



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Máster

“La protección del consumidor ante la impugnación de cláusulas suelo y la posible consideración de las mismas de condición general de la contratación y cláusula abusiva”

Dictámen elaborado por

Beatriz Rodríguez Aylon

Director

María del Carmen Bayod López

Universidad de Zaragoza
Máster en Abogacía
Año 2016 – 2017

La protección del consumidor ante la impugnación de cláusulas suelo y la posible consideración de las mismas de condición general de la contratación y cláusula abusiva.

I. Antecedentes de hecho y documentación.	Página 3.
II. Objeto de la consulta.	Página 7.
III. Argumentación jurídica	Página 8.
1. Aclaración de conceptos..	Página 8.
2. Existencia de una condición general de la contratación.	Página 12.
3. Aplicación a contratos celebrados con consumidores.	Página 17.
4. Condición de abusiva de la cláusula impugnada.	Página 18.
5. Declaración de nulidad y efectos.	Página 22
6. Control de las cláusulas abusivas a nivel europeo y Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.	Página 24.
7. Medios de resolución del conflicto.	Página 28.
IV. Conclusiones.	Página 30.
Bibliografía.	Página 33.

La protección del consumidor ante la impugnación de cláusulas suelo y la posible consideración de las mismas de condición general de la contratación y cláusula abusiva.

I. ANTECEDENTES DE HECHO Y DOCUMENTACIÓN

PRIMERO.- Doña María V., mayor de edad, soltera y de nacionalidad rumana, con residencia en Zaragoza, realizó la compraventa de un inmueble, otorgado por Don Mathias F. y Doña María Berta G. S. a su favor, que posteriormente sería su vivienda, a día 22 de julio de 2005, ante el notario Don Fernando G. L. por la cantidad de ciento doce mil euros (112.000).

La vivienda tenía un importe de tasación a efectos de titularización hipotecaria de ciento cincuenta mil un euros (151.000) y se hallaba gravada con hipoteca a favor de BHW BAUSPARKASSE AG para responder al préstamo de cincuenta y seis mil doscientos euros (56.200) con intereses, gastos y costas que se canceló para que se inscribiese otra como primera y única.

Doña María contrató con la entidad BANCO CAJA DE ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA S.A., (en adelante CEISS) con NIF A86289642 y domicilio en 28045 Madrid, Titán nº 8. (Estos son los datos a día de hoy, pues anteriormente su denominación era Caja de España de Inversiones, Salamanca y Soria, Caja de Ahorros, y Monte de Piedad, con domicilio social en León, edificio Botines de Gaudí, Plaza San Marcelo, nº 5, con NIF G24611485) un préstamo con garantía hipotecaria como consecuencia de la compra de una vivienda. El préstamo fue firmado a fecha de 22 de julio de 2005. Se aporta por Doña María copia de dicha escritura como documento probatorio.

Durante los seis primeros meses de vida del préstamo se pactó un interés nominal anual del 3,90 % - TAE 3,6570% - (cláusula tercera). Cabe destacar de la citada hipoteca la cláusula tercera bis, relativa al tipo de interés variable donde se establece que «Desde el día de comienzo del segundo semestre, y durante el resto de la vida del préstamo, el tipo de interés nominal anual que devengará el mismo, tendrá carácter variable, tanto al alza como a la baja, consistiendo dicha variación en la aplicación automática al comienzo de cada anualidad del tipo de interés REFERENCIA INTERBANCARIA A UN AÑO (EURIBOR), incrementado en UN

entero (1%), liquidable por meses vencidos. Este diferencial se aplicará también al tipo de referencia sustitutivo al que más adelante se alude y a cualquier otro que, legal o contractualmente pudiera sustituir a los anteriores. La lectura de esto parece clara pero si se continúa bajo el mismo epígrafe, se dice que en ningún caso el tipo de interés nominal anual resultante de cada variación podrá ser superior al 12,50 % ni inferior al 3,50 %.»

Tras la comparación de dichas cláusulas podemos llegar a la conclusión de que hay una disonancia entre ambas, ya que lo que la primera cláusula transcrita dice, no está en consonancia con la siguiente.

A 25 de mayo de 2009, ante el mismo notario y con su número protocolar de 1147 se produce novación del préstamo, con carácter de modificativa pues pacta una carencia de amortización de capital con efectos desde el 22 de enero de 2009 hasta dos años después. Los intereses pagaderos ascienden a la cuantía de 350 euros en cada mensualidad tras la liquidación parcial. El resto de los pactos y condiciones de la escritura se mantuvieron. Se aporta una copia de la novación como prueba documental.

SEGUNDO.- Ante la imposibilidad económica de Doña María V., un día antes de la fecha en que terminaba la carencia, doña María V. comparece ante notario Carlos G., pues debe financiar necesidades personales y para ello solicita al banco un préstamo con garantía hipotecaria de la finca de la que se hablaba. Se le conceden 4000 euros ingresados en cuenta, con duración de 300 mensualidades pagaderas a mes vencido. Las 12 primeras se satisfarían a 20,02 euros la mensualidad y según lo pactado en la Cláusula Financiera Tercera.

En la parte bis de la cláusula, se dice que se pactará al inicio del periodo en base a la variación del tipo de interés aplicable a partir de la fórmula que se acompaña en el documento notarial, que fija el resto de condiciones. Esto se aporta por la perjudicada junto al resto de documentación anteriormente citada.

Los intereses ordinarios serán durante la primera anualidad de 3,50% sobre el capital entregado y no amortizado liquidable por meses vencidos y en base al año

La protección del consumidor ante la impugnación de cláusulas suelo y la posible consideración de las mismas de condición general de la contratación y cláusula abusiva.

de 360 días, a favor de la prestamista. Los intereses variables a partir de la segunda anualidad y hasta el fin del préstamo el tipo de interés nominal anual será variable al alza y baja, aplicándose al comienzo de la anualidad el EURIBOR más 1,20%. En ningún caso el tipo de interés nominal anual superará el 12,5% ni será menor al 3,5%.

Se constituyó la segunda hipoteca especial y voluntaria sobre el inmueble, que se tasa en 150.041 euros, respondiendo de ella 4000 euros de capital de préstamo, hasta 500 de interesases remuneratorios y hasta 700 por intereses de demora y 400 por gastos extrajudiciales relacionados.

TERCERO.- Doña María V. en ningún momento fue consciente de la inclusión de esta cláusula suelo en la hipoteca, dado que cuando se le informó de las condiciones del préstamo se dio falta de información que tampoco fue suplida por la entidad bancaria cuando tuvo que realizar una segunda hipoteca especial ni tampoco se hizo mención alguna por el Banco CEISS, de la existencia de esta cláusula cuando se negoció la novación del préstamo ampliando el plazo de amortización, habiendo sido éste el momento en que el Banco debía haber informado a Doña María e incluso podía haberse novado el préstamo en relación con esta cláusula y eliminándola del mismo.

Doña María V. nunca fue informada de que a lo largo de la vida del préstamo el tipo de interés nunca iba a poder bajar del 3.5% y de las consecuencias que sobre su cuota esto iba a suponer.

No fue hasta que empezó a hablarse del carácter abusivo de las cláusulas suelo en los medios informativos y a las bajadas del EURIBOR cuando Doña María V. se dio cuenta, tras leer la copia de las escrituras de Préstamo que tenía en casa, que él también tenía cláusula suelo en su hipoteca y que por eso no se estaba beneficiando de la bajada de los tipos de interés.

