



CAMPUS PÚBLICO
MARÍA ZAMBRANO
SEGOVIA



Universidad de Valladolid

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, JURÍDICAS Y DE LA COMUNICACIÓN

Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos

TRABAJO DE FIN DE GRADO

LAS CLÁUSULAS CONFLICTIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Presentado por:

MARÍA BARAHONA SAN MATEO

Tutorizado por:

ELÍ SEBASTIÁN MOLINA

Segovia, julio 2016

ÍNDICE

| | |
|-------------------|---|
| INTRODUCCIÓN..... | 6 |
|-------------------|---|

CAPÍTULO 1

EL DERECHO BANCARIO Y LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS. SU ORIGEN HASTA HOY.

| | |
|---|---|
| 1.1 <i>El Derecho bancario en España tradicionalmente</i> | 8 |
|---|---|

| | |
|--|---|
| 1.2 <i>Problemática del derecho bancario español en los últimos años</i> | 9 |
|--|---|

CAPÍTULO 2

LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMOS CON GARANTÍA HIPOTECARIA Y LOS ÍNDICES DE REFERENCIA.

| | |
|--|----|
| 2.1 <i>Índices de referencia que se aplican a los préstamos hipotecarios</i> | 14 |
|--|----|

| | |
|-----------------|----|
| 2.1.1 IRPH..... | 17 |
|-----------------|----|

| | |
|-----------------|----|
| 2.1.2 CECA..... | 18 |
|-----------------|----|

| | |
|------------------|----|
| 2.1.3 MIBOR..... | 18 |
|------------------|----|

| | |
|--------------------|----|
| 2.1.4 EURIBOR..... | 19 |
|--------------------|----|

| | |
|---|----|
| 2.2 <i>Problemática que generan los índices de referencia</i> | 19 |
|---|----|

CAPÍTULO 3

CUESTIONES PRACTICAS SOBRE CLAUSULAS CONTRACTUALES CONFLICTIVAS.

| | |
|--|----|
| 3.1 <i>Tratamiento Jurisprudencial de la problemática de las cláusulas suelo</i> | 22 |
|--|----|

| | |
|---------------------------------|----|
| 3.1.1 STS 9 DEMAYO DE 2013..... | 22 |
|---------------------------------|----|

| | |
|------------------------------------|----|
| 3.1.2 STS 25 DE MARZO DE 2015..... | 25 |
|------------------------------------|----|

| | |
|-------------------------------------|----|
| 3.1.3 PRONUNCIAMIENTO DEL TJUE..... | 31 |
|-------------------------------------|----|

| | |
|---|----|
| 3.2 <i>Tratamiento Jurisprudencial de la problemática de la utilización de IRPH</i> | 31 |
|---|----|

| | |
|---|----|
| 3.1.1 SAP 19/2015 GUIPUZCUA: FALLO A FAVOR..... | 32 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| 3.1.2 SAP 5/2015 GUIPUZCUA: FALLO EN CONTRA..... | 32 |
|--|----|

| | |
|-----------------------|----|
| CONCLUSIÓN FINAL..... | 35 |
|-----------------------|----|

| | |
|---|----|
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 36 |
|---|----|

ANEXO I

| | |
|----------------------|----|
| VOTO PARTICULAR..... | 38 |
|----------------------|----|

ABREVIATURAS

BCE: BANCO CENTRAL EUROPEO

BE: BANCO DE ESPAÑA

CBOE: BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

C.C: CODIGO CIVIL

IRPH: INDICADOR DE REFERENCIA DE PRESTAMOS HIPOTECARIO

LCGC: LEY DE CONDICIONES GENERALES DEL CONSUMIDOR

O.M: ORDEN MINISTERIAL

ORDEN EHA: ORDEN, MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

RD: REAL DECRETO LEY

SAP: SENTENCIA DE AUDIENCIA PROVINCIAL

STS: SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

TJUE: TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

TRLCU: TEXTO REFUNDIDO PARA LA DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

TS: TRIBUNAL SUPREMO

ORDEN EHA

INTRODUCCION

INTRODUCCION

Los motivos que me han llevado a realizar el estudio sobre las cláusulas abusivas en los contratos de préstamos hipotecarios se debe a que se trata de un tema novedoso y actual, pese a que su aplicación se lleva dando desde hace mucho en este tipo de contratos.

Otro motivo que ha suscitado mi interés, es la fuerte repercusión jurídica que ahora mismo están teniendo debido a que, en parte, se debe también a la situación de crisis económica imperante que ha hecho que se cuestionaran las constantes variaciones en las cuotas a pagar de los préstamos contratados y también que empezaran a plantearse dudas sobre el contrato pactado y el verdadero sentido de sus contenido, desconociendo en su mayoría las condiciones pactadas.

También la disparidad que presentan las resoluciones judiciales que en algunos casos, declaran nulas dichas cláusulas y en otros no, y también la cuestión sobre los efectos retroactivos de dicha nulidad, sobre la cual han debido acudir al Tribunal de Luxemburgo para que resuelva la cuestión. Las resoluciones han sorprendido en algunos casos al no ceñirse a resolver solo en base a fundamentos jurídicos, si no, yendo más allá, teniendo en cuenta otros factores que pudieran repercutir consecuentemente en la sociedad, como pueden ser el económico, político incluso social, perdiendo así la esencia del poder judicial y dando que pensar la existencia de una posible quiebra en la división de poderes.

De igual modo, la presente temática plantea muchas inquietudes sociales, puesto que se tiene escasa información y también que el entrar en conflicto contra una Entidad Bancaria, echa para atrás la posibilidad de recurrir a la Justicia, o al menos hasta hace muy poco, en que los prestatarios se han visto obligados a tomar medidas contra el empleo de dichas cláusulas por el azote de la dura crisis.

Siguiendo el índice, en primer lugar, para situar el tema principal del proyecto se tratará de exponer de forma general el origen del derecho bancario perteneciente al ámbito de Derecho Mercantil, donde se encuentran enmarcados dichas clausulas y los contratos de préstamo hipotecario; seguidamente para entender mejor en que se basan los cálculos de las cuotas a pagar de dichos contratos, hablaremos de los posibles tipos de interés a aplicar, resaltando el interés variable por ser el más empleado para su cálculo, y a raíz de esto, los distintos tipos de referencia oficiales que afectan al interés variable, y que son los determinantes de que las cuotas varíen. Posteriormente, entraremos a estudiar el carácter de las cláusulas abusivas y la problemática, y para finalizar recurriremos a la legislación y jurisprudencia de dos modalidades de cláusulas conflictivas, como son las clausulas suelo, destacando una importancia sentencia y sobre las cláusulas de aplicación IRPH comparando dos fallos distintos emitidos por el mismo Tribunal.

CAPITULO 1

EL DERECHO BANCARIO Y LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS. SU ORIGEN HASTA HOY.

1. EL DERECHO BANCARIO Y LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS. SU ORIGEN HASTA HOY.

1.1 EL DERECHO BANCARIO EN ESPAÑA TRADICIONALMENTE.

El derecho bancario constituye una vertiente del derecho mercantil, encargándose mediante su disciplina jurídica de esclarecer la actividad y las relaciones entre las instituciones bancarias y las diferentes corporaciones, personas físicas o jurídicas.

El surgimiento del Derecho Bancario se fundamenta principalmente en la existencia de una necesidad de controlar la actividad bancaria, puesto que aun pudiendo resultar beneficioso para la sociedad en general aportando seguridad a través del entramado jurídico, entraña ciertos riesgos financieros sobre el patrimonio de los depositantes y prestatarios. Por todo ello surgió la necesidad de intervenir por medio de los poderes públicos mediante mecanismos de gestión, para proteger a los depositantes y el sistema económico en su conjunto.

Los orígenes del sistema bancario español se remontan a la aparición de las primeras entidades financieras nacionales. La regulación bancaria surgió tras la aparición del sistema crediticio con la voluntad de acabar con la inestabilidad inherente a la actividad bancaria, ya que su fuente económica principal eran recursos ajenos provenientes de un pequeño sector; su principal finalidad era fijar un marco jurídico de actuación, atribuyendo para ello a las instituciones públicas una serie de competencias, entre ellas la potestad de supervisar, intervenir y sancionar cuando procediese, y el control de la correcta gestión de las entidades.

El primer banco nacional oficial que apareció fue en 1782 bajo el reinado de Carlos III, llamado Banco Nacional de San Carlos, que por aquel entonces se encargaba de la administración de “vales reales”, que fueron títulos de deuda con valor de papel moneda creados para sofocar el déficit imperante de la época, con un plazo de amortización de 20 años a un 4% de interés anual. Posteriormente se fundan otras entidades bancarias, debido a su asidua quiebra ésta en concreto pasa a llamarse Banco de San Fernando, aunque posteriormente debido a la promulgación de la primera ley bancaria: Ley de Bancos de Emisión de 1856, se le conocerá como Banco de España definitivamente.

En 1874 se abre una nueva etapa mediante el Real Decreto-ley de 19 de marzo, donde el sistema de pluralidad de emisión concluye y el Gobierno concede al Banco de España el monopolio de emisión de billetes para la península e islas; en 1898, aparecen nuevas entidades financieras de carácter privado; con posterioridad se promulgó la Ley de Ordenación Bancaria en 1921, que se encargó de regular las relaciones entre las bancas privadas y el Banco Central. En 1946 aparece una nueva Ley Bancaria en la que se potenciará la intervención del gobierno, confiriéndole competencias inspectoras; en 1962, tras la necesidad imperiosa de ajustar la economía, se promulgó la Ley de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca, lo que supuso un empujón en el sector, puesto que surgieron nuevas entidades bancarias privadas y la nacionalización del Banco Central. Posteriormente se promulga la Ley de bases de Organización y Regulación del Crédito Oficial confiriendo al Banco de España la labor de supervisión y seguimiento de las cajas de ahorro y cooperativas de crédito.

Los cambios en la regulación de la actuación de las entidades han ido aparejadas de diversas modificaciones en el sistema bancario, lo que se ha visto reflejado en las actuaciones de las dichas entidades.

Su modernización y actualización de la regulación bancaria, será consecuencia por la entrada en la Unión Europea, debiendo de adaptar las reformas llevadas a cabo a partir de su entrada en 1985, de acuerdo a la transposición de directivas.

1.2 LA PROBLEMÁTICA DEL DERECHO BANCARIO ESPAÑOL EN LOS ÚLTIMOS AÑOS

Debido a que la banca es una de las principales piezas que ha participado de la situación económica y a la que ha afectado la crisis internacional imperante en estos momentos, la regulación bancaria se está modificando y actualizando con frecuencia; a ello se suman también los escándalos generados por la cúpula de directivos de ciertas entidades bancarias que han ensuciado la reputación de las entidades, y por el empleo de productos financieros dudosos y la aplicación de cláusulas comprometidas en los contratos, algunas de ellas tachadas de nulas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La crisis de liquidez que se abrió paso en 2008 en el sector de la banca en Europa, generó la pérdida de confianza de los inversores, que culminó con la quiebra de la banca Lehman Brothers, lo que por otro lado ya se venía atisbando a finales del 2007 cuando el BCE aflojó los tipos de interés a los bancos y con un uso ilimitado de los préstamos, lo que dio lugar al estallido de la burbuja económica, y sus devastadoras consecuencias.

