



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

Cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria

Autor/es

Elena Barrachina Villagrasa

Director/es

Silvia Gaspar Lera

Facultad / Escuela

2016 - 2017

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	4
INTRODUCCIÓN	5
1. PRESTAMO HIPOTECARIO.....	8
2. CLAUSULAS ABUSIVAS	9
2.1. Cláusulas generales.....	9
2.2. Concepto de cláusulas abusivas	11
2.3. Contratos celebrados con consumidores.....	13
2.4. Nulidad de pleno derecho	15
3. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.	16
3.1. Cláusula de intereses de demora.....	16
3.2. Cláusula de gastos del préstamo hipotecario	19
3.3. Cláusula de vencimiento anticipado	20
3.3.1. Vencimiento anticipado por incendio de la finca o deterioro considerable 21	
3.3.2. Vencimiento anticipado por expropiación forzosa.....	22
3.3.3. Vencimiento anticipado por embargo o anotación preventiva sobre la finca hipotecada.....	22
3.3.4. Vencimiento anticipado por “incumplimiento de cualquiera de las cláusulas del contrato”.....	22
4. LAS CLÁUSULAS SUELO:.....	23
4.1. Declaración del carácter abusivo de las cláusulas suelo.....	24
4.1.1. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, núm. 2 de Sevilla, del 30 de diciembre.	25
4.1.2. Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5, de 7 de octubre de 2011.	25
4.1.3. Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013	26
4.1.4. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de diciembre de 2016	30
5. PROCEDIMIENTOS DE RECLAMACIÓN DE LA CLÁUSULA SUELO.....	32
5.1. Procedimientos extrajudiciales de reclamación.....	33
5.1.1. Reclamación extrajudicial contra cláusula suelo.....	33
5.1.2. Reclamación ante los departamentos y servicios de atención al cliente y defensor del cliente de las entidades financieras.....	35

6. TRATAMIENTO FISCAL DE LAS CANTIDADES PERCIBIDAS POR LA DEVOLUCION DE LAS CLÁUSULAS SUELO	35
7. NECESIDAD DE MÁS CONTROL	38
8. CONCLUSIONES	40
9. BIBLIOGRAFÍA.....	42
10. JURISPRUDENCIA	43
11. LEGISLACIÓN	45

ABREVIATURAS

art.	Artículo
AP	Audiencia Provincial
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCom	Código de Comercio
CE	Constitución Española
EPA	Encuesta de población activa
IBE	Informe del Banco de España
INE	Instituto Nacional de Estadística
JM	Juzgado de lo Mercantil
LCGC	Ley sobre condiciones generales de la contratación
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGDCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LH	Ley Hipotecaria
núm	Número
OM	Orden Ministerial
pag.	Página
PIB	Producto Interior Bruto
pp.	Páginas
RIRPF	Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRL	Texto Refundido de la Ley
TS	Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de un tema de gran relevancia y plena actualidad como es el carácter abusivo de las cláusulas de los préstamos hipotecarios. Seguramente, el préstamo hipotecario representa para una persona la operación financiera más importante de su economía personal.

El preámbulo de la Ley 41/2007¹, de 7 de septiembre, nos habla de la necesidad de tomar medidas dirigidas al correcto funcionamiento del mercado a la vista de la fuerte expansión desde 1997 del crédito hipotecario en España con finalidad residencial; medidas que se revelaron claramente insuficientes a la vista de la situación actual. El crecimiento de la economía española se impulsaba por el sector inmobiliario, nos colocábamos entre las primeras posiciones por volumen de emisión de cédulas hipotecarias, aumentando del 28,4% al 102,9% el volumen de créditos hipotecarios como porcentaje del PIB. La deuda privada de los hogares pasó de suponer el 52,7% de la renta disponible en 1997 a 132,1% en 2007².

Es en 2007 cuando estalla la crisis económica financiera mundial, que tiene como punto de inicio EEUU con las hipotecas *Subprime*, que España vio además acentuada por el estallido de su propia burbuja inmobiliaria. Una de las consecuencias de ello fue el aumento del desempleo, y reflejo de esto son los datos de la EPA publicados por el INE, donde con fecha 27 de abril de 2017 revelan que 1.394.700 hogares se encuentran con todos sus miembros en paro.

¹ La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación de Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que establece determinada norma tributaria; señala en su preámbulo que “(...) se ha producido en los últimos diez años una fase de expansión del crédito hipotecario con finalidad residencial en España. Esta expansión se ha reflejado en el crecimiento del mercado español de cédulas hipotecarias que ha alcanzado las primeras posiciones por volumen emitido en Europa. El fuerte ritmo de desarrollo de ambos mercados ha adelantado la necesidad de tomar medidas dirigidas a su correcto funcionamiento (...).”

² CARBALLO CRUZ, Francisco. “*Causes and Consequences of the Spanish Economic Crisis: Why the Recovery is Taken so Long?*”. Panoeconomicus. 2011. Pág. 314. Se señala que “*Between 1997 and 2007, housing loans as a percentage of GDP increased from 28.4% to 102.9%. The widespread use of credit for housing exceptionally increased households’ private debt. This debt rose from 52.7% of disposable income in 1997 to a maximum of 132.1% in 2007. As a result, the effort of individuals to acquire a dwelling rose from 4.3 years of salary at the beginning of the cycle to 9.1 years at the end of it.*”

Con este escenario, una parte de la ciudadanía ha evidenciaba sus dificultades para atender los compromisos de sus deudas, entrando en mora por la imposibilidad de pagar las cuotas de los préstamos hipotecarios que previamente, en su día, habían contratado, viéndose en muchas ocasiones incurso en procedimientos de desahucio por entidades prestamistas.

Esto ha provocado que se hayan examinado algunas de las cláusulas contenidas en las condiciones generales de contratación para resolver si son abusivas, y de este modo articular mecanismos que promuevan el desistimiento en su uso. Intentar frenar la situación de desventaja en la que se encuentra el consumidor respecto a la entidad financiera, tanto desde el punto vista de la negociación como en lo referido a la información, es lo que tanto Gobierno como Cortes Generales pretenden con sus regulaciones.

Podría entenderse que los bancos en vistas a la incertidumbre en la recuperación de la economía española, blindaron sus beneficios futuros a través de cláusulas generales, generando notables desequilibrios entre los bienes e intereses jurídicos concurrentes. De ahí que en los últimos años hayan aumentado de manera notable las demandas que reclaman la revisión y nulidad de alguna de las cláusulas por considerarlas abusivas.

Para dar solución a esta controversia y a la presión social que exigía un más estricto y exigente control de la inclusión de cláusulas generales, se han pronunciado tanto tribunales nacionales, como de Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Todos con sus pronunciamientos jurisdiccionales intentan responder sobre este reconocimiento de abuso y sobre el alcance de la nulidad.

Las cláusulas suelo, son quizás las que más repercusión han tenido, aunque no son las únicas como veremos a lo largo del trabajo. La práctica de establecer una limitación en la variación del tipo de interés en los contratos hipotecarios ha sido tolerada durante mucho tiempo por el mercado, según el IBE³, en los años anteriores a 2004 ya

³ Informe del Banco de España publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, nº 457, de 7 de mayo de 2010, sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, a fin de dar respuesta a la moción aprobada el 23 de septiembre de 2009 por el Pleno del Senado. Pág. 20

alcanzaba casi un 30% de la cartera, llegando en 2009 a situarse por encima del 40% debido a que muchas de las entidades que aún no hacían uso de ellas decidieran aplicarlas.

Las mismas entidades de crédito, tal y como recoge el informe citado anteriormente, justificaban el "papel secundario" de estas limitaciones en la competencia, con el argumento de que el prestatario tenía como principal interés la cuota a pagar, sin afectar estas cláusulas a sus preocupaciones inmediatas. Además señalaban que la regulación española no destaca el riesgo de tipo de interés o la incertidumbre sobre la variabilidad de los tipos, como un "elemento esencial" de la información precontractual.

A fecha de 9 de mayo de 2013 el Tribunal Supremo analizó en su sentencia n.º 241/2013, en el marco de una acción colectiva ejercitada por una asociación de consumidores contra varias entidades bancarias, el carácter abusivo de las cláusulas suelo, que así fue reconocido. Eran tantos los contratos de préstamo hipotecarios afectados por esta cláusula, que el Alto Tribunal limitó los efectos *ex tunc* de la sentencia con el propósito de evitar que el sector bancario y, en última instancia, el orden público económico sufriese trastornos graves irreparables.

