

Especial sobre la Cláusula Suelo

Qué dicen los tribunales españoles y el Europeo

Quién asume los gastos de la hipoteca

**Procedimiento de reclamación
judicial y extrajudicial**

Cláusula Suelo y personas jurídicas

**Real Decreto de protección de los
consumidores por Cláusula Suelo**



Global Master in Cybersecurity

The definitive Legal & Technical training program in Cybersecurity



- Become a real **Expert** with this innovative program that provides a full view of the legal and technical aspects of Cybersecurity.
- **Blended learning**, fully compatible with professional and/or academic duties.



Georgetown University

Students will have the opportunity to learn Cybersecurity in the US from the best professionals in this field, enrolling in the Certificate in Privacy and Data Security Program jointly imparted by ISDE & Georgetown University.

Academic Directors



Jeffrey Batt. *Vice President at Marsh Washington, District of Columbia. Former Associate Deputy General Counsel at the US Department of Defense.*

Dulce M^a Miranda. *Partner of the IP & IT Law - Regulatory & Compliance Area at Deloitte Abogados.*



ISDE, 1st Law School in Europe and 2nd in the world, according to the ranking "Innovative Law Schools" published by Financial Times

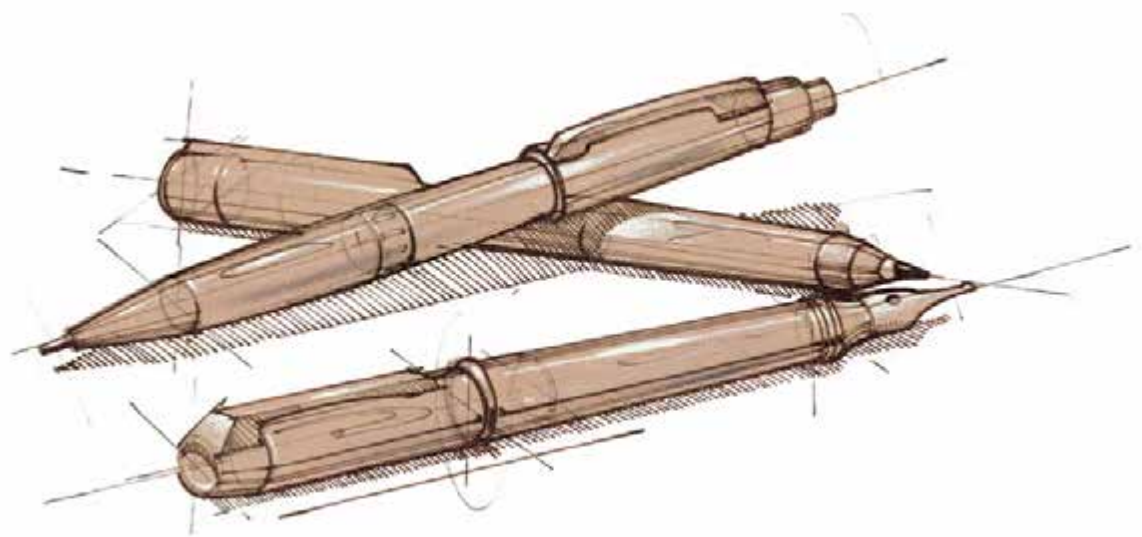
Una vez más

El reconocido jurista, Don Eduardo García Sánchez, nos recuerda que el pasado 21 de diciembre el Tribunal Superior de Justicia de la UE, en contra de lo sostenido por nuestro Tribunal Supremo en su resolución de 9 de mayo de 2013, consideró que no cabía limitar la retroactividad del pago de los intereses indebidamente cobrados por las entidades financieras a los prestatarios.

Una vez más, la interpretación europea discrepa de la nacional, una vez más, el Tribunal Superior de Justicia aparece como el gran constructor de la Unión Europea al imponer criterios interpretativos homogéneos en los Estados miembros.

Solo nos queda esperar que lo homogéneo se deje moldear por la equidad.

direccioncontenidos@difusionjuridica.es



Si como suscriptor tiene interés en que tratemos algún tema, escribanos a economist@difusionjuridica.es



04 INFORMACIÓN AL DÍA

Selección de novedades Legislativas y Jurisprudenciales a modo de flash informativo, sin ánimo de exhaustividad.

EN PORTADA

- 14 - Real Decreto-Ley 1/2017 de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo. Por Eduardo García
- 20 - Cláusula suelo: mecanismo extrajudicial creado por el RDL 1/2017. Por María José Lunas
- 30 - Conceptos sobre la cláusula suelo, su control y declaración de nulidad. Por José Baltasar Plaza
- 38 - Alcance de la retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo. Por Máximo Luis Barrientos
- 46 - Nulidad de cláusulas suelo en hipoteca de personas jurídicas. Por Pablo Zugasti
- 52 - La devolución de los gastos de formalización de hipoteca. Por Alberto Sanjuan
- 64 - Procedimiento de reclamación judicial de nulidad de clausula suelo. Por José Domingo Monforte y Eva de Haro

80 CASOS PRÁCTICOS

Nulidad de las cláusulas abusivas de contrato de préstamo hipotecario a favor de sociedad limitada. Controversia por el concepto de consumidor o usuario

88 HABILIDADES DE LA ABOGACÍA

Cómo transmitir con eficacia el alegato que hemos preparado por escrito. Por Raúl Ochoa

94 NOTICIAS JURÍDICAS Y ACTUALIDAD DE LOS DESPACHOS

96 NOVEDADES EDITORIALES



14 EN PORTADA

Real Decreto-Ley 1/2017 de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo

El pasado 21 de diciembre, el Tribunal de Justicia la Unión Europea (UE), y en contra de lo mantenido, a modo salomónico, por nuestro Tribunal Supremo en su resolución de 9 de mayo de 2013, consideró que no cabía limitar la retroactividad del pago de los intereses indebidamente cobrados por las entidades financieras a los prestatarios, concluyendo que el momento del cómputo coincidiría con la fecha que fuera suscrita la hipoteca.

Economist & Jurist

www.economistjurist.es

Centro de Gestión del Conocimiento

Director: Jorge Pintó Sala

Adjunta Dirección: Paloma Rodrigo Gutiérrez de la Cámara

Consejo Editorial

García de Enterría, Sastre Papiol, Hernández Gil, Jorge Vives, Cuatrecasas, Marroquín Sagalés, Checkaudit, García de Ceca, Antonio Pérez, Garrigues, Córdoba Roda/Rodríguez Morullo, Angel Bonet, AGM Abogados, Gómez Acebo & Pombo, Manuel Delgado, Fernando P. Méndez, Carlos González, J. Martrat Sahuquillo, Eloi García, Rodrigo de Larrucea, Carlos de la Mata, Cremades & Calvo Sotelo, Manuel J. Silva, J. Fco. Corona Ramón, J. Blanco Campaña, P. Tuset del Pino, Sanz Delgado, Paloma Pérez, Sánchez-Stewart Abogados, Sánchez De Movellán, Juan Pérez, Marta Insúa, Ángel Sáez, Pedro Estefanell Coca y Alfonso López Pelegrín, Écija Abogados, J. Alonso-Cuevillas, J. Guivernau, A. Hernández Moreno, A. Negre Villavechia, J. Piqué Vidal, R. Jiménez de Parga, Jausàs Martí, F. Casado Juan, J. Ros Petit, Francisco Marhuenda, Pedro Martín, Manuel Cobo del Rosal.

