

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

DICTÁMEN: “Contrato de crédito al consumo a favor de un abogado: problemas de derecho internacional privado”



Universidad de Valladolid

Tutor: D^a Carmen Vaquero López.

Alumno: D. Alberto Gómez Duránte.

Listado de Abreviaturas utilizadas en el dictamen.

Cc: Código civil.

C.Com: Código de comercio.

LOPJ: Ley orgánica del poder judicial.

RBI: Reglamento Bruselas I.

RBI bis: Reglamento Bruselas I bis.

RDTRLGDCU: Real decreto del texto refundido de la ley general para la defensa de consumidores y usuarios.

RRI: Reglamento Roma I.

RRI bis: Reglamento Roma I bis.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

STJCE: Sentencia del tribunal de justicia de la Comunidad Europea.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TRLGDCU: Texto refundido ley general para la defensa de consumidores y usuarios.

INDICE:

- 1.- ANTECEDENTES. (Pág 4)
- 2.- CONSULTA. (Pág 4)
- 3.- DICTAMEN. (Pág4)
- 4.- CONCEPTOS DOCTRINALES. (Págs 5-8)
 - 4.1.- Concepto y naturaleza de consumidor según el TRLGDCU y la directiva 93/13/CEE.
 - 4.2.- Competencia Internacional.
- 5.- SITUACIONES EXPUESTAS Y VIAS DE SOLUCIÓN AL CONFLICTO. (Págs 9-19)
 - 5.1.- Se solicita informe sobre la condición del Sr López como consumidor.
 - 5.2.- Se solicita informe sobre la competencia de los tribunales españoles para conocer de la acción de nulidad de la cláusula contenida en el contrato de crédito.
 - 5.3.- Se solicita informe sobre la ley aplicable al contrato de crédito.
- 6.- ESPECIAL REFERENCIA A LA STJUE 3 DE SEPTIEMBRE DE 2015. (Págs 20-23)
- 7.- ESPECIAL REFERENCIA A LOS ART 67 LGDCU y 6 RRI. (Págs 24-25)
- 8.- CONCLUSIÓN. (Págs 26-28)
- 9.- RELACION BIBLIOGRAFICA. (Págs 29-30)

1. ANTECEDENTES.

El Sr López L, nacional español con domicilio en la ciudad de Valladolid (España), ejerce la abogacía en el ámbito mercantil internacional. En febrero de 2014 celebró un contrato de crédito con el Banco Espirito Santo que firmó en la oficina principal de esta entidad en Rua Barata Salgueiro, 28 de Lisboa (Portugal). La devolución del préstamo concedido se garantizó mediante una hipoteca constituida sobre un inmueble que el Sr López posee en la capital portuguesa. Un año más tarde, el Sr. López presenta ante el Juzgado de Primera Instancia de Valladolid una demanda en la que solicita, por una parte, la declaración del carácter abusivo de la cláusula del contrato de crédito relativa a una comisión de riesgo y, por otra parte, la anulación de dicha cláusula y la devolución de la citada comisión.

2. CONSULTA.

Se solicita un dictamen sobre las siguientes cuestiones:

1º Sobre la condición del Sr López como consumidor.

2º Sobre la competencia de los tribunales españoles para conocer de la acción de nulidad de la cláusula contenida en el contrato de crédito.

3º Sobre la ley aplicable al contrato de crédito.

3. DICTAMEN.

La consulta se ha realizado en términos bastante concretos. Lo que se pretende es que el letrado que suscribe el presente documento responda mediante dictamen las cuestiones abordadas sobre el Sr López como consumidor, sobre la competencia de tribunales españoles para conocer de la acción, y sobre la ley aplicable al contrato de crédito.

De los hechos relatados se deduce lo siguiente: Se nos presenta un caso de una firma de contrato crediticio en un banco portugués con una garantía mediante hipoteca de un inmueble en Lisboa, y con posterioridad el Sr López se da cuenta del carácter abusivo de una de las cláusulas del contrato y solicita la anulación de dicha cláusula y la devolución de la citada comisión. Por tanto hemos de añadir respuestas a las cuestiones indicadas con anterioridad para llevar a cabo la elaboración del dictamen.

4. CONCEPTOS DOCTRINALES.

4.1. Concepto y naturaleza de consumidor.

Concepto de consumidor.

Para abordar el tema he creído conveniente dar una definición clara y explicar el concepto de consumidor.

En primer lugar quiero hacer referencia al TRLGDCU , a su artículo 3 el cual nos dice lo siguiente entendemos por consumidor aquella persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma 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.¹

Según la directiva 93/13 CEE DEL CONSEJO de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores Artículo 2; A efectos de la presente Directiva se entenderá por consumidor: Toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional.

Según el autor S. Cámara .El concepto general de consumidor y de usuario del art. 3 TRLGDCU, procede de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el TRLGDCU y también en algunas otras Directivas cuyas leyes de transposición han quedado marginadas de este nuevo texto de 2007.²

De esta forma, según su Exposición de Motivos el concepto «se adapta a la terminología comunitaria, pero respeta las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las personas jurídicas».

En cuanto a las Directivas que han sido refundidas por el RDLeg. 1/2007, coinciden la Directiva 85/577 (ventas fuera de establecimiento, art. 2), la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas, art. 2.b), la Directiva 97/7 (contratos a distancia, art. 2.2) y la Directiva 99/44 (garantías en las ventas de consumo, art. 1.2.a) en que ***consumidor es toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional.***

¹ 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.

² Cámara Lapuente. S. *Comentarios a las normas de protección de los consumidores.* Editorial: SA colex. Editorial constitución y leyes, (2011) pág. 23.