Siendo más tarde, el TJUE, quién entendía que esta interpretación no se ajustaba al Derecho de la UE por suponer una restricción en los derechos de consumidores, e invocaba la nulidad con carácter *ex tunc*.

El Gobierno a través del Real Decreto-ley arbitró un cauce voluntario para reclamar de manera rápida y gratuita la restitución de las cantidades referidas a las cláusulas suelo, en vistas al aumento de demandas que iba a suponer la publicación del fallo del TJUE.

En este trabajo estudiaremos las cláusulas abusivas más frecuentes en los préstamos hipotecarios, dedicándole más espacio a la cláusula suelo y la doctrina surgida en base a ella. Al final, sobre las ideas más importantes se desarrollará una conclusión y analizaremos la pérdida de confianza de los clientes con las entidades financieras.

1. PRESTAMO HIPOTECARIO

Los contratos bancarios, como es el contrato de préstamo hipotecario, pueden entenderse como unos acuerdos para crear, modificar o extinguir una relación jurídica que tenga por objeto una operación bancaria.

En este trabajo nos centramos en el contrato de préstamo hipotecario, el cual normalmente será requisito previo y necesario para la adquisición de la que queremos sea nuestra vivienda, aunque también puede ir dirigido a financiar una construcción, rehabilitación o ampliación, compra de un terreno o simplemente aumentar la disponibilidad de dinero del solicitante.

Esta operación económica es seguramente, como se ha reconocido, la más importante de nuestra economía personal y la cual va a condicionar nuestro presupuesto durante muchos años. Así pues, debe exigirse que la persona que va a solicitar un préstamo o un crédito hipotecario disponga de la información suficiente para conocer las características básicas de esta operación, ya sea para comparar entre las diferentes ofertas y elegir la más ventajosa en base a sus necesidades como para ser consciente de las obligaciones que está adquiriendo al contratarla.

El préstamo por tanto es un producto bancario que permite al cliente (prestatario), recibir una determinada cantidad de dinero de una entidad (prestamista), con el compromiso de devolver dicha cantidad y los intereses correspondientes, habitualmente mediante pagos periódicos, las llamadas cuotas.⁴

Los préstamos hipotecarios, son préstamos a largo plazo, actuando como garantía para la entidad bancaria prestamista del crédito un bien inmueble. En el supuesto que el cliente incumpla sus compromisos de pago, la entidad financiera puede solicitar su ejecución, perdiendo el cliente en favor de este bien inmueble, con el fin de recuperar el dinero pendiente de devolución, los intereses no pagados y los intereses de demora y gastos de impago.

⁴ Guía de acceso al préstamo hipotecario del Banco de España (2016). Págs. 11 – 12.

2. CLAUSULAS ABUSIVAS

2.1. Cláusulas generales

Las cláusulas generales tienen su origen en la contratación en masa, como solución al elevado coste que una negociación individual conllevaba para los contratos con multitud de destinatarios, como son los hipotecarios. El derecho contractual tradicional encontraba su fundamento en el principio de autonomía de las partes, donde existe la colaboración de ellas para el diseño del contrato, tal y como queda dispuesto en el art. 1255 del CC, en virtud del cual las partes son libres para pactar todo lo que quieran, con el límite del respeto de la ley, la moral y el orden público.

Se considera que con la autonomía de la voluntad, las partes a la hora de celebrar los contratos, lo hacen con total igualdad jurídica, es decir, ninguna puede imponer su voluntad sobre la otra. Esta protección de la igualdad de los contratos es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales, constituyendo uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica⁵.

Esta igualdad entra en crisis con la inclusión de las cláusulas generales. Estas se conceptúan como cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato es impuesta por una única parte, 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.⁶ La parte adherente, queda por tanto con la libertad contractual limitada a la mera aceptación, o eventual rechazo de la misma, no pueden negociarse. Estas condiciones generales han sido el instrumento a través del cual se han introducido la mayoría de estas cláusulas que constituyen el objeto del trabajo, y que pueden llegarse a considerar abusivas.

Recordar que la contratación en masa nace como respuesta a las nuevas exigencias, el ritmo acelerado de las transacciones hace que no sea viable para una empresa negociar

⁵ De esta manera queda establecido en el Preámbulo de la LCGC

⁶ Así queda dispuesto en el artículo 1.1. de la Ley 7/1998. 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.

individualmente el contenido de los contratos. Si se producen bienes y servicios en masa para ser adquiridos o utilizados por una gran cantidad de personas, la racionalización y organización de las empresas exige la uniformidad de las relaciones contractuales.⁷

Así pues, con la contratación en masa se da paso a la predisposición del contenido contractual por parte del profesional, los intereses del adherente no son tenidos en cuenta por el predisponente a la hora de elaborar previamente las cláusulas, sino que únicamente se reflejan los que pueda tener la entidad. Esto conduce al consumidor a una situación de inferioridad respecto a la entidad financiera tanto en relación a la capacidad de negociación como al nivel de información.

El Tribunal Supremo en su STS 241/2013, de 9 de mayo, especifica las cualidades que caracterizan a una cláusula para ser considerada condición de la contratación.

“a) Contractualidad: se trata de “cláusulas contractuales” y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.

c) Imposición⁸: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes –aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que

⁷ MORALES QUINTANILLA, Carlos René. “Las condiciones generales de los contratos y el control del contenido frente a las cláusulas abusivas”. Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca. Pág. 30

⁸ La STS de 29 de abril de 2015 indica que “Hay «imposición» de una cláusula contractual, a efectos de ser considerada como condición general de la contratación, cuando la incorporación de la cláusula al contrato se ha producido por otra exclusivamente del profesional o empresario. Así resulta de lo previsto en el art. 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE. No es necesario que el otro contratante esté obligado a oponer resistencia, ni que el consumidor carezca de la posibilidad de contratar con otros operadores económicos que no establezcan esa cláusula. La imposición supone simplemente que la cláusula predispuesta por una de las partes no ha sido negociada individualmente”.

versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

d) Generalidad⁹: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.”¹⁰

Es en el art. 5 de la LCGC donde quedan indicados los requisitos de incorporación de las condiciones generales a los contratos, así como la forma de redacción. Por su parte, el art. 7 de esta misma ley, sanciona con la no incorporación a los contratos las condiciones generales que el adherente no ha tenido oportunidad real de conocer o las que no se ajustan a los requisitos exigidos de transparencia.

Contra las cláusulas generales que contengan cláusulas abusivas cabe el ejercicio de acciones colectivas de cesación para impedir que se continúe con su uso, acción a la que puede acumularse la de devolución de las cantidades percibidas en virtud de las condiciones generales declaradas nulas.

2.2. Concepto de cláusulas abusivas

La Directiva 93/13/CEE¹¹ define cláusula abusiva en su artículo tercero, como aquella estipulación no negociada de forma individual, es decir, introducida como condición general, que pese a las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se

⁹ La misma STS de 29 de abril de 2015 señala que “*resulta notorio que este tipo de cláusulas son utilizadas de modo general por las empresas y profesionales de estos sectores de la contratación (...) No es necesario que la cláusula sea utilizada en todos los contratos que el profesional o empresario celebra con consumidores (sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo , apartado 149). Pueden existir varios modelos de cláusulas que se utilicen en los diversos contratos, por variadas razones*”.

¹⁰ STS 241/2013, de 9 de mayo (FJ, párrafo 137)

¹¹ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

derivan del contrato. Una definición que ha ido variando para intentar adaptarse en cada momento a la situación socio-económica.

Esta Directiva quedo incorporada por el Legislador español en nuestro ordenamiento a través de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación.

De la lectura de este precepto se puede concluir que para que una cláusula pueda considerarse como abusiva deben estar presentes tres requisitos de forma acumulativa.¹²

- a) Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada. No debiendo confundir cláusula abusiva con condiciones generales, pues mientras las primeras afectan solo a las relaciones con consumidores, las condiciones generales afectan a cualquier persona.

Para el art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE *“se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente 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”*.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas a lo restante del contrato. El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba¹³.