Consejo Asesor

Miguel Montoro (†), Joaquín Abril, Esther Ortín, L. UsónDuch, Jaime Cabrero, Leopoldo Pardo, José Antonio Alonso, Francisca Amores, Ricardo Yañez, Ricardo Gómez-Mampaso, M^a Isabel Fernández Boya, Rafael Hinojosa Segovia, José María Bento Company, Antonio

Fernández de Buján, J. J. Pintó Ruiz, Alain Casanovas, Josep Oriol Rusca, Alejandro Tintoré, José M^a Cortal, Leopoldo Gay, Carmen Algar, José Antonio Miquel Silvestre, Pablo Olabarrí, Xavier O'Callaghan, Carles Basteiro-Bertoli, Javier Gómez Bermúdez, Jorge Navarro, José Ricardo Pardo Gato, Oscar Calderón de Oya, Alfonso Ortega Giménez, Jordi Bacaria y Marta Insúa.

Presidente G. Difusión

Alejandro Pintó Sala

Redacción y Administración

Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.L.
Paseo del Rey, 22, oficina 2 - 28008 Madrid
Tel: 91 426 17 84 - Fax: 91 578 45 70
clientes@difusionjuridica.es

Ronda General Mitre, 116, Bajos - 08021 Barcelona
economist@difusionjuridica.es
www.economistjurist.es
CIF: A59888172 - Depósito Legal: M-29743-2015

Centro de Atención al Suscriptor: 902 438 834

ayuda@difusionjuridica.es

Diseño y Maquetación

Fabio Heredero Barrigón

Exclusiva de publicidad

Comunicación Integral y Marketing para Profesionales
Calle Magallanes nº 25, 28015 Madrid
Tel.: 91 57 77 806 - Fax: 91 57 62 021
info@cimapublicidad.es - www.cimapublicidad.es

Impresión

Rotoatlántica

Edita: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L.



La editorial Difusión Jurídica y temas de actualidad S.L., a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de Economist&Jurist, o partes de ellas, sean utilizada para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier acto de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública, puesta a disposición, etc.) de la totalidad o parte de las páginas de Economist&Jurist, precisará de la oportuna autorización, que será concedida por CEDRO mediante licencia dentro de los límites establecidos en ella.

Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L. no comparte necesariamente las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos publicados. El uso del contenido de esta revista no sustituye en ningún caso la consulta de la normativa vigente ni a un profesional especialista en la materia.



INFORMACIÓN AL DÍA

SUMARIO

- AL DÍA ADMINISTRATIVO
 - Legislación**
 - Reglamento de desindexación de la economía española 04
 - Derecho a la intimidad del paciente ... 05
 - Pago por vía telemática de las tasas del DNI Y pasaporte 06
- AL DÍA FISCAL
 - Legislación**
 - IRPF las deducciones por familia numerosa o por personas con discapacidad 06
 - Jurisprudencia**
 - Inspecciones tributarias 07
- AL DÍA LABORAL
 - Legislación**
 - Previsiones legales en materia de cotizaciones sociales 08
 - Bases de cotización a la SS de los trabajadores del Régimen Especial del Mar 08
- AL DÍA MERCANTIL
 - Legislación**
 - Modificación del Convenio sobre Patente Europea 09
 - Jurisprudencia**
 - Cláusula suelo 09
- AL DÍA PENAL
 - Jurisprudencia**
 - Incitación al odio en redes sociales ... 10
- AL DÍA PROCESAL
 - Jurisprudencia**
 - Recurso de revisión 10
- AL DÍA SOCIAL
 - Jurisprudencia**
 - Inspección de trabajo 11
- SUBVENCIONES
 - Estatales**
 - Ayudas a autónomos y pequeñas empresas 11
 - Subvenciones al seguro agrario 11
 - Subvenciones a asociaciones judiciales .. 12
 - Subvenciones para investigaciones sociológicas 12
 - Autonómicas**
 - Ayudas a la rehabilitación en Murcia .. 12

- Ayudas a los desempleados en Aragón... 12
- Ayudas a los extranjeros y familias en Aragón 12
- Ayudas a los emprendedores en Aragón 12
- Ayudas a personas en riesgo de exclusión en Cataluña..... 13
- Ayudas al trabajador autónomo en Andalucía 13
- Ayudas para las producciones agrícolas y ganaderas en Canarias 13
- Ayudas a la rehabilitación y alquiler en Galicia 13

AL DÍA ADMINISTRATIVO

Legislación

SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE DESINDEXACIÓN DE LA ECONOMÍA ESPAÑOLA, EN LO QUE SE REFIERE A LAS REVISIONES DE VALORES MONETARIOS MOTIVADAS POR VARIACIONES DE COSTES

Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española. (BOE núm. 30, de 4 de febrero de 2017)

Con esta ley se **persigue la creación de un régimen general basado en el principio de no indexación en el ámbito público**. Este nuevo régimen pretende crear las condiciones para un sistema de precios que refleje apropiadamente la información de mercado (costes y demanda), no produzca sesgos inflacionistas y evite la generación de persistencia o inercias en la inflación. Todo ello con el objetivo de generar mejoras de eficiencia en los mecanismos de formación de precios, como medio para impulsar el crecimiento económico y la creación de empleo.

Este real decreto tiene por objeto el desarrollo reglamentario de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, en lo que

NOTA IMPORTANTE



“SE APRUEBAN LOS MODELOS 121 Y 122 DEL IRPF SOBRE DEDUCCIONES POR FAMILIA NUMEROSA O POR PERSONAS CON DISCAPACIDAD A CARGO”. MÁS INFORMACIÓN EN AL DÍA FISCAL PÁGS. 6 Y 7

se refiere a las revisiones de valores monetarios motivadas por variaciones de costes, dentro de la habilitación dispuesta en los artículos 4 y 5 de esta ley. Se enmarca asimismo en la habilitación otorgada por el artículo 89 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre en la redacción dada por el apartado tres de la disposición final tercera de la Ley 2/2015, de 30 de marzo.

En particular, el artículo 4.3 de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, remite al desarrollo reglamentario el establecimiento de los principios generales que rigen todas las revisiones de valores monetarios motivadas por variaciones de costes, así como los criterios para la interpretación de los principios de eficiencia y buena gestión empresarial en los supuestos susceptibles de revisión, los supuestos en los que puede aprobarse un régimen de revisión periódica y predeterminada en función de precios individuales o índices específicos de precios, las directrices para el diseño de una fórmula en las revisiones periódicas y predeterminadas, los componentes de costes que se incluirán en las fórmulas de revisión periódica y predeterminada, los supuestos y límites para la traslación de los costes de mano de obra al valor monetario sujeto a revisión periódica y predeterminada y, por último, los componentes de la fórmula que incentiven el comportamiento eficiente.

Adicionalmente, el artículo 5.1 de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, establece que se desarrollará por real decreto el contenido mínimo de la memoria económica prevista para los regímenes de revisión periódica no predeterminada y de revisión no periódica. En este ámbito, el objetivo

del real decreto es regular unos contenidos mínimos para dicha memoria que permitan justificar y verificar la oportunidad de estos tipos de revisión.

Por su parte, el artículo 89.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en la redacción dada por la disposición final tercera de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, condiciona la revisión periódica y predeterminada de los contratos a lo previsto en el desarrollo reglamentario de la Ley 2/2015.

SE APRUEBA EL PROTOCOLO SOBRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL PACIENTE POR LOS ALUMNOS Y RESIDENTES EN CIENCIAS DE LA SALUD

Orden SSI/81/2017, de 19 de enero, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud, por el que se aprueba el protocolo mediante el que se determinan pautas básicas destinadas a asegurar y proteger el derecho a la intimidad del paciente por los alumnos y residentes en Ciencias de la Salud. (BOE núm. 31, de 6 de febrero de 2017)

El carácter especialmente sensible de los datos de salud y el acceso a aspectos íntimos de las personas por los profesionales y por el personal en formación de las instituciones sanitarias, han determinado que tanto el Defensor del Pueblo como las distintas administraciones integradas en la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud, prevista en el artículo 35.3 de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de la Salud, hayan promovido a través de un protocolo, las pautas comunes

de actuación que garanticen el respeto de los derechos antes citados en un sector de importancia tan creciente como es el de la formación y la investigación por titulados de todos los niveles vinculados a las ciencias de la salud.