En España, desde 1998 con la Ley de Liberalización del Suelo, los bancos y cajas de ahorros se olvidan en parte de su base de economías domésticas (familias y pymes) y tienden cada vez más a la financiación de obras públicas, instituciones, grandes empresas etc.

En el año 2002 España es un país en crecimiento. La llegada del Euro y el desarrollo del país hacen que llegue dinero proveniente de Europa, sobre todo del norte, ya que allí obtenían unos intereses del 2% y en los países del sur llegaba a un 6%. La consecuencia es que España se encuentra inundada de dinero (los bancos conseguían capital de manera casi ilimitada), con una economía aparentemente próspera y con muchas ganas de construir.

De 2002 a 2008, las entidades de crédito financian prácticamente cualquier propuesta, amparándose sobre todo en que al conceder una hipoteca para una vivienda, en caso de impago, obtiene la titularidad de la vivienda que, como el precio nunca iba a bajar, siempre sería rentable ya que se vendería por una cantidad mayor (sobrevaloración de viviendas). De esta manera existió cierta irresponsabilidad por parte de las entidades financieras al apostar por este crédito fácil.

Desde 1998, los bancos aumentaban su actividad crediticia progresivamente hasta llegar estas inversiones a un 69 % del activo en el año 2005.

Debido al estallido de la burbuja inmobiliaria se produce un incremento del endeudamiento, tanto en familias como en empresas e instituciones.

A principios de 2008 comienza a reducirse el número de ventas de viviendas, aumenta el índice de morosidad y la tasa de paro.

Ante la caída de beneficios y la deuda importante que alcanzan los bancos, estos intentan obtener recursos a partir de la emisión de participaciones preferentes, algo que la CNMV primero permitiría, pero posteriormente advertiría de la irregularidad en la forma en que se “colocaban” estos productos a todo tipo de clientes. (PABLO VILLASNTE, 2012)

Debido a los problemas del sistema financiero, por el gobierno mediante el Real Decreto-ley 9/2009, se crea el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), con el objetivo de que se produzca una reestructuración de las entidades de crédito, fomentando la fusión bancaria y pasar de 45 cajas de ahorros a una veintena aproximadamente. El Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria gozará de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada para el desarrollo de sus fines. (MACHADO MUÑOZ, 2013)

Ya durante estos últimos años, la banca española parece que repunta gracias a los auxilios extraordinarios proporcionados por el BCE y el Banco de España.

Actualmente, 18 entidades conforman el grueso del mapa bancario español y ellas son el resultado de los procesos de consolidación de hasta 60 entre bancos y cajas. Tan sólo siete entidades siguen siendo las mismas que eran entonces, y con matices.



Fuente: Banco Central Europeo, 2012.

En este gráfico podemos ver como desde el año 2007 hasta el 2010 ha ido variando la deuda de las entidades con Banco Central Europeo, empezando a crecer notablemente a partir del año 2008, con la quiebra de Lehman Brothers y alcanzando su máximo en el año 2010, cuando la crisis azotaba plenamente los mercados mundiales.

Por ello, en España, se debieron adoptar medidas extraordinarias para que permitieran facilitar el flujo de financiación, y así poder impulsar de nuevo la economía; sintetizando, entre esas medidas se encuentra el Real Decreto-Ley 7/2008 que concedió el otorgamiento de avales del Estado a las emisiones de pagarés y bonos de las entidades de crédito, el otorgamiento de avales del Estado. También el Real Decreto-Ley 6/2008 creó el FAAF, Fondo para la Adquisición de Activos Financieros, donde se encuentran los fondos de titulización que se encargan de dar salida a los “activos problemático o dudosos”, facilitando su financiación.

Finalmente estas medidas no fueron suficientes para hacer frente a la profunda crisis económica; por eso se creó el FROB, Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria a través del Real Decreto-Ley 9/2009, en el que hasta 45 entidades individuales se integraron a otras entidades o grupos de entidades; le sigue el Real Decreto-Ley 2/2011 que pretendió dar importancia a la transparencia de la información.

En el año 2012 se tuvieron que elaborar nuevas normas con rango de ley, ya que las medidas anteriores no habían bastado. Mediante la aprobación del **Real Decreto-Ley 2/2012** se inició un proceso de saneamiento de las masas patrimoniales de las entidades, inyectando fondos públicos

para compensar las altas pérdidas y costes indirectos que acarrea una crisis económica. Posteriormente a través de nuevas reformas como el **Real Decreto-Ley 18/2012**, orientado al saneamiento, y después, el **Real Decreto-Ley 24/2012** que como proyecto de ley, que dio lugar a **Ley 9/2012** de reestructuración y resolución de entidades de crédito; esta ley fue creada tras haber solicitado a Europa, en el mes de junio del mismo año, asistencia para la recapitalización del sector bancario y lo que pretendía era extinguir aquellas entidades inviables, por medio de diversos instrumentos de resolución como los “bridge bank”, o banco puente. En estos principios se ven reflejados también las directrices europeas que a través de sus directivas han ido introduciendo una serie de pautas genéricas comunes al conjunto de la Unión.

Real Decreto-Ley 2/2012

A través de este real decreto se complementa y, en ocasiones, también se modifican los principales instrumentos de la reforma, a través de la creación del FROD, que principalmente, se ocuparán de adoptar medidas financieras de apoyo. Las novedades introductorias de este Real Decreto se concretan en:

- La exigencia a las entidades de un plan de saneamiento de sus activos inmobiliarios, incluyendo los problemáticos.
- Se modifica el RDL 11/2010 con el objeto de reducir la operatividad de aquellas Cajas que ejercen su actividad como entidades de crédito de forma indirecta, al igual que el Banco de España podrá eximir o adaptar las Cajas de Ahorro del cumplimiento de los requerimientos organizativos en materia de control interno, auditorías y demás exigencias recogidas en la Ley 13/1985, de 25 de mayo de su desarrollo; también se limitan los excedentes obtenidos por estas no pudiendo destinar más de un 10% a la obra social.
- Del mismo modo, se limitan los importes de retribución de los directivos que hayan solicitado ayuda con vistas a una futura intervención del FROB, al igual que aquellas que reciban ayuda financiera pero no estén intervenidas por el FROB, se establecerán restricciones.
- Recibirán un tratamiento singular aquellas entidades de crédito que tengan que hayan utilizado participaciones preferentes y otros tipos de productos obligatoriamente convertibles, debiendo adoptar una serie de medidas para su diferimiento máximo de 12 meses.

Real Decreto-Ley 18/2012

Por medio de este real decreto, debido al gran volumen de viviendas que tenían las entidades recibidos como pago de deuda, se tratará de impulsar el saneamiento de los activos inmobiliarios pertenecientes al sector financiero y facilitar su venta tanto directa como indirecta, debido a que, en el año 2011, se pudo comprobar que la mayoría de esos activos inmobiliarios eran problemáticos.

Mediante la imposición de requerimientos de deterioro para esos activos problemáticos recogidos en dicha previsión legal, debido a la diferencia de valor del mercado del bien y el valor entendido por la entidad, se pretende esclarecer la situación, reflejando el desvalor real de dicho bien.

También habrían de poner en conocimiento del BE, aquellas medidas que adoptarían para dar salida a esos bienes y para lograr seguir los requerimientos impuestos de deterioro. De esta forma aquellas entidades que requieran inyección de capital debido al volumen del déficit de dichos activos podrán afrontarlos mediante la solicitud de ayuda del FROG o por medio de su capitalización en el mercado.

Para dar salida a dichos bienes lo harán a través de una sociedad anónima que pondrá a disposición los bienes, por su valor razonable de dicho bien inmobiliario.

Real Decreto-Ley 24/2012

Este decreto deroga al RDL 9/2009, el cual había servido como referencia en la regulación financiera sobre reestructuración y reforzamiento de los recursos propios de las entidades.

A través de este mecanismo legislativo se traspone la Directiva europea, referida a la obligación de informar a los consumidores

Con el nuevo decreto legislativo complementa y aumenta las facultades del FROB, además de la regulación del denominado “banco malo” que se hace cargo de la administrar y dar salida a los activos inmobiliarios “tóxicos” que no han logrado liquidar las entidades bancarias; su verdadera denominación social es la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria.

Ley 9/2012

Esta Ley, viene a plasmar lo que introdujo ya el Real Decreto 24/2012 junto con nuevas aportaciones que afectan entre otras cosas a: las medidas del FROB haciendo que sea más competente; otra nueva introducción, es que sea más permisivo en cuanto a la sustitución del órgano de administración de la entidad; revisión de la normativa referida a las indemnizaciones de todo tipo y cualquier remuneración percibida a través de un informe de aquellas entidades que se encuentre en un proceso de reestructuración; también recoge como afectarán los aspectos de modificación sobre las Cajas de Ahorros recogidos en el Real Decreto-ley 11/2010 sobre el régimen jurídico y la estructura orgánica de estas. También se añade una previsión que introduce una serie requisitos para llevar a cabo la comercialización a minoristas de deuda convertible, preferentes y financiación subordinada. La introducción de la Ley de Sociedades de capital en la que se le otorga a un comisario (externo a dicha sociedad capitalista), que participe en las reuniones directivas, pero no opine y el otorgamiento de facultades como revisar los libros contables, actas,, no será de alcance para las entidades de crédito, que no cumplan con los requisitos exigidos en dicha Ley de Sociedad de Capital, exceptuando aquellas que estén siendo intervenidas por el FROB.

CAPITULO 2

LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA Y LOS ÍNDICES DE REFERENCIA.

2. INDICES DE REFERENCIA EN LOS PRÉSTAMOS CON GARANTÍA HIPOTECARIA

2.1 TIPOS DE INTERÉS QUE SE APLICAN A LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.

Para poder entrar en materia conviene concretar qué es un tipo de interés, qué tipo de clasificaciones tiene y para qué sirve.

Un tipo de interés podría decirse que es el precio que conlleva el dinero cuando es prestado por una entidad bancaria, que es el caso en el que revierte intereses a la Entidad, o cuando los particulares lo depositan en la Entidad, que por el contrario, revierte intereses a los particulares.

“Los tipos de interés aplicable a los servicios bancarios, en operaciones tanto de depósitos como de crédito o de préstamo, serán los que se fijen libremente entre las entidades de crédito que los prestan y los clientes, cualquiera que sea la modalidad y plazo de la operación”. (ORDEN EHA 2899, 2011) .

Su fórmula se establece como un porcentaje en base a un capital, teniendo en cuenta el tiempo por el que se conceda dicho dinero que normalmente suele ser anual, y en ocasiones son otras muchas variables a tener en cuenta.

Debido a que existe una gran diversidad de productos financieros y entidades, también existen múltiples tipos de interés. La clasificación de los tipos de interés destacar son:

- tipos de interés simple y tipos de interés compuesto.
- tipos de interés nominal y tipos de interés efectivo.
- tipo de interés fijo y tipo de interés variable.