¹² STS 241/2013, de 9 de mayo (FJ, punto 233)

¹³ Art.82.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Así lo recuerda la STJUE de 16 de enero de 2014, asunto C- 226/12 , caso Constructora Principado, en su párrafo 19 donde nos apunta que *«el sector bancario se caracteriza porque la contratación con consumidores se realiza mediante cláusulas predispuestas e impuestas por la entidad 7 bancaria, y por tanto, no negociadas individualmente con el consumidor, lo que determina la procedencia del control de abusividad previsto en la Directiva 1993/13/CEE y en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, salvo que se pruebe el supuesto excepcional de que el contrato ha sido negociado y el consumidor ha obtenido contrapartidas apreciables a la inserción de cláusulas beneficiosas para el predisponente»*.

- b) Que en contra de exigencias de la buena fe, causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato.

La Sentencia del TS núm. 241/2013, de 9 de mayo, expresa sobre la buena fe negocial en la comercialización de inversiones bancarias, que puesto que ni la Directiva 93/13/CEE ni la norma española contienen especiales precisiones sobre qué debe entenderse por desequilibrio importante contrario a la buena fe, “es necesario proyectarla sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido. Máxime tratándose de préstamos hipotecarios en los que es notorio que el consumidor confía en la apariencia de neutralidad de las concretas personas de las que se vale el empresario (personal de la sucursal) para ofertar el producto”.

Este requisito es importante, pues las cláusulas no negociadas individualmente no son por este hecho abusivas. Esto significa que *“el carácter abusivo de una cláusula viene determinado por su contenido y no por su naturaleza”*¹⁴.

- c) Que el desequilibrio perjudique al consumidor -en este extremo, en contra de lo que insinúa el Ministerio Fiscal, es preciso rechazar la posible abusividad de cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario-.

Es misión del juez, tal y como señala la sentencia del TJUE, de 14 de marzo de 2013 sobre el asunto Aziz y CatalunyaCaixa, el comprobar si el profesional podría estimar razonablemente que, tratando de una manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.

2.3. Contratos celebrados con consumidores

La oposición a una cláusula abusiva solo puede ser impuesta por quien ostenta la condición de consumidor o usuario. En virtud de lo previsto en el art. 3 del TRLCU¹⁵,

¹⁴ LETE ACHIRICA, Juan. “Condiciones Generales, cláusulas abusivas y otras nociones que hay que distinguir”. Actualidad Civil. 2000. Pág. 365

ostentan la condición de consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito totalmente ajeno a una actividad empresarial o profesional¹⁶

El concepto tiene un carácter objetivo y es independientemente de los conocimientos concretos que pueda tener la persona de que se trata, o de la información de que dicha persona realmente disponga¹⁷. Lo relevante es el destino de la operación en el momento de celebrarse el contrato.¹⁸

El ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física, algo que sí ocurre respecto de las personas jurídicas. Esto no impide que si el consumidor que realiza esta operación lo hace asiduamente en un periodo de tiempo corto, pueda considerarse que realiza una actividad empresarial o profesional, pues la habitualidad es una de los requisitos de la cualidad legal de empresario, conforme dispone el art. 1.1. del CCom.¹⁹ El límite estaría pues en la regularidad.

Existían controversias a la hora de considerar o no al abogado como consumidor²⁰, pues el mismo TJUE reconocía la mayor formación de éste y alto nivel de competencias técnicas en comparación con un consumidor medio, sin embargo esto no podía permitir presumir que, en relación con un profesional, no sea una parte débil. Así pues, tal consideración no impide para que a un abogado se le pueda dar la consideración de consumidor cuando actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional, en particular a la actividad en su bufete.

¹⁶ El RDLeg 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias en su art.3 señala que “*son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. (...) 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*”.

¹⁷ STJUE de 3 de septiembre, asunto C-110/14. (párrafo 21).

¹⁸ STS 30/2017, de 18 de enero (FJ, párrafo 427).

¹⁹ STS 16/2017, de 16 de enero (FJ cuarto).

²⁰ ARROYO APARICIO, Alicia “*Abogado considerado como «consumidor»: STJUE de 3 de septiembre de 2015, Asunto C-110/14*”. Revista de Derecho UNED, nº 19. 2016 “

2.4. Nulidad de pleno derecho

Queda señalado por el art. 83.1 del TRLGDCU que serán nulas de pleno derecho las cláusulas de carácter abusivo, las cuales se tendrán por no puestas. La condición general que deba considerarse nula o que no cumple con los requisitos legales, no produce necesariamente la nulidad del contrato, únicamente lo será cuando afecta a los elementos esenciales del contrato o cuando este no pueda subsistir sin la cláusula nula.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no permite la posibilidad de que el juez pueda integrar o modificar las cláusulas declaradas abusivas; y así en la sentencia de 14 de junio de 2012, asunto Banco de Crédito Español S.A, dicho tribunal declaró la incompatibilidad del artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 con el artículo 6.1 Directiva 93/13/CEE, pues si el juez nacional tuviera la posibilidad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no sé apliquen frente a los consumidores, dado que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario.

Por el mismo camino va la sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015 que declara improcedente la integración, en caso de apreciar la abusividad de la cláusula, señalando que *“la normativa nacional no puede interpretarse en el sentido que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula”*.

3. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.

Son numerosas las cláusulas incorporadas a los contratos de préstamo hipotecario que los tribunales de justicia han declarado con carácter abusivo, por no haberse aplicado los controles de incorporación y de transparencia.

Las cláusulas que se van a analizar pueden afectar a la obligación principal, a las obligaciones accesorias, a los intereses o al proceso ejecutivo.

3.1. Cláusula de intereses de demora²¹

El pacto de intereses moratorios²² no sólo tiene como finalidad un efecto disuasorio para el deudor, sino que también está previendo la remuneración misma que va a recibir el acreedor durante el período de tiempo por el que se prolongue la mora.²³

Así, mientras el interés ordinario retribuye la entrega del dinero prestado durante el tiempo que está a disposición del prestatario, el interés de demora supone un incremento destinado a indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento por el prestatario de los plazos estipulados para el pago de las cuotas de amortización del préstamo, con la función añadida de disuadir al prestatario de retrasarse en el cumplimiento de sus obligaciones.²⁴

²¹ La STS 265/2015, de 22 de Abril establece que *“la cláusula que establece el interés de demora es susceptible de control de abusividad de su contenido, no sólo en cuanto a su transparencia, sino también respecto a sí, en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor y usuario, causan un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, por no estar incluida en el ámbito de aplicación del art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE.”*

²² El Código Civil, sobre el interés de demora señala en su artículo 1.108 que *“Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal”.*

²³ STS 705/2015, de 23 de diciembre de 2015 (FJ, párrafo 1316)

²⁴ STS 265/2015, de 22 de abril de 2015 (FJ, párrafo 129)

Debe de tenerse en cuenta que una cláusula de este tipo no es abusiva en todos los casos, pues lo que se pacta es una penalidad para el caso de incumplimiento del deber de devolver el dinero. La abusividad nace de *“la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla con sus obligaciones”*²⁵.

La Jurisprudencia ha considerado que en los préstamos personales, un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratoria pactado resulta abusivo²⁶. Debe consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional no muy elevado por cuanto que la ausencia de garantías reales determina que el interés remuneratorio ya sea elevado.²⁷ Es exigencia por tanto la buena fe, buscando no causar un detrimento en el consumidor y un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Respecto a los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Además, se prohíbe expresamente la capitalización de estos intereses salvo en el supuesto previsto en el art. 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.²⁸

Esta limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual es de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad al 15 de mayo de 2013, fecha de entrada de la Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Asimismo, dicha

²⁵ Quedando de esta manera dispuesto en el art. 85.6 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

²⁶ Con este sentido, la STS 265/2015, de 22 de abril de 2015 (FJ, párrafo 109), considera que *“el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores, que no suponga la imposición de una indemnización alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones”*.

²⁷ STS 265/2015, de 22 de abril (FJ, párrafo 107)

²⁸ Y de esta forma queda establecido en el Preámbulo 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, y en su art. 114.

limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos.

Recientemente, en junio de 2016, el Tribunal Supremo ha dictado una nueva Sentencia sobre este asunto (STS 364/2016). Se indica que los intereses de demora deben considerarse abusivos si superan en más de dos puntos a los remuneratorios pactados, como ya ocurría en los préstamos personales. Esta Sentencia señala que *“procede extender el mismo criterio establecido en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los intereses de demora en préstamos personales, a los intereses de demora pactados en préstamos hipotecarios, de tal forma que el límite de la abusividad lo fijamos en dos puntos por encima del interés remuneratorio pactado. (...) Indemniza de un modo proporcionado los daños que sufre el demandante que ha vencido en el litigio por el retraso del condenado en el cumplimiento de la obligación judicialmente declarada, y asimismo contiene un factor disuasorio para que el condenado no demore en exceso el cumplimiento de la sentencia”*.