Las medidas de dicho protocolo se destinan tanto al control del personal en formación e investigador de las Instituciones sanitarias, como a la adquisición por este colectivo de competencias y hábitos que garanticen un futuro profesional en el que el respeto a la intimidad, dignidad y confidencialidad de los datos de salud, estén integrados e internalizados en el quehacer diario de todos los profesionales que actúan en ámbitos vinculados con el sector sanitario.

SE REGULA EL PAGO POR VÍA TELEMÁTICA DE LAS TASAS DE EXPEDICIÓN DEL DNI, PASAPORTE Y RECONOCIMIENTOS, AUTORIZACIONES Y CONCURSOS

Resolución de 3 de febrero de 2017, de la Subsecretaría, por la que se establece el procedimiento para el pago por vía telemática de tasas correspondientes a la expedición del Documento Nacional de Identidad, Pasaporte y Reconocimientos, Autorizaciones y Concursos. (BOE núm. 32, de 7 de febrero de 2017)

Estas tasas son susceptibles de ser tratadas mediante instrumentos y medios telemáticos y se encuentran recogidas en el Anexo I A) de la Orden de 4 de junio de 1998, por la que se regulan determinados aspectos de la gestión recaudatoria de las tasas que constituyen derechos de la Hacienda Pública, texto consolidado, última modificación de fecha 7 de octubre de 2015, identificadas con los Códigos 012, Reconocimientos, Autorizaciones y Concursos; 013 Expedición de Pasaportes y 014 Expedición de D.N.I.

Las tecnologías de la información y la comunicación han permitido que las relaciones de los ciudadanos y las empresas con las Administraciones Públicas se instrumenten mediante mecanismos que permiten comunicarse o cumplir con sus obligaciones de una forma más ágil.

En aras de facilitar este nuevo reto que supone la Administración electrónica, el legislador español ha desarrollado diversas **medidas de carácter normativo promulgando la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que deroga expresamente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector**

Público, y que vienen a consolidar plenamente el derecho de los administrados a relacionarse por medios electrónicos con las Administraciones Públicas debiendo éstas poner a su disposición los sistemas y aplicaciones necesarios a tal fin.

Por su parte, la Orden HAC/729/2003, de 28 de marzo, establece los supuestos y las condiciones generales para el pago por vía telemática de las tasas que constituyen recursos de la Administración General de Estado y sus organismos públicos. En concreto, en su apartado tercero determina que, por Resolución del Subsecretario del Departamento ministerial correspondiente, se podrá establecer que el pago de las tasas gestionadas por dicho Departamento ministerial pueda efectuarse a través de las condiciones establecidas en la Orden, previo informe del Departamento de Recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y valoración técnica del Departamento de Informática de la misma.

AL DÍA FISCAL **Legislación**

SE APRUEBAN EN EL IRPF LAS DEDUCCIONES POR FAMILIA NUMEROSA O POR PERSONAS CON DISCAPACIDAD A CARGO

Orden HFP/105/2017, de 6 de febrero, por la que se aprueba el modelo 121 "Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Deducciones por familia numerosa o por personas con discapacidad a cargo. Comunicación de la cesión del derecho a la deducción por contribuyentes no obligados a presentar declaración", y el modelo 122 "Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Deducciones por familia numerosa, por personas con discapacidad a cargo o por ascendiente con dos hijos separado legalmente o sin vínculo matrimonial. Regularización del derecho a la deducción por contribuyentes no obligados a presentar declaración", se establece el lugar, forma y plazo para su presentación y se modifica otra normativa tributaria. (BOE núm. 35, de 10 de febrero de 2017)

Podrán minorar la cuota diferencial del Impuesto en las deducciones anteriores los contribuyentes que perciban prestaciones contributivas y asistenciales del sistema de protección del desempleo, pensiones abonadas por el Régimen General y los Regímenes especiales de la Seguridad Social o por el Régimen de Clases Pasivas del Estado, así como los contribuyentes que perciban prestaciones análogas a las anteriores reconocidas a los profesionales no integrados en el régimen especial de la Seguridad

¡ATENCIÓN!



“SE REGULA EL PAGO POR VÍA TELEMÁTICA DE LAS TASAS DE EXPEDICIÓN DEL DNI, PASAPORTE Y RECONOCIMIENTOS, AUTORIZACIONES Y CONCURSOS”. MÁS INFORMACIÓN EN AL DÍA ADMINISTRATIVO PÁG. 6

Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos por las mutualidades de previsión social que actúen como alternativas al régimen especial de la Seguridad Social mencionado, siempre que se trate de prestaciones por situaciones idénticas a las previstas para la correspondiente pensión de la Seguridad Social.

Cuando dos o más contribuyentes tengan derecho a la aplicación de alguna de las anteriores deducciones respecto de un mismo descendiente, ascendiente o familia numerosa, su importe se prorrateará entre ellos por partes iguales, sin perjuicio de la posibilidad, prevista en el apartado 4 del citado artículo 81 bis, de ceder el derecho a la deducción a uno de ellos en los supuestos que se determine reglamentariamente.

Esta orden aprueba el modelo 122 para la regularización de las deducciones por familia numerosa, por personas con discapacidad a cargo o por ascendiente con dos hijos separado legalmente o sin vínculo matrimonial obtenidas indebidamente, que deben utilizar los contribuyentes no obligados a declarar.

De forma análoga a lo dispuesto para la solicitud del abono anticipado, los descendientes o ascendientes con discapacidad que se relacionen en los modelos 121 y 122 deberán disponer de número de identificación fiscal.

Jurisprudencia

INSPECCIONES TRIBUTARIAS NO HAY CADUCIDAD NI PRESCRIPCIÓN PARA LA COMPROBACIÓN E INVESTIGACIÓN DE UNA SITUACIÓN TRIBUTARIA

*Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo.
22/12/2016*

El Alto Tribunal determina en una reciente sentencia que **lo único que prescribe es el derecho de la ad-**

ministración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación, pues la comprobación e investigación de la situación tributaria, aunque necesaria para liquidar la deuda tributaria, no está sometida a plazo de prescripción o caducidad alguno.

Se establece que estamos ante una potestad administrativa puesta al servicio de la Administración para poder liquidar un tributo, no sometándose a plazo el ejercicio de las potestades de comprobación e investigación, no siendo incluido por el artículo 66 de la LGT dentro de los derechos de la Administración llamados a prescribir.

Así pues, el derecho a comprobar e investigar no prescribe, y la Administración puede usar dichas facultades para liquidar periodos no prescritos, pudiendo por ello comprobar e investigar operaciones realizadas en periodos que sí lo están, pero que sigan produciendo efectos.

En consecuencia, puede declararse en fraude de ley una operación realizada en un ejercicio prescrito si fruto de dicha operación se producen efectos tributarios en ejercicios no prescritos.

En relación a todo esto, el Tribunal supremo concreta que lo que se pretende es evitar que no se pueda actuar frente a la ilegalidad porque en un ejercicio prescrito la Administración no actuó frente a ella, pues ello equivaldría a consagrar en el ordenamiento tributario una suerte de principio de “igualdad fuera de la ley”, “igualdad en la ilegalidad” o “igualdad contra la ley”.