En este caso nos centraremos esta última clasificación ya que son los que conciernen a los préstamos hipotecarios.

Los tipos de interés fijo, como su propio nombre indica, son aquellos que no sufren alteraciones respecto al capital pendiente a devolver a lo largo de la vida del préstamo; por el contrario el tipo de interés variable depende de las fluctuaciones del índice de referencia concreto a aplicar sobre el préstamo hipotecario pendiente a devolver. La diferencia es elemental puesto que en el primer caso te aseguras pagar siempre la misma cantidad pactada, salvo ciertos contratos de préstamos hipotecarios a los que se les adjunta un seguro del mismo bien hipotecado, y la cuota de la parte del seguro sí que puede variar; por otro lado en el segundo caso corren con la ventaja o desventaja de depender de las fluctuaciones del mercado en el momento de su revisión, pudiendo alzarse la cuota o disminuirse en función de sus valores positivos o negativos según esté pactada su actualización, lo que genera incertidumbre y puede llegar a alcanzar valores desproporcionados.

En los préstamos hipotecarios, el tipo de interés fijo suele ser más elevado que el variable y se suele conceder por plazos más cortos de tiempo, ya que cuanto más tiempo el tipo de interés se incrementará y esto es debido a que el prestatario no asume las diferencias de fluctuación del dinero, mientras que el variable se apoya en un porcentaje inamovible, que corresponde al margen o diferencial constante, más un indicador que según se revalorice o devalúe el precio del dinero, podrá reportar intereses al prestamista que concede el préstamo, o ser el cliente quien asuma dichos intereses cuando sean negativos dichos índices de referencia.

Respecto a los tipos de interés variable, cabe destacar que a través de la Ley 36/2003, se les obliga a las entidades a ofrecer a prestatarios un sistema de cobertura, o método para hacer

frente a las subidas de los tipos de interés, ya que conllevaría el incremento de la cuota a pagar. Esta medida concreta se podrá llevar a cabo estableciendo a pagar durante ese periodo un tipo fijo a convenir, en vez de variable o aplazar el pago de dichos intereses; también incorporando unos topes, máximos y mínimos para que pese a la revisión de los índices, si alcanzasen valores por encima o por debajo de esas limitaciones nos pagaran, ni más ni menos de lo establecido en ese segmento.

Para ello las entidades en algunos contratos de préstamos hipotecarios se han valido de añadir cláusulas que blinden su negocio, asegurándose cobrar siempre un mínimo cuando los valores de los índices de referencia estén con índices negativos, y poniendo tope máximo a los positivos; en definitiva, no se verían perjudicadas por las posibles bajadas, y siempre les beneficiarían las posibles subidas de los tipos.

Dichas limitaciones las han llevado a cabo mediante ciertas cláusulas restrictivas, como son las “cláusulas suelo” y las “cláusulas techo” en los contratos de préstamos hipotecarios que han limitado las variaciones del tipo de interés, con el objetivo de asegurarse un beneficio en cualquiera de los casos.

Con la cláusula techo si se diera una subida del valor del indicador, el precio del dinero también aumentaría y por lo tanto el tipo de interés a pagar por el prestatario, pero solo podría aumentar hasta llegar al máximo pactado, o lo que es lo mismo, la cláusula suelo reflejada en el contrato. Esto podría llegar a beneficiar al cliente puesto que no asumiría el riesgo de pagar cuotas desmedidas, y pese que las entidades dejarían de obtener más rentabilidad, seguiría obteniendo beneficios.

En el caso de las cláusulas suelo, si bajarán los valores del índice de referencia, también reduciría el precio del dinero y la cuota del préstamo, pero hasta el mínimo pactado en el contrato de préstamo hipotecario, debiendo el prestatario pagar incluso cuando los valores del indicador son negativos, y la prestataria asegurándose recibir beneficios incluso cuando debiera pagar al cliente (cuando estuviera en valores negativos).

Destacar que hay tres sistemas de cálculo o amortización de préstamo hipotecarios que son:

- Sistema Francés.
- Sistema Alemán.
- Sistema Americano.

El sistema empleado en España para el cálculo de los préstamos hipotecarios a medio y largo plazo más utilizado es el denominado “Sistema Francés”. Este sistema fija una cuota constante, a pagar a la finalización de cada periodo fijado que consta dos partes, capital más intereses. Según se van efectuando el pago de las cuotas, va aumentando la amortización del capital prestado, cancelando la parte correspondiente y también la parte de intereses correspondiente.

$$Cuota = \frac{\text{capital} \cdot \text{interes}}{100 \cdot (1 - (1 + \frac{\text{interes}}{100})^{-\text{plazo}})}$$

$$Cuota\ constante\ de\ amortización\ de\ un\ préstamo = C_o \times \frac{i \times (1 + i)^n}{(1 + i)^n - 1}$$

Fuente: Circular 5/2012 de 27 de junio, del Banco de España.

Siendo:

C_0 = cantidad nominal del préstamo principal, no vencido.

n = número de pagos pendientes hasta el vencimiento; la duración de la operación puede ser en meses, trimestres, semestres o años.

i = Tanto por ciento del interés nominal anual o tipo de interés efectivo correspondiente al periodo considerado.

Cuota a pagar = a capital + intereses.

Al comienzo del préstamo hipotecario, la cuota a pagar consta de una mayor parte de intereses y una menor parte de capital. Posteriormente, las cuotas constantes a pagar son al revés, siendo la mayor parte el capital, y la menor de intereses, puesto que los intereses se irán calculando sobre el saldo pendiente que es el resultante del saldo anterior y la cuota real. Por eso a medida que se efectúan los pagos, van disminuyendo los intereses debido a que el saldo pendiente es menor.

A diferencia otro sistema existente, el “Sistema Alemán” es un sistema más seguro para el prestatario, pero menos para las entidades por eso es menos utilizado; sus cuotas iniciales del préstamo a pagar son bastante más altas. También destacar que las cuotas a pagar no son constantes, constando de una parte fija de capital en cada cuota y una que varía decreciendo, la de los intereses conforme va pasando el tiempo, disminuyendo las cuotas a pagar.

El Sistema Americano, la cuota de amortización de todos los periodos, es igual a la de los intereses que se pagan en cada periodo, debiendo se pagar al final del préstamo la totalidad del capital del préstamo y los intereses del último periodo.

Mediante la previsión en la normativa de transparencia y de protección del cliente de los servicios bancarios, a través de la Orden EHA/2899/2011, se exige que las entidades prestatarias faciliten la adecuada información sobre las características del contrato del préstamo, atendiendo especialmente a estas cláusulas que han generado tan controversia, pudiendo, si no se llevase a cabo dichas pautas declararse nulo, y sin efecto. Con todo ello el Notario deberá recabar del prestatario mediante formalidad expresa de haber sido advertido y conocer dichas cláusulas del contrato del préstamo hipotecario, como así lo requiere la Ley 1/2013.

Existen numerosos tipos de referencia, pero la normativa española exige que solo se aplique para los casos de préstamos hipotecarios frente a personas físicas, aquellos calculados en base al mercado, sobre los que las entidades prestatarias no puedan influir de forma deliberada sobre su valor a través de prácticas de acuerdos con otras entidades, exigiéndoles que su procedimiento matemático de cálculo sea totalmente objetivo.

Los índices de referencia, son aquellos indicadores que se aplican a los préstamos hipotecarios, y que tienen carácter revisable en función del tipo de interés.

De acuerdo a lo establecido, en el artículo 27 de la Orden 2899/2011, de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente de los servicios bancarios, los “tipos de interés oficiales” de referencia a aplicar en los préstamos formalizados a partir del 29 de abril de 2012 son:

1-Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito- IRPH entidades-.

2-Tipo medio de los préstamos hipotecarios entre uno y cinco años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en la zona euro, elaborado y publicado por el banco central europeo.

3-Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre dos y seis años.

4-Referencia interbancaria a un año (Euribor)

5-Permuta de intereses/ Interest Rate swap (IRS) al plazo de cinco años.

6-El mibor, exclusivamente para préstamos hipotecarios formalizados antes del 1 de enero de 2000.

Mensualmente, el valor de estos índices se hace público a través del BOE, en una primera resolución al principio de cada mes, y una segunda a partir del día 15 del mismo, los cuales el Banco de España se encarga, en su mayoría, de calcular y elaborar.

Cabe destacar que algunos son públicos y otros no, puesto que se encargan las propias entidades de establecerlos y no el BE.

2.1.1 IRPH

Las siglas de este indicador, Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios, se definen como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria, de plazo igual o superior a tres años para la adquisición de viviendas libres, que han sido iniciadas o renovadas por los Bancos, las Cajas de Ahorro Y las Sociedades de Crédito Hipotecario, correspondientes al penúltimo mes natural anterior a la fecha de revisión, siendo siempre redondeado al alza al más cercano cuarto; se utilizan en el cálculo de la media tipos anuales equivalentes declarado al Banco de España. Junto con el Euribor y el CECA se utilizan para actualizar hipotecas.

El 28 de abril de 2003 desaparecieron definitivamente el IRPH de las cajas y de bancos, pero si que se mantuvieron el IRPH conjunto entidades entre sí.

La fórmula:

$$I_b = \frac{\sum i_b}{n_b}$$

Siendo:

I_b = La media de los tipos de interés medios ponderados del conjunto de bancos.

i_b = El tipo medio ponderado de los préstamos de cada banco.

n_b = El número de bancos declarantes.

Fuente: Circular 5/2012 de 27 de junio, del Banco de España.

$$I_{ca} = \frac{\sum i_{ca}}{n_{ca}}$$

Siendo:

I_{ca} = La media de los tipos de interés medios ponderados del conjunto de cajas de ahorros.

i_{ca} = El tipo medio ponderado de los préstamos de cada caja.

n_{ca} = El número de cajas declarantes.

Fuente: Circular 5/2012 de 27 de junio, del Banco de España.

2.1.2 CECA

Otro índice de referencia muy utilizado es el CECA, el cuál es empleado por las cajas de ahorro a los préstamos personales entre uno y tres años, y a los préstamos hipotecarios de más de tres años; se utiliza como sustitutivo del IRPH en algunos casos

Desde el 1 de noviembre de 2013 se dejó de aplicar este tipo de referencia de las cajas de ahorros y tipos medios de préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda libre de bancos y cajas de ahorros de acuerdo a la normativa, los cuales podrían ser sustituibles por otros tipos aplicables, siempre que se previera en su contrato.

Fórmula:

$$\bar{X} = \frac{\sum_{i=1}^{i=n} X_i}{n}$$

Siendo:

\bar{X} = La media aritmética.

X_i = El dato correspondiente a cada entidad.

n = El número de cajas de la muestra.

Fuente: Circular 5/2012 de 27 de junio, del Banco de España.

2.1.3 MIBOR

El MIBOR es el indicador de referencia que fija el tipo de interés al que se prestan dinero las entidades entre sí, y sobre el que basan también los préstamos hipotecarios en el mercado de capitales de España; hasta la introducción de España en la Unión Europea era el MIBOR el tipo de referencia en el mercado español, pero con el objetivo de llevar a cabo una política monetaria común, se creó el tipo de referencia interbancario común en la zona euro, denominado EURIBOR.