Puede ser que el interés de demora convenido sea inferior al límite legal y aun así abusivo²⁹. Adquirirá esta condición si va en contra de las exigencias de buena fe y en perjuicio del consumidor y usuario, causando un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes del contrato.

En cuanto a la consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses de demora, además de tenerse por no puesta e impedir una nueva liquidación de intereses, sin quedar los jueces facultado para modificar el contenido de la misma³⁰; conllevaría la

²⁹ STS 364/2016, de 3 de junio (FJ, párrafo 337)

³⁰ TJUE Sala 6ª auto del 11 de junio de 2015, asunto C-602/13 (BBVA), que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Santander, mediante auto de 19 de noviembre de 2013, recibido en el Tribunal de Justicia el 25 de noviembre de 2013. Se dispone que *“en lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula de un contrato que vincula a un consumidor y un profesional, del tenor literal del apartado 1 del artículo 6 de la Directiva 93/13 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma”*.

necesidad de detraer del principal reclamado en la demanda los intereses moratorios ya devengados y capitalizados en ella.

3.2. Cláusula de gastos del préstamo hipotecario

La cláusula de gastos del préstamo hipotecario es una cláusula habitual que atribuye a la parte prestataria parte o todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la tasación del inmueble, la preparación y formalización de la escritura de otorgamiento del préstamo con garantía hipotecaria y de su inscripción en el Registro de la Propiedad. Asimismo suele incluir la carga del prestatario de suscribir un seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente durante la vida del préstamo, y a abonar sus primas³¹. Se atribuye por tanto el sostenimiento de todos los gastos a la parte prestataria.

La Sentencia 705/2015 de 23 de diciembre del TS declaró que *“resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto (...), no permite la mínima reciprocidad en la distribución de gastos (...) a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa”*. A lo que añadir que esta cláusula aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU).

Cuando se trate de compraventa de viviendas, y la financiación forme parte de dicha adquisición, se atribuye la consideración de abusivas a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.³²

³¹ GÓMARA HERNÁNDEZ, José Luis. *“Cláusulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas: soluciones judiciales y extrajudiciales”*. Madrid. Francis Lefebvre, S.A. 2017. Págs. 133 y 134.

³² Art. 89.3. a) y c) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Este desequilibrio no habría sido aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada.

3.3. Cláusula de vencimiento anticipado

La cláusula de vencimiento anticipado tiene como objeto pactar que, ante unas determinadas circunstancias señaladas en el contrato, se dará por vencido anticipadamente el préstamo.

Dicha cláusula no es por sí misma abusiva, sino que, como ha quedado establecido primero por la jurisprudencia y más tarde por la legislación, debe ser considerada abusiva y por tanto nula si de su redacción se desprende la posibilidad de vencimiento anticipado ante el impago de cualquier cantidad, cuota o equivalente.

Tras la reforma introducida 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, se requiere que para ejercitar la cláusula de vencimiento anticipado sea preciso la falta de pago de al menos tres cuotas, mensualidades o equivalentes, o que el número de cuotas suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a 3 meses (art.693.2 LEC).

Además se ha establecido la necesidad de que el impago sea de una considerable relevancia en cuanto a la duración y cuantía total del préstamo, no pudiendo llevarse a cabo el vencimiento anticipado por un impago que suponga un porcentaje minúsculo³³. Es necesario por consiguiente el examen de cada caso en particular para determinar cual es la relevancia de la obligación cuyo incumplimiento determina el vencimiento anticipado del préstamo o crédito.

³³ STS 79/2016, de 18 de febrero (FJ, párrafo 78). Además la STJUE de 14 de marzo de 2013, relativa al asunto Asís señala en su apartado 73 que *“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”*.

Para reconocer la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, debe quedar siempre claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podrá dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pueda quedar al arbitrio del prestamista, en contravención de lo dispuesto en el artículo 1.256 CC.³⁴

Así pues, los efectos o consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, serán la denegación del despacho, o la nulidad del mismo si ya se hubiere materializado, provocando el sobreseimiento del proceso.

Como ejemplos de las cláusulas de vencimiento anticipado podemos encontrar los siguientes supuestos:

3.3.1. Vencimiento anticipado por incendio de la finca o deterioro considerable³⁵

La cláusula por la que se atribuye a la entidad financiera la facultad de resolución del contrato por vencimiento anticipado por incendio de la finca hipotecada resulta desproporcionada.

Así pues, el art. 1229 de CC, en su apartado tercero, concede al deudor la facultad de prestar nuevas garantías en caso de desaparición de las prestadas anteriormente de manera fortuita. El incendio del inmueble o el deterioro de éste, no puede dar lugar sin más a la pérdida del beneficio del plazo, sin conceder oportunidad al prestatario de completar las garantías mermadas.

Sería admisible de esta manera, el vencimiento anticipado si se produjera alguna de estas dos eventualidades, siempre que se permita al deudor ofrecer unas nuevas garantías, y que este no las ofrezca. .

³⁴ STS 79/2016, de 18 de febrero (FJ, párrafo 70). El art. 1.256 del CC establece que “La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”.

³⁵ SAP A Coruña 9/2017, de 12 de enero.

3.3.2. Vencimiento anticipado por expropiación forzosa

En relación con la cláusula de vencimiento anticipado por expropiación forzosa, se considerará abusiva cuando no se prevea la posibilidad de conceder al deudor una ampliación o sustitución de la garantía por otra nueva igualmente segura.

3.3.3. Vencimiento anticipado por embargo o anotación preventiva sobre la finca hipotecada³⁶

Es en el art.1129 del CC donde se dispone que *“el deudor perderá todo el derecho a utilizar el plazo cuando después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda”*.

Este supuesto no puede equipararse al caso en que se haya acordado un embargo o resulte disminuida la solvencia del deudor. Esta cláusula es abusiva por cuanto el embargo de la finca hipotecada de la acreditada e hipotecante o anotación preventiva, no afecta a la hipoteca constituida y no puede provocar su vencimiento anticipado.

Tal y como señala la STS de 16 de diciembre de 2009, esta cláusula *“supone atribuir a la entidad financiera una facultad discrecional de resolución del contrato por vencimiento anticipado desproporcionada”*.

No se trata de excluir que la Entidad Financiera mantenga las garantías adecuadas, sino de *“evitar que cualquier incidencia negativa en el patrimonio del prestatario, efectiva o eventual, pueda servir de excusa al profesional para ejercitar la facultad resolutoria contractual”*

3.3.4. Vencimiento anticipado por “incumplimiento de cualquiera de las cláusulas del contrato”³⁷

Esta cláusula de vencimiento anticipado por “incumplimiento de cualquiera de las cláusulas del contrato” resulta desproporcionada.

³⁶ SAP A Coruña 9/2017, de 12 de enero de 2017.

³⁷ SAP A Coruña 9/2017, de 12 de enero de 2017.

La facultad resolutoria debe reservarse a los supuestos de incumplimiento de una obligación de especial relevancia o gravedad, por lo que no es coherente que cualquier clase de incumplimiento sirva de motivo de vencimiento anticipado.

Su carácter genérico, por la forma tan amplia en que es redactada e impuesta tal cláusula, sin la consiguiente concreción de los supuestos que comprende, genera la imposibilidad para el prestatario consumidor de tomar auténtica conciencia del motivo de resolución suscrito.

4. LAS CLÁUSULAS SUELO:

Centrándonos en las cláusulas suelo, - que son las que más repercusión mediática han tenido -, son estipulaciones establecidas en los contratos de préstamo hipotecario celebrados con los consumidores y usuarios a través de las cuales se implanta un umbral mínimo por debajo del cual no puede situarse el tipo de interés variable. Fijan por tanto un tope en los intereses a pagar por el prestatario. Este tipo de interés variable esta referenciado en función de las variaciones u oscilaciones generalmente del Euribor.

Con la inclusión de esta cláusula en las escrituras de préstamo hipotecario, la entidad bancaria que concede el crédito se garantiza unos ingresos mínimos, sea cual sea la coyuntura de tipos en los mercados. Por tanto, tal y como argumenta la sentencia del TS núm. 241/2013, de 9 de mayo, esta cláusula *“pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable (...) los convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia”* los sujetos adheridos a ellos.