Puede consultar el texto completo de la sentencia en www.casosreales.es Marginal nº 70355682

AL DÍA LABORAL Legislación

SE DESARROLLAN LAS PREVISIONES LEGALES EN MATERIA DE COTIZACIONES SOCIALES PARA EL EJERCICIO 2017

Orden ESS/106/2017, de 9 de febrero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2017. (BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2017)

Mediante esta orden se desarrollan las previsiones legales en materia de cotizaciones sociales para el ejercicio 2017, adaptándose además las bases de cotización establecidas con carácter general a los supuestos de contratos a tiempo parcial.

En materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales será de aplicación la tarifa de primas establecida en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, en la redacción dada por la disposición final octava de la Ley 48/2015, de 29 de octubre.

A su vez, y de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, en esta orden se fijan los coeficientes aplicables para determinar la cotización a la Seguridad Social en supuestos específicos, como son los de convenio especial, colaboración en la gestión de la Seguridad Social o exclusión de alguna contingencia.

También se establecen los coeficientes para la determinación de las aportaciones a cargo de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social al sostenimiento de los servicios comunes de la Seguridad Social, aportaciones mediante las que se garantiza el mantenimiento del equilibrio financiero entre las entidades colaboradoras señaladas y la Administración de la Seguridad Social, así como los valores límite de los índices de siniestralidad general y de siniestralidad extrema, correspondientes al ejercicio 2016, y el volumen de cotización por contingencias profesionales a alcanzar durante el período de observación, para el cálculo del incentivo previsto en el Real Decreto 404/2010, de 31 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral.

SE ESTABLECEN PARA 2017 LAS BASES DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DEL RÉGIMEN ESPECIAL DEL MAR

Orden ESS/77/2017, de 3 de febrero, por la que se establecen para el año 2017 las bases de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores del Régimen Especial del Mar incluidos en los grupos segundo y tercero. (BOE núm. 30, de 4 de febrero de 2017)

El artículo 115, apartado Siete.2, de la prorrogada Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado del año 2016, establece que la cotización para todas las contingencias y situaciones protegidas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar incluidos en los grupos segundo y tercero a que se refiere el artículo 10 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, así como el artículo 54 del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, se efectuará sobre las remuneraciones que se determinen mediante Orden del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, a propuesta del Instituto Social de la Marina, oídas las organizaciones representativas del sector. Tal determinación se efectuará por provincias, modalidades de pesca y categorías profesionales, sobre la base de los valores medios de remuneración percibida en el año precedente.

A tal finalidad responde el contenido de esta orden, mediante la que se determinan, en función de los valores medios de las remuneraciones percibidas en el año 2016, las bases únicas para la cotización por contingencias comunes y profesionales según provincias, modalidades de pesca y categorías profesionales.

De esta manera, la orden responde a la necesidad de determinar las bases anuales de cotización de los trabajadores del mar incluidos en los grupos segundo y tercero de cotización. Es coherente con el resto del ordenamiento jurídico nacional y con el ordenamiento jurídico de la Unión Europea puesto que se dicta para desarrollar las previsiones contenidas en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Es eficaz y proporcional ya que regula los aspectos imprescindibles para que los sujetos responsables puedan efectuar la cotización, determinando la cuantía de las bases, la aplicabilidad de las mismas, así como el plazo para el ingreso de las diferencias de cotización,

¡ATENCIÓN!



EL TRIBUNAL SUPREMO HA ADAPTADO LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA SOBRE LA RETROACTIVIDAD DE LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUELO A LA SENTENCIA DEL TJUE DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016

proporcionando la seguridad jurídica necesaria a las personas afectadas. Asimismo, es eficiente y su aplicación no impone cargas administrativas innecesarias o accesorias.

AL DÍA MERCANTIL

Legislación

SE MODIFICA EL CONVENIO SOBRE PATENTE EUROPEA POR DECISIÓN DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN EUROPEA DE PATENTES DE 14 DE DICIEMBRE DE 2016

Organización europea de Patentes. Decisión del Consejo de Administración de 28 de junio de 2001, aprobando el nuevo texto del Convenio sobre la Patente Europea. (BOE núm. 37, de 13 de febrero de 2017)

Por el presente Convenio se establece un derecho común a los Estados contratantes en materia de concesión de patentes de invención.

Las patentes concedidas en virtud del presente Convenio se denominarán patentes europeas.

En cada uno de los Estados contratantes para los que se conceda, la patente europea tendrá los mismos efectos y estará sometida al mismo régimen que una patente nacional concedida en dicho Estado, salvo que el presente Convenio disponga otra cosa.

La concesión de una patente europea podrá ser solicitada para todos los Estados contratantes, para varios o para uno de ellos solamente.

Por el presente Convenio se crea una Organización Europea de Patentes. Estará dotada de autonomía administrativa y financiera.

La Organización tendrá por misión conceder patentes

europeas. Este cometido será ejecutado por la Oficina Europea de Patentes bajo el control del Consejo de Administración.

Al menos cada cinco años se reunirá una conferencia de ministros de los Estados contratantes competentes en materia de patentes, con el fin de examinar las cuestiones relativas a la Organización y al sistema de la patente europea.

Jurisprudencia

CLÁUSULA SUELO LAS EMPRESAS TAMBIÉN PODRÁN RECLAMAR LA NULIDAD DE LAS CLAUSULAS SUELO

Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 18//10/2016

En una novedosa sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Toledo, se abre la puerta a que las **empresas y personas jurídicas puedan reclamar la nulidad de las cláusulas suelo**, al igual que los consumidores.

Aunque el concepto de cláusula contractual abusiva adquiere un significado propio en el ámbito de la contratación con los consumidores, ello no significa que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante, si bien es cierto, que en ese caso la apreciación de ese posible desequilibrio injustificado se sujetará a las normas generales de la contratación, nada impida que judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general abusiva, por ser contraria a la buena fe y causar un desequilibrio especialmente significativo en los derechos y obligaciones de las partes.

En base a ello, **las exigencias de la buena fe y el justo equilibrio que deben presidir el desenvolvimiento de la relación contractual, no son compatibles con la introducción por una de las partes de cláusulas lesivas o abusivas prevaliéndose de su po-**

sición dominante, especialmente cuando estas suponen un claro desequilibrio entre los derechos y obligaciones de los contratantes o pueden determinar un perjuicio desproporcionado para alguno de ellos.

En el caso planteado la Sala establece, que las cláusulas suelo encierran un efecto no deseado que se traduce en un desequilibrio en la posición que ocupa una de las partes, la empresa, en relación a la capacidad y fuerza que dispone para negociar las condiciones reales, teniendo en cuenta, que esa igualdad real constituye un imperativo de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica. Con independencia de la prestación del consentimiento por el prestatario, y del hecho de su condición de persona jurídica, el orden y modo en el que aparecen reflejadas las condiciones del contrato de préstamo hipotecario puede dar pie a confusión.

Como resultado de esa falta de transparencia, se logra captar la atención del cliente en la posibilidad de optar por un tipo variable inferior pero que, como consecuencia de a la limitación fijada en la cláusula suelo, lo sería a un tipo superior durante la vida del contrato que el de cualquier otra oferta a tipo variable real o puro.

Puede consultar el texto completo de la sentencia en www.casosreales.es Marginal nº 70360624

AL DIA PENAL

Jurisprudencia

INCITACIÓN AL ODIOS EN REDES SOCIALES ELOGIAR EL TERRORISMO EN UNA RED SOCIAL SUPONE UNA SITUACIÓN DE RIESGO PARA LAS PERSONAS

Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. 15-12-2016

El Tribunal Supremo considera en una reciente sentencia, que elogiar el terrorismo en una red social supone una situación de riesgo para las personas, pues se hace una invitación a la pugna violenta, justificando el uso de la violencia, mediante atentados terroristas como sistema para solventar las discrepancias ideológicas y políticas.