Su cálculo es la media simple de los tipos de interés diarios que se dan en operaciones a plazo durante los días hábiles del mes en el mercado de depósitos interbancarios de España; a su vez, los tipos de interés diarios son los tipos medios ponderados por el importe de las operaciones realizadas a ese plazo durante el día; y los datos anuales, se calcula la media en base a los mensuales.

Formula del cálculo MIBOR diario:

$$R_d = \frac{\sum_{i=1}^{i=n} R_i \cdot E_i}{\sum_{i=1}^{i=n} E_i}$$

Fuente: Circular 5/2012 de 27 de junio, del Banco de España.

2.1.4 EURIBOR

Este indicador hace referencia a la media aritmética simple de los valores diarios(días de mercado al mes), del tipo de contado publicado por la Federación Bancaria Europea (FBE), para las operaciones de depósito en euros en plazo de un año, calculado a partir del ofertado por una muestra de bancos para operaciones entre entidades de similar calificación. Se calcula en base a los datos de las principales entidades comprendidas en la zona euro mediante el tipo de interés medio de contado para las operaciones de depósito de euros a plazo de un año.

2.2 LA PROBLEMÁTICA QUE GENERAN LOS INDICES DE REFERENCIA

La problemática que suponen los índices de referencia, son la falta de control por parte de los organismos públicos o instituciones encargadas a su supervisión, sobre todo aquellos como el IRPH, que no tiene carácter público ya que no se publica, lo que implica que pueda ser más fácil manipulable.

De manera parecida sucede hasta con aquellos índices publicados, como puede ser el EURIBOR, que también pueden ser manipulables puesto que no se hacen seguimientos ni se revisan los datos sobre los que se calculan.

La falta de auditorías al conjunto de entidades y al sistema bancario en general, crea una problemática en cuanto a la legalidad, debido a la falta de regulación.

Por otro lado, el posible aspecto manipulable de un índice tan significativo como es el EURIBOR, utilizado a nivel comunitario, podría desvirtuar el verdadero sentido por el que fue creado y su empleo, lo que acarrearía una trascendente repercusión negativa en el sistema financiero y bancario, como así ocurrió con el escándalo del indicador LIBOR en Estados Unidos y Gran Bretaña, tras cuestionarlo.

CAPITULO 3

***CUESTIONES PRACTICAS SOBRE CLAUSULAS
CONTRACTUALES CONFLICTIVAS***

3. CUESTIONES PRACTICAS SOBRE CLAUSULAS CONTRACTUALES CONFLICTIVAS Y EN MATERIA DE TIPOS DE INTERÉS

3.1 TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA PROBLEMÁTICA DE LA CLÁUSULAS SUELO

Actualmente los conflictos se han desatado debido a la situación vulnerable de las economías familiares que ha acarreado la crisis económica, lo que ha incentivado que los prestatarios no se conformen con las cantidades que variaban y aumentaban las cuotas a pagar de sus préstamos hipotecarios y se atreven a reclamar y hacer uso de la vía judicial para hacer valer sus intereses.

Con la sentencia AZIZ (EDJ 2013/21522 EL DERECHO), que no es sino una sentencia más que interpreta la Directiva/93/13/CEE de 15 de abril de 1993 del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, se abre camino a que se pierda el miedo a elevar los litigios por vía judicial sobre aquellos conflictos que surjan por la aplicación de ciertas cláusulas de carácter abusivo en dichos contratos.

En su preámbulo, recalca que los Estados miembros podrán aplicar una legislación más protectora pero en ningún caso más restrictiva; también hace mención sobre la aplicación de ciertas cláusulas no negociadas de forma individual entre el profesional y el consumidor, considerando consumidor a “a toda persona física, que en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”.

Respecto a la duda interpretativa que pueda surgir, se considerará que el consumidor será siempre la parte más vulnerable en el contrato, y por ello indica que se llevará a cabo “la interpretación más favorable al consumidor”. La garantía de protección de las cláusulas abusivas a los consumidores no es absoluta, se exige equilibrio de derechos y obligaciones por ambas partes.

Por ello, a través del entramado jurisprudencial se han ido perfilando una serie de requisitos en cuanto al proceder ante la existencia de una cláusula que pueda ser considerada abusiva.

En primer lugar, y según queda reflejado en las Sentencias AZIZ (EDJ 2013/21522 EL DERECHO) y BANESTO (EDJ 2012/109012 EL DERECHO) el Juez nacional tendrá, entre sus competencias, la de analizar, incluso de oficio, la cláusula contractual concreta disponiendo o no su carácter abusivo. Y será el Tribunal de Justicia quien tenga “la competencia en materia de interpretación del concepto de cláusula abusiva”. Esta indicación está también reflejada en la Directiva, en el artículo 3, apartado 1 y en el anexo, en la que también se indican las directrices que el juez nacional podrá aplicar al estudiar la concreta cláusula; por ello, deberá declarar su carácter abusivo en función de los criterios que haya señalado del Tribunal, no sólo limitándose a tener en cuenta dicha cláusula, si no todas las cláusulas del contrato para comprobar si existe un desajuste entre derechos y obligaciones. No serán cláusulas abusivas cuando reflejen disposiciones legales o reglamentarias de carácter imperativo, así lo recoge en la Sentencia RWE Vertrieb AG (EDJ 2013/26923- EL DERECHO) , en la que se valoraba si se podía incorporar una cláusula , permitida por la normativa para unos tipos de contratos, que permitía al proveedor alterar el precio del producto (en este caso el gas), sin que fuera necesario que existiera una causa que lo fundamentara, con el requisito de que los clientes o usuarios fueran avisados, para que pudieran tomar las medidas oportunas contra dicha modificación; junto con la pronunciación del Tribunal, la Directiva 93/13, excluyó en su artículo 1, apartado 2, aquellas que reflejan las disposiciones de Derecho Nacional en las que se den entre los contratantes sin tener en cuenta su elección, o aquellas en las que las partes no lleguen a un acuerdo; por otro

lado sí que podría ser considerada abusiva en el caso de que la regulación que afecte a una categoría de contratos, se pretenda extender a otro tipo de contratos, simplemente a voluntad de las partes sin tener en cuenta su régimen normativo.

También señala el Tribunal de Justicia, que el juez nacional, habiendo elementos de hecho y de derecho que fundamenten el carácter abusivo de una cláusula, deberá someterlo a estudio incluso antes de la admisión a trámite, sin que exista límites de plazos; la Sentencia PANNON (EDJ 2009/91752- EL DERECHO) recoge dicha disposición “deberá examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello” la Sentencia COFIDIS (EDJ 2002/60149- EL DERECHO), que hace alusión a un caso que se fundaba en el que no daban la razón al consumidor de la cláusula abusiva por la expiración del plazo y frente a la que el Tribunal de Justicia se pronunció en contra de la normativa nacional en la que se basó para la resolución del caso.

La búsqueda de las diligencias oportunas que le permitan concretar si una cláusula es abusiva o no, se deberán hacer en la medida de lo posible respetando la legislación de la Unión. En cuanto a aquellos consumidores no afectados por la sentencia, podrán beneficiarse de la resolución siempre que le sea de aplicación en los mismo términos del contrato las mismas cláusulas, reflejado en la Sentencia INVITEL (EDJ 2012/70166 -EL DERECHO).

En el caso de que una cláusula sea declarada abusiva, tendrá efectos de nulidad, lo que conllevará, según nuestro ordenamiento la imposibilidad de incluirlas en el contrato.

Hasta el momento, las cláusulas que han sido declaradas nulas por su carácter abusivo a través del Tribunal de Justicia son:

- Cláusulas en las que se fijaban la competencia territorial del órgano judicial del domicilio del profesional, puesto que somete al consumidor en exclusividad a un Tribunal y le puede hacer dificultosa su comparecencia cuando este alejado de su domicilio, lo que se podría considerar un obstáculo en cuanto a llevar a cabo sus acciones judiciales; esto queda manifestado en la Sentencia Océano Grupo Editorial (EDJ 2000/13642- EL DERECHO-). El carácter abusivo se corrobora además a través de la Sentencia PANNON (EDJ 2009/91752 –EL DERECHO) en el cual se concretó que el juez “deberá tener en cuenta el hecho de que una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, que ha sido objeto de negociación individual y que atribuye competencia exclusiva al tribunal en cuya circunscripción está situado el domicilio del profesional, puede ser considerada abusiva”.
- Se consideró el carácter abusivo a través de la sentencia INVITEL (EDJ 2012/70166- EL DERECHO) de aquellos mecanismos para la modificación de los gastos de los servicios que debe prestarse a los consumidores, en aquellos contratos de “fidelidad”, en los que tras la celebración del contrato exigen al consumidor que contribuyan con unos gastos no pactados inicialmente en el momento de celebración del contrato. Por ello en la sentencia recoge que la cláusula específica deberá precisar “de manera clara y comprensible los motivos o modo de variación de los gastos relacionados con el servicio que deba prestarse y, en su caso, si a los consumidores se les confiere el derecho rescindir la relación contractual”.
- Otra disposición en la que se reconoce el carácter abusivo son la imposición de altas indemnizaciones, en un contrato de crédito como hizo a través del Auto POHOTOVOST’S sobre las cláusulas crédito que impone al consumidor en caso de

impago; en este caso se trataba de una cantidad indemnizatoria desproporcionada. Por ello el TJUE se pronuncia indicando que cuando dicha cláusula se considere abusiva, tras haber valorado las condiciones en las que se dé el contrato y sus circunstancias, el “órgano jurisdiccional habrá de deducir todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se derivan de ello para garantizar que el citado consumidor no esté vinculado por la mencionada cláusula”. En cuanto al carácter desproporcionado de la indemnización, lo habrá de tener en cuenta el juez en cuanto hubiera otras medidas menos estrictas que pudieran tener el efecto disuasorio pretendido, siempre de acuerdo con la normativa aplicable que se ajuste a dicho contrato.

- Una serie de cláusulas contenidas en contrato de préstamo con garantía hipotecaria.
 - o Sobre las cláusulas de intereses de mora, TJUE se pronuncia señalando que, en caso de no haber acuerdo, se deberán acoger a lo que prevea la legislación de cada Estado, respetando que deban ser fijados en función del tipo de interés legal aplicable, con el fin de que no se produzca un abuso por parte de la entidad.
 - o Sobre las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de larga duración indica que si en el caso de que el motivo se deba al incumplimiento por parte del consumidor de una obligación que resulte transcendental en el contrato acordado por ambas partes, se podrá aplicar esta cláusula si está prevista en dicho contrato en los casos de incumplimiento grave, siempre que se pueda ajustar a las disposiciones que el derecho facilite medios para que el consumidor que quede sometido a dicha cláusula pueda poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado.
 - o En el caso de liquidación unilateral del saldo, debido a la falta de acuerdo de las partes, se deberá comprobar si las normas que le son aplicables perjudican a que el consumidor pueda hacer uso de los medios procesales y se deba considerar como una excepción a las normas.