Tenemos que partir de la base de que desde ya hace algunos años, sobre todo desde 2009, los tipos de interés han experimentado un notable descenso. Las cláusulas suelo y techo limitaban la variabilidad del tipo de interés, pero vista la evolución del Euribor, la cláusula solo sirvió para garantizar a los bancos una rentabilidad mínima, ya que este índice de referencia nunca se aproximó a los tipos máximos que se incluían de manera habitual en los contratos hipotecarios.

Las entidades bancarias daban un tratamiento secundario a las cláusulas suelo, dado que *“no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios”* y así lo recoge el Informe del Banco de España de 2010³⁸. Esto demuestra la falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato.

En el Informe del Banco de España de 2009³⁹ se observaba de las entrevistas con las entidades financieras, que la causa del establecimiento de cláusulas limitadoras del descenso de los tipos de interés era el mantener un rendimiento mínimo de esos activos que permitiera compensar los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones. Al mismo tiempo señalaba que diversas entidades también indicaron que el reforzamiento de esta política en 2009 se vio influida *“por el aumento registrado en esos costes a causa, por un lado, de la caída y encarecimiento del mercado mayorista (...), y de otro, por la de la reducción del negocio”*, implicando unos mayores costes unitarios por unidad de producto, *“por el mayor peso relativo de los costes fijos procedentes de mantener la misma estructura”*.

4.1. Declaración del carácter abusivo de las cláusulas suelo

Hasta el fallo del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013, a los tribunales les habían llegado numerosas demandas cuestionando la legalidad de dichas cláusulas. En sus respuestas algunas veces se determinaba que eran abusivas, y por tanto nulas, por no haberse introducido en el contrato una cláusula de contrapartida que limitara el máximo de interés (cláusula techo), otras veces en cambio estas se han dado por válidas, habiendo disparidad de opiniones.

³⁸ Informe del Banco de España publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, nº 457, de 7 de mayo de 2010, sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, a fin de dar respuesta a la moción aprobada el 23 de septiembre de 2009 por el Pleno del Senado, en la que se instaba al Gobierno a actuar contra las prácticas abusivas que algunas entidades de crédito vienen realizando con sus clientes en relación a la revisión de la cuota de sus hipotecas.

³⁹ Informe del Banco de España sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, fechado en 23 de septiembre de 2009.

4.1.1. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, núm. 2 de Sevilla, del 30 de diciembre.

La sentencia dictada en primera instancia por el JM de Sevilla estimó la demanda de acción colectiva de cesación entablada por la asociación de consumidores AUSBANC⁴⁰. declarando la nulidad, por abusivas, de las denominadas “cláusulas suelo” en los préstamos hipotecarios a interés variable con consumidores, celebrados por las entidades BBVA, LA CAIXA y CAJAMAR.

Este tribunal condenó a estas entidades a la eliminación de dichas condiciones generales de la contratación, y a abstenerse en su utilización en lo sucesivo en sus contratos de préstamo hipotecario con sus consumidores y usuarios.

4.1.2. Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5, de 7 de octubre de 2011.⁴¹

Contra la anterior sentencia citada se interpusieron una serie de recursos de apelación por los representantes de las entidades financieras, siguiéndose los trámites por la Audiencia Provincial de Sevilla. En el recurso se personó el Ministerio Fiscal⁴² por entender afectado el interés social, gracias a lo cual la AP entró al fondo del asunto, pues este mismo tribunal rechazó la legitimación activa de AUSBANC para el ejercicio de las acciones colectivas en defensa de los intereses generales de consumidores y usuarios, por su falta de inscripción en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios.

La Audiencia Provincial en su resolución rechazó que las cláusulas suelo y techo tuvieran la naturaleza de condiciones generales de contratación abusivas, al entender que eran un elemento esencial del contrato negociado y no uno accesorio al constituir uno de los factores de determinación del precio del contrato. También señala que no

⁴⁰ Estas siglas hacen alusión a la Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios.

⁴¹ GÓMARA HERNÁNDEZ, José Luis. “Cláusulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas: soluciones judiciales y extrajudiciales”. Madrid. Francis Lefebvre, S.A. 2017. Pág. 105.

⁴² El art. 11.4 de la LEC le legitima al Ministerio Fiscal para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.

existía imposición por parte del empresario, sino una aceptación libre y voluntaria, y que su carácter no podía considerarse abusivo al tratarse de cláusulas negociadas e incorporándose siguiendo las previsiones normativas sobre transparencia bancaria.

Además la AP afirma que el *“contrato de préstamo es un contrato real y unilateral en cuanto que perfeccionado por la entrega del dinero por el prestamista”* y que *“sólo el prestatario asume obligaciones, que son la de devolver el dinero y pagar los intereses convenidos en el tiempo y plazos estipulados”*. Por tanto no se puede hablar de desequilibrio de los derechos de una de las partes en el contrato cuando no existe reciprocidad propia de los contratos bilaterales.

Esta sentencia es recurrida por la AUSBANC, que interpuso un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación por infracción de normas aplicables. Por su parte, el Ministerio Fiscal también recurrió en casación la sentencia de la AP de Sevilla por inaplicación del art.82.4.c).

4.1.3. Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013

La sentencia dictada por la Sala 1ª del TS, el 9 de mayo de 2013, resuelve el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, y los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por AUSBANC, contra la sentencia AP Sevilla 7-10-11 dictada en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del JM de Sevilla núm.2 en los autos juicio verbal 348/10.⁴³

En su sentencia reafirmaba la doctrina por la que se declaraban nulas las denominadas cláusulas suelo por falta de transparencia.

Ahora bien, las cláusulas suelo son lícitas en sí, pero siempre que se cumpla con la transparencia suficiente que permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. El consumidor debe saber, cuando el suelo estipulado lo haga

⁴³ GÓMARA HERNÁNDEZ, José Luis. *“Cláusulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas: soluciones judiciales y extrajudiciales”*. Madrid. Francis Lefebvre, S.A. 2017. Pág. 105.

previsible, que probablemente las variaciones del tipo de referencia a la baja no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.

Así pues, la sentencia impone un doble control de transparencia, es decir, además de un control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, hay otro control que atiende al conocimiento sobre la carga jurídica y económica del contrato.

Este control de abusividad ejercido por el Tribunal - pese a que entiende que las cláusulas suelo son definitorias del objeto principal y que la Directiva 93/13 indica que “(...) *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*”-, busca garantizar al consumidor un mayor nivel de protección, siguiendo la jurisprudencia marcada por el TSJUE⁴⁴. El Tribunal Supremo defiende que aunque las “*cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario (...), el hecho de que (...) sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo*”.

El elevado coste del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza.⁴⁵

A pesar de que la cláusula está redactada de forma clara, su ubicación dentro del condicionado general entre una abrumadora cantidad de datos, hace que quede enmascarada, algo que contribuye a diluir la atención sobre la misma del consumidor. La cláusula recibe asimismo un tratamiento impropiaamente secundario de modo que el consumidor no percibe su verdadera relevancia⁴⁶. Además el Tribunal entiende que el

⁴⁴ La STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, en su apartado 40 dispone que “(...) *no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección*”.

⁴⁵ STS 241/2013, de 9 de mayo (apartado 224)

⁴⁶ STS 705/2015, de 23 de diciembre (FJ párrafo 429)

hecho de ofrecer cláusulas suelo y techo en el mismo apartado del contrato distorsiona la información que se facilita al consumidor, puse se le presenta el techo como aparente contraprestación o factor de equilibrio.

Respecto a la calificación como contrato de préstamo como unilateral, el Tribunal señala que aunque “*en algunas decisiones de esta Sala se ha mantenido su naturaleza real y unilateral*”⁴⁷, *otras afirman su posible carácter bilateral*”⁴⁸. Y que pese a esto, “*no existe en el Derecho de la Unión, ni en el Derecho nacional norma alguna que refiera el desequilibrio entre los derechos y obligaciones exclusivamente a los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas*”.

En cuanto a los efectos en el tiempo de su pronunciamiento de anulación, siguiendo el criterio marcado por el Ministerio Fiscal⁴⁹, declaraba la irretroactividad de éstos, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia⁵⁰.

El TS justificaba la decisión de estos efectos limitativos con los siguientes argumentos⁵¹:

- Las cláusulas suelo, como se ha señalado anteriormente, son lícitas.