El Alto Tribunal, concluye respecto a las alegaciones de la recurrente, que la libertad de expresión tiene, como todos los derechos, sus límites, de manera que cualquier ejercicio de ese derecho no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional, y recuerda que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha afirmado que la tolerancia y el respeto de la

igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista.

En base a ello, **se considera necesario en las sociedades democráticas sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia, en tanto en cuanto, la libre exposición de las ideas no autoriza el uso de la violencia para imponer criterios propios.**

Así pues, se determina que la aplicación del sistema penal, en el caso enjuiciado, cumple las exigencias de los principios de necesidad y proporcionalidad a la hora de practicar una injerencia en el derecho a la libertad de expresión del acusado.

Puede consultar el texto completo de la sentencia en www.casosreales.es Marginal nº 70355834

AL DIA PROCESAL

Jurisprudencia

RECURSO DE REVISIÓN EL RECURSO DE REVISIÓN NO PUEDE INTERPONERSE PARA SUBSANAR DEFECTOS FORMALES O DE FONDO

Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. 17/01/2007

El Tribunal Supremo establece **que el carácter excepcional del recurso de revisión no autoriza a reabrir un proceso resuelto por sentencia firme para intentar una nueva resolución sobre lo ya alegado y decidido.**

El Alto Tribunal concluye que el procedimiento de revisión es un remedio de carácter excepcional y extraordinario en tanto en cuanto supone desviarse de las normas generales. Por ello, en función de su naturaleza ha de ser objeto de una aplicación restrictiva. Además, ha de circunscribirse, en cuanto a su fundamento, a los casos o motivos taxativamente señalados en la Ley, debiendo tener un exacto encaje en alguno de los concretos casos en que se autoriza su interposición.

En consecuencia, **exige un enjuiciamiento inspirado en criterios rigurosos de aplicación, al suponer dicho proceso una excepción al principio de intangibilidad de la cosa juzgada**, siendo procedente solo cuando se den los presupuestos que la Ley de la Jurisdicción señala y se cumpla alguno de los motivos fijados en la ley.

¡ATENCIÓN!



LAS EMPRESAS Y PERSONAS JURÍDICAS PUEDAN RECLAMAR LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUELO, AL IGUAL QUE LOS CONSUMIDORES. MÁS INFORMACIÓN AL DÍA MERCANTIL, PÁGS. 9 Y 10

Así pues, ha de basarse, para ser admisible, en alguno de los tasados motivos previstos por el legislador, a la luz de una interpretación forzosamente estricta, con proscripción de cualquier tipo de exégesis extensiva o análoga de los supuestos en los que procede, y no habilita una nueva instancia ni permite una nueva consideración de la litis, al margen de dichos motivos.

En definitiva, no es una tercera instancia que permita un nuevo replanteamiento de la cuestión discutida en la instancia ordinaria anterior, al margen de la propia perspectiva del procedimiento extraordinario de revisión. **De ahí la imposibilidad de corregir, por cualquiera de sus motivos, la valoración de la prueba hecha por la sentencia firme impugnada o de suplir omisiones o insuficiencia de prueba en que hubiera podido incurrirse en la primera instancia jurisdiccional.**

Puede consultar el texto completo de la sentencia en www.casosreales.es Marginal nº 70360707

AL DIA SOCIAL Jurisprudencia

INSPECCIÓN DE TRABAJO UNA DENUNCIA ANTE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO PUEDE CONSIDERARSE RECLAMACIÓN EXTRAJUDICIAL

Tribunal Supremo. 12/01/2017

El Tribunal Supremo ha establecido, que **la denuncia ante la inspección de trabajo interrumpe la prescripción cuando su contenido llega a conocimiento del deudor, en tanto en cuanto se equipara a una reclamación extrajudicial.**

El Alto Tribunal considera que lo relevante es que el deudor conozca antes de la prescripción de su obligación de pago que el acreedor no ha abandonado su derecho y piensa reclamarle lo debido. El medio formal que se

utilice para esa reclamación judicial no es lo importante, pues lo relevante es el conocimiento de la reclamación.

En el caso enjuiciado, el trabajador cesó en la empresa, y denunció días después el impago de horas extras ante la Inspección de Trabajo quien, oídas las alegaciones y pruebas propuestas por la empresa aperturó expediente sancionador al que se opuso la empresa.

En consecuencia, el hecho de que la empleadora conociese, aunque fuese por órgano incompetente para resolver sobre reclamaciones salariales, la imposición de sanciones levantando la oportuna acta, interrumpió el curso de la prescripción que empezó a correr de nuevo cuando la empresa conoció la denuncia, acto asimilable al de la reclamación extrajudicial por cuanto en ella estaba implícita la voluntad del deudor de reclamar contra el impago de horas extras.

Puede consultar el texto completo de la sentencia en www.casosreales.es Marginal nº 70360624

SUBVENCIONES Estatales

SE CONVOCAN AYUDAS A AUTÓNOMOS Y PEQUEÑAS EMPRESAS PARA PROYECTOS TECNOLÓGICOS EN 2017

Extracto de la Resolución de 26 de enero de 2017 de la Secretaría de Estado de Cultura, por la que se convocan las ayudas para la modernización e innovación de las industrias culturales y creativas mediante proyectos digitales y tecnológicos, correspondientes al año 2017. (BOE núm. 38, de 14 de febrero de 2017)

Final de la convocatoria: 14 de marzo de 2017

SE CONCEDEN SUBVENCIONES AL SEGURO AGRARIO

Real Decreto 425/2016, de 11 de noviembre, por el que

¡ATENCIÓN!



NO HAY CADUCIDAD NI PRESCRIPCIÓN PARA LA COMPROBACIÓN E INVESTIGACIÓN DE UNA SITUACIÓN TRIBUTARIA. MÁS INFORMACIÓN AL DÍA FISCAL, PÁG. 7

se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones de la Administración General del Estado al Seguro Agrario. (BOE núm. 274, de 12 de noviembre de 2016)

Final de la convocatoria: El plazo para presentar la solicitud será de quince días naturales desde la finalización del período de suscripción de la línea de seguro respectiva o bien, en el caso de las pólizas de los seguros de explotación de ganado, en el plazo de quince días desde la comunicación a Agroseguro del cambio de titular, siempre que la póliza para la que se solicite la subvención se encuentre dentro del periodo de garantía.

SE APRUEBAN SUBVENCIONES A ASOCIACIONES JUDICIALES PROFESIONALES PARA FOMENTAR EL DESARROLLO DE SUS ACTIVIDADES

Acuerdo de 12 de mayo de 2016, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueban las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a las Asociaciones Judiciales Profesionales. (BOE núm. 127, de 26 de mayo de 2016)

Plazo de presentación: Será el plazo fijado en la correspondiente convocatoria.

SE APRUEBA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES PARA INVESTIGACIONES SOCIOLÓGICAS

Orden PRE/593/2016, de 21 de abril, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión por el Centro de Investigaciones Sociológicas de subvenciones para formación e investigación en materias de interés para el Organismo. (BOE núm. 99, de 25 de abril de 2016)

Final de la convocatoria: El plazo de presentación de las solicitudes será de veinte días hábiles, a contar desde el siguiente al de la publicación del extracto de la convocatoria en el «Boletín Oficial del Estado»

Autonómicas

SE CONVOCAN SUBVENCIONES DESTINADAS A LA REHABILITACIÓN EDIFICATORIA EN LA REGIÓN DE MURCIA

Orden de 28 de diciembre de 2015, de la Consejería de Fomento e Infraestructuras, por la que se aprueba la convocatoria de subvenciones destinadas a la rehabilitación edificatoria en la Región de Murcia. (Boletín Oficial de la Región de Murcia de 31 de diciembre de 2015)

Plazo de presentación: del 1 de enero de 2016 al 31 de mayo de 2017

SE CONCEDEN SUBVENCIONES PARA FOMENTAR LA CONTRATACIÓN POR CUENTA AJENA DE TRABAJADORES DESEMPLEADOS EN ARAGÓN

Orden EIE/529/2016, de 30 de mayo, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para el estímulo del mercado de trabajo y el fomento del empleo estable y de calidad. (Boletín Oficial de Aragón de 9 de junio de 2016)

Final de la convocatoria: El plazo de presentación de las solicitudes será de un mes a contar desde la fecha de alta del trabajador en la Seguridad Social. En caso de transformación de contratos temporales, el plazo de un mes se contará a partir de la fecha de inicio del contrato indefinido.