En cuanto a las Directivas que se encuentran fuera del TRLGDCU, la idea se reitera, invariablemente aludiendo todas a la persona física ninguna Directiva de consumo contempla las personas jurídicas en su ámbito que con un fin o propósito ajeno a su actividad comercial o profesional (Directiva 98/6 sobre indicación de precios, art. 2.e; Directiva 2002/65 sobre comercialización a distancia de servicios financieros, art. 2.d; Directiva 2008/48 sobre crédito al consumo, art. 1.2.a;) o a su actividad económica, negocio o profesión. (Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico, art. 2.e) (Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales, art. 2.a; Directiva 2008/122 sobre contratos de aprovechamiento por turno, art. 2.f).

Por su conexión con las Directivas mencionadas, conviene hacer referencia a otras normas comunitarias en la actualidad Derecho interno español que adoptan una noción similar; más aún, el origen de estas otras normas constituyó en su día el germen de la noción comunitaria.

Así, el Reglamento 1215/2012, sobre competencia judicial en materia civil y mercantil (el llamado Reglamento Bruselas I bis), introduce un foro de competencia especial para contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional.

Por su parte, el Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales contempla también en su art. 6 los contratos de consumo, entendidos como los celebrados por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional ('el consumidor') con otra persona ('el profesional') que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional.

Interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Hasta la fecha, el concepto existente del Derecho material comunitario ha sido interpretado por la jurisprudencia comunitaria de forma restrictiva y haciendo coincidir el parámetro legal negativo (actuar al margen de actividades empresariales) con una explicación en clave positiva de en qué consiste esa actuación.

Según la STJCE 14 marzo 1991³ (asunto di Pinto) recaída en torno a la noción de consumidor en la Directiva 85/577 sobre contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, en la que un empresario celebró un contrato de publicidad sobre su fondo de comercio a raíz de una visita a su domicilio, señaló que tales contratos con otros empresarios constituyen actos de gestión realizados para satisfacer necesidades que no son las necesidades familiares o personales del comerciante, por lo que dicho comerciante no merece la calificación de consumidor.

³ STJCE (Sala 1ª) 14 marzo 1991, asunto C-48/98 Patrice di Pinto.

"Ley aplicable a un contrato de crédito al consumo celebrado por Abogado en ejercicio".

Interpretando la misma Directiva, la STJCE 17 marzo 1998⁴ (asunto Dietzinger, sobre un contrato de fianza concluido por un particular para garantizar la devolución de un préstamo para consumo empresarial ajeno) señaló que aquélla no limita su ámbito de aplicación en función de la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, siempre que tales bienes o servicios estén destinados al consumo privado.

Aún más explícito y reiterativo se ha mostrado el TJCE al interpretar los arts. 13 y 14 del Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial (actual art. 15 del Reglamento UE 44/2001), el cual, como se vio, contiene, en el plano del Derecho procesal comunitario. Una definición de consumidor similar a la de las Directivas examinadas; amén de subrayar que el concepto del Convenio debe interpretarse de forma autónoma, desligada del Derecho interno de los Estados contratantes. (SSTJCE 21 junio 1978, 19 enero 1993, 3 julio 1997, 27 abril 1999, 11 julio 2002, 20 enero 2005 – asunto Gruber–, 20 enero 2005 –asunto Engler–)⁵, el TJCE ha enfatizado que esas disposiciones sólo se refieren al consumidor final privado que no participe en actividades comerciales o profesionales. (STJCE 21 junio 1978, asunto Bertrand; STJCE 19 enero 1993, asunto Shearson Lehman Hutton Inc. 13 y 22; STJCE 11 julio 2002, asunto Gabriel; STJCE 20 enero 2005, asunto Gruber; STJCE 20 enero 2005, asunto Engler.)⁶

Sólo engloban los contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo y el concepto de consumidor debe interpretarse de forma restrictiva, pues cuando una persona celebra un contrato para usos relacionados con su actividad profesional debe considerarse que aquélla se encuentra en igualdad de condiciones con su cocontratante (STJCE 20 enero 2005, asunto Gruber).

⁴ STJCE (Sala 5ª) 17 marzo 1998, asunto C-45/96, Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG c. Edgar Dietzinger.

⁵ STJCE (Sala 2ª) 20 enero 2005, asunto C-27/02, Petra Engler c. Janus Versand GmbH.

⁶ . STJCE 21 junio 1978, asunto C-150/77, caso Bertrand c. Ott; STJCE (Pleno) 19 enero 1993, caso Shearson Lehman Hutton Inc. TVB; STJCE (Sala 6ª) 11 julio 2002, asunto C-96/00, caso Rudolf Gabriel; STJCE (Sala 2ª) 20 enero 2005, asunto C-464/01, caso Johan Gruber c. Bay Wa AG.

4.2. Competencia Internacional.

Para empezar a intentar resolver el caso en cuestión hemos de decir lo siguiente:

La resolución de todo litigio entre partes exige, en derecho, un tribunal competente y un derecho aplicable, y partiendo de esta base procederemos a averiguar qué tribunal es el competente y que derecho debe ser utilizado en el caso en cuestión.

Las reglas jurídicas, por definición, son aplicadas por los tribunales de justicia si bien las que organizan la actividad de estos para hacer efectiva la ordenación de la justicia y las aplicables al fondo del asunto, son de naturaleza distinta.

En nuestra disciplina, ya se distinguió entre las reglas aplicables al proceso y que son siempre las del foro, y las reglas que regulan el fondo del litigio y que pueden ser las del foro o las de un ordenamiento extranjero.

En nuestro derecho se ha diferenciado entre jurisdicción y competencia.

La jurisdicción fue defendida en varias constituciones españolas del periodo liberal como la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

La competencia por el contrario, es la específica facultad de los juzgados y tribunales para entender de determinado asunto.