Hay que destacar, la Sentencia de 3 de junio de 2010, Cajas de Ahorros y Monte de Piedad Madrid (C-484/08- EL DERECHO), en la que el TJUE resuelve la cuestión prejudicial planteada por el TS en la indican que siempre podrán prestar una protección mayor que la recogida por la Directiva 93/13, así como ésta recoge “que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible”; el objeto de la discordia puede surgir cuando dicha protección se aminore. (Interés sustitutivo del IRPH-Cajas en préstamo hipotecario, 2013)

En conclusión siempre se han de examinar las cláusulas de dudoso carácter abusivo, ya sea tanto si son invocadas por los consumidores afectados, como si son de oficio, destacando sobre todo aquellas cláusulas que no hayan sido objeto de negociación individual. Por lo tanto el juez asume el papel de principal garante de protección a aquellos que se vean perjudicados por estas disposiciones contratantes.

3.1.1 STS DE 9 DE MAYO 2013

En España, desde la STS DE 2013 y el impacto social que conllevó el reconocimiento de nulidad se empiezan a plantear la posible nulidad de las cláusulas suelo y el IRPH, junto con otras muchas disposiciones de los contratos de préstamo hipotecarios que afectaban a los actores pasivos.

Gracias al fallo a favor de la Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios que presentó recurso contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla a favor Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA), S.A, Cajas Rurales Unidas, S.C.C. y N.C.G banco S.A.U, reconociendo las cláusulas suelo, junto con otras muchas aplicaciones a los contratos de préstamos hipotecarios con las que dichas entidades habían operado de forma poco transparente.

En el análisis de la sentencia, podemos destacar otras disposiciones llamadas al orden por su naturaleza conflictiva en cuanto a la legalidad de su proceder.

Respecto a la acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación impuestas por entidades financieras, son precisamente las condiciones generales lo que hace que se puedan incorporar a una pluralidad de contratos y pueda permitir llevar a cabo una acción común, ya que a todos les afecta. Los requisitos que indican que una cláusula predispuesta general constituya una condición general son:

- Contractualidad, debiendo de ser negociada y pactada en el contrato.
- Predisposición, estando pre-redactada.
- Imposición, pudiendo ser impuesta unilateralmente.
- Generalidad, incorporadas a una pluralidad de contratos.

Sobre las condiciones generales, según recoge la LCGC en su artículo 5.1 indica que “ las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo”.

Frente al establecimiento de límites mínimos, el TS se pronuncia no estimando aquellas que hayan sido incorporadas a los contratos de interés variable “suscritos a los consumidores”, pero reconoce la nulidad de aquellas cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos.

Los motivos en los que se apoya su argumentación y que dan pie a declarar nulas aquellas condiciones generales son:

- Ausencia de simulaciones, en la fase precontractual.
- Falta de la advertencia clara y entendible sobre el coste de otros productos en la comparación de los mismos.
- La falta de información suficiente, ya que se trata de un elemento principal del contrato.
- La creación de apariencia de un contrato de préstamo hipotecario de tipo de interés variable en el que las fluctuaciones del índice de referencia a la baja, se reflejaran disminuyendo el precio del dinero.
- La creación de la apariencia del suelo que ha de tener, como contrarresto la fijación de un suelo.
- Su ubicación en el contrato en lugar donde camuflan la atención del consumidor mediante la concentración abrumadora de contenidos (caso del BBVA)

Estas ausencias y el mal empleo de los medios al introducir dichas disposiciones son lo que han generado un abuso por parte de las entidades crediticias, que al emplearlas han expuesto al consumidor a una situación en la que se le desprotege al no ser un pacto nítido.

Es de máxima importancia resolver y desmontar los argumentos en los que se apoya la parte contraria, en este caso las entidades prestatarias:

- Aluden a lo previsto en la LCGC que indica que aunque sean consideradas dichas cláusulas conflictivas como condiciones generales, no podrán someterse a esta normativa puesto que su regulación viene especificada en otros preceptos, como así lo expresa en su artículo 4.2 “Tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que...[] vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria de los contratantes”.

También respaldado por la directiva 93/13 en la que indica que “se supone que las disposiciones legales o reglamentarias en los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas, que por consiguiente no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva”

- Otro argumento en el que se escudaban era considerar que afectaba el carácter abusivo de dichas cláusulas a elementos esenciales en los contratos de préstamos hipotecarios; principalmente se referían “al precio”, en este caso los intereses pactados a pagar, siendo consideradas las cláusulas limitativas como principales disposiciones que afectan a lo que consideran que es un elemento esencial. Por el contrario, las cláusulas de suelo y techo se encuentran dentro de las cláusulas generales de la contratación puesto que cumplen los requisitos mencionados anteriormente.
- Destacar también el argumento de que el papel de dichas cláusulas limitativas es secundario, siendo el principal la cuota inicial a pagar (en muchos casos), restando importancia al resto de contrato para los clientes.

El Tribunal fundamenta su conclusión amparándose en los siguientes argumentos:

Partiendo de lo previsto por la LCGC, sobre el adherente al contrato indica que “a Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquier persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual”.

También que es elemental que la cláusula se ponga en conocimiento de la otra parte, ya que es un requisito previo necesario, que de no darse, no vincularía a las partes.

Tampoco implica que la condición general de la cláusula, por no ser esencial, no se le deba informar a la otra parte contratante, puesto que es de absoluta necesidad.

En cuanto a la imposición de las cláusulas limitativas sobre la variación de intereses, la Directiva 93/13 recoge que “se considera 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 los contratos de adhesión”. Los contratos de adhesión que son contratos redactados por una sola parte, típicos de la entidades bancarias, la parte contratante solo tiene opción de adherirse o no, dejando sin posibilidad de negociar o modificar ninguna cláusula, lo que en cierto modo, refleja total indefensión a la parte contratante o pasiva.

Por lo tanto, se puede concluir que, solo afectará a las cláusulas generales que no han sido negociadas individualmente y no que hayan sido aplicadas a una pluralidad de contratos; también hay que aclarar que con imposición se refiere a imposición de contenido, y no imposición a contratar.

También es necesario comprobar si dichas cláusulas abusivas constituyen el objeto principal del contrato, ya que en ese caso si se podrá proceder al control pertinente.

La Directiva 93/13 lo recoge así en su alusión al carácter abusivo que “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; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio”. Por lo tanto, no se podrá referir en cuanto al carácter abusivo de la cláusula en cuestión, “a la definición del objeto principal del contrato... [], siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.

Como se puede apreciar en estas precisiones de la Directiva, se utiliza de manera indistinta el término “descripción” y “definición” en cuanto al objeto principal del contrato, lo cual abre un debate de interpretaciones diferentes, pero que indistintamente, no aclaran si se ha de distinguir entre elementos esenciales, o no esenciales, lo que en consonancia con el artículo 1755 C.C, que intenta despejar las dudas, señala que en el contrato de préstamo, el precio no es esencial (ni siquiera en el préstamo mercantil) si no que “son “descriptivas” o “definitorias” del objeto principal del contrato concreto en que se incluyen o, por el contrario, afectan al “método de cálculo” o “modalidades de modificación del precio”. En este caso, las cláusulas suelen influir directamente a los intereses (precio a pagar), por lo que se puede concluir que describen o definen el objeto principal del contrato.

Como se ha aclarado antes, según prevé la Directiva 93/13/CEE, estas características no son susceptibles a control de abusividad, pero como contraste la sentencia también mencionada anteriormente de 3 de junio de 2010 del TJUE, Caja de Ahorros y monte de Piedad de Madrid indica que” no se puede impedir a los Estados miembros que mantenga o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, ...[], siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección”, y aclara que los artículos de la Directiva referidos al control ha de interpretarse en el sentido en que “no se oponen a una normativa nacional ...[], que autoriza un control jurisprudencial del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato ...[], aunque estén redactadas de manera clara y comprensible”. Como conclusión, se puede extraer que no implica que no puedan someter al mecanismo de control de doble transparencia (informar y conocimiento real de dicha cláusula) pese a que la Directiva no contemple el control del carácter abusivo de las cláusulas por las características ya indicadas, pero sí que prevé como así se manifiesta que “ los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de las cláusulas”.

En cuanto al control de transparencia documental sobre la información suministrada, el prestatario a de percibir que se trata de una cláusula suelo, evitando que no acceda a informaciones exhaustivas, enmascaradas entre otro tipo de información abrumadora que puedan dificultar su percepción y conocimiento ; ello se basa en la Directiva 93/13/CEE y en el TRLCU, en su artículo 80.1 que recoge “ en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [] deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la relación, con posibilidad de comprensión directa [] -; b) Accesibilidad y legibilidad”; también lo afirmado a través del IC 2000 que señala que “el principio de transparencia debe garantizar así mismo que el consumidor está en condiciones de obtener , antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa”. En la sentencia la falta de transparencia se aclara mediante los detallados puntos:

- a) Falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.
- c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad.
- e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y diluyen la atención del consumidor.

La declaración de nulidad de dicha cláusula en ésta sentencia, permite resaltar lo referido a los efectos retroactivos que la nulidad acarrea y que creará debate y desacuerdos.

Los efectos de la declaración de nulidad conlleva considerar aquello sobre lo que recaen, como si no hubiera existido al igual que las consecuencias que hayan derivado de las mismas, así como recoge el artículo 1303 C.C. que “declarada la nulidad de la obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses”. Esto nos lleva a analizar la retroactividad de los efectos declarados por la nulidad, que a parte de la ineficacia de las cláusulas o en algunos caso de los contratos, implica la eliminación de las consecuencias derivadas, para evitar sus consiguientes efectos de acuerdo a la clásica regla “quod nullum est nullum effectum producit”, sobre el que se inspira el artículo 1303 C.C. Así también lo afirma la STS 118/2012 indicando “restitutio in integrum” como consecuencia de la falta de efectos y por tanto de validez como resultado de la propia nulidad de la prestación debida.

Por otro lado, cabe contemplar también la limitación de la retroactividad, en sintonía a lo recogido la Ley 30/1992 que pone como límite a los efectos absolutos y extremos de la declaración de nulidad, manifestando que “las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a las buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes” evidenciando también así el artículo 9.3 CE, referido a la seguridad jurídica.

La sentencia finalmente concluye sobre la limitación de la retroactividad, en base a la ya manifestada opinión del TJUE en la Sentencia de 21 de marzo de 2013, de que cabe la posibilidad de que “el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, 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”.

La “buena fe”, tiene un papel fundamental en cuanto a la intención utilización de las cláusulas limitativas; junto con el doble mecanismo de control de transparencia constituyen la base fundamental sobre la que debe reposar la aplicación de dichas cláusulas.

Finalmente y en el caso enjuiciado, el Tribunal resuelve declarando la irretroactividad de manera que la nulidad de dichas cláusulas, no retrotraerá los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo determinadas en esta sentencia anteriormente a su declaración, ni por lo tanto tendrá alcance “ex tunc”. Su principal fundamentación para determinar el carácter no retroactivo es la causa objetiva en la que se basan dichas cláusulas y su licitud (permitidas por la normativa vigente del momento), siendo el principal motivo la falta de transparencia, a la

cantidad y a la falta de información previa prestada al consumidor lo cual origina un desequilibrio entre derechos y obligaciones, siendo el perjudicado el consumidor y así lo refleja añadiendo que "Las cláusulas suelo son lícitas siempre 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. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado en un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirían o lo harán de forma imperceptible en su beneficio".

