo había hecho la de primera instancia, analiza la cláusula y concluye que no sólo no es oscura, sino que estaba presentada de tal forma que permitía comprender cómo se calculaba el interés remuneratorio. La Audiencia señala



que la cláusula es larga, pero no de forma gratuita, sino por la necesidad de dejar constancia de todos los elementos necesarios para comprender el cálculo del interés:

*"Fija los periodos de interés con claridad, diferenciando entre un periodo inicial correspondiente a los seis primeros meses del préstamo, para el que se fija un interés nominal de 2,850% anual, de los periodos subsiguientes, dando la opción al prestatario en cada anualidad para elegir de entre dos modalidades, a saber, de la modalidad a interés constante, que comprende 36 meses, y la modalidad de interés variable, que comprende periodos sucesivos revisables de seis meses, estableciéndose la lógica regla supletoria al ejercicio de la opción por el prestatario, que en este caso deriva en la atribución de la modalidad de interés variable.*

*"Explica la cláusula, tras establecer esas modalidades, (el) interés aplicable a cada modalidad, estableciendo que en ambos casos será el valor correspondiente al último índice (que explica) que en la fecha anterior más próxima a la fecha inicial del periodo haya sido publicado en el BOE, con la adición del 0,95%".*

En parecido sentido se manifestó la AP Granada (Sección 3ª), sentencia núm. 355/2017 de 14 noviembre (JUR 2018\81574): *"Y dada su redacción e incorporación al contrato, superaría de manera evidente el doble control de transparencia que exige la jurisprudencia del TS en la sentencia de 9 de mayo de 2013"*.

La sentencia que comentamos sostiene la validez de la cláusula de determinación del interés remuneratorio en base a dos motivos:

En primer lugar, no se aprecia la falta de transparencia de la cláusula, sin que el mero hecho de que se trate de una cláusula larga determine por sí su falta de transparencia, si esta extensión, además de venir justificada por la necesidad de aportar una información completa, no sólo no complica su comprensión, sino que por su claridad asegura que el consumidor pueda entender mejor sus consecuencias jurídicas y económicas.

Y, en segundo lugar, si se hubiera llegado a apreciar la falta de transparencia de alguna información contenida en la cláusula, para juzgar sobre su carácter abusivo debería constatarse en qué medida, conforme a la jurisprudencia expuesta, su inclusión contraría las exigencias de la buena fe y qué desequilibrio importante de derechos y obligaciones entre las partes habría producido, en perjuicio del consumidor. Lo que tampoco concurre en este caso.