Se trata de determinar respecto de asuntos que presenten elementos de extranjería cuales están atribuidos a los tribunales españoles y cuáles no.⁷

En este caso en cuestión en los apartados posteriores realizaremos una explicación que nos aclare si es el tribunal español el competente para el caso en cuestión y si por consiguiente también son las leyes españolas las que deben solucionar el conflicto.

⁷ Esplugues Mota. C. *Manual de derecho internacional privado*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2013. Pág 91.

5. SITUACIONES EXPUESTAS Y VIAS DE SOLUCIÓN AL CONFLICTO.

5.1. Se solicita informe sobre la condición del Sr López como consumidor.

Para la elaboración de un informe sobre la condición de consumidor del señor López es de especial relevancia referirnos al artículo 3 del TRLGDCU, ya que este, es un artículo en el cual nos ofrece el significado de consumidor entendiendo este artículo por tal a aquella persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma 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.

También hemos de hacer una breve referencia a la directiva 93/13 CEE DEL CONSEJO de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores en especial a su artículo 2. A en el cual se nos da su visión de consumidor entendiéndose este como toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional.

En definitiva la interpretación que se debe hacer es la siguiente:

En el caso que aquí respecta, lo primero que hay que dejar meridianamente claro es que la persona que ha celebrado el contrato se le considera consumidor, en este caso se está celebrando un contrato de crédito entre un particular y un banco, este particular debe ser considerado consumidor puesto que no está actuando como abogado que es su profesión, ni hay constancia de que dicho dinero vaya a ser utilizado para su actividad profesional.

Por todo ello queda absolutamente claro la condición de consumidor de dicho abogado.

5.2. Se solicita informe sobre la competencia de los tribunales españoles para conocer de la acción de nulidad de la cláusula contenida en el contrato de crédito.

En este segundo apartado lo que se nos pide es saber qué tribunal es competente para conocer de dicha acción de nulidad que consta en el contrato en cuestión y porque motivo es competente.

Para saber qué tribunal es competente hemos de dirigirnos al reglamento Bruselas I bis, en este reglamento encontramos en su artículo 4 lo siguiente: Las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado.

Por tanto de aquí sacamos la conclusión siguiente; que los tribunales competentes para conocer dicho caso en cuestión serían los tribunales españoles ya que el sujeto en cuestión denominado anteriormente consumidor está domiciliado en España.

En sus artículos 17 y 18 del citado reglamento, se nos explica que se entiende por consumidor y cuál debe ser el tribunal competente en este tipo de contratos, y una vez más nos remite al tribunal donde este domiciliado el consumidor, en este caso España.

En lo que respecta a estos artículos hacemos especial hincapié en su artículo 18 que nos describe la competencia de los tribunales en casos de contratos de consumo diciéndonos que dicha acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliada dicha parte o, con independencia del domicilio de la otra parte, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté domiciliado el consumidor.

También nos añade que la acción entablada contra el consumidor por la otra parte contratante solo podrá interponerse ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliado el consumidor.

En todas las citas legales que hemos hecho referencia, nos queda claro que el tribunal competente debe ser el del domicilio del consumidor y por consiguiente, la competencia es de los tribunales españoles.

5.3. Se solicita informe sobre la ley aplicable al contrato de crédito.

Una vez resuelto el caso de la competencia de tribunal y dejando claro refiriéndonos al reglamento Bruselas I bis que los tribunales competentes son los españoles, ahora nos tocaría fijar que ley debe ser aplicable al caso en cuestión, y en lo que a este caso respecta la ley aplicable a este contrato de crédito sería la siguiente:

En primer lugar debemos a hacer referencia y hemos de centrarnos principalmente en el art 6 del reglamento Roma I bis que nos describe que es el contrato de consumo y que ley debe ser aplicada a estos.

Por tanto diremos que este contrato de consumo es aquel contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional («el consumidor») con otra persona («el profesional») que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional, se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional:

- a) Ejercer sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual.
- b) Por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades.

Por tanto una vez que nos ha quedado claro que es el ordenamiento jurídico español el competente para poner solución a este conflicto, el siguiente paso que debemos dar es que la ley de nuestro ordenamiento jurídico debe ser aplicada al caso en cuestión. Para ello haremos una referencia para solventar este caso a la siguiente ley de nuestro ordenamiento jurídico:

La ley aplicable al caso en concreto sería el TRLGDCU (texto refundido de la ley general para la defensa de consumidores y usuarios).

Así en su artículo 67 que versa sobre las normas de derecho internacional privado, nos dice que la ley aplicable a los contratos celebrados con consumidores y usuarios se determinará por lo previsto en el Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), así como por las demás disposiciones del Derecho de la Unión Europea que les sean de aplicación. Cuando no se haya podido determinar el contenido de la ley extranjera, se aplicará subsidiariamente la ley material española.

Por tanto nuestra LGDCU nos remite al reglamento Roma I y este a su vez nos remite al ordenamiento jurídico español, por ello en la citada ley en sus artículos 82 y siguientes se recoge todo lo referente a las cláusulas abusivas. Y se nos dice lo siguiente:

Se considerarán 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.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hubieran negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.

El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

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.

No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive:

- a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario,
- b) limiten los derechos del consumidor y usuario,
- c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,
- d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,
- e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato.

Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

Para la eliminación de una cláusula abusiva, es necesario que el perjudicado sea consumidor a los efectos de poder aplicar el TRLDCU. En numerosas ocasiones, los Jueces han considerado que cuando se trata de un profesional, normalmente autónomos como puedan ser economistas, ingenieros, abogados o notarios, no nos encontrábamos ante un consumidor.

La consecuencia era la no aplicación del TRLDCU y la imposibilidad de eliminar la cláusula abusiva en cuestión.