⁴⁷ La STS 495/2001, de 22 de mayo, afirma que “*el contrato de préstamo o mutuo con o sin intereses es un contrato real, en cuanto sus efectos propios no surgen hasta que se realiza la entrega de la cosa (...) Además, es un contrato unilateral en cuanto sólo produce obligaciones para una de las partes, el mutuario o prestatario*”

⁴⁸ La STS 1074/2007, de 10 de octubre, precisa que “*(...) no es lo mismo al contrato bilateral de préstamo y la constitución unilateral del derecho real de hipoteca (...)*”.

⁴⁹ Así pues, en la STS 241/2013, en el apartado 277 se señala que “*El Ministerio Fiscal en su recurso interesa que se precise el elemento temporal de la sentencia, ya que «Si se otorga este efecto retroactivo total (...) quedarían afectados los contratos ya consumados en todos sus efectos, de modo que (...) habría que reintegrar ingentes cantidades ya cobradas», a lo que añade que «no creemos sea ésta la voluntad de la LCGC por drástica en exceso»*”.

⁵⁰ STS 241/2013, de 9 de mayo (apartado 294)

⁵¹ STS 241/2013, de 9 de mayo (apartado 293)

- Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas –el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos-.
- No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España “[...] casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable”.
- Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado.
- La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos –en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más-, sino en la falta de transparencia.
- La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de dicha sentencia.
- No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994.
- La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones.
- Igualmente según el expresado informe, las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos.
- La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor.

- Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico.

El criterio de fijación de efectos a partir del 9 de mayo de 2013 fue confirmado por la sentencia del TS de 25 de marzo de 2015, haciendo mención a la STJUE de 21 de marzo de 2013, sobre el caso RWE, Vertrieb, en la que se dispuso que *“aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión”*, el mismo TJUE podría *“verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurran dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves”*.⁵².

Este trastorno grave del orden público económico en el caso de las cláusulas suelo *“no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto”*⁵³.

Asimismo, sobre la apreciación de buena fe de los círculos interesados, esta podía alegarse hasta la publicación de la sentencia de 9 de marzo, pues hasta entonces se consideraba que las entidades financieras ignoraban que la información suministrada no cubría la exigida y fijada posteriormente con esta sentencia.

4.1.4. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de diciembre de 2016

La sentencia del TJUE debía dar respuesta a las cuestiones prejudiciales interpuestas por el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Granada por auto de 25 de marzo de 2015 y por la AP de Alicante mediante autos de 15 de junio de 2015. Cuestiones relativas a la adecuación con el Derecho comunitario, en especial con el art.6.1 de la Directiva

⁵² STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11. (apartado 59).

⁵³ STS 139/2015, de 25 de marzo (FJ párrafo 427)

93/13/CE, de la limitación de los efectos en el tiempo de la declaración de nulidad de una cláusula suelo.

El TJUE en su sentencia de fecha 21 de diciembre de 2016 estableció que la jurisprudencia española que había limitado el tiempo de los efectos de nulidad de estas cláusulas era incompatible con el Derecho de la Unión. El declarar los efectos como irretroactivos suponía privar con carácter general a todo consumidor a obtener una restitución íntegra de las cantidades indebidamente abonadas a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el periodo anterior al 9 de mayo de 2013, y por tanto dar lugar a una protección hacia el consumidor insuficiente e incompleta.

El TJUE considera que el art. 6.1 de la Dir 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.⁵⁴

La declaración del carácter abusivo de las cláusulas suelo debe poder permitir la restitución de las ventajas obtenidas de manera indebida por el profesional a consta del detrimento del consumidor.

Que el que el TJUE haya declarado una nulidad con efecto retroactivo supone que los consumidores pueden reclamar los intereses indebidamente aplicado, incluso aunque el préstamo esté ya pagado.

Por último señalar que el TJUE, recuerda en el apartado 68 de la sentencia que *“la protección del consumidor no es absoluta (...), el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución aunque ello permitiera subsanar una infracción de una disposición (...) contenida en la Directiva 93/13 (...) el Tribunal Supremo podía declarar legítimamente, en la sentencia de 9 de Mayo de 2013, que esta*

⁵⁴ STJUE de 21 de diciembre de 2016 (apartado 61).

última no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores con fuerza de cosa juzgada.”⁵⁵

5. PROCEDIMIENTOS DE RECLAMACIÓN DE LA CLÁUSULA SUELO

Si se entiende que la cláusula suelo es nula desde que fue incluida, cumpliéndose además la falta de control de incorporación y transparencia, y que además es retroactiva, las entidades deberán devolver todo lo indebidamente cobrado por el uso de esta cláusula, es decir, desde el momento en que la evolución a la baja de los tipos de interés variable que fueron pactados hubieran originado la aplicación de esta cláusula suelo, con la caducidad de la acción como único límite⁵⁶.

Respecto a la caducidad de la acción en aplicación del art. 1.301 del CC, por error en el contrato, el plazo para el ejercicio de la acción de nulidad es de cuatro años.⁵⁷

El Tribunal entiende que se está ante una comercialización de productos complejos, y por tanto el cómputo a efecto de caducidad de la acción de nulidad no comienza el día en que se perfeccionó el contrato, sino cuando el cliente tuvo conocimiento de la existencia de la circunstancia que provocó el error vicio.⁵⁸ De no ser así muchos

⁵⁵ GONZÁLEZ CARRASCO, M^a Carmen. “STJUE 21.12.2016: Retroactividad ¿absoluta? de efectos de la declaración de nulidad de cláusulas abusivas”. Revista *CESCO de Derecho de Consumo* n^o20. 2016. En la pág. 41 de su obra señala que hay que tener en cuenta que el art.510 de la LEC, sobre revisión de sentencias firmes, no considera entre sus motivos que se dicte una sentencia por el TJUE que modifique la jurisprudencia dada por los Estado miembros. Esto sólo acontece cuando la sentencia ha sido dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y dicha resolución haya reconocido la “violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión”

⁵⁶ GÓMEZ GALLIGO, Javier. “Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo”. *El Notario del Siglo XXI*. Revista del Colegio Notarial de Madrid, 2017. n^o 71. Pág. 9

⁵⁷ Art. 1.301 del Código Civil que establece que “*la acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: (...) En los (casos) de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato (...)*”.

⁵⁸ STS 769/2014, de 12 de enero de 2014 (FJ, párrafo 427): “*En relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento*

consumidores se habrían quedado sin la posibilidad de ejecutar la acción de nulidad contractual.

En cambio, no existirá plazo alguno cuando la demanda se fundamente en los artículos 8, 9 y 10 de la LCGC.

5.1. Procedimientos extrajudiciales de reclamación

5.1.1. Reclamación extrajudicial contra cláusula suelo

A raíz de la previsión del incremento de las demandas de consumidores por cláusulas suelo, después de la publicación de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Gobierno promulgó el Real Decreto-ley 1/2007, el 20 de enero. Con este lo que pretende es que a vistas de un aumento de los litigios a afrontar por la jurisdicción civil, con el consecuente coste para la Administración de Justicia por cada pleito, otorgar medidas a los afectados para facilitar y agilizar la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas.

El Real Decreto-ley implanta un sistema de reclamación de carácter previo a la interposición de la demanda judicial, que además no tiene un coste adicional para el consumidor y es obligado de atender por parte de las entidades financieras.

Este Real Decreto-ley es aplicable a los préstamos hipotecarios ya cancelados, siempre que la acción no haya caducado.

Durante el tiempo que se sustancie la reclamación previa, las partes entre sí no pueden hacer ejercicio de ninguna otra acción judicial o extrajudicial que guarde relación con el objeto de la reclamación previa.

de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de (...) otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error”

Este procedimiento extrajudicial es voluntario para el consumidor, evitando de este modo un posible conflicto con el derecho de acceso a la jurisdicción recogido en el art.24 de la CE, tal y como se desprende del preámbulo del Real Decreto-ley.

Todas las entidades de crédito están obligadas a implantar un sistema de reclamación previa, disponiendo de un departamento especializado y debiendo atender y resolver las reclamaciones presentadas dentro de un plazo de tres meses desde su presentación.

Recibida la reclamación, la entidad de crédito debe efectuar un cálculo de la cantidad a devolver y remitirle al consumidor una comunicación desglosando dicho cálculo. En el caso de que la entidad considere que la devolución se presenta procedente, debe comunicar las razones que motivan dicha decisión, concluyendo así el procedimiento extrajudicial.