Por lo tanto concluye que el contrato seguirá siendo válido, exceptuando la cláusula declarada nula, y no contemplará la devolución de las cantidades anteriores a la declaración de nulidad de la referida cláusula, obviándose el periodo desde el inicio del contrato hasta dicho momento; la sentencia será "erga omnes", extendiéndose su aplicación a todos los contratos de préstamos hipotecario que se formalizaran posteriormente a dicha fecha no pudiendo hacer uso de este tipo de cláusulas, y tendrá efectos de cosa juzgada.

3.1.2 STS DE 25 de Marzo de 2015

En la STS DE 2015, sobre la misma materia, y la retroactividad de los efectos de la nulidad del contrato, cabe destacar en el voto particular, la opinión del Excmo. Sr. Magistrado don Francisco Javier Orduña Moreno y al que se adhiere el Excmo. Sr. Magistrado don Xavier O'Callaghan Muñoz, que fundamentan a sus criterios que sí debería considerarse la nulidad desde el pacto del contrato y no desde el año 2013, donde se dicta la Sentencia en la que declara nula dichas cláusulas, disponiendo que sus efectos cobren validez a partir de ese mismo año, no pudiendo solicitarse las cantidades correspondientes a los años anteriores.

De su valoración personal, no compartida por el resto de componentes del Tribunal podemos extraer por irrefutables los siguientes párrafos en los que argumentan su opinión:

- Que la sentencia debía haberse planteado teniendo en cuenta las claves interpretativas del fenómeno jurídico a resolver, debiendo ajustarse a la fórmula jurídica abierta que plantea el artículo 1303 C.C.
- Puesto que en base a unas claves valorativas se han trazado las directrices para interpretación de la normativa a aplicar en el caso, indican literalmente en el apartado del voto particular que dichas claves "ya han sido suficientemente desarrolladas por la doctrina jurisprudencial de esta Sala y por la jurisprudencia del TJUE y cuya aplicación al presente caso debería haber llevado a la plena estimación del efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas desde la perfección del contrato celebrado", a razón del efecto restitutorio de las cantidades ya pagadas y de su alcance "ex tunc".
- Sobre el papel que implica la "buena fe", aprecia que resulta incongruente el razonamiento sobre el que se dicta sentencia con la preservación de dicho principio, así como lo expresa indicando que "lo que resulta inasumible por muchos círculos que se quieren realizar, es que el principio de buena fe, dispuesto al servicio o tuición del consumidor adherente, opere en contra del mismo incluso sobre aspectos o ámbitos de la relación negocial predispuesta con anterioridad a la citada fecha de la publicación de la Sentencia de 9 de Mayo de 2013, caso del efecto devolutivo de los intereses pagados con anterioridad a dicha fecha por el consumidor adherente, y con independencia de

proceso judicial alguno al respecto; de forma que se produce la” cuadratura del círculo “al dictar una sentencia creadora de una auténtica norma general, con carácter retroactivo, y sin cobertura legal para ello.

- En cuanto a la improcedencia de aplicar los efectos retroactivos de las cantidades debidas desde el inicio del contrato, que a través de la a la sentencia declaro nulas a partir de ese momento, estiman una consecuencia jurídica que como bien manifiestan los autores “expresamente viene prohibida tanto por la jurisprudencia del TJUE, sentencia de 14 de junio 2012 (TJCE/2012/143, caso Banco Español de Crédito), como por la reforma legislativa a la que dicha sentencia dio lugar (nuevo artículo 83 de la Ley 3/2014 de 27 de marzo de modificación del Texto refundido 1/2007), esto es, que se produzca una integración, aunque sea temporalmente parcial, de la eficacia de la cláusula declarada nula por abusiva”; esto viene a no tenerse en cuenta en esta sentencia, en el plano planteado, repercutiendo en el ejercicio de la tutela judicial efectiva de los consumidores ya que como citan “ven vulnerada su legítima pretensión de impugnación de la citada cláusula y su derecho a la devolución íntegra de las cantidades satisfechas.

Se puede considerar, según este extracto de la sentencia, que el criterio que les lleva a esta conclusión es el de que los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de completar la doctrina y jurisprudencia atendiendo al sistema de fuentes establecido, prevaleciendo la ley sobre todas ellas, de lo que no debe de estar exento ni el propio Alto Tribunal, quién ha de atender a la seguridad jurídica, por encima de la seguridad política o económica, lo que compete a otros organismos no judiciales.

Por ello, a tenor del artículo 1303C.C como bien reza tras la declaración de nulidad, “declarada la nulidad de la obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses”, con algunas salvedades, por lo que se puede llegar a interpretar el carácter retroactivo desde el inicio del contrato si consideramos que la restitución sea total, desde el comienzo del contrato.

Cabe destacar que no solo la opinión de dos magistrados es la que secunda el carácter retroactivo total de la norma, si no la de otros autores prestigiosos como García Montoro, Cordero Lobato, Pertiñez Vilches o Hernández Guarch que aprecian que el efecto imperativo e insoslayable de una cláusula nula es el expuesto.

El motivo que lleva a recurrir al Alto Tribunal, a parte de los motivos particulares de las partes, es la discordancia de las valoraciones de los órganos jurisdiccionales, que no logran aplicar un criterio uniforme respecto a la devolución de las cuotas percibidas debido a la aplicación de las cláusulas suelo. Finalmente esta sentencia concluye, acogéndose a lo recogido en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, teniendo efectos retroactivos a partir de esa fecha.

Es destacable, el informe que la Comisión Europea redactó el año pasado, en la que postula su opinión en cuanto a la cuestión sobre el carácter retroactivo de los efectos de nulidad desde el inicio del contrato a favor de su reconocimiento. Muy en la línea del voto particular expresado en la sentencia anterior, en el informe concretan a su juicio los Comisarios, la lógica del carácter retroactivo que conlleva el dejar “sin efectos” las cláusulas limitativas, utilizando un razonamiento plenamente jurídico sin dejarse arrastrar por la problemática económica e incluso política que podría acarrear.

3.1.3 PRONUNCIAMIENTO DEL TJUE

Hasta hace apenas unos días, estaba pendiente de pronunciarse el TJUE sobre la retroactividad de los efectos tras la declaración de nulidad de las cláusulas limitativas del tipo de interés en los contratos de préstamo hipotecario. Nos estamos refiriendo a la cuestión que plantea la interpretación del art. 1.303 del Código Civil, o lo que es lo mismo, al momento desde el que ha de producir efectos la nulidad de la cláusula referida, lo que llevado a efectos prácticos, supone que al prestatario se le reintegre la cantidad que pagó de más por la aplicación de la cláusula declarada nula, desde el inicio del contrato y no desde la sentencia histórica del año 2013 en la que dicha cláusula fue declarada nula por la primera sentencia comentada.

A día de hoy, ya ha manifestado su criterio a seguir, no entendiendo el carácter retroactivo de la norma desde el inicio del contrato, si no desde el 2013 mostrando se proclive con la valoración hecha por el T.S

Dentro de unos meses se expondrá el fallo definitivo, y pese a que el dictamen emitido no es vinculante, aclara el posicionamiento sobre el asunto en cuestión que denota la influencia de la preocupación por los efectos devastadores que tendría sobre la banca la devolución íntegra desde el inicio del contrato.

Por otro lado, se ha de tener en cuenta que un alto porcentaje de los casos de ejecuciones hipotecarias que se han dado en los últimos años, se han debido a la aplicación por parte de las entidades bancarias de cláusulas abusivas, entre las que abundan las limitativas sobre el tipo de interés aplicar; por otro lado, el empleo de dichas cláusulas también ha sido del “talon de Aquiles” de la entidades bancarias, puesto que han logrado paralizar muchas ejecuciones hipotecarias llevadas a cabo por el impago de cuotas, las cuales al recalcular la deuda, en algunos casos hasta la propia Entidad contraía una deuda con el consumidor.

Desde una perspectiva basada más en el empleo de la doctrina, leyes y jurisprudencia ensalzando lo que conlleva la concepción de “más justo” hubiera sido más prudente considerar dejar sin efectos las cláusulas conflictivas desde su empleo inicial, logrando cumplir lo previsto en el artículo 1303 C.C, y reinstituyendo en su totalidad lo correspondiente desde la perfección del contrato con alcance “ex tunc”.

Por otro lado, la pretensión de querer evitar el arrastre de las entidades financieras a la quiebra o a agrandar las deudas, es a tener en cuenta puesto que las entidades financieras constituyen un pilar fundamental en la economía y destruirlo supondría asumir, por defecto una repercusión económica negativa de fuerte repercusión en las pequeñas economías y familias.

3.2 TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA PROBLEMÁTICA SOBRE LA UTILIZACIÓN DE IRPH

Para analizar desde un punto de vista práctico esta cuestión, veremos dos Sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa. Es muy interesante hacer el análisis de estas dos Sentencias, porque el mismo Tribunal resuelve de dos formas diferentes la misma cuestión litigiosa, salvando las distancias de la situación y circunstancias que acompañan a cada caso.

3.2.1 SAP 19/2015 GUIPÚZCOA: FALLO A FAVOR

La sentencia escogida, resuelve un conflicto entre un cliente y la entidad bancaria Kutxabank, la cual apela a la justicia tras haber sido declarada nula la utilización del índice IRPH- Cajas en el contrato de préstamo hipotecario formalizado en 2007, condenando a esta reintegrar la diferencia entre el Euribor e IRPH con un incremento de un 1% al cliente.

Los principales argumentos en los que se ampara la entidad para que la Audiencia Provincial de Guipúzcoa retracte la nulidad anteriormente declarada por el juzgado de lo Mercantil de Donostia nº1 el cual daba la razón a la parte demandante (ahora recurrida) declarando sin efecto la aplicación del índice de referencia en cuestión, los podemos resumir básicamente en 3:

- En su momento se utilizó dicho índice, el cual era considerado oficial, puesto que estaba definido en la circular 8/1990 y recogido posteriormente en la circular 5/1994, junto con la EHA/2899/29011
- Existe diferencia entre el Euribor y el IRPH, puesto que operan en mercados diferentes; cuando se suprimió el IRPH Cajas y el IRPH Bancos, mantuvieron el IRPH Entidades lo que, según el criterio de las Entidades crediticias constituía una prueba de que debía seguir.
- Los contratos llevados a cabo, son contratos mercantiles onerosos y sinalagmáticos, en los que los la cláusula que regula el empleo de IRPH, afecta a los intereses en los contratos de préstamo hipotecario, lo que sería equiparable al “precio” y por lo tanto constituye el objeto principal del contrato, como bien recoge la Sentencia de 9 de Mayo de 2013 y el apartado 4.3 de la Directiva 93/13/CEE.
- Además este caso la parte apelante, alega error de valoración del juez por no tener en cuenta la normativa de forma adecuada en consonancia con las actuaciones en virtud a la declaración de nulidad de cláusula referida a la aplicación de IRPH-Cajas.