Con las últimas modificaciones al respecto sobre cláusulas abusivas se protege a los consumidores no solo contra las condiciones generales de los contratos sino también frente a aquellas cláusulas que no hayan sido negociadas individualmente, aun cuando

no sean condiciones generales de los contratos por no haber sido predisuestas para una pluralidad de contratos sino para uno solo.⁸

También en estos supuestos de cláusulas abusivas se realiza la protección a través de un control de incorporación al contrato, de unas normas generales de interpretación y de un control de contenido que en este caso responde verdaderamente a un sistema de protección específica.

En efecto se consagra una cláusula general de protección frente a aquellas cláusulas abusivas que en contra de las exigencias de la buena fe causen perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que se deriven del contrato, destacando además que el carácter abusivo de las cláusulas se apreciara teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios del objeto del contrato, y todas las circunstancias que concurran en él.

Para una mejor aclaración del tema he decidido citar la siguiente sentencia, ya que es de especial relevancia en lo que a cláusulas abusivas respecta, *sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618 Banco Español de Crédito.*⁹

En esta resolución, el Tribunal interpretó el artículo 83 del texto refundido de 2007 en relación con el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, considerando que España no había adaptado correctamente su Derecho interno a dicho artículo, en la medida en que la norma interna española atribuía al juez nacional la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en los contratos, para integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y el principio de buena fe objetiva.

El Tribunal consideró que dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida en que dichos 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, garantizando de este modo el interés de los empresarios.

En función de ello, se modifica la redacción del citado artículo 83 del Texto Refundido de 2007 para la correcta transposición del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE.

⁸ Menéndez. A. *Lecciones de derecho mercantil*. Editorial Thomson civitas. Madrid. 2004. Pág 533.

⁹ STJUE, de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618 Banco Español de Crédito.

En este tema se modifica el artículo 83 que queda redactado del siguiente modo:

“Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”.

Conforme al citado precepto, el juez podrá declarar la nulidad de las cláusulas abusivas, previa audiencia de las partes, manteniéndose la obligatoriedad del resto del contrato, siempre que el mismo pueda subsistir sin las mismas

Incidencia sobre el régimen vigente

El nuevo precepto suprime la posibilidad de integrar el contrato con arreglo a lo dispuesto por los artículos 1258 CC, 65 y 83.2 TRLCU (también art. 10.2 LCGC) y al principio de buena fe objetivo, así como las facultades moderadoras del juez respecto de los derechos y obligaciones de las partes y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. También afectará a otros preceptos, como el art. 7.2, 21.2 y 4 LCCC (Ley de Contratos de Crédito al Consumo). Y no serán los únicos.

Ello es consecuencia de la necesidad de adaptar la legislación española, especialmente la de carácter procesal, al derecho europeo y a la doctrina sentada por el TJUE, para garantizar al consumidor una protección más eficaz, en los términos exigidos por la Directiva 13/93/CEE, de 5 de abril, y normativa que la desarrolla.

La reforma legislativa en curso da respuesta a algunas de las cuestiones que suscita la doctrina del TJUE, lo que no exime a los jueces del deber de completar las lagunas que pudieran existir aplicando los principios generales del ordenamiento jurídico europeo y nacional.

La facultad integradora de la cláusula abusiva

La STJUE de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito (C-618/10) -EDJ 2012/109012- se pronunció sobre la facultad integradora de la cláusula abusiva, en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona en el marco de un procedimiento monitorio en el que una entidad bancaria reclamaba a un cliente una deuda derivada de un contrato de crédito al consumo. En concreto, se planteaba la compatibilidad de la facultad integradora del contrato por el

Juez prevista en el artículo 83 del TRLGDCU respecto al artículo 6 de la Directiva 93/13 -EDL1993/15910- que expresamente prevé la no vinculación de la cláusula. En efecto, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/UE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores dispone que:

“Ley aplicable a un contrato de crédito al consumo celebrado por Abogado en ejercicio”.

"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."

En su Sentencia, el TJUE establece que dicho precepto debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el art. 83 LGDCU, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva.

Por tanto, en el supuesto litigioso de aquella sentencia, el Juez de Primera Instancia podía y debía apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula relativa al interés de demora, pero lo que no podía hacer es modificar o moderar dicha cláusula sino que había de limitarse a declarar su nulidad.

Advierte el TJUE que esta facultad moderadora o integradora contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen ni vinculen a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse su nulidad, el contrato podría ser integrado por el juez en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. Con la declaración de esta Sentencia, el Juez no puede modificar ni integrar el contenido de una cláusula declarada nula por abusiva. Ello provocará que se destierre definitivamente la práctica judicial consistente en moderar las cláusulas abusivas en beneficio del predisponente.

Las compañías que realicen contratación en masa deberán tener mucho cuidado en no incluir en sus contratos cláusulas que puedan considerarse abusivas, ante el riesgo de que éstas sean declaradas nulas y sin posibilidad de ser moderadas por el juez¹⁰

¹⁰ Martínez Espín P. Revista CESCO de Derecho de Consumo Nº 9/2014
<http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco> *Estudios y Consultas ¿Qué hay de nuevo en materia de cláusulas abusivas?* Universidad de Castilla-La Mancha págs. 76-84

Concepto, naturaleza jurídica y caracteres del contrato de crédito.

I. Concepto

La apertura de crédito es un contrato por el cual un banco se obliga a poner a disposición de su cliente una suma de dinero determinada, por un período de tiempo determinado o indeterminado, que el cliente puede utilizar según le convenga, y el cliente se obliga a la devolución del dinero del cual dispusiere, así como al pago de una comisión más los intereses que se devengaren por la utilización del crédito.