Doña María confiaba en la entidad de crédito hoy demandada y no pensó que se les pudiera perjudicar en la firma de su préstamo hipotecario y se ha visto

perjudicada con la existencia de dicha cláusula suelo ya que ha abonado una cantidad superior a la que debería haber pagado de no haber existido dicha cláusula.

CUARTO.- Por parte de Doña María V. se ha intentado en numerosas ocasiones negociar con la entidad CEISS la supresión de la cláusula suelo de sus préstamos hipotecarios sin que por la misma se haya aceptado su eliminación a pesar de la sentencia del Tribunal Supremo de mayo del año 2013 y de las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales y Juzgados de lo Mercantil y lo Civil de toda España. Así, por la dirección letrada de Doña María V., se remitió vía correo certificado con acuse de recibo carta a la sucursal del Banco CEISS en Zaragoza reclamando la supresión de dicha cláusula suelo, así como la devolución de las cantidades indebidamente abonadas, solicitándose incluso una posible rebaja de la cláusula en el caso de que la entidad no accediera a eliminarla por completo. En relación a estos intentos de negociación, la afectada aporta hasta cinco documentos diferentes que demuestran la intención de Doña María de pactar alguna solución con su entidad bancaria, y que a su vez prueban las negativas del banco y hasta en ocasiones, pasividad por parte de la entidad.

QUINTO.- Existen numerosas sentencias, tanto de Juzgados de Primera Instancia como Mercantiles, así como de Audiencias Provinciales, estimando la nulidad de las cláusulas suelo impuestas por el Banco CEISS, dada la total falta de información a los clientes sobre la inclusión en sus escrituras de préstamos hipotecarios, no informándose a incluso a sus futuros clientes cuando dichas cláusulas estaban incluidas en las Escrituras de Préstamo Promotor y se subrogaban en las mismas los adquirentes de las viviendas de obra nueva, lo que tampoco se comunicó a la demandante en el momento de novar obligación de información que recae en la entidad crediticia como parte prestamista y redactora de las condiciones de los préstamos.

La protección del consumidor ante la impugnación de cláusulas suelo y la posible consideración de las mismas de condición general de la contratación y cláusula abusiva.

II. OBJETO DE LA CONSULTA

Debe dilucidarse si es una cláusula abusiva aquella que nos ocupa en este caso concreto. En el caso de que la respuesta sea afirmativa, deben tenerse claras las consecuencias de dicha abusividad, como es la nulidad de la misma. Esta nulidad tendrá una serie de efectos que deberán exponerse de igual forma, siendo la devolución de las cantidades percibidas por la entidad de forma indebida uno de los efectos principales, y debe tenerse en cuenta desde que momento han de devolverse las cuantías, atendiendo a la legalidad vigente, doctrina y jurisprudencia. Por último, Doña María deberá pensar en las posibles vías existentes para conseguir su objetivo, ya sea de forma extrajudicial como judicial.

Por tanto, en relación con los antecedentes de hecho, se plantean las siguientes cuestiones jurídicas:

1. Debe dejarse claro qué significa cada concepto de los que nos ocupan.
2. Debe discutirse si cabe la posibilidad de debatir que exista una condición general de la contratación.
3. Hay que cuestionarse la legalidad de la aplicación de este tipo de cláusulas a los contratos dirigidos a consumidores.
4. Debe hablarse sobre la posible calificación de abusiva que puede tener la cláusula que se impugna.
5. Es importante debatir acerca de la declaración de nulidad de dicha cláusula y de los efectos que tendría la nulidad de pleno derecho sobre el contrato en general, la cláusula en particular y los contratantes.
6. Debe entenderse el punto de vista europeo acerca del control de las cláusulas abusivas.

III. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

1. **ACLARACIÓN DE CONCEPTOS:** a continuación se definen los términos básicos relativos al asunto que nos ocupa ¹

1.1 Qué es una cláusula suelo: es un préstamo hipotecario que establece el tipo mínimo de interés que se liquidará en las correspondientes cuotas de dicho préstamo. El suelo hipotecario es el que establece un porcentaje mínimo independientemente de que el interés que surja de sumar el EURIBOR y el diferencial sea inferior; también se le llama así cuando se fija un porcentaje mínimo al EURIBOR aunque su valor en el mercado sea otro. En principio es ajustado a la legalidad, y lo cuestionado no es si es ajustado a derecho, sino la transparencia e información a los clientes a la hora de firmar el préstamo.

Las cláusulas suelo definen el objeto principal del contrato, no es un elemento ni secundario ni accesorio y no puede ser tratado como tal por las entidades y bancos, lo cual produciría un efecto enmascarado, que tendría como consecuencia el desvío de la atención del consumidor, lo que puede provocar que la cláusula sea abusiva, poco transparente y pueda ser impugnada ante el juzgado y los tribunales.

1.2. Qué es una cláusula abusiva: se considerarán cláusulas abusivas según el artículo 82 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes Complementarias (LGDCU), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre las estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en

¹ VILLARRUBIA MARTOS, Fermín Javier, Secretario Judicial del Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Málaga y profesor asociado de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga (2013), artículo monográfico *Tramitación procesal de la nulidad de los intereses abusivos*, Editorial Jurídica Sepin.

THOMSON ARANZADI (2014). *¿Se puede negociar con el banco? Anulación y retroactividad, doctrina, jurisprudencia, soluciones y formularios*. Primera Edición.

La protección del consumidor ante la impugnación de cláusulas suelo y la posible consideración de las mismas de condición general de la contratación y cláusula abusiva.

contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Sigue diciendo el apartado 2 que el empresario tendrá la carga de la prueba cuando afirmase que una cláusula ha sido negociada individualmente. El apartado 3 reza que el carácter abusivo se apreciara observando la idiosincrasia de los bienes y servicios objeto del contrato, así como teniendo en cuenta cualquier circunstancia y demás cláusulas que se dieran a la celebración del mismo, o de otro contrato del que ese dependiera. debe entenderse por consumidor o usuario, según el artículo 3 de la Ley, las personas física o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a actividades empresariales o profesionales.

Esto debe ponerse en conexión con el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE, que entiende que no se ha negociado individualmente una cláusula cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. Para más concreción puede acudir al artículo 85 a 90 de la Ley que primero citábamos, que establece una lista de cláusulas abusivas en base a si se ha vinculado el contrato a la voluntad del empresario, se han limitado derechos básicos del consumidor o usuario, no ha habido reciprocidad sobre garantías, perfeccionamiento o ejecución del contrato o sobre competencia y derecho aplicable.

1.3. Qué es una condición general de la contratación: es un concepto definido en su propia normativa, en el artículo 1 de la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación, donde se establece que son las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesto por una de las partes, independientemente de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, extensión y cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas para ser incorporadas a pluralidad de contratos. Habrá pues un sujeto predisponente y otro aceptante, figuras cuya existencia encontramos en el Preámbulo de Exposición de Motivos de la citada ley: «una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio

importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe una negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares. El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predisuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual».

1.4. Concepto de intereses y qué es un interés abusivo: los intereses son generados por las obligaciones dinerarias. Se generan intereses remuneratorios, pactados por las partes en función de la cuantía y plazo de devolución, actuando en forma de contraprestación y que retribuirán al acreedor o prestamista por el préstamo o crédito de capital al deudor o prestatario. Se pueden generar también intereses moratorios o de demora, que también se pactan por las partes pero actúan en forma de penalización al deudor o prestatario y de indemnización al acreedor o prestamista. Actuarán en caso de incumplimiento de la obligación de pago derivado del contrato de préstamo o crédito de capital por el deudor. La principal diferencia entre remuneratorio y moratorio es que los segundos no tienen naturaleza jurídica de intereses obligacionales, sino de sanción o pena para indemnizar al prestamista por los perjuicios causados por la mora en el pago.