SE CONCEDEN SUBVENCIONES EN MATERIA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES, INTEGRACIÓN SOCIAL DE EXTRANJEROS Y APOYO A LAS FAMILIAS EN ARAGÓN

Orden CDS/505/2016, de 23 de mayo, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en materia de igualdad, integración social de personas de origen extranjero y apoyo a las familias. (Boletín Oficial de Aragón de 7 de junio de 2016)

NOTA IMPORTANTE



EL RECURSO DE REVISIÓN NO PUEDE INTERPONERSE PARA SUBSANAR DEFECTOS FORMALES O DE FONDO. MÁS INFORMACIÓN AL DÍA PROCESAL, PÁGS. 10 Y 11

Final de la convocatoria: El plazo de presentación de la solicitud de subvención se fijará en cada convocatoria.

SE APRUEBAN SUBVENCIONES PARA EMPRENDEDORES QUE SE ESTABLEZCAN COMO AUTÓNOMOS, O QUE PONGAN EN MARCHA MICROEMPRESAS EN ARAGÓN

Orden EIE/469/2016, de 20 de mayo, por la que se aprueba el Programa Emprendedores y se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para la promoción del empleo autónomo y la creación de microempresas en la Comunidad Autónoma de Aragón. (Boletín Oficial de Aragón de 30 de mayo de 2016)

Plazo de presentación: Las solicitudes de subvención al establecimiento como trabajador autónomo deberán presentarse en el plazo de un mes a contar desde el día en que se inicie la actividad.

SE APRUEBAN AYUDAS PARA POSIBILITAR LA PERMANENCIA EN LA VIVIENDA HABITUAL DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE RIESGO DE EXCLUSIÓN SOCIAL EN CATALUÑA

RESOLUCIÓN TES/7/2016, de 4 de enero, por la que se establecen las condiciones de acceso a las prestaciones económicas de especial urgencia para afrontar situaciones de emergencia en el ámbito de la vivienda, y el procedimiento para su concesión. (Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña de 14 de enero de 2016)

Plazo de presentación: El plazo entre la fecha en que se deja la vivienda y la fecha en que se solicita la prestación no debe ser superior a veinticuatro meses

SE CONVOCAN AYUDAS PARA EL FOMENTO DEL TRABAJO AUTÓNOMO EN ANDALUCÍA

Ley 2/2015, de 29 de diciembre, de medidas urgentes para favorecer la inserción laboral, la estabilidad en el empleo, el retorno del talento y el fomento del trabajo autónomo.

(Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de 29 de diciembre de 2015)

Final de la convocatoria: El plazo de presentación depende del tipo de ayuda solicitada.

SE CONVOCAN AYUDAS PARA LAS PRODUCCIONES AGRÍCOLAS Y GANADERAS AFECTADAS POR LA LLUVÍA EN CANARIAS

Orden AAA/764/2016, de 13 de mayo, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas por los daños causados en producciones agrícolas y ganaderas por los temporales de lluvia en la Comunidad Autónoma de Canarias y en el sur y este peninsular en los meses de septiembre y octubre de 2015. (BOE núm. 121, de 19 de mayo de 2016)

Final de la convocatoria: El plazo de presentación de solicitudes será el que se establezca en la correspondiente convocatoria.

SE CONVOCAN AYUDAS DEL PLAN GALLEGO DE REHABILITACIÓN, ALQUILER Y MEJORA DE ACCESO A LA VIVIENDA 2015-2020

ORDEN de 30 de diciembre de 2016 por la que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones del Programa del bono de alquiler social del Plan rehaVIta: Plan gallego de rehabilitación, alquiler y mejora de acceso a la vivienda 2015-2020, y se procede a su convocatoria para el año 2017, con financiación plurianual. (Diario Oficial de Galicia de 18 de enero de 2017)

Final de la convocatoria: 20 de noviembre de 2017

REAL DECRETO-LEY 1/2017 DE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES EN MATERIA DE CLÁUSULAS SUELO



Eduardo García Sánchez. Socio Área Civil de AGM Abogados

SUMARIO

1. Objeto y ámbito de aplicación
2. La reclamación previa o vía extrajudicial
3. La vía judicial. Costas procesales
4. Consecuencias fiscales

El pasado 21 de diciembre, el Tribunal de Justicia la Unión Europea (UE), y en contra de lo mantenido, a modo salomónico, por nuestro Tribunal Supremo en su resolución de 9 de mayo de 2013, consideró que no cabía limitar la retroactividad del pago de los intereses indebidamente cobrados por las entidades financieras a los prestatarios, concluyendo que el momento del cómputo coincidiría con la fecha que fuera suscrita la hipoteca. A nuestro entender esta consideración era de Justicia y de Derecho, pues de seguir la tesis del Supremo, entre otros, se conculcaba claramente el art. 1303 del Código Civil en tanto en cuanto, la declaración de nulidad de un contrato por la concurrencia de un vicio de la voluntad produce la consecuencia de la restitución de lo que cada parte hubiera recibido de la otra.

Ante el anterior y la más que presumible avalancha de reclamaciones y el consiguiente colapso de los Juzgados, el Gobierno se ha visto obligado a tener que regular de manera rápida -perdón, urgente- un procedimiento a modo de filtro previo a la vía judicial, en aras de aminorar las eventuales reclamaciones en ésta -y añadiría- el elevado coste económico que le supondría a las entidades financieras la judicialización de la devolución de los intereses indebidamente cobrados.

Bajo esas dos premisas, y tras diversas consultas con el Partido Socialista y posterior acuerdo, con fecha 20 de enero, entra en vigor el RD-Ley 1/2017 de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo (BOE-A-2017-653), cuya intención es establecer medidas procedimentales para facilitar de manera ordenada -dice la exposición de motivos- la devolución de las cantidades

indebidamente pagadas por el prestatario a su Banco o Caja en aplicación de una cláusula suelo que en unos casos ni sabía que suscribía, y en otros le fue impuesta por éste sin oportunidad alguna de negociar. Para ello ha aprobado el Real Decreto-Ley 1/2007, sobre el que trataremos a continuación.

OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

Como hemos anticipado, el artículo 1 recoge cuál es el objeto pretendido por el Real Decreto-Ley, y que, según éste, no es otro que **procurar una vía amistosa alternativa al procedimiento judicial en aras de solicitar la devolución de aquellas cantidades cobradas de más por la entidad de crédito en aplicación de dicha cláusula suelo.**

En cuanto a su ámbito de aplicación, es el artículo 2 el que lo define y delimita, así desde un ámbito **objetivo únicamente cabrá dicho procedimiento en tanto en cuanto lo que se pretenda sea la nulidad de una cláusula suelo**, (no cualquiera otra cláusula, como podría ocurrir con la cláusula que traslada a los prestatarios la obligación de asumir los gastos hipotecarios conforme la sentencia del Supremo de fecha 21 de diciembre de 2015).