Según Garrigues es un contrato por el que se transmite capital, generalmente dinero para la utilización temporal por el prestatario, con la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

Por su parte Broseta define el crédito bancario o préstamo bancario como aquel contrato por el que un banco entrega una suma de dinero determinado, obligándose a quien la reciba a restituir otro tanto de la misma especie y calidad en la época convenida y a pagar el importe de los intereses pactados. Como se puede apreciar tales definiciones están tomadas del artículo 1740 del código civil en el cual se define el préstamo.

Hay préstamo o mutuo siempre que una persona –prestamista- entrega dinero a otra con la obligación de ésta –prestatario- de devolver la cantidad entregada aumentada, si así se ha pactado, con los intereses.

En relación con la mercantilidad del préstamo, cuestión debatida durante mucho tiempo y que ha hecho correr ríos de tinta y dado lugar a todo tipo de posiciones doctrinales y resoluciones jurisprudenciales, este contrato no es atípico, sino que viene regulado en el Código de Comercio, que en su artículo 311 establece que ha de concurrir un doble elemento: el subjetivo (ser empresario o comerciante el prestamista o prestatario) y objetivo (destinarse el dinero recibido o cosa prestada a un acto de comercio).

Claro, en seguida se pregunta uno, ¿y quién es el que lleva a cabo este tipo de contrato con carácter general? Sin duda ninguna los bancos, las entidades de crédito; y, por tanto, ¿no sería más lógico que la regulación de los préstamos que conceden los bancos encontrara su acomodo en la regulación mercantil y no la civil?

Pese a que se ha intentado vanamente desde posiciones doctrinales civilistas mantener una interpretación literal del precepto, y la jurisprudencia no siempre ha sido clara en este sentido.

En la actualidad y con base en la histórica. (STS de 9 de mayo de 1944)¹¹ puede afirmarse sin ningún lugar a dudas que cualquier préstamo que concede un banco, con independencia de cuál sea el objeto o el fin al que se destina el dinero recibido, es mercantil y por tanto sometido a la regulación del Código de Comercio (en virtud del art. 2) y no del Código Civil.

Véanse, por ejemplo, (las Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 4ª) de 18 de junio de 2001, núm. 312/2001)¹² o la de (la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 7ª) de 17 de diciembre de 2003, núm. 272/2003).¹³

Estas sentencias examinan la concurrencia de los dos requisitos mencionados del art. 311 C.Com.

Como el préstamo es un contrato real (se perfecciona cuando el prestamista entrega el dinero al prestatario, art. 311 y ss. C. Com.) no hay obligaciones a cargo del prestamista ya ha entregado el dinero.

La obligación fundamental del prestatario es restituir otro tanto de lo prestado, por tanto, el capital y, en su caso los intereses, exactamente lo mismo que se le entregó (es decir, si se ha pactado la devolución en moneda específica, la moneda pactada y si no, moneda de curso legal).

Rige, pues, el principio nominalista, de forma que si la moneda pactada sufre una devaluación, el daño es para el acreedor.

En materia de forma rige el principio de libertad, pero debe recordarse que el art. 314 C.Com. exige el pacto escrito para el devengo de intereses.

Debe tenerse en cuenta, además, que normas administrativas imponen -a las entidades de crédito- la celebración por escrito, que la forma escrita es exigida por la ley de crédito al consumo para los préstamos que entran dentro de su ámbito de aplicación y que la entrega al cliente de un ejemplar de las condiciones generales es un requisito de incorporación de las mismas (arts. 5 y 7 LCGC) y que el acceso al juicio ejecutivo requiere que en el contrato haya intervención de fedatario.

¹¹ 1. STS de 9 de mayo de 1944.

¹² SAP Asturias (Sección 4ª) de 18 de junio de 2001, núm. 312/2001.

¹³ SAP Cádiz (Sección 7ª) de 17 de diciembre de 2003, núm. 272/2003.

II. Naturaleza jurídica

Para algunos autores, la apertura de crédito es un contrato preliminar de promesa de préstamos, al que sigue uno o varios contratos definitivos de préstamos al disponer el cliente de los fondos acreditados.

Para otros, el contrato es uno y los eventuales y sucesivos actos de disposición del crédito, no son más que actos de cumplimiento de la obligación única de suministrar fondos, asumida por el banco. El acreditado tiene derecho de disponer de la suma total que el banco pone a su disposición. Los singulares actos de disposición de esa suma por el cliente, no son más que el ejercicio concreto del derecho concedido.

III. Caracteres

La apertura de crédito es un contrato consensual. Se perfecciona por el mero acuerdo de voluntades. No requiere formalidad alguna para su validez.

La apertura de crédito es un contrato bilateral. Se generan obligaciones tanto respecto del banco como del tomador del crédito.

La obligación del banco consiste en poner a disposición del cliente la cantidad de dinero estipulada en el contrato y respetar el plazo convenido en el mismo.

La obligación del cliente se resume en el pago de la comisión convenida más los intereses derivados de la utilización del crédito y, fundamentalmente, la restitución de las sumas que le fueron adelantadas.

6. Especial referencia a la STJUE 3 de septiembre de 2015.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de Septiembre de 2015, trata de un caso muy similar al que estamos tratando y nos puede servir de gran ayuda para lograr solventarlo y ver el modo de proceder.

Esta sentencia trata del caso de un abogado mercantilista que contrata un préstamo personal que tiene que avalar con el inmueble donde tiene su despacho profesional.

En dicho préstamo personal, hay una cláusula que le aplica una comisión de riesgo y que considera abusiva. El abogado, presenta una demanda solicitando la declaración del carácter abusivo de la cláusula contractual relativa a la comisión de riesgo y en consecuencia, su anulación con la devolución del importe percibido por ese concepto por el banco Volksbank.