Con intereses opuestos, la parte actora apoya su argumentación en el carácter manipulable de este índice de referencia y cuestiona así la valoración del Juez que conoció el caso anteriormente.

Finalmente la Audiencia Provincial resuelve, estimando el recurso que presenta la parte demandada en anterior instancia resolviendo su argumentación en que tanto la regulación a tener en cuenta en el momento de la formalización del contrato de préstamo hipotecario, año 2007, para aplicar el IRPH – Cajas permitía su aplicación, así como tras la reforma que derogaba e indicaba ser sustituido por aquel índice previsto o por el general en el año 2013 , lo cual como así indica la sentencias “era perfectamente válido y apto para seguir siendo utilizados por los contratantes”.

3.2.2 SAP 5/2015 GUIPÚZCOA: FALLO EN CONTRA

En este caso a analizar se trata también de la entidad Kutxabank la que plantea el recurso de apelación contra una resolución anterior en instancia en la que da la razón a los clientes.

En la sentencia declara nula la escritura de novación y el contrato de fianza formalizado el 15 de julio de 2012, y condena a la parte demandada ha reinstituir las cantidades cobradas indebidamente además de deducirse el Euribor + 1% junto con el interés legal devengado desde el inicio de dicho contrato.

Los argumentos en los que fundamenta el recurso formulado por la representante de la Entidad, son en primer lugar aclarar el periodo de en los que se da la novación de los

préstamos contratados, recalcando que son en el año 2010; en agosto de 2010 se firmó un nuevo acuerdo de refinanciación para que pudieran hacer frente a los pagos pendientes los clientes; mantiene que en la novación de contrato de préstamo hipotecario se trataron todos los aspectos susceptibles a cambiar, como eran el plazo y el tipo de interés.

Respecto al tipo de interés, se pasaría del IRPH-Cajas al IRPH entidades, tras la derogación del IRPH –Cajas en 2013, explicándose de forma clara y transparente además de ponerlo en letra negrita, y eliminando las cláusulas techo pactadas inicialmente junto con el IRPH-Cajas.

El principal problema surge cuando se asigna como índice sustitutivo el indicador IRPH-Entidades no negociándose otro ni dándose la oportunidad de comparar entre la aplicación de otros posibles indicadores más ventajosos para el cliente, como podría ser el Euribor + 1%, siendo el más general y siendo el inicialmente pactado para ser sustitutivo.

Finalmente, la sentencia de la Audiencia Provincial desestimando el recurso planteado por la Entidad ya que, como ya había considerado el Juez de primera instancia, que “actúa de forma dolosa haciendo uso de maquinaciones engañosas” utilizando el contrato de novación para facilitar la refinanciación y así llevar a cabo la modificación sobre el índice de referencia a aplicar; este suceso, por lo tanto contemplando como error en el consentimiento y por lo tanto consentimiento viciado, que implica la nulidad del contrato de acuerdo a lo predispuesto en el artículo 1265 CC “ será nulo el consentimiento prestado por error, []” y en el artículo 1266 CC “para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuera objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de las misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo”, apoyándose también del artículo 1269 CC.

Concluye, contemplando lo alegado por la parte recurrida de que no fueron informados correctamente y esa falta de comunicación les indujo a firmar dicho contrato.

CONCLUSION FINAL

CONCLUSION

En el análisis de la cuestión de fondo planteada, las conclusiones a que llegamos sobre las cláusulas abusivas empleadas en los contratos préstamos hipotecarios es que la nulidad es la principal acción o medida que en consecuencia del empleo de dichas cláusulas, produce efectos restituyentes de las cantidades debidas, y deja sin validez dichas cláusulas .

Actualmente la excusa de ampararse en el principio de “buena fe” por parte de las Entidades bajo mi criterio, no resulta justificativa, puesto que se ha dado a conocer a través de los diferentes mecanismos jurídicos y medios de comunicación el tratamiento sobre el uso de estas cláusulas y las consecuencias de la declaración de nulidad de las mismas.

También la transparencia y la información recobran un papel fundamental puesto que la información nítida de las cláusulas contractuales que constituyen el contrato de préstamo hipotecario permitirá que el consentimiento por la parte contratante sea libre y consciente, lo que implica un consentimiento sin vicios de dichas disposiciones del contrato.

La falta de negociación individual supone un desequilibrio en el pacto contractual, lo cual implica la imposición de las condiciones a aceptar por una de las partes, lo que resulta desventajoso para la otra parte.

Sobre la retroactividad de los efectos que implica la nulidad en las cláusulas suelo, y el debate sobre si han de computar desde la perfección del contrato o no, en este mes el TJUE se ha pronunciado mostrando su criterio de acuerdo a lo que ya venía recogiendo la STS de 9 de mayo de 2013 en la que se retrotraían los de la nulidad a partir de ese momento. Esto plantea, bajo mi punto de vista una cierta quiebra del principio división de poderes puesto que los argumentos que se dan tras esta declaración (no definitiva) se basan en tener en cuenta las pérdidas y el crecimiento de la deuda que las Entidades vienen arrastrando y no los preceptos legales o argumentos doctrinales jurídicos que avalan la retroactividad total de los efectos, como es el caso del artículo 1303 C.C. De esta forma se desvirtúan la utilización de las normas, prevaleciendo el interés económico sobre las consecuencias fatales que podrían conllevar en el sistema económico, y que afectarían al conjunto de la sociedad. Por lo tanto la esencia de la división de poderes, y la independencia del poder judicial en cuanto al sometimiento del resto de poderes, se ve influenciado por otros factores los cuales pretendía evitar para garantizar la protección y libertad de los ciudadanos. (GARBALLO BLANCH, 2015)

Finalmente todos estos escándalos hacen plantear dudas sobre la seguridad que ofrece el sistema bancario a los consumidores y si los mecanismos jurídicos de protección son suficientes y eficaces a la hora garantizar los derechos del consumidor, concluyendo que pese a que se intenta trazar unos mecanismos de protección más fuertes para la parte más desprotegida los clientes, como reza la expresión “el pez grande, se sigue comiendo al pequeño” ante la pasividad del sistema en su conjunto.

BIBLIOGRAFÍA

MACHADO, S. M. (2013). *DERECHO DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA. X SISTEMA BANCARIO*. IUSTEL, S.A. PORTAL DERECHO.

ORDEN EHA 2899, 2899/2011 (MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA 28 de OCTUBRE de 2011).

HISTORIA, BE. (2016)

http://www.bde.es/bde/es/secciones/sobreelbanco/historiabanco/Del_Banco_de_San/

ZUNZUNEGUI, F. (2012). *DERECHO BANCARIO Y BURSÁTIL*. COLEX, S.A. CONSTITUCIÓN Y LEYES.

GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., «Requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de la nulidad acordada por la STS 9 de Mayo de 2013», Revista CESCO de Derecho de Consumo, número 6, 2013, páginas 116 y siguientes.

TIPOS DE INTERÉS DE REFERENCIA Y OTROS TIPOS OFICIALES, BE. (2016)

http://www.bde.es/clientebanca/es/areas/Tipos_de_Interes/Tipos_de_interes/Oficiales_para_p/Tipos_referencia/

CLAUSULAS SUELO (2015)

<http://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/ARTICULOS/2013-clausulas-suelo-sts-9-mayo-2013.htm>

GARBALLO BLANCH, J. P. (2015). LAS CLAÚSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS. EL DERECHO. http://www.elderecho.com/tribuna/civil/clausulas-abusivas-contratos-hipotecarios_11_783430002.html

http://www.elderecho.com/actualidad/Interes-sustitutivo-IRPH-Cajas-prestamo-hipotecario_25_590750001.html

DÍAZ RUÍZ, E., «Cláusulas abusivas de los contratos bancarios por aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación», Revista de Derecho Bancario y Bursátil, Lex Nova, número 101, Valladolid, 2010

Interés sustitutivo del IRPH-Cajas en préstamo hipotecario. (2013). *EL DERECHO*.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA MÁS SIGNIFICATIVA:

Real Decreto-Ley 2/2012

Real Decreto-Ley 24/2012

Ley 9/2012

Real Decreto-Ley 18/2012

CIRCULAR 5/1994

LEY 30/1992

REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2007 (TRLUCU)

CODIGO CIVIL: ARTÍCULOS 1265; 1266; 1269; 1303.

ORDEN EHA 2899/29011

CIRCULAR 5/2012
DIRECTIVA 93/13/CEE

TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL, SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 2013
TRIBUNAL SUPREMOS, SALA DE LO CIVIL, SENTENCIA 25 DE MARZO DE 2015
AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZCOA, SECCIÓN Nº2, 23 DE ENERO DE 2015, REF. 19/2015
AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZCOA, SECCIÓN Nº2,31 DE MARZO DE 2015,REF 5/2015

ANEXO I

QUINTO.- Fundamento y concreción de la ineficacia derivada.

Razón del efecto restitutorio y de su alcance "ex tunc" en el ejercicio de acciones individuales de impugnación. Sentado que la naturaleza y alcance de la ineficacia de la cláusula abusiva no puede ser sustentada desde un fundamento normativo de retroactividad, así como la innegable incidencia de la vía o acción específicamente ejercitada en su impugnación, especialmente de la debida diferenciación procesal y sustantiva entre la acción de cesación y la acción individual, la sentencia tenía que haberse planteado la cuestión de la ineficacia derivada desde la perspectiva valorativa, dinámica y flexible, de las claves interpretativas que definen el fenómeno jurídico en donde está ineficacia incide y se articula, conforme a la finalidad tuitiva que preside la normativa objeto de aplicación. De este modo, la respuesta obtenida no sería, en ningún caso, producto de un planteamiento dogmático, esto es, derivado de la mera letra de la norma, que ya declara la nulidad de pleno derecho de la cláusula abusiva (artículo 8.1 LCGC), sino fruto de un proceso de concreción o fundamentación técnica ajustada a las características del fenómeno jurídico que, como hemos señalado en el fundamento tercero de este voto particular, cabe realizar cuando la norma aplicable, bien por su propia fundamentación, o bien por su interpretación sistemática, no ofrezca una respuesta o desarrollo técnico que resulte suficiente o unívoco al respecto. Este sentido, y no otro, es el que cabe extraer del viejo brocardo "quod nullum est nullum effectum producere debet" y de la fórmula abierta que dispensa el artículo 1303 del Código Civil (ambos citados por la sentencia de 9 de mayo, parágrafo 283), pues la referencia a la inexistencia de efectos ("nullum effectum") no se realiza desde el plano material o fáctico sino desde el plano de la causalidad jurídica, porque la reacción del ordenamiento jurídico ante los supuestos de ineficacia contractual no es siempre igual, ni uniforme, sino ajustada al fenómeno jurídico tomado en consideración. En nuestro caso, esta causalidad jurídica o fundamentación técnica respecto de la restitución de las cantidades entregadas como consecuencia de la nulidad contractual de la cláusula abusiva, con mayor precisión del "efecto devolutivo" de las mismas, dado que el contrato no resulta resuelto, se realiza, como ya se ha destacado en las directrices de interpretación, en atención a las claves valorativas que definen la naturaleza del fenómeno en el que incide la ineficacia y la función de los instrumentos que la articulan. Claves, por lo demás, que ya han sido suficientemente desarrolladas por la doctrina jurisprudencial de esta Sala y por la jurisprudencia del TJUE y cuya aplicación al presente caso debería haber llevado a la plena estimación del efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas desde la perfección del contrato celebrado. En síntesis, esta Sala tiene declarado, como doctrina jurisprudencial consolidada (STS de 8 septiembre 2014) que la ineficacia contractual en la contratación seriada, más allá de la referencia genérica al concepto de nulidad, tiene un tratamiento o fundamento específico y