Una vez el consumidor recibe el cálculo de la cantidad a devolver, la cual incluirá lo correspondiente en concepto de intereses, el consumidor deberá manifestar su acuerdo o desacuerdo con tal, de estarlo la entidad de crédito acordará con el consumidor la devolución del efectivo.

Para motivar un acuerdo y evitar de esta forma el litigio ante los tribunales, únicamente será impuesta la condena en costas a la entidad financiera si el consumidor rechaza el cálculo de la cantidad a devolver o declinase la devolución del efectivo, interponiendo después una demanda judicial en la que el resultado fuera una sentencia más favorable que la oferta recibida por la entidad. De no ser más favorable las costas no quedarían impuestas, algo que parece lógico.

Si el consumidor interpusiera una demanda judicial contra la entidad de crédito sin haber acudido antes al procedimiento extrajudicial regulado en el Real Decreto-ley, en el supuesto de allanamiento de la entidad de crédito antes de la contestación de la demanda, se considerará que no concurre mala fe procesal. En caso de que el allanamiento sea parcial por parte de la entidad de crédito antes de la contestación de la demanda, siempre que consigne la cantidad a cuyo abono se comprometa, solo se le

podrá imponer la condena en costas si el consumidor obtuviera una sentencia cuyo resultado económico fuera más favorable que la cantidad consignada⁵⁹.

5.1.2. Reclamación ante los departamentos y servicios de atención al cliente y defensor del cliente de las entidades financieras

Las entidades de crédito por imposición de la Ley 44/2002⁶⁰, están obligadas a atender y resolver las quejas y reclamaciones que los usuarios de servicios financieros puedan presentar, relacionados con sus intereses y derechos legalmente reconocidos. A estos efectos, las entidades deben contar con un departamento o servicio de atención al cliente encargado de atender y resolver las quejas y reclamaciones.

Este procedimiento podrá seguirse para dar solución a las reclamaciones derivadas de las cláusulas suelo sobre aquellos aspectos no contemplados por el RDL 1/2017, salvo que las entidades de crédito establezcan un procedimiento especial aplicable a estas reclamaciones. También podrá ser seguido como medida de reclamación extrajudicial para las solicitudes de eliminación de otras cláusulas abusivas incorporadas a los préstamos hipotecarios.⁶¹

6. TRATAMIENTO FISCAL DE LAS CANTIDADES PERCIBIDAS POR LA DEVOLUCION DE LAS CLÁUSULAS SUELO⁶²

A raíz de tres Consultas Vinculantes emitidas el 3 de junio de 2016 (V2429-16, V2430-16 y V2431-16), la Dirección General de Tributos estudió las consecuencias tributarias

⁵⁹ Art. 4 del Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de Medidas Urgentes de Protección de Consumidores en Materia de Cláusulas Suelo

⁶⁰ Así queda dispuesto en el art. 29 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero

⁶¹ GÓMARA HERNÁNDEZ, José Luis. *“Cláusulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas: soluciones judiciales y extrajudiciales”*. Madrid. Francis Lefebvre, S.A. 2017. Pág. 157

⁶² BLASCO MERINO, Joaquín. Seminario sobre las “Novedades para la declaración del I.R.P.F. 2016”. Zaragoza. 2017

surgidas para un contribuyente del IRPF, por la declaración de nulidad y consiguiente devolución por la entidad de crédito, de los intereses cobrados en exceso por inclusión en un préstamo hipotecario destinado a la adquisición de una vivienda habitual una cláusula suelo.

La Dirección General de tributos lanzó las siguientes conclusiones:

- La restitución al contribuyente de las cantidades pagadas de más por aplicación de la cláusula suelo no constituye renta alguna sujeta al IRPF.
- Si las cantidades devueltas formaron parte de la base de la deducción por inversión en vivienda habitual practicada por el contribuyente, se pierde el derecho a practicar la deducción en relación con tales cantidades, por lo que se debe regularizar la situación tributaria. La regularización se efectuará conforme a lo establecido en el art. 59 RIRPF⁶³, es decir, añadiendo las cantidades indebidamente deducidas por tal motivo a las cuotas líquidas devengadas en el ejercicio en que procede la devolución, junto con los intereses de demora.
- En el caso de que, además, la entidad financiera abone al contribuyente un interés indemnizatorio por las cantidades cobradas en exceso, estas cantidades, en cuanto que suponen una incorporación de dinero al patrimonio del contribuyente, no calificable como rendimientos, originan una ganancia patrimonial que se cuantifica en el importe percibido por tal concepto y que se integra en la base imponible del ahorro, aún no procedimiento de una transmisión.

El Real Decreto-ley 1/2017 añade a la Ley del IRPF una nueva disposición adicional cuadragésima quinta, con efectos desde la entrada en vigor de este real decreto-ley (21/01/2017) y ejercicios anteriores no prescritos hasta ese momento, que hace alusión al tratamiento fiscal de estas cantidades percibidas por la devolución de las cláusulas

⁶³ El art. 59 del RIRPF establece que “*Cuando, en períodos impositivos posteriores al de su aplicación se pierda el derecho, en todo o en parte, a las deducciones practicadas, el contribuyente estará obligado a sumar a la cuota líquida estatal y a la cuota líquida autonómica o complementaria devengadas en el ejercicio en que se hayan incumplido los requisitos, las cantidades indebidamente deducidas, más los intereses de demora. (...) Cuando se trate de la deducción por inversión en vivienda habitual (...) se añadirá a la cuota líquida estatal la totalidad de las deducciones indebidamente practicadas*”.

suelo. Regula los efectos fiscales derivados de la devolución de los intereses previamente satisfechos por los contribuyentes, sin importar si ésta ha sido a consecuencia de una sentencia judicial o de un laudo arbitral.

La tributación de las cantidades percibidas por la devolución de las cláusulas suelo será la siguiente:

- No se integrarán en la base imponible del IRPF la restitución al contribuyente de las cantidades pagadas de más por aplicación de la cláusula suelo.
- No se integrarán en la base imponible del IRPF los intereses indemnizatorios por las cantidades cobradas en exceso por la entidad financiera.
- Cuando se trate de cantidades percibidas en efectivo o que sean objeto de compensación, que hubieran tenido la consideración de base de deducción por inversión en vivienda habitual, tendrán el siguiente tratamiento fiscal:
 - Cuando se hable de cantidades percibidas en efectivo se perderá el derecho a practicar la deducción, debido a sumar el contribuyente a la cuota líquida estatal y autonómica del ejercicio del acuerdo, sentencia o laudo arbitral, únicamente las cantidades indebidamente deducidas en los ejercicios respecto de los que no hubiera prescrito el derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación, en los términos previstos en el art. 59 RIRPF, sin incluir intereses de demora.
 - Cuando se trate de cantidades objeto de compensación, destinándose por la entidad financiera a minorar el principal del préstamo sin que se haya percibido en efectivo por el contribuyente, no se perderá el derecho a practicar la deducción.
- Cuando se trate de cantidades, percibidas en efectivo u objeto de compensación, que hubieran tenido la consideración de gasto deducible en ejercicios respecto de los que no hubiera prescrito el derecho de la Administración para determinar

la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación, se perderá el derecho a deducir el gasto, que deviene indebido como consecuencia de su reintegro, debiendo practicarse autoliquidación complementaria correspondiente a tales ejercicios no prescritos, sin sanción, ni intereses de demora, ni recargo alguno en el plazo comprendido entre la fecha del acuerdo, sentencia o laudo arbitral y la finalización del siguiente plazo de presentación de autoliquidación por el IRPF.

- Cuando se trate de cantidades que hubieran sido satisfechas por el contribuyente en un ejercicio cuyo plazo de presentación de declaración por el IRPF no estuviera vencido, percibidas en efectivo u objeto de compensación, directamente no formarán parte de la base de deducción por inversión en vivienda habitual ni de deducción autonómica alguna ni tendrán la consideración de gasto deducible.

7. NECESIDAD DE MÁS CONTROL

GÓMEZ GALLIGO, director general de los Registros y del Notariado, en su participación en la Revista *El Notario del Siglo XXI*, aboga por atribuir a la figura del notario a través de la ley facultades para velar por el control de transparencia real o material y no solo formal como hace hasta ahora. Nos recuerda que a vista del TJUE no es suficiente con que el consumidor tenga una mera comprensión gramatical de las cláusulas financieras, sino que estas deben estar suficientemente explicadas por parte de la entidad de crédito, y por eso es importante que el notario disponga de instrumentos legales que le permitan comprobar que esto ha sido así.