La Ley Azcárate, de 23 de julio de 1908 de Represión de la Usura, dice en su artículo 1 que 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 aquel leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, inexperiencia o limitación de sus facultades mentales.

La jurisprudencia y doctrina mayoritarias han venido considerando que dada esta distinta naturaleza, la nulidad del artículo 1 de la Ley Azcárate solo puede aplicarse a los intereses remuneratorios y siendo el deudor sobre quien recae la carga de la prueba. Los intereses de demora no podrían incluirse en el artículo 1 porque la ley tiene como base la bilateralidad de la obligación y la equivalencia equitativa de

La protección del consumidor ante la impugnación de cláusulas suelo y la posible consideración de las mismas de condición general de la contratación y cláusula abusiva.

las prestaciones, es decir, el cumplimiento normal del contrato.

2. DE LA EXISTENCIA DE UNA CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN:

Se ejercita la acción de nulidad de la cláusula tercera bis, relativa al tipo de interés variable en Escritura de Compraventa firmada ante el Notario de Zaragoza D. Fernando Gimeno Lázaro a día 22 de julio de 2005, la cual constituye una condición general de contratación definida en el art. 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) , instrumento legal que materializó en el derecho español la regulación contenida en la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993. Las mismas se conceptúan como «las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.»

Así, por un lado, en el presente supuesto la entidad demandada redactó unilateralmente el contrato, y, sin alternativa alguna para Doña María, incluyendo las cláusulas convenientes y realizándose posteriormente una novación de la misma en cuanto a la duración del plazo de amortización, sin informar al hoy demandante sobre la cláusula suelo y su eliminación de las condiciones. Negociación individual que no excluye la aplicación de la normativa citada, conforme al apartado segundo del referido art. 1. De esta forma, la cláusula impugnada se impuso a Doña María V., sin mayor información al respecto.

Como podemos extraer del auto de aclaración del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2013, la exégesis de la norma ha llevado a la doctrina a concluir que existen una serie de requisitos para considerar una cláusula como condición general de la contratación. Serían la contractualidad, es decir, que su inserción en el contrato no derive del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión. También la predisposición, que esté redactada previamente y no es relevante quien la redactó, si el propio empresario o terceros sujetos, pues la característica esencial de la predisposición es que no haya sido la cláusula fruto del consenso y tratos previos (sobre todo en casos de contratos de adhesión). La imposición es otra de las

La protección del consumidor ante la impugnación de cláusulas suelo y la posible consideración de las mismas de condición general de la contratación y cláusula abusiva.

características que debe cumplir la cláusula que quiera ser considerada una condición general de la contratación. La imposición debe darse por una de las partes, normalmente el empresario, aunque sobre esto la norma no dice nada expresamente, la generalidad es que sea el empresario quien la establezca. Por último, la generalidad es un requisito esencial del mismo modo, pues deben ser cláusulas incorporadas a numerosos contratos o al menos estar destinadas a tal fin, pues la doctrina dice que son «modelos de declaraciones negociables que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse».

En relación a la imposición, debe dejarse claro que no por ello ya existirá ilicitud, y que el mero hecho de que un contrato sea de adhesión, no comporta que sea necesariamente nulo, sino que se trata de un modo de contratación en masa, dada la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados. Es distinta de la contratación por negociación, con régimen y presupuesto causal propio y específico. La ley permite al empresario mediante la libertad de empresa, diseñar sus ofertas de productos y servicios, así como las condiciones en que lo hace.

Se reúnen, por ello, los requisitos que exige el precepto legal mencionado. La cláusula estaba incorporada al contrato, sin que Doña María pudiera, en absoluto, modificar dicho contenido obligacional, y sin que existiera, siquiera, una mínima negociación al respecto, extremos que definen el elemento de imposición (Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante 368/2012 de fecha 13 de septiembre de 2012) Asimismo, concurren los elementos de predisposición y generalidad, al haberse determinado este tipo de cláusulas por la propia entidad bancaria, con independencia de la persona del prestatario, e incorporándose a la generalidad de los contratos de préstamo hipotecario que se suscriben, justificándose la existencia de la cláusula para la protección del propio banco, y de sus clientes, es decir, el colectivo de ellos, que contrataban con él. En esta misma línea, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de León dictada el 11 de marzo de 2011, recaída en los autos de juicio verbal 65/2010, la cual, sobre este particular, define las Condiciones Generales de la Contratación, como aquellas «cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras

circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos»²

Si ciertas características son presentadas como esenciales, hay otras que son irrelevantes, como la autoría material, apariencia externa o cualquier otra circunstancia de la cláusula, así como el adherente. La identidad del adherente no importa, pues es indiferente si se trata de otro profesional o de un consumidor aquel con el que se produce la relación jurídica, pues la Exposición de Motivos de la Ley sobre las Condiciones Generales de la Contratación dice que «la ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual».

Por otro lado, se trata de un pacto accesorio que no constituye una condición esencial del contrato, toda vez, tal y como recoge la señalada Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, puede que no se aplique durante toda la vida del contrato (de hecho, sólo se ha puesto en funcionamiento en ciertos periodos), o puede aplicarse en algunos periodos de vigencia del mismo, en función de la fluctuación del Euribor y la coyuntura económica. Es decir, el interés variable contratado es un elemento esencial que determina siempre las cuotas a devolver por Doña María V.; las limitaciones a su oscilación no lo son, pues no entran en juego en todo momento, y cabe la posibilidad de que no lo hagan nunca. Es digno de mención la actitud tomada por la entidad hoy demandada que se ha negado a la supresión de la cláusula suelo con base en que es una cláusula pactada en la hipoteca suscrita «ofertando» su disminución durante un periodo de 4-5 años para volver a negociar en ese momento su mantenimiento o no, demostrando así que la entidad bancaria

² GONZÁLEZ CARRASCO, María Del Carmen (2011). *Segunda sentencia sobre la cláusula suelo en los préstamos hipotecarios a interés variable*. Estudio realizado en el marco del Proyecto «Hipoteca, prenda de créditos, garantías financieras y derecho foral sobre garantías inmobiliarias: una reflexión sobre los pilares de las garantías reales y las incertidumbres de las últimas reformas». Referencia: DER2008-01746. Ministerio de Ciencia e Innovación (Secretaría de Estado de Universidades – Secretaría de Estado de Investigación).

La protección del consumidor ante la impugnación de cláusulas suelo y la posible consideración de las mismas de condición general de la contratación y cláusula abusiva.

sigue manteniendo su posición «dominante» decidiendo cuando la aplica, y como lo hace.

Sobre este mismo extremo la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Madrid de 8 de septiembre de 2011 sostiene que «... a mayor abundamiento sobre lo anterior no se puede concluir sin destacar las dudas que suscita la atribución a esa cláusula de un carácter esencial, pues si bien es cierto que eventualmente sirve para determinar el tipo de interés aplicable y que en el préstamo el interés es el precio que recibe el banco por la operación crediticia, es igualmente cierto que esa función no se cumple en todo caso, sino únicamente cuando se dan los presupuestos fácticos de la cláusula, que determinan la conversión del interés variable en el interés fijo previsto, esa aplicación eventual y no permanente ha sido destacado en la misma resolución de la Secc. 28 de la Audiencia Provincial de Madrid antes citada para excluir el carácter esencial de la cláusula, cuya ausencia por otro lado no impide que pueda considerarse válidamente celebrado el contrato por falta de determinación o determinabilidad del contenido contractual esencial. Por tanto (...) La cláusula de limitación a la variación del tipo de interés no se puede equiparar a la cláusula de determinación del interés remuneratorio del préstamo, que viene determinado por otra cláusula contractual, sino que sirve para delimitar los efectos propios de la evolución aleatoria del tipo de interés variable previsto en el contrato».