El Tribunal de Primera Instancia rumano plantea una cuestión prejudicial para consultar si un abogado con experiencia mercantil puede considerarse como consumidor a pesar de sus conocimientos.

En la Sentencia del TJUE se interpreta el artículo 2, letra b) de la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993.

Para el TJUE, el elemento que define la condición de consumidor es actuar con un propósito ajeno a su actividad profesional. El consumidor que actúa fuera del marco profesional se halla en una situación de inferioridad tanto por capacidad de negociación como al nivel de información. Eso le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional.

Las cláusulas abusivas no vinculan al consumidor en virtud del artículo 6.1 de la Directiva 93/13.

Para el Abogado General, el concepto de consumidor “tiene un carácter objetivo y es independiente de los conocimientos concretos que pueda tener la persona de que se trata o de la información de que dicha persona realmente disponga”.

Lo relevante por tanto es la finalidad con la que se adquiere el bien o servicio.

Es decir, un abogado que celebra un contrato con un profesional que no se refiere a la actividad de su bufete, es consumidor al encontrarse en una situación de inferioridad.

El hecho de tener conocimientos técnicos no obsta para que se le considere como la parte débil en una situación de negocios frente a una empresa, que es la situación a la que quiere poner remedio la Directiva 93/13.

Para el Abogado General, el hecho de que el préstamo estuviese garantizado con un inmueble perteneciente al bufete, carece de incidencia para apreciar si el demandante tenía la condición de consumidor. La hipoteca que garantiza el préstamo es un contrato accesorio y no influye en la valoración de si el prestatario actuaba como consumidor.

En definitiva la Sentencia concluye:

“(…) una persona física que ejerce la abogacía y celebra un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse “consumidor” con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Carece de pertinencia al respecto el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogado (…)”.

Me temo que tendremos que citar esta Sentencia del TJUE hasta que su interpretación sea generalizada en los Juzgados Españoles, al resolver casos sobre cláusulas abusivas aplicadas a profesionales autónomos.

En lo que respecta al contrato de crédito más particularmente nuestro ordenamiento jurídico recoge una ley que versa sobre esta materia.

Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. (Ley que hemos citado y explicado en el apartado anterior.)

Esta ley, tiene por objeto incorporar al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2008/48/CE y que deroga la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, han sido determinantes los siguientes dos criterios:

De una parte, se ha de respetar la vocación de la Directiva, que impone una armonización total, de forma que los Estados miembros no pueden mantener o introducir disposiciones nacionales distintas a las disposiciones armonizadas establecidas en esta norma europea, si bien tal restricción no impide mantener o adoptar normas nacionales en caso de que no existan disposiciones armonizadas.

La información normalizada europea sobre el crédito al consumo y, en particular, la tasa anual equivalente correspondiente al crédito, calculada de idéntica forma en toda la Unión Europea, dotan al mercado crediticio de una mayor transparencia, permite que las distintas ofertas puedan compararse y aumentan las posibilidades de los consumidores de acogerse al crédito al consumo transfronterizo.

También se pretende conservar aquellas previsiones de nuestro Derecho interno que ofrecen una mayor protección en el ámbito del crédito al consumo sin que vengan exigidas por la normativa comunitaria.

Por ello, esta Ley recoge las previsiones de la Ley 7/1995 relativas a la oferta vinculante, a la eficacia de los contratos vinculados a la obtención de un crédito, al cobro indebido y a la penalización por falta de forma y por omisión de cláusulas obligatorias en los contratos. Asimismo, mantiene la aplicación parcial de la Ley a los contratos de crédito cuyo importe total es superior a 75.000 euros.

La Ley se aplica a aquellos contratos en que el prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación.

La consideración de consumidores se circunscribe a las personas físicas que actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional.

La delimitación del ámbito objetivo de aplicación de esta Ley, así como la definición de los conceptos que en la misma se utilizan, responden al interés de adaptar la norma a la constante evolución de las técnicas financieras y a la conveniencia de que sus disposiciones puedan acoger futuras formas de crédito.

Con la finalidad de mejorar la información de los consumidores, la Ley incide en las actuaciones previas a la contratación del crédito. En concreto, regula de forma detallada la información básica que ha de figurar en la publicidad y las comunicaciones comerciales y en los anuncios de ofertas que se exhiban en los locales comerciales en los que se ofrezca un crédito o la intermediación para la celebración de un contrato de crédito.

Asimismo, establece una lista de las características del crédito sobre las que el prestamista, y en su caso el intermediario de crédito, ha de informar al consumidor antes de asumir éste cualquier obligación en virtud de un contrato u oferta de crédito, información precontractual que deberá ser facilitada en un impreso normalizado en los términos previstos en la Directiva.

Además, obliga a los prestamistas, y en su caso a los intermediarios, a ayudar al consumidor en la decisión sobre el contrato de crédito que, de entre los productos propuestos, responde mejor a sus necesidades y situación financiera.

Esta asistencia se concreta en la obligación de explicar al consumidor de forma personalizada las características de los productos propuestos, así como la información precontractual correspondiente, y de advertirle de los riesgos en caso de impago o de endeudamiento excesivo, a fin de que éste pueda comprender las repercusiones del contrato de crédito en su situación económica.

En lo que respecta al tema de las cláusulas abusivas siguiendo el RDTRLCU y haciendo especial hincapié en su artículo 82 podemos obtener un concepto claro de lo que es una cláusula abusiva considerando por tales cláusulas 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.

Véase (La Sentencia TS (Sala 1.ª) de 22 abril 2015, Rec. 2351/2012,)¹⁴ fija como doctrina jurisprudencial que la condición general de los contratos de préstamo concertados por los consumidores, en la que se prevea la firma por el prestatario (y en su caso por el fiador), de un pagaré en garantía de aquel, en el que el importe por la que se presentará la demanda de juicio cambiario es complementado por el prestamista con base en la liquidación realizada unilateralmente por él, es abusiva y, por tanto, nula, no pudiendo ser tenida por incorporada al contrato de préstamo, y, por ende, conlleva la ineficacia de la declaración cambiaria.