Desde un punto de vista subjetivo, la misma norma dice muy clara-

LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Normas básicas. Marginal: 69730142). Art.; 1.303
- Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo (Normas básicas. Marginal: 70356264). Arts.; 1, 2, 3 y 4
- Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. (Normas básicas. Marginal: 690807). Art.; 2 y 10
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (Normas básicas. Marginal: 12615). Arts.; 21, y 395
- Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras (Normas básicas. Marginal: 69429581). Capítulo III
- Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. (Normas básicas. Marginal: 56000)
- Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (Normas básicas. Marginal: 69730153)

“Una vez realizada la reclamación por el afectado en el plazo de 3 meses, la entidad deberá reconocer o no la nulidad de la cláusula suelo”

mente que el **reclamante deberá ser un consumidor, esto es, que cumpla con los requisitos previstos en el art. 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios** y que actúe con un propósito ajeno a su eventual actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

La propia definición parecería excluir de su aplicación tanto a aquellos profesionales, como empresarios, cuando la suscripción de la hipoteca se encontrase dentro de ámbito mercantil, si bien no siempre fue así por aplica-

ción de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, hasta que el pasado 3 de junio de 2016 la Sala del Tribunal Supremo concluyó que el control de transparencia no se extendía a la contratación bajo condiciones generales en que el adherente no tuviera la condición legal de consumidor.

LA RECLAMACIÓN PREVIA O VÍA EXTRAJUDICIAL

Para procurar alcanzar dicho objetivo dedica el **art. 3 a regular el procedimiento que deberán se-**

guir aquellos consumidores afectados. El mismo RD-Ley impone a las entidades el procedimiento a seguir, si bien deja en manos de estas la manera de desarrollarlo (hasta el pasado 21 de febrero), **sobre la base de 3 premisas: publicidad** (que llegue a conocimiento de todos aquellos clientes afectados); **una de tipo temporal** (resolver en el plazo máximo de 3 meses desde la reclamación); **y una última de utilidad** (sencillez y accesibilidad para los afectados sin mayor complejidad que la mera reclamación).

Eso no significa que el Banco o la Caja tengan la obligación de tener que comunicar uno a uno a los afectados que son tales y con ello el procedimiento, sino que **deberán publicitarlo tanto en sus oficinas como en su página web, así como la posibilidad de reclamar, para lo que deberán indicar el departamento al que dirigirse** (con indicación de su dirección postal y electrónica), y



con mención de la normativa que le asiste al respecto de la nulidad de la meritada, el procedimiento a seguir y plazos, su gratuidad, así como las limitaciones. Entre estas últimas que a lo largo del tiempo que dure éste no podrán ejercitar entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial, en caso contrario, dicha acción quedará en suspenso hasta que finalice ésta.

Conforme la anterior, y **una vez realizada la reclamación por el afectado, en el plazo de 3 meses la entidad deberá reconocer o no la nulidad de la cláusula suelo.** En el primer caso, se lo comunicará al reclamante junto con el importe que considera que le deberá reintegrar—debidamente desglosado— amén de los intereses devengados por la anterior. **Para el caso de no reconocer tal, la entidad ni siquiera tendrá que dar explicación alguna. Comunicada la nulidad al prestatario, éste deberá contestar a la entidad en uno u otro sentido, de tal manera que si considera que es correcta o simplemente estuviera conforme, dará el visto bueno a la entidad.** Esta última **deberá proceder a reintegrarle el dinero en ese mismo plazo de 3 meses, lo que da una idea de la rapidez con la que deberá actuar para dar respuesta al aluvión de reclamaciones previsibles, y nos hace dudar del cumplimiento de dicho plazo,** más cuando la norma tampoco prevé algún tipo de sanción para la entidad en caso de no cumplirlo y la única consecuencia es la opción de poder acudir a la vía judicial.

Dicha aceptación por el cliente supondrá, *a priori*, que la entidad tenga que proceder al reintegro de dicha suma en la cuenta de éste, si bien el mismo RD-Ley contempla la posibilidad de que **las partes puedan pactar algún otro modo distinto al mismo pago,** medidas compensatorias las denomina. En ese caso, la entidad deberá

“El reclamante deberá ser un consumidor, esto es, que cumpla con los requisitos previstos en el art. 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”

JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 21 de diciembre de 2016, asunto C-154/2015, (Marginal: 70353269)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de junio de 2016, núm. 364/2016, N° Rec. 2499/2014, (Marginal: 69741695)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de diciembre de 2015, núm. 731/2015, N° Rec. 368/2013, (Marginal: 69470909)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013 núm. 241/2013, N° Rec. 485/2012, (Marginal: 2425112)

proporcionarle por escrito información detallada y la explicación del producto en documento aparte. **Si se trata de algún tipo de producto financiero, la entidad le hará entrega de una exacta valoración que le permita un completo conocimiento del alcance obligacional y las consecuencias económicas, para lo que dispondrá de otros 15 días.**

Ahora bien, cabe la posibilidad de que la entidad calculase una cifra con la que no estuviera de acuerdo el prestatario, o incluso entendiéndose que la cláusula no es nula por la razón que fuera, como que el reclamante careciese de esa condición de consumidor, que la acción se encontrase prescrita, etc. En cualquiera de estos casos se daría entonces por intentada y terminada la vía amistosa, y se podría acudir desde ese momento a los tribunales.

Como no podía ser de otra manera, y el mismo RD-Ley así lo contempla, **el posible acuerdo no tendrá coste alguno para el consumidor, sino que los eventuales gastos que se originasen por la formalización de la escritura pública e inscripción registral correrían a cargo de la entidad.** Para alivio de estas, la norma se ha limitado a un documento sin cuantía y a una inscripción mínima con independencia del importe que finalmente fuera reintegrado, lo que conlleva un importante ahorro.

LA VÍA JUDICIAL. COSTAS PROCESALES

En este caso debemos distinguir diversos escenarios: aquél en el que, antes de acudir a la vía judicial, el prestatario se haya adherido al procedimiento

“El posible acuerdo no tendrá coste alguno para el consumidor, sino que los eventuales gastos que se originasen por la formalización de la escritura pública e inscripción registral correrían a cargo de la entidad”

previsto en el RD-Ley y la entidad haya rehusado su reclamación, o no habiéndola rehusado, no estuviera de acuerdo con dicha cifra; también que el prestatario acuda directamente a la vía judicial; o que su reclamación ya se encontrara judicializada antes de la entrada en vigor de la norma.

Imaginemos que la entidad, considerando la validez de la cláusula o que la reclamación no cumpliera con

los requisitos que prescribe el art. 2, rechazase la reclamación y, con ello, la opción al consumidor para poder reclamar ante los tribunales. Pues bien, para el caso de que la sentencia le diera la razón, la entidad podría ser condenada a su pago, como lo sería en aquel supuesto que habiendo ofertado una suma al prestatario, la finalmente concedida judicialmente fuera superior.