La simple lectura al consumidor de la escritura pública que iba a suscribir o la expresión manuscrita acompañando a la cláusula⁶⁴ han resultado insuficientes, por ello GÓMEZ

⁶⁴ El art. 6 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, en busca del fortalecimiento de la transparencia en las nuevas cláusulas suelo; exige que la escritura pública incluya junto a 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. Este artículo dispone que: “*Los contratos que requerirán la citada expresión manuscrita serán aquellos que se suscriban con un prestatario, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, en los que (...) se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las*

GALLIGO propone aprovechar la trasposición de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos para bienes inmuebles de uso residencial, para incrementar legalmente el control con la figura del notario.

A la vista también de GÓMEZ GALLIGO, resultaría positivo el reforzamiento del control de abusividad en lo relativo a la autorización e inscripción de cláusulas declaradas abusivas, sancionando que los notarios y los registradores de propiedad autoricen o inscriban contratos en los que pueda apreciarse incluida alguna cláusula contraria a la norma o declarada nula en sentencia del Tribunal Supremo.⁶⁵

cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza (...)”.

⁶⁵ GÓMEZ GALLIGO, Javier. *Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo*. El Notario del Siglo XXI. Revista del Colegio Notarial de Madrid, 2017. nº 71. Pág. 10 – 11.

8. CONCLUSIONES

El aumento de las órdenes de ejecución de desahucio desde el inicio de la crisis en 2007, desencadenó la pérdida de confianza de los ciudadanos en las entidades financieras. La reacción provocó un reguero de peticiones por parte de los clientes, para examinar y revisar los contratos hipotecarios que habían negociado con sus entidades de crédito; y en particular algunas de las cláusulas contenidas en las condiciones generales de contratación, por considerarlas abusivas.

De la revisión de estas demandas planteadas por innumerables consumidores, tanto los tribunales nacionales, como el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sus resoluciones sobre el carácter abusivo de estas cláusulas predisuestas en los contratos hipotecarios, entendieron que su validez venía a depender del cumplimiento de los principios de: justa reciprocidad, responsabilidad y transparencia. Principios que deben de poder coexistir con la búsqueda legítima de beneficios por parte de las entidades financieras, teniendo en cuenta que sus clientes forman parte de su activo.

La consecuencia de su inclusión sin cumplir con estos requisitos es clara; nulidad y consiguiente restitución de las cantidades debidas. Pues la no observancia de estos principios se entiende como un aprovechamiento por parte de la entidad de su posición de superioridad.

Las *cláusulas suelo* han sido las que más repercusión han tenido, llegando a pronunciarse sobre ellas hasta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Estas cláusulas impedían al consumidor un legítimo ahorro del pago mensual frente a las bajadas del índice de referencia

Respecto a las *cláusulas suelo*, la mayor discrepancia entre los tribunales nacionales surgió en relación con el carácter retroactivo de la decisión del Tribunal Supremo, siendo resuelta por el TJUE. El TJUE en su pronunciamiento de 21 de diciembre de 2016 estableció que la jurisprudencia española que había limitado el tiempo de los efectos de nulidad de estas cláusulas era incompatible con el Derecho de la Unión.

La declaración de los efectos no retroactivos suponía privar con carácter general a todo consumidor a obtener una restitución íntegra de las cantidades indebidamente abonadas a la entidad bancaria durante el periodo anterior al 9 de mayo de 2013, y por consiguiente dar lugar a una incompleta protección del consumidor.

A vistas del incremento de las demandas de consumidores por *cláusulas suelo*, después de la publicación de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Gobierno promulgó el Real Decreto-ley 1/2017, el 20 de enero, con la pretensión facilitar y agilizar la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas a través de un mecanismo extrajudicial obligado de atender por parte de las entidades financieras que no colapsara la jurisdicción civil.

Pese a ello, cabe apuntar que a la hora de confeccionar este trabajo se suceden las desestimaciones del derecho de devolución por parte de algunas entidades bancarias, fundamentando su rechazo en que *la cláusula suelo* fue objeto de información precontractual suficiente e individualizada al facilitarle la Ficha de Información Personalizada, por lo que entendemos que continuará la beligerancia de las partes.

9. BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO APARICIO, Alicia “*Abogado considerado como «consumidor»: STJUE de 3 de septiembre de 2015, Asunto C-110/14*”. Revista de Derecho UNED, nº 19. 2016
- BANCO DE ESPAÑA. *Guía de acceso al préstamo hipotecario*. Madrid. 2016.
- GÓMARA HERNÁNDEZ, José Luis. *Cláusulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas: soluciones judiciales y extrajudiciales*. Madrid. Francis Lefebvre. 2017
- GÓMEZ GALLIGO, Javier. *Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo*. El Notario del Siglo XXI. Revista del Colegio Notarial de Madrid, nº 71. 2017
- GONZÁLEZ CARRASCO, M^a Carmen “*STJUE 21.12.2016: Retroactividad ¿absoluta? de efectos de la declaración de nulidad de cláusulas abusivas*”. Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº20. 2016
- INFORME DEL BANCO DE ESPAÑA sobre *determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios*. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, nº 457, de 7 de mayo de 2010.
- INFORME DEL BANCO DE ESPAÑA sobre *determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios*, de 23 de septiembre de 2009.
- LETE ACHIRICA, Juan. “*Condiciones Generales, cláusulas abusivas y otras nociones que hay que distinguir*”. Actualidad. Civil. 2000.
- MORALES QUINTANILLA, Carlos René. “*Las condiciones generales de los contratos y el control del contenido frente a las cláusulas abusivas*”. Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca.

10. JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera). Sentencia de 3 de junio de 2010. Asunto C-484/08. ECLI:EU:C:2010:309
- Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera). Sentencia de 14 de junio de 2012. Asunto C-618/10. ECLI:EU:C:2012:349
- Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera). Sentencia de 21 de marzo de 2013. Asunto C-92/11. ECLI:EU:C:2013:180
- Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera). Sentencia de 16 de enero de 2014. Asunto C-226/12. ECLI:EU:C:2014:10
- Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera). Sentencia de 21 de enero de 2015. Asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13. ECLI:EU:C:2015:21
- Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (Sala 6ª). Sentencia de 11 de junio de 2015. Asunto C-602/13. ECLI:EU:C:2015:397
- Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala). Sentencia de 21 de diciembre de 2016. Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15. ECLI:EU:C:2016:980

TRIBUNAL SUPREMO

- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia 495/2001, de 22 de mayo.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sala 1ª). Sentencia 1074/2007, de 10 de octubre.

- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia 792/2009, de 16 de diciembre.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 991). Sentencia 241/2013, de 9 de mayo.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 991). Sentencia 769/2014, de 12 de enero.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 991). Sentencia 139/2015, de 25 de marzo.
- Tribunal Supremo (Sala de lo civil, Sección 991). Sentencia 705/2015, de 23 de diciembre.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia 265/2015, de 22 de abril.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia 222/2015, de 29 de abril
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 991). Sentencia 364/2016, de 3 de junio.
- Tribuna Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia 30/2017, de 18 de enero.

AUDIENCIA PROVINCIAL

- Audiencia Provincial de Sevilla (Sección núm. 5). Procedimiento 348/10, de 7 de octubre de 2011
- Audiencia Provincial de A Coruña (Sección núm. 4). Sentencia 9/2017, de 12 de enero.

JUZGADOS DE LO MERCANTIL

- Juzgado de lo Mercantil de Sevilla núm.2. Sentencia 246/2010, de 30 de septiembre.

11. LEGISLACIÓN

- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. «BOE» núm. 89, de 14 de abril de 1998. BOE-A-1998-8789.
- Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero. «BOE» núm. 281, de 23 de noviembre de 2002. BOE-A-2002-22807
- Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero. «BOE» núm. 78, de 31 de marzo de 2007. BOE-A-2007-6820
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. «BOE» núm. 287, de 90 de noviembre de 2007. BOE-A-2007-20555
- Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación de Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que establece determinada norma tributaria. «BOE» núm. 294, de 8 de diciembre de 2007. BOE-A-2007-21086.
- Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. «BOE» núm. 116, de 15 de marzo de 2013. BOE-A-2013-5073.
- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. «DOUE» núm. 95, de 21 de abril de 1993. DOUE-L-1993-80526.