Para terminar de concretar sobre dichas cláusulas abusivas hacemos de nuevo referencia al RDTRLCU especialmente a su artículo 88 el cual nos habla sobre las cláusulas abusivas y en qué casos pueden ser estas consideradas como tales.

En todo caso se consideraran abusivas las cláusulas que supongan:

La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido.

Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica.

La imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor y usuario en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante. Véase (La Sentencia TS (Sala 1.ª) de 12 septiembre 2014, Rec. 1460/2013,)¹⁵ fija como doctrina jurisprudencial que en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado.

¹⁴ Sentencia TS (Sala 1.ª) de 22 abril 2015, Rec. 2351/2012.

¹⁵ Sentencia TS (Sala 1.ª) de 12 septiembre 2014, Rec. 1460/2013.

7. ESPECIAL REFERENCIA A LOS ART 67 LGDCU y 6 RRI.

Recientemente con la nueva reforma de este artículo, se han dado lugar conflictos en lo que respecta a los contratos a distancia, ya que este artículo en su nueva modificación en materia de contratos a distancia está primando la aplicación de la ley española cuando el derecho extranjero no ha sido probado, lo cual da lugar a un posible compromiso sobre la eficacia del derecho comunitario.

Todo esto viene a colación de la nueva entrada en vigor el año pasado de la ley 3/2014 de 27 de marzo que modifica el texto refundido de la ley general para la defensa de consumidores y usuarios. En esta se llevó a cabo una transposición plena de las directivas dejando muy limitado el margen de maniobra de los estados miembros, para solucionar este posible conflicto, autores como C Vaquero nos dicen que la cuestión de la determinación de la ley aplicable a los contratos a distancia debe resolverse de acuerdo con las soluciones del art 6 del RRI el cual establece un régimen especial para determinados contratos de consumo en concreto para los que realiza una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional o comercial con otra persona que actúe en el ejercicio de su actividad profesional o comercial ¹⁶ como es el caso de este dictamen.

Para estos casos en los que el consumidor es sujeto pasivo el legislador ha promulgado una norma de conflicto de leyes para tutelar al consumidor ya que es la parte débil de la relación contractual (art6RRI).

Con esta solución se pretende que los profesionales dotados de un mayor poder de negociación impongan la aplicación de una ley que puede perjudicar los derechos de los consumidores protegidos por las normas imperativas del ordenamiento del estado donde tienen su residencia.

Por tanto el consumidor puede elegir la ley que se le va a aplicar, así pues, se debe realizar una comparación de la ley elegida por las partes y la ofrecida por las disposiciones del estado de la residencia habitual del consumidor.

Dicha elección puede ser tanto expresa como tácita, siempre que resulte de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso, y podrá ejercerse en cualquier momento, incluso durante el proceso, y referirse a todo el contrato o únicamente a una parte del mismo.

Para finalizar matizaremos que la reforma de la LGDCU de 2014 en materia de contratos a distancia tiene como consecuencia que sus disposiciones únicamente serán de aplicación cuando el consumidor resida habitualmente en España o cuando las partes

¹⁶ Vaquero Lopez. C. *La determinación de la ley aplicable a los contratos a distancia conforme a la nueva redacción del art 67 LGDCU*. Revista aranzadi. 23/01/2015. Págs. 33-45

se sometan voluntariamente a la ley española. En definitiva el nuevo sistema de determinación del derecho aplicable a los contratos a distancia en nuestro país responde a la lógica del mercado interior que subyace al nuevo modelo de interacción entre las normas materiales imperativas de la directiva 2011/83UE y las normas de conflicto del RRI. Un modelo que únicamente se ve alterado por un tratamiento procesal del derecho extranjero que no aporta nada nuevo a nuestro sistema de derecho internacional privado mas que una simple evidencia de un necesario cambio legislativo.¹⁷

8. CONCLUSIÓN.

Para abordar este dictamen he procedido a solventarlo centrándome en las siguientes cuestiones:

La primera cuestión que trate para abordar dicho dictamen fue certificar si el sr López pudo ostentar la condición de consumidor, y en que nos hemos basamos para dar dicha afirmación. Esta primera cuestión la he tratado y expuesto en el epígrafe 4.1 y 5.1 del presente dictamen.

En dichos epígrafes basados en la legislación vigente (reglamento Bruselas I bis, RDTRLGDCU, LEC, Directivas europeas etc.) he demostrado que el sr López es considerado consumidor, el motivo por el que es considerado como tal es porque está llevando a cabo la celebración de un contrato con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. En este caso en cuestión, el sr López como sabemos se dedica a ejercer la abogacía y en este contrato que ha suscrito no actúa como tal y por ello se le otorga la facultad de ser considerado consumidor a todos los efectos.

La segunda premisa para solventar el presente dictamen era descifrar que tribunal es competente para resolver el conflicto. Pues bien siguiendo la legislación vigente encontrada en el (RBI bis) más específicamente en sus artículos 4 y siguientes se nos ofrece la idea suficientemente clara de que los tribunales competentes para conocer de dicho asunto son los del domicilio del consumidor, en este caso que aquí respecta, el sujeto que celebra dicho contrato tiene domicilio en España, por tanto serían los tribunales españoles siguiendo el artículo de este reglamento (RBI bis) al pie de la letra los encargados de abordar dicho asunto.