En todo caso, y para el improbable supuesto de que se considere que la cláusula objeto de impugnación constituye una condición esencial del contrato, debe recordarse la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 3 de junio de 2010 y Sentencia del Tribunal Supremo 663/2010 de 4 de noviembre de 2010, que interpretan el art. 4 de la mencionada Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, «en el sentido de que no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato, o a la adecuación entre precio y retribución, y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Por tanto, es claro que las cláusulas contractuales no negociadas individualmente, incluso las relativas a elementos esenciales del contrato, como es el precio; también son susceptibles de ser sometidas

a control jurisdiccional sobre su posible abusividad».

Las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, definen el objeto principal del contrato y en consecuencia, a la luz del considerando decimonoveno de la Directiva 93/13 y su artículo 4.2, estaría exenta de un control sobre su carácter abusivo y la resolución se apoya en la Sentencia 406/2012 de 18 de junio, que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter de abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las «contraprestaciones», por lo que no cabría control de precio. Así se superarían las Sentencias del Tribunal Supremo 401/2010, de fecha 1 de julio (Recurso 1762/2006, la 663/210 de fecha 4 de noviembre (Recurso 982/2007) y la 861/2010 de fecha 29 de diciembre (Recurso 1074/2007). Estas sentencias apuntaron la posibilidad de aplicar el control de contenido de condiciones generales de contratación a cláusulas referidas al objeto principal del contrato, con referencia a la doctrina emanada de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de fecha 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08 que decía que «(...) no se oponen a una normativa nacional (...) que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales a que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución, y por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible».³

³ MARTÍN SÁNCHEZ, Carlos, Magistrado y Letrado adscrito al Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, Sala Primera. *El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. Su aplicación en la Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013 de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria*, (Actualidad Civil, 29 de mayo de 2013, Editorial La Ley; Diario la Ley, nº 8092, Sección Documento on-line, 28 de mayo de 2013, Ref. D-199, Editorial La Ley; Diario La Ley, nº 8112, Sección Tribuna, 25 de junio de 2013, año XXXIV, Editorial La Ley). LA LEY 3128/2013.

La protección del consumidor ante la impugnación de cláusulas suelo y la posible consideración de las mismas de condición general de la contratación y cláusula abusiva.

3. DE SU APLICACIÓN A LOS CONTRATOS DIRIGIDOS A LOS CONSUMIDORES:

Conceptuada la cláusula en lo relativo a la existencia de cláusula suelo objeto de impugnación, como una condición general de contratación, es de aplicación la ley especial que las regula, en virtud de su art. 2, al reunir la entidad bancaria demandada la condición de profesional predisponente, conforme se ha razonado, y ser la contratante una persona física adherente; y al no encuadrarse en uno de los contratos excluidos en el art. 4 del mismo texto legal. Asimismo, debe tenerse también en cuenta la normativa relativa a la protección del consumidor, al concurrir dicha condición en Doña María, ajeno al sector financiero, en cuyo marco, se concierta el contrato en análisis, y que constituye, de manera indudable, la actividad fundamental de la entidad demandada. Así, el art. 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes Complementarias (LGDCU), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, concede un concepto de consumidor y de usuario para «las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional», y su art. 4 conceptúa como empresario a estos efectos «toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada». Siguiendo lo ya previsto en la actual regulación legal aplicable a los consumidores.

4. DE LA CONDICIÓN DE ABUSIVA DE LA CLÁUSULA IMPUGNADA:

Conforme al art. 82.1 Ley General de la Defensa de los Consumidores y Usuarios son cláusulas abusivas «todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato», y añade, en el apartado tercero del mismo artículo que «el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa» y, a continuación, en los arts. 85 a 90 de la citada Ley, se establece un catálogo de condiciones que de estar alguna de ellas incluidas en un contrato celebrado entre un empresario y un consumidor se considerarán abusivas. Asimismo, el art. 8.2 de la Ley General de la Defensa de los Consumidores y Usuarios señala que, en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, aquellas que no cumplan los requisitos que relaciona el art. 10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (concreción, claridad, sencillez, buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes etc.), y, en todo caso las definidas en el art. 10 bis) y Disposición Adicional primera. Remisión que, deben entenderse referida, al texto actualmente vigente en dicha materia citado anteriormente.

En interpretación de tal legislación, son dos los requisitos que debe reunir la cláusula para ser abusiva: causar en perjuicio del consumidor, consistente en un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que se deriven del contrato, y ser contraria a las exigencias de la buena fe (Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante 368/2012 de fecha 13 de septiembre de 2012, y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, dictada el 7 de octubre de 2011 añade la ausencia de negociación).

Con la excusa de establecer un límite bilateral, se fija un límite mínimo con

La protección del consumidor ante la impugnación de cláusulas suelo y la posible consideración de las mismas de condición general de la contratación y cláusula abusiva.

altísimas posibilidades de ser rebasado durante un largo periodo de tiempo, y sin que exista un límite máximo «razonable». Lo que nos lleva a una determinación de un límite que perjudica a Doña María V. y beneficia al banco; sin contrapartida real que invierta las posiciones y compense el bloqueo que el tipo sufrirá en su descenso. La cláusula es, por ello, absolutamente desproporcionada.

Por último, la importante Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013 de fecha 9 de mayo de 2013, indica que el desequilibrio puede manifestarse en la propia oferta desequilibrada, en la fase genética o en la ejecución del contrato, o en ambos momentos, con cita de la Sentencias del mismo Tribunal de fecha 4 de noviembre de 2.010, que mantuvo la posibilidad de cláusulas abusivas precisamente en contratos de préstamo. Extremos que concurren en el presente caso, en el cual el desequilibrio en la propia oferta, se manifiesta durante todo el desarrollo del contrato con la aplicación de la cláusula que se combate. Sentencia del Alto Tribunal que debe ser completada con el Auto dictado por el mismo Tribunal Supremo el 9 de junio de 2013 según el cual los jueces no deben examinar el perfil o capacidad personal o profesional del demandante sino la falta de transparencia de los bancos en estos contratos ya sea con empresarios, profesionales empresas, autónomos o personas físicas.

Realidad que debe aunarse, por mandato del art. 82.3 Ley General de la Defensa de los Consumidores y Usuarios con las especialidades del sector financiero (en el marco de los servicios prestados por la demandada), y el conocimiento que el banco tiene de la evolución de los tipos de interés, tras realizar un cálculo de todas las variantes normales que pudieran concurrir y tenerse en cuenta. Conocimiento que debió traducirse en una obligación de informar de manera pormenorizada a Doña María al respecto. Recuérdese, en todo caso, el especial deber de información que debe adornar la contratación bancaria y la actuación de las entidades financieras en general, dotando de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, por la especial complejidad del sector financiero y la contratación en masa, pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor le conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación. Con ello, se evidencia una falta absoluta de buena fe, por parte de la

entidad bancaria, la cual pasa de puntillas por una cláusula desequilibrada conscientemente a partir de sus especiales fuentes de conocimiento, y que, cumpliendo el tercer requisito, nunca se negoció con los contratantes.