necesariamente conexo a la calificación de este fenómeno como un "modo de contratar", esto es, con un régimen y presupuesto causal propio y diferenciado. Régimen que, entre otros bienes jurídicos objeto de protección, responde a la finalidad tuitiva del consumidor adherente y que justifica el necesario cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden a asegurar el equilibrio prestacional y la comprensibilidad real de la reglamentación predispuesta y, con ellos, "la eficacia resultante de la misma". En este contexto, el instrumento técnico que la normativa aplicable incorpora para articular dicho contraste o comprobación es el denominado control de abusividad que, por su función y naturaleza, es "un control de eficacia de la reglamentación predispuesta" y, por ende, de la ineficacia que pudiera derivarse. De esta forma, el control de abusiva opera como un "propio control de legalidad" que se proyecta, de un modo objetivable, en orden a la idoneidad de la reglamentación predispuesta respecto de los parámetros de equilibrio prestacional y de transparencia real anteriormente señalados. Proyección del control de abusividad que, necesariamente, se realiza al valorar la reglamentación predispuesta en "el momento de celebración del contrato". Conclusión inobjetable tanto en el campo de la doctrina científica como en el ámbito de la doctrina jurisprudencial (con especial reiteración en la jurisprudencia del TJUE, sentencias de 21 febrero y 14 marzo 2013 y 16 enero 2014). Esta caracterización, por lo demás, es igualmente predicable del control de transparencia (artículo cinco de la Directiva 93/13, artículo 5. 5 y 7.b de la LCGC y 80.1 (a) del TR-LGDCU) que opera con un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014). Pues bien, dado que la ineficacia resultante no tiene un fundamento de retroactividad normativa ni, por extensión, la sentencia que la declara, los criterios o pautas que sirven para determinar el alcance del efecto restitutorio o devolutivo deben extraerse, necesariamente, de este contexto valorativo que informa el régimen de eficacia y control de las condiciones generales de la contratación. Y aquí, en el caso del ejercicio de las acciones individuales, los criterios que resultan aplicables no dan otra alternativa posible que no sea la determinación del efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas con carácter "ex tunc", esto es, desde el momento de la perfección del contrato predispuesto. Esta conclusión se alcanza por la naturaleza y función de los elementos que determinan el régimen de eficacia y de control de la contratación seriada, es decir, por la naturaleza y función del propio fenómeno de las condiciones generales, del control

de abusividad y de la acción ejercitada; todo ello, conforme a la función tuitiva que los preside. Así, por ejemplo, el primer elemento o criterio indicado, el fenómeno de la contratación bajo condiciones generales, nos informa, con carácter general, de la caracterización del régimen de ineficacia que resulta aplicable. En este sentido, acorde con la naturaleza y función de este fenómeno jurídico, la forma o el modelo de ineficacia responde a los parámetros de una ineficacia funcional, relativa, parcial e insanable. En efecto, la ineficacia es, en primer término, funcional, porque la reglamentación predispuesta, por su naturaleza, no contiene ninguna irregularidad en su estructura negocial y nace, por tanto, regularmente firmada y eficaz; sin embargo, funcionalmente su ejecución lleva a un resultado que el ordenamiento jurídico no permite consolidar, esto es, la lesión del consumidor adherente por la falta de equilibrio prestacional o de transparencia real. En este contexto, también puede sostenerse que la ineficacia es provocada pues se permite que los consumidores y usuarios puedan operar dicha ineficacia con la correspondiente pretensión de impugnación. En segundo término, la ineficacia es relativa y parcial porque despliega sus efectos entre las partes (no tiene proyección "erga omnes") y afecta sólo a la cláusula declarada abusiva, que es objeto de la ineficacia, no así el resto del contenido contractual (principio de conservación del contrato en interés del consumidor). Por último, la ineficacia es más bien insanable en relación a la cláusula declarada abusiva, pues no se permite su moderación, ni su integración en el contrato subsistente. Por su parte, la naturaleza y función del control de abusividad y de la acción ejercitada, de acuerdo a la anterior caracterización general, nos concretan ya el alcance del mecanismo restitutorio que opera como una consecuencia directa de la situación de ineficacia de la cláusula declarada abusiva. En ese sentido, el control de abusividad, como control de eficacia de la reglamentación predispuesta se formula, necesariamente, desde una perspectiva declarativa del carácter abusivo de la cláusula, esto es, de la lesión o perjuicio que se infiere al consumidor en la reglamentación predispuesta y, por tanto, con remisión a la propia celebración del contrato que funcionalmente los causaliza. De ahí su correspondencia con el examen de legalidad o idionidad que también, necesariamente, como se ha señalado, toma como referencia temporal el momento de la celebración del contrato para valorar el posible desequilibrio prestacional o la falta de la debida transparencia real. La indoneidad de la reglamentación predispuesta, por tanto, es valorada y declarada en atención al marco temporal de la celebración o perfección del contrato, momento "esencial" en donde el predisponentes tenía que haber cumplido ya sus especiales deberes de configuración negocial para que su reglamentación predispuesta no lesionara los derechos del consumidor adherente. En esta misma dirección, se desenvuelve la naturaleza y función de la acción individual de impugnación que se ejercita. En efecto, de acuerdo con el carácter de ineficacia provocada señalado, y fuera del contexto dialéctico acerca de la naturaleza

declarativa o constitutiva de la acción de anulación, lo cierto es que el específico tratamiento o concreción de la ineficacia resultante en el fenómeno de las condiciones generales queda informado, en este punto, por la pretensión de impugnación del consumidor adherente dirigida a obtener un pronunciamiento judicial que declare el carácter abusivo de la cláusula en cuestión y, por tanto, su nulidad e ineficacia contractual. Desde esta innegable perspectiva deben tenerse en cuenta dos criterios que delimitan el alcance del pronunciamiento judicial. El primero obedece a la propia estructura sistemática de nuestro Código Civil, en donde el mecanismo de la restitución viene referido como una consecuencia ineludible de la situación de ineficacia contractual derivada de la nulidad o anulación del contrato, en nuestro caso de la nulidad de la cláusula abusiva. Tratamiento unitario que resulta indiscutible en la estructura sistemática de nuestro Código Civil. El segundo, obedece a la propia naturaleza o formalidad del mecanismo de la restitución que conduce, en principio, a que las consecuencias o efectos de la misma hayan de retrotraerse al momento de la celebración del contrato, esto es, con un claro alcance "ex tunc". Extremo, como fácilmente puede observarse, completamente diferente al fenómeno de la retroactividad normativa y su aplicación judicial. Pues bien, en el presente caso, debe señalarse que nada obsta a que este alcance natural de la restitución opere con normalidad, pues en el contexto contractual en donde incide la acción ejercitada no se contemplan derechos de terceros que deban ser protegidos, ni otros planos de la relación contractual (liquidación del estado posesorio, indemnización de daños y perjuicios, etc.) que merezcan una aplicación diferenciada del meritado efecto restitutorio, que actúa de forma natural como una consecuencia derivada de la ineficacia de la cláusula declarada abusiva. (SSTS de 30 abril 2013, núm. 275/2013 y 22 abril 2014, núm. 763/2013). Como puede observarse, el tratamiento de las situaciones de ineficacia contractual resulta siempre complejo a la hora de su debida justificación o fundamentación jurídica, máxime en supuestos tan novedosos como los que se deriven de la aplicación del control de transparencia, pero precisamente por ello, resulta del todo necesario llevar a cabo la tarea de su delimitación y concreción jurídica.

(...)

SEXTO.- Principio de buena fe: su concreción y engarce contractual como fundamento de los especiales deberes de configuración contractual que incumben al predisponente.

(...)

Por último, y en tercer lugar, lo que resulta inasumible, por muchos "círculos" que se quieran realizar, es que el principio de buena fe, dispuesto al servicio o tuición del consumidor adherente, opere en contra del mismo incluso sobre aspectos o ámbitos de la relación negocial predispuesta con anterioridad a la citada fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013, caso del efecto devolutivo de los intereses pagados con anterioridad a dicha fecha por el consumidor adherente, y con independencia de proceso judicial alguno al respecto; de forma que se produce la "cuadratura

del círculo" al dictar una sentencia creadora de una auténtica norma general, con carácter retroactivo, y sin cobertura legal para ello.

(...)

SÉPTIMO.- La improcedencia del efecto retroactivo de la sentencia respecto de la prohibición de moderar o integrar la eficacia de la cláusula declarada abusiva. Por último, debe señalarse que la presente sentencia al declarar la irretroactividad de la nulidad respecto de los pagos de los intereses realizados con anterioridad a la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013, declaración que se realiza de un modo generalizado para todo consumidor adherente, venga no afectado por la acción colectiva de cesación que fue objeto de la citada sentencia, y con independencia de la naturaleza del ejercicio individual de la acción de impugnación, opera, de modo material, una consecuencia jurídica que expresamente viene prohibida tanto por la jurisprudencia del TJUE, sentencia de 14 junio 2012 (TJCE/2012/143, caso Banco Español de Crédito), como por la reforma legislativa a la que dicha sentencia dio lugar (nuevo artículo 83 de la Ley 3/2014, de 27 marzo de modificación del Texto refundido 1/2007), esto es, que se produzca una integración, aunque sea temporalmente parcial, de la eficacia de la cláusula declarada nula por abusiva; extremo que claramente determina la presente sentencia pues en el plano material señalado, afectante al derecho de tutela judicial efectiva de los consumidores, que sin ser parte del proceso judicial establecido y, por tanto, sin atención a las circunstancias concretas de su relación contractual, ven vulnerada su legítima pretensión de impugnación de la citada cláusula y su derecho a la devolución íntegra de las cantidades satisfechas. Atentándose, del mismo modo, al efecto sancionador y disuasorio que informo la sentencia citada del TJUE, pues dada esta integración parcial de la eficacia de la cláusula nula, el mensaje que se transmite no es otro que el de la posibilidad de incumplir los especiales deberes de transparencia por el predisponente, sin sanción inicial alguna, que es lo que aquí ocurre al no estimarse la restitución de dichas cantidades con carácter "ex tunc", esto es, desde el momento en que venía obligado el predisponente. Bastando, de cara al futuro, que respecto de otras posibles cláusulas conflictivas se provoque una acción colectiva de cesación, cuestión que no descrita su posible instrumentalización abusiva o fraudulenta al respecto, para condicionar su aplicación a este incorrecto plano de la retroactividad y, en consecuencia, a la posible eficacia parcial de la cláusula que se declare abusiva.