En tercer y último lugar lo que debíamos descifrar es la determinación de que ordenamiento jurídico es el que hay que seguir para solucionar el caso en cuestión. Pues bien en este tercer apartado hemos seguido el reglamento (RRI) el cual en su artículo 6 y siguientes nos remite al ordenamiento jurídico del domicilio del consumidor

¹⁷ blog de. DE MIGUEL ASENSIO. P.A. el dia 12 de diciembre de 2011.

<http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2011/12/el-nuevo-regimen-de-la-ue-en-materia-de.html..>

y como hemos constatado antes el sujeto en cuestión tiene domicilio en España por tanto sería el ordenamiento español el indicado para solucionar dicho conflicto.

Una vez que tenemos claro que es nuestro ordenamiento jurídico el indicado para poner solución a dicho asunto, la ley más correcta e indicada para solucionar el caso es el RDTRLGDCU. En este real decreto del texto refundido de la ley general de consumidores y usuarios se recoge la normativa para la defensa del consumidor, y una vez visto esto analizaremos que cláusulas son abusivas y porque procede anular las mismas.

En este caso en cuestión se celebra un contrato de crédito en el cual se pone como garantía una hipoteca constituida sobre un inmueble, sito en Lisboa, con posterioridad se constata la existencia de una cláusula abusiva relativa a una comisión de riesgo, y al amparo de las leyes citadas con anterioridad (RDTRLGDCU) se procede a pedir la anulación de dicha cláusula y la devolución de la comisión en cuestión.

A la hora de entrar en el fondo del asunto debemos abordar el tema de las cláusulas abusivas relativas a la comisión de riesgo. Lo principal para lograr la eliminación de la cláusula y la devolución de la citada comisión es determinar en todo momento que dicha cláusula es abusiva, en este caso ya hemos recogido que dicha cláusula de comisión de riesgo en nuestro ordenamiento jurídico se considera abusiva y por tanto se debe proceder a su anulación y a la devolución de dicha comisión.

Siguiendo la idea de P. Martínez Espín. El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar la calificación de tales cláusulas contractuales atendiendo a la naturaleza, al sistema general y las estipulaciones de los contratos de que se trata así como al contexto jurídico y de hecho en que éstas se inscriben.¹⁸ En este caso en cuestión al preverse en dicho contrato una comisión de riesgo y constatarse esta como abusiva, se procederá a la anulación inmediata de dicha cláusula, y por tanto la devolución de la comisión en cuestión.

¹⁸ Martínez Espín. P. Control de transparencia: *Exclusión de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato o a la adecuación del precio o de la retribución* (interpretación del artículo 4, apartado 2, de la directiva 93/13 por la sentencia del tribunal de justicia (sala novena) de 26 de febrero de 2015) Castilla-La Mancha 2 de marzo de 2015. www.uclm.es/centro/cesco Págs4-9

9. RELACION BIBLIOGRAFICA.

Bibliografía utilizada:

Cámara Lapuente. S. *comentarios a las normas de protección de los consumidores*. Editorial: SA colex. Editorial constitución y leyes, Madrid. (2011) págs. 16- 23.

De Miguel Asensio .P.A. Madrid. (12/12/2011)

<http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2011/12/el-nuevo-regimen-de-la-ue-en-materia-de.html>.

Esplugues Mota. C. *Manual de derecho internacional privado*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2013. Págs. 89-91.

Menéndez Menéndez. A. *Lecciones de derecho mercantil*. Editorial Thomson civitas. Madrid. 2004. Pág 533.

Martínez Espín P. Revista CESCO de Derecho de Consumo N° 9/2014 <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco> Estudios y Consultas *¿Qué hay de nuevo en materia de cláusulas abusivas?* Universidad de Castilla-La Mancha págs. 76-84

Martínez Espín. P. *Control de transparencia: Exclusión de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato o a la adecuación del precio o de la retribución* (interpretación del artículo 4, apartado 2, de la directiva 93/13 por la sentencia del tribunal de justicia (sala novena) de 26 de febrero de 2015) Castilla-La Mancha. 2/03/2015. www.uclm.es/centro/cesco Págs. 4-9.

Vaquero Lopez. C. *La determinación de la ley aplicable a los contratos a distancia conforme a la nueva redacción del art 67 LGDCU*. Revista Aranzadi. 23/01/2015. Págs. 33-45

Jurisprudencia consultada:

STJCE (Sala 1ª) 14 marzo 1991, asunto C-48/98 Patrice di Pinto.

STJCE (Sala 5ª) 17 marzo 1998, asunto C-45/96, Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG c. Edgar Dietzinger.

STJCE (Sala 2ª) 20 enero 2005, asunto C-27/02, Petra Engler c. Janus Versand GmbH.

STJCE 21 junio 1978, asunto C-150/77, caso Bertrand c. Ott.

STJCE (Pleno) 19 enero 1993, caso Shearson Lehman Hutton Inc. TVB.

STJCE (Sala 6ª) 11 julio 2002, asunto C-96/00, caso Rudolf Gabriel.

STJCE (Sala 2ª) 20 enero 2005, asunto C-464/01, caso Johan Gruber c. Bay Wa AG.

STJUE, de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618 Banco Español de Crédito.

STS (Sala 1.ª) de 12 septiembre 2014, Rec. 1460/2013.

STS (Sala 1.ª) de 22 abril 2015, Rec. 2351/2012.

SAP Asturias (Sección 4ª) de 18 de junio de 2001, núm. 312/2001.

SAP Cádiz (Sección 7ª) de 17 de diciembre de 2003, núm. 272/2003.

Legislación utilizada:

Reglamento (CE) N.º 593/2008 del parlamento europeo y del consejo de 17 de junio de 2008 sobre ley aplicable a las relaciones contractuales (ROMA I) (DOUE L 177, de 4 de julio)

Reglamento Bruselas I bis (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

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.

Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.

Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio (Vigente hasta el 17 de Junio de 2016).

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