Dicho deber de información sigue vinculando a la entidad bancaria aún tratándose de una subrogación en el préstamo hipotecario concedido a la mercantil promotora de los inmuebles adquiridos, toda vez que aunque no comparezca en la firma de la escritura de compraventa con subrogación la entidad bancaria, la misma intervenga en la operación desde el momento en que deba «aprobar» la subrogación tras examinar su situación financiera y que posteriormente se realizó escritura de novación de los dos préstamos hipotecarios suscritos con el fin de ampliar el plazo de devolución. Así según se ha venido estableciendo por reiteradas sentencias, la entidad financiera debe responder por el promotor que no cumple con el deber legal de informar sobre las condiciones del préstamo, sea por responsabilidad propia de acuerdo con el artículo 1902 del Código Civil sea por responsabilidad por hecho ajeno, según establece el artículo 1903 del mismo cuerpo legal (Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 37/2015, de 5 de febrero de 2015).

En este sentido la citada Sentencia de Audiencia Provincial de Pontevedra 37/2015, de 5 de febrero de 2015 se inclina por la línea interpretativa que establece la responsabilidad de la entidad de crédito por los siguientes motivos:

1º.- La subrogación del tercero en la posición del promotor prestatario implica una novación que requiere el consentimiento del deudor. Por ello si el acreedor debe prestar su consentimiento a la subrogación en el préstamo, no puede alegar que es ajeno a la celebración del negocio jurídico ni, obviamente, a las prescripciones legales que lo disciplinan.

2º.- La entidad prestamista es la que diseñó, redactó e introdujo en el contrato primitivo el elenco de cláusulas que estimo pertinente y, entre ellas, la cláusula limitativa de la variación a la baja de los tipos de interés.

3º.- La entidad prestamista es la que se beneficia por la inclusión de la cláusula suelo en el contrato de préstamo.

4º.- La entidad financiera debe responder por el promotor/vendedor que no cumple con el deber legal de informar sobre las condiciones del préstamo, sea por

La protección del consumidor ante la impugnación de cláusulas suelo y la posible consideración de las mismas de condición general de la contratación y cláusula abusiva.

responsabilidad propia ex art. 1.902 CC, sea por responsabilidad por hecho ajeno ex artículo 1.903 CC.

5º.- La actividad de concesión de créditos o préstamos requiere de una formación especializada que solo están en condiciones de ofrecer las entidades de crédito. La transmisión al promotor de la obligación de informar supondría circunscribir dicha obligación a la mera entrega del documento que contenga las condiciones del préstamo, lo que no puede considerarse suficiente a los efectos pretendidos.

6º.- La transmisión del deber de informar desde la entidad de crédito al promotor permitía a aquélla eludir el cumplimiento de las obligaciones impuestas para la protección de los consumidores.

7º.- La derivación de las obligaciones de información al promotor compromete la consecución de los objetivos de protección del consumidor que persigue la dirección 1993/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993.

Por todo ello la citada Sentencia establece que «La conclusión que resulta de las consideraciones expuestas es que la obligación de informar al prestatario, inicial o subrogado, incumbe a la entidad de crédito prestamista...», obligación que no fue cumplida, en el caso que nos ocupa, por la entidad de crédito hoy demandada.

Debemos entender que la cláusula tercera bis que Doña María considera abusiva, de hecho lo es ya que responde a lo establecido por el artículo 82.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, pues es impuesta por la entidad bancaria a pluralidad de sujetos, que por supuesto no tienen oportunidad de negociar, y supone una posición de desigualdad para Doña María respecto a los derechos y obligaciones derivados del contrato. Además, teniendo en cuenta las circunstancias de este caso, se aprecia mala fe por parte del banco, además de una carencia de información y transparencia.

5. DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD Y SUS EFECTOS:

Al tratarse de una condición general de contratación con un claro carácter de abusivo, procede su declaración de nulidad, de conformidad con el citado art. 8 de la Ley General de la Defensa de los Consumidores y Usuarios; sin que ello conlleve la ineficacia del contrato, el cual puede subsistir sin la misma, con arreglo al art. 10 del mismo texto legal. Y en este sentido, la integración es sencilla, tal y como previene el apartado segundo con remisión al art. 1258 del Código Civil, y los criterios que ofrece al respecto, la buena fe, el uso y la ley bajo el prisma de la propia naturaleza del contrato. El mismo mantiene su vigencia, con eliminación del límite «inferior» fijado, determinándose los intereses a partir de la fórmula, de tipo variable al EURIBOR más cero con setenta y cinco puntos pactada.

Habiendo entrado en juego la cláusula en ciertos periodos de la vigencia del contrato de préstamo, hasta el día 21 de diciembre de 2016, se habría solicitado que, como efecto derivado de la nulidad petitionada, y en aplicación del art. 1303 del Código Civil, que recoge la restitución entre los contratantes tras la nulidad de una obligación, y de la Jurisprudencia marcada por la Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013 de 9 de mayo de 2013 se condenase a la entidad bancaria a devolver a Doña María la cantidad que se ha cobrado en exceso desde la publicación de la citada Sentencia del Alto Tribunal en aplicación de la doctrina fijada en Sentencia del Tribunal Supremo 138/2015 de 24 de marzo de 2014 (Recurso 1765/2013):

«Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de 2014, recurso 1217/2014, y la de 24 de marzo de 2015, recurso 1765/2013, se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la Sentencia de Tribunal Supremo 241/2013 de 9 de mayo de 2013».

Desde el 21 de diciembre de 2016, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido el derecho de los prestatarios a recibir las cantidades cobradas indebidamente por los bancos, no solo desde el momento en que se publica la sentencia de 2013 del Tribunal Supremo, sino desde el inicio, es decir, los bancos

La protección del consumidor ante la impugnación de cláusulas suelo y la posible consideración de las mismas de condición general de la contratación y cláusula abusiva.

deben devolver las cuantías percibidas en perjuicio del consumidor que hayan sido obtenidas de forma indebida desde el primer cobro que efectuaron, lo que hará que la nulidad de la cláusula sea plena y que esa cláusula no haya producido efectos nunca.

Cantidad a determinar en ejecución de sentencia, tanto en su parte devengada hasta la presentación de la demanda como durante la sustanciación del procedimiento (en aplicación del artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) cuando por la parte demandada se faciliten los datos necesarios sobre capital pendiente de amortización en el momento de realizar las sucesivas revisiones del tipo de interés a fin de calcular la diferencia entre las cantidades efectivamente abonadas conforme a la aplicación de la cláusula suelo y las que se debieron abonar.

La entidad demandada deberá devolver a Doña María la diferencia entre las cuotas abonadas desde el principio, es decir, desde el nacimiento de la cláusula hasta la sentencia declarando la nulidad de la misma, y las que se deberían haber abonado, aplicando a dichas cantidades los intereses legales calculados desde la fecha de cobro de cada una de las cuotas hasta el día de su pago ya que tratándose de prestaciones dinerarias el art. 1108 del Código Civil establece que se deberá de responder por la utilidad o interés convenido, adoptándose a falta de convenido el interés legal.

6. EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA UNIÓN EUROPEA; SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016:

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha reiterado en que el consumidor se encuentra en una situación de inferioridad respecto al profesional o empresario en lo referido a la capacidad de negociación y de información, y la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 es la prueba de ello. Es por este motivo que el consumidor se adhiere a las condiciones previamente redactadas por el profesional. El artículo 6 de la citada Directiva dice que «los 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 éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas». La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera esto imperativo tratando de devolver al conflicto entre consumidor y profesional la igualdad y el equilibrio real, eliminando la posición de inferioridad de los consumidores y el equilibrio únicamente formal.

La existencia de los mecanismos contra el uso de cláusulas abusivas son esenciales ya que el error o engaño podría ocurrir fácilmente dado que el consumidor podría no ser consciente de los derechos que la legalidad vigente le otorga y no los invocara en un procedimiento, situación que, de darse, provocaría que la cláusula abusiva prevaleciera. El hecho de que el Juez pueda examinar de oficio la posible abusividad de una cláusula ayuda a cumplir los objetivos de la Directiva, evitando la vinculación a la cláusula abusiva y produciendo un efecto disuasorio, es decir, llevando a los profesionales a ni siquiera contemplar la idea de incluir una cláusula de ese tipo en los contratos que redacten. El principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea faculta al Juez para intervenir de oficio y le otorga el deber de hacerlo. Así lo establecen diversas sentencias (nombradas en la normativa aplicable). El papel del juez no es únicamente ostentar facultades para pronunciarse sobre la mera abusividad, sino que debe examinar de oficio la cuestión a la mayor brevedad, en cuanto disponga de todos los elementos de hecho y de derecho necesarios para dicha tarea, así garantizará la utilidad de la Directiva. La intervención de oficio tiene

La protección del consumidor ante la impugnación de cláusulas suelo y la posible consideración de las mismas de condición general de la contratación y cláusula abusiva.

como consecuencia que no sea esencial la presentación de demanda explícita por el consumidor.

La práctica de la prueba deberá acordarse cuando se pueda entender razonablemente que la cláusula es abusiva. De este modo se podrá determinar si la cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva. Cuando se haya apreciado dicha abusividad y se haya comprobado que la cláusula está comprendida dentro de la Directiva, deberá el Juez informar de ello a las partes procesales, y deberá instarles a que debatan contradictoriamente según las normas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales.

Ha habido novedades a día 21 de diciembre de 2016 a nivel europeo respecto al asunto de las cláusulas suelo y la debatida Sentencia del Alto Tribunal de 9 de mayo de 2013.⁴ El 13 de julio de 2016 el Abogado General Paolo Mengozzi emitió sus Conclusiones en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, en los que el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Granada y la Audiencia Provincial de Alicante consultan al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la compatibilidad de la limitación en el tiempo de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y consolidada como doctrina con la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 con el mandato de no vinculación al consumidor de las cláusulas abusivas recogido en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE. El Abogado General, con criterio opuesto al mostrado por la Comisión Europea en el mismo procedimiento, concluye que la limitación temporal de los efectos de la nulidad no conculca el artículo 6.1. de la Directiva 93/13/CEE. El artículo estudió la cuestionada jurisprudencia del Tribunal Supremo y realizaba un análisis crítico de las Conclusiones del Abogado General en el procedimiento que se encontraba actualmente pendiente de Sentencia hasta el día 21 de diciembre de 2016, fallo

⁴ CABALLO HIDALGO, Olalla (2016). *La controvertida limitación en el tiempo de los efectos de nulidad de la cláusula suelo a la espera de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 Y C-308/15*. Noticias Jurídicas.

contra el cual no cabe recurso.

La nueva Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea favorece a millones de españoles cuyas hipotecas contaban con cláusulas suelo. Se declara incompatible con el derecho de la Unión Europea la decisión del Tribunal Supremo en la Sentencia de 2013, pues es sabido que el aspecto más controvertido, aunque no el único, de la Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 mayo de 2013, que declaró la nulidad de la cláusula de limitación a la baja a la variación de los tipos de interés por falta de transparencia, fue el relativo a la limitación temporal de los efectos de la nulidad, ya que la resolución apreció que las cantidades cobradas en exceso por las entidades financieras en virtud de la cláusula declarada nula hasta la fecha de la Sentencia no deberían ser devueltas a los prestatarios. El pronunciamiento fue severamente criticado por la doctrina y la jurisprudencia menor porque, en primer lugar, implica una contravención del artículo 1303 del Código Civil en sus propios términos, que asocia a la declaración de nulidad la eficacia *extunc* o desde la celebración del contrato. En segundo lugar, porque se trata de un pronunciamiento no pedido, una incongruencia *extra petita*. Ni tal petición formaba parte del súplico de la demanda, en que se ejercitaba una acción de cesación, ni existe cauce procesal para el planteamiento de tal cuestión por el Ministerio Fiscal en una acción colectiva en trámite.

La decisión que en su momento tomó el Tribunal Supremo de no otorgar la discutida retroactividad, fue en base a razones de estabilidad financiera, y decidió por ello limitar en el tiempo los efectos de la declaración, y los bancos solamente debían reintegrar a sus clientes las cantidades cobradas indebidamente a partir de la fecha en la que se dictó Sentencia.

La Sentencia de 21 de diciembre de 2016 establece en el fallo dictado en Luxemburgo que «el Derecho de la Unión se opone a una jurisprudencia nacional en virtud de la cual los efectos resolutorios vinculados a la nulidad de una cláusula abusiva se limitan a las cantidades indebidamente pagadas con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante se declara su carácter abusivo». Asimismo se dice que «La declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula debe tener como consecuencia el restablecimiento de la situación en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula». El resultado del

La protección del consumidor ante la impugnación de cláusulas suelo y la posible consideración de las mismas de condición general de la contratación y cláusula abusiva.

proceso debe ser que los bancos y demás entidades restituyan «las ventajas obtenidas indebidamente en detrimento del consumidor», es decir, que las cuantías obtenidas por los bancos de forma perjudicial para los consumidores se vean devueltas.

7. MEDIOS DE RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO

Aquellos con cláusulas suelo incluidas en sus contratos, como es el caso de Doña María, deberán acudir a un abogado para realizar la reclamación. Se podrá hacer mediante distintas vías, es decir, de forma judicial o extrajudicial.

Por un lado Doña María puede intentar negociar o pactar con su banco, en el caso de que esté la entidad dispuesta a una mediación o arbitraje, ya que los medios alternativos al proceso judicial para la resolución de conflictos son realmente útiles en casos como el presente, pues se economiza en tiempo y dinero. Se puede conseguir el mismo resultado por parte de Doña María a través de un laudo arbitral, que es título ejecutivo al igual que una sentencia, en un periodo de tiempo más reducido y con unos costes menores. Está abogándose por este método para no colapsar los juzgados. El Ministerio de Justicia se está anunciando que el Ejecutivo trabaja en un medio de resolver este problema extrajudicialmente, es decir, existe ese derecho a acudir a los tribunales, pero también la posibilidad de desjudicializar el conflicto. Además, a día 10 de enero de 2017, ha producido un segundo intento por parte del Gobierno para resolver estos asuntos fuera de los Juzgados. El Ministro de Economía, Industria y Competitividad, Luis de Guindos, comenta que el viernes 13 de enero de 2017 se va analizar y previsiblemente aprobará un Decreto para que las cantidades se devuelvan a los clientes en un plazo de tres meses máximo. Así el conflicto finalizará antes y las entidades no tendrán que desembolsar las costas por la condena. En el borrador original inicial se proponían 54 días en tramos. Será un procedimiento gratuito, favorable para los consumidores.

La forma judicial sería la opción en defecto de pacto con el banco, presentando una demanda para conseguir la nulidad de la cláusula suelo, con los efectos expuestos, además de calcular el perjuicio causado, lo que se pagó desde el principio indebidamente, y el recálculo del cuadro de amortización, lo que se ha pagado de menos de capital y lo que se habría pagado en caso de no aplicar cláusula suelo. Si se opta por esta vía, debemos atender a lo siguiente: la jurisdicción y competencia se establece en el artículo 86.ter.2.d) Ley Orgánica del Poder Judicial y determina la competencia objetiva y funcional de los Juzgados de lo Mercantil, para conocer en primera instancia de las reclamaciones en materia de condiciones

La protección del consumidor ante la impugnación de cláusulas suelo y la posible consideración de las mismas de condición general de la contratación y cláusula abusiva.

generales de contratación. Asimismo, dado que se pretende la declaración de nulidad de una condición general de contratación, y puesto que Doña María tiene su domicilio en el partido judicial del Juzgado de Zaragoza, su situación debe determinar la competencia territorial, conforme al art. 52.1.14.º Ley de Enjuiciamiento Civil (Jurisdicción que viene refrendada por la doctrina de la Audiencia Provincial de Zaragoza, remitiéndonos en este sentido a Sentencia de 4 de febrero de 2015 y Auto de 17 de febrero de 2015, ambos de la Sección II)

Respecto a la capacidad y legitimación, Doña María es mayor de edad y se encuentra en situación de pleno ejercicio de sus derechos civiles, en virtud de lo dispuesto en los artículos 6.1.1.º y 7.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil., ostentando la legitimación activa dada su condición de parte prestataria en el contrato de préstamo hipotecario en el cual está incluida la cláusula cuya nulidad se demanda.

Asimismo, la demandada es persona física, cuya capacidad se reconoce en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La demanda deberá sustanciarse por las normas del Juicio Ordinario, a tenor de lo prevenido en los arts. 248 y 249.1.5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en virtud del criterio de atribución preferente de la materia de condiciones generales de contratación.

Respecto la postulación y defensa de Doña María, conforme a los artículos 23 y 31 LEC se formulará la demanda a través de la Procuradora de los Tribunales con designación apud acta que se acompaña, y con dirección y firma de Letrada colegiada. Asimismo, se cumplirán los requisitos formales del artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

IV. CONCLUSIONES

Apreciados todos los expuestos argumentos y posibles soluciones, concreto mi parecer en cuanto al supuesto sometido a mi consideración en afirmar que:

1. Se reúnen los requisitos que deben cumplirse para considerar la cláusula objeto del conflicto como condición general de la contratación, pues estaba incorporada al contrato sin que Doña María pudiera de ninguna forma modificar dicho contenido obligacional, y sin que existiera un consenso o pacto previo, lo que define el elemento de imposición; además, concurren las condiciones de predisposición y generalidad al haberse determinado este tipo de cláusulas por la propia entidad bancaria, con independencia de la persona del prestatario e incorporándose a la generalidad de los contratos de préstamo hipotecario que se suscriben, justificándose la existencia de la cláusula para la protección del propio banco, y de sus clientes como colectivo.

2. Concurre en la entidad bancaria la condición de profesional predisponente y en Doña María la de adherente consumidor ajena al sector financiero del que se ocupa la otra parte contratante, por lo que se le aplicará la protección legalmente establecida para los consumidores, ya que actúa en un marco ajeno a actividades profesionales o empresariales, a diferencia de la entidad de crédito.

3. La cláusula para ser abusiva debe causar un perjuicio del consumidor, consistente en un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que se deriven del contrato, y ser contraria a las exigencias de la buena fe, en incluso se añade la ausencia de negociación, cuestiones que se dan en este caso que nos ocupa. Debe tenerse en cuenta además que el sector financiero es complejo, por lo que el deber de información que debe adornar la contratación y actuación bancaria debe ser mayor, claro y transparente para efectuar una correcta elección de producto y contratación.

4. Procedería la declaración de nulidad de la cláusula objeto del conflicto, al tratarse de una condición general de contratación con un claro carácter de abusivo. El contrato en su totalidad resultará eficaz aunque la cláusula sea nula, es decir,

La protección del consumidor ante la impugnación de cláusulas suelo y la posible consideración de las mismas de condición general de la contratación y cláusula abusiva.

mantiene su vigencia, con eliminación del límite «inferior» fijado, determinándose los intereses a partir de la fórmula, de tipo variable al Euribor más cero con setenta y cinco puntos pactada.

5. En el caso de ausencia de mediación o arbitraje con la entidad bancaria para resolución del conflicto en curso, estaría acertado presentar demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción de nulidad a instancia de Doña María V contra el Banco Caja de España de Inversiones, Salamanca y Soria S.A. para que se declarase la inaplicación y la nulidad de dicha cláusula suelo incluida en la cláusula tercera bis, relativa al tipo de interés variable en Escritura de Compraventa firmada ante el Notario de Zaragoza D. Fernando G. L. a día 22 de julio de 2005; manteniéndose la vigencia del resto, y en su defecto, si no se otorgase la inaplicación de la cláusula, solicitar que se produzca una rebaja de la misma.

6. El consumidor decide si desea seguir vinculado por las condiciones impuestas por el profesional basándose en la información y, aparte, 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. Las disposiciones que regulen estos asuntos serán de orden público y pretenden un equilibrio real e igualitario y con ellas y la propia Directiva se impondrá a los Estados miembros la obligación de previsión de medios adecuados y eficaces para que cesen las cláusulas abusivas. En el caso de que llegase a establecerse una cláusula abusiva, el juez nacional debería apreciar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas, siempre que estén dentro del ámbito de la Directiva 93/13/CEE sin esperar que el consumidor solicite que esa cláusula desaparezca, pues es posible que desconozca sus derechos.

7. Cabría solicitar que se condenase a la entidad demandada la devolución de la cantidad cobrada en exceso, incluyendo las generadas durante la sustanciación del procedimiento, desde el momento en que se comienzan a percibir cantidades de dinero indebidamente por el banco hasta la declaración de inaplicación y nulidad de la cláusula suelo en sentencia estimatoria, o rebaja de la misma en su defecto, a determinar en ejecución de sentencia, sobre las bases, de las sumas reales que se han

abonado durante dicho periodo, y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin la aplicación del suelo del 3,5%, conforme a lo legalmente establecido.

8. Desde el punto de vista procesal, procedería solicitar que se condenase a la entidad demandada al pago de las costas causadas en el procedimiento, con sus intereses legales correspondientes, tanto para el caso de una estimación total de demanda como para el supuesto de una estimación parcial en la que se declare la inaplicación o nulidad de la cláusula suelo, o su rebaja pero no así la obligación de devolución de lo indebidamente cobrado por la misma desde la Sentencia de 9 de mayo de 2013, dado que el objeto principal del procedimiento es la declaración de inaplicación de la citada cláusula.

9. Los tribunales deben atemperar las rigideces de estos procesos, sin que sea necesario ajustarse formalmente a la estructura de los recursos o que el fallo se ajuste al *petitum*. Lo esencial es que las partes hayan podido ser oídas y se les haya otorgado al posibilidad de defender su postura y argumentos acerca de la calificación de abusiva y nula de la cláusula que interese. Esto será de gran relevancia para lograr que el Derecho de la Unión sea plenamente eficaz.

Este es mi parecer, que someto a cualquier otro mejor fundado en derecho.

En Zaragoza, a 12 de enero de 2016.

La protección del consumidor ante la impugnación de cláusulas suelo y la posible consideración de las mismas de condición general de la contratación y cláusula abusiva.

BIBLIOGRAFÍA

Para la resolución de las cuestiones jurídicas planteadas se puede acudir a las siguientes obras, normativa y jurisprudencia que resulta de aplicación a las mismas:

- Libros:

ALONSO PÉREZ, María Teresa (2014). *Vivienda y crisis económica*, Primera Edición, Thomson Aranzadi, Zaragoza.

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, María Elena (2016). *El abuso de la cláusula abusiva y la exagerada relevancia de la información en relación al préstamo hipotecario multidivisa*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, p. 127 - 156.

- Artículos:

CABALLO HIDALGO, Olalla (2016). *La controvertida limitación en el tiempo de los efectos de nulidad de la cláusula suelo a la espera de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 Y C-308/15*. Noticias Jurídicas.

GONZÁLEZ CARRASCO, María Del Carmen (2011). *Segunda sentencia sobre la cláusula suelo en los préstamos hipotecarios a interés variable*. Estudio realizado en el marco del Proyecto «Hipoteca, prenda de créditos, garantías financieras y derecho foral sobre garantías inmobiliarias: una reflexión sobre los pilares de las garantías reales y las incertidumbres de las últimas reformas». Referencia: DER2008-01746. Ministerio de Ciencia e Innovación (Secretaría de Estado de Universidades – Secretaría de Estado de Investigación).

SÁNCHEZ MARTÍN, Carlos, Magistrado y Letrado adscrito al Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, Sala Primera. *El control de transparencia de condiciones*

generales y cláusulas predispuestas. Su aplicación en la Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013 de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria. Actualidad Civil, 29 de mayo de 2013, Editorial La Ley; Diario la Ley, nº 8092, Sección Documento on-line, 28 de mayo de 2013, Ref. D-199, Editorial La Ley; Diario La Ley, nº 8112, Sección Tribuna, 25 de junio de 2013, año XXXIV, Editorial La Ley). LA LEY 3128/2013.

THOMSON ARANZADI (2014). *¿Se puede negociar con el banco? Anulación y retroactividad, doctrina, jurisprudencia, soluciones y formularios.* Primera Edición.

VILLARRUBIA MARTOS, Fermín Javier, Secretario Judicial del Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Málaga y profesor asociado de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga (2013), artículo monográfico *Tramitación procesal de la nulidad de los intereses abusivos*, Referencia: SP/DOCT/17478, Editorial Jurídica Sepin.

- Legislación:

Código Civil.

Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 403.1, 394.2, 551, 552, 557, 559, 561, 575, 576, 654, 686, 695, 713.2, 715, 716, 815.3 y concordantes).

Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC).

Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes Complementarias (LGDCU), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre

Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas

La protección del consumidor ante la impugnación de cláusulas suelo y la posible consideración de las mismas de condición general de la contratación y cláusula abusiva.

abusivas en los contratos celebrados con los consumidores.

Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Medidas para Reforzar la Protección de los Deudores Hipotecarios, Reestructuración de Deuda y Alquiler Social.

Ley Hipotecaria (art. 14).

Ley de 23 de julio de 1908, de Represión de la usura (Ley Azcárate, todavía vigente).

Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo.

Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de Medidas Urgentes de Protección de Deudores Hipotecarios sin Recursos.

- Jurisprudencia

Sentencias del Tribunal Supremo:

Sentencia del Tribunal Supremo 99/2009, de fecha 4 de marzo de 2009 (Recurso 535/2004)

Sentencia del Tribunal Supremo 663/2010, de fecha 4 de noviembre de 2010 (Recurso 11415/2009)

Sentencia del Tribunal Supremo 406/2012, de fecha 18 de junio de 2010, (Recurso 46/2010)

Sentencia del Tribunal Supremo 401/2010, de fecha 1 de julio de 2010 (Recurso 1762/2006)

Sentencia del Tribunal Supremo 663/2010 de fecha 4 de noviembre de 2010

(Recurso 982/2007)

Sentencia del Tribunal Supremo 861/2010 de fecha 29 de diciembre de 2010
(Recurso 1074/2007)

Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de fecha 9 de mayo de 2013 (Recurso
485/2012)

Sentencia del Tribunal Supremo 464/2014, de fecha 8 de septiembre de 2014
(Recurso 1217/2013)

Sentencia del Tribunal Supremo 138/2015, de fecha 24 de marzo de 2015 (Recurso
1765/2013)

Auto de aclaración del Tribunal Supremo de fecha 3 de junio de 2013 (Recurso
485/2012)

Sentencias de las Audiencias Provinciales:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de fecha 7 de octubre de 2011
(Recurso 1604/2011)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante 368/2012, de fecha 13 de
septiembre de 2012 (Recurso 168/2012)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 37/2015, de fecha 5 de febrero
de 2015 (Recurso 684/2014)

Sentencias de primera instancia:

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de León, de fecha 11 de marzo de 2011

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Madrid, de fecha 8 de septiembre de
2011

La protección del consumidor ante la impugnación de cláusulas suelo y la posible consideración de las mismas de condición general de la contratación y cláusula abusiva.

Sentencias de Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98, apartado 25.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 21 de noviembre de 2002, Cofidis, C-473/00, Rec. p. I-10875, apartado 32.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, C-168/05, apartados 25 y 27.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C-243/08, apartado 22.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, apartado 29.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, apartado 27.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 9 de noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08, apartado 46.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 15 de marzo de 2012, Pereniéovény Pereniè, C-453/10, apartado 27.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 26 de abril de 2012, Invitel, C-472/10, apartado 33.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, apartado 39.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, C-472/11, apartado 19.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 28 de febrero de 2013, Duarte Hueros, C-32/12, punto 46.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 14 de marzo de 2013, Aziz VS, Caixa d'Estalvis de Catalunya, C-415/11, apartado 44.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11, apartado 41.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15.

- Recursos on-line:

<http://www.eliminar-clausula-suelo.es/que-es-la-clausula-suelo-hipotecaria/>

<http://www.elmundo.es/economia/2017/01/10/5874eba4e5fdead5668b458a.html>

http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1161339&utm_source=DD&utm_medium=email&nl=1&utm_campaign=10/1/2017&

<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11511-la-controvertida-limitacion-en-el-tiempo-de-los-efectos-de-la-nulidad-de-la-clausula-suelo-a-la-espera-de-la-sentencia-del-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea-en-los-asuntos-acumulados-c-154-15-c-307-15-y-c-308-15/>

<http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/11520-el-tjue-ha-dictado-sentencia-sobre-las-clausulas-suelo:-pierde-la-banca/>

<http://www.lavanguardia.com/economia/20161221/412775721958/hipotecas-clausula-suelo-banco-devolver-union-europea.html>

<http://www.poderjudicial.es/search/pjpublicaciones/PROVISIONALES/2014/01/30/>

La protección del consumidor ante la impugnación de cláusulas suelo y la posible consideración de las mismas de condición general de la contratación y cláusula abusiva.

PJ1309607/PJ1309607.pdf

http://www.sepin.es/obligaciones-contratos/VerDoc.asp?referencia=SP%2FDOCT%2F17478&cod=0JQ07s0%26A0Ha2JJ1jR0Fa1Sz2AB0Fk1%2Fp1Cv0Fa1yA0Vf0Ha17P1Dv0Fa1ek1Sd0G_1vd1zO0FF1dG1Sf

<https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/21.pdf>