Ya hemos dicho que, **en tanto en**

cuanto la adhesión al procedimiento es voluntaria, el consumidor tiene plena libertad para dirimir sus pretensiones ante la vía judicial. En este supuesto, y para el caso de que la entidad, tras recibir la demanda, mostrase su conformidad con el importe reclamado en la misma, y con ello, a su consignación, en ese caso no sería condenada a las costas, aun cuando incluso hubiera realizado una reclamación anterior, por ejemplo, vía burofax, tal y como reconoce el art. 21 en relación con el art. 395 de la LEC. Ahora bien, ¿qué sucede en aquellos casos en que la reclamación ante la vía judicial fuera previa a la entrada en vigor de la norma? En ese caso el tratamiento debería ser a priori el mismo, la razón se encuentra en que la propia norma prevé que no es obstáculo para que el consumidor solicite la suspensión del procedimiento judicial e intente un

BIBLIOGRAFÍA

www.casosreales.es

BIBLIOTECA

- MACÍAS, JOSÉ IGNACIO. *Compradores incautos de viviendas nuevas: soluciones prácticas*. Madrid. Ed. JM Bosch Editor. 2010
- PARRA BAUTISTA, JOSÉ RAMÓN. *Fiscalidad de operaciones Inmobiliarias 2. Tributos que gravan la transmisión de los bienes inmuebles*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2006
- MALLÉN, MERCEDES. *Sabelotodo contratación civil y mercantil. 2ª Edición Actualizada a 2014*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2014

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- MATEOS FERRES, MARÍA. *Préstamo hipotecario: cláusulas abusivas más frecuentes*. Inmueble Nº 123. Julio-agosto 2012. (www.revistainmueble.es)
- SÁNCHEZ-JÁUREGUI, MIGUEL ÁNGEL. *Cláusulas suelo y comisiones abusivas: aspectos prácticos*. Economist&Jurist Nº 200. Mayo 2016. (www.economistjurist.es)
- CAMPOMANES MONTES, MARÍA COVADONGA. *Impacto fiscal en la devolución de la cláusula suelo*. Economist&Jurist Nº 205. Noviembre 2016. (www.economistjurist.es)

acuerdo amistoso, si bien entendemos que únicamente cabrá dicha posibilidad en tanto en cuanto la entidad no haya contestado a la demanda. En ese caso debería ser al común de los procedimientos, y con ello a lo que disponga la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CONSECUENCIAS FISCALES

En cuanto a este, el RD-Ley, en su disposición final primera modifica no

pocos preceptos normativos de otras tantas leyes al objeto, entre otras, la Ley 35/2006 sobre el IRPF, y con independencia de que la obligación de pago de la entidad haya devenido por una conformidad con ésta, o por una resolución en la vía judicial.

De ahí que la cuestión clave pasa por conocer si ha existido un beneficio fiscal previo derivado del pago de esos intereses, que a la postre acaban por revertir a favor del prestatario, como

sucede en aquellos casos en los que el consumidor se benefició en su día de la deducción por adquisición de vivienda. En ese supuesto deberá regularizar este exceso en la declaración de IRPF del año en que se produce la sentencia, regularizando así las cantidades correspondientes a los ejercicios fiscales del 2013 y sucesivos (4 años atrás). La norma también establece que no cabrá sanción alguna, ni será necesario abonar recargos ni intereses de demora. ■

CONCLUSIONES

- Sin lugar a dudas, la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE al respecto de la retroactividad de las cláusulas suelo ha supuesto el empujón definitivo para que aquellos que contrataron una hipoteca con ella incluida, hayan tomado conciencia de lo que suponía para sus bolsillos, provocando un efecto llamada que, de alguna manera, debería fiscalizarse
- Resulta cuanto menos paradójico que el RD-Ley haya dejado en manos de la misma entidad financiera la interpretación y el resultado, esto es, que le permita ser juez y parte, porque no en vano fue quien como tal incluyó la citada cláusula suelo. Que sea ella quien fije las pautas a seguir para devolver lo abonado de más por el prestatario afectado por ésta. En cualquier caso, sobre el papel se trata de un procedimiento que a priori no tendría mayor complejidad ni trámites que la mera reclamación y, en su caso, la posterior ratificación de la propuesta económica que le traslade la entidad en su caso
- Salvando las distancias, podríamos decir que como tal procedimiento extrajudicial no es del todo novedoso, pues ya existía la Orden ECO/734/2004 de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y del defensor del cliente de las entidades financieras. En este caso, tras recibir la reclamación disponía de dos meses para dar respuesta a las reclamaciones realizadas al respecto, si bien a mi entender, con escaso éxito
- En cuanto al reintegro de las sumas debidas por medio de alguna otra compensación que no sea en metálico, consideramos acertado el celo con el que el Gobierno la regula, pues podría darse la paradoja de que “el remedio fuera peor que la enfermedad”, si bien ya he anticipado que no veo razón alguna para que opten por esta medida si no va acompañada de algún tipo de beneficio o la decisión sea por cuestiones puramente fiscales
- Así las cosas y una vez las distintas entidades hayan decidido la manera de proceder al respecto, para lo que disponían hasta el pasado 21 de febrero, podremos ir viendo si efectivamente están por la labor de procurar acuerdos o todo lo contrario. En este sentido, el Gobierno no olvida su labor inspectora, anticipando en la norma la posibilidad de regular la creación de un órgano, (compuesto por representantes de los consumidores y de la abogacía), cuyas funciones serán las de seguimiento, control y evaluación del procedimiento, prestando especial atención al esfuerzo publicitario de la entidad entre sus clientes
- Una pregunta que nos hacemos es qué sucederá con aquellas personas que a la entrada en vigor del RD-Ley hubieran obtenido ya una resolución favorable ante una instancia judicial y, en la mayoría de los casos, con la limitación de la retroactividad que impuso el Supremo en su resolución de fecha 9 de mayo de 2013. Con respecto a ello ya se han pronunciado distintas entidades en el sentido de negar su aplicación, por entender que se trataría de una cuestión ya enjuiciada. En cualquier caso, es de esperar que a finales de este mes salgamos de dudas, ya que el Gobierno tiene la intención de reunirse para valorar dicho extremo. Es de esperar que siga la tesis del Tribunal de Justicia Europeo, al respecto de la revisión de resoluciones firmes de los tribunales nacionales, más complicado pareciera lo tendrán a priori aquellos otros que suscribieron un acuerdo extrajudicial con su Banco o Caja, y más si éste fue en sala

CLÁUSULA SUELO: MECANISMO EXTRAJUDICIAL CREADO POR EL RDL 1/2017



María José Lunas Díaz. Abogada. Directora Estudio Jurídico Internacional Lunas y Asociados

SUMARIO

1. ¿Novedades? Del RDL 1/2017
2. Los problemas del sistema español
3. Situaciones pendientes de respuesta
4. Otros “nuevos” suelos cubiertos por el RDL

La aprobación por el ejecutivo del Real Decreto Ley 1/2017 ha despertado la curiosidad de todos y ha merecido comentarios muy favorables provenientes de quienes piensan que se abre una vía de solución alternativa a la judicial, gratuita, y más rápida, poniendo fin a un debate judicial que nos ocupa desde hace más de una década con la demanda que dio origen a la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 y que también sirvió de base para otras muchas reclamaciones individuales o colectivas basadas en aquella demanda. También ha suscitado numerosas críticas por parte de quienes, como es mi caso, no entendemos que esta intervención normativa aporte nada nuevo para el cliente, o al menos nada bueno. Vaya por delante que la crítica no es hacia la desjudicialización del sistema, como se nos imputa a los abogados que desde hace décadas venimos defendiendo a los clientes de los abusos bancarios, pues nada nos agradaría más que poder dar respuesta rápida y adecuada a nuestros clientes y entre nuestras críticas recurrentes está la falta de eficacia de los sistemas extrajudiciales de reclamación. Las reticencias vienen del análisis jurídico de una norma que entendemos no aporta ningún beneficio real para el cliente pues, por ejemplo, en nada innova el hecho de que se obligue a las entidades a que tengan un departamento de atención de estas reclamaciones, cuando ya existen los Servicios de Atención al cliente o Defensores del cliente, que son obligatorios para toda entidad financiera, y que además emiten resoluciones vinculantes, algo que no siempre está garantizado en las resoluciones del nuevo Real Decreto Ley que prevé incluso la opción de que aceptado el acuerdo por la entidad el mismo no se ejecute, sin precisar en este punto cuál ha de ser el camino que puede entonces seguir el cliente. A decir de esta letrada el acuerdo entre las partes se habrá perfeccionado y el cliente podrá exigir el cumplimiento forzoso del mismo en vía judicial.

Igualmente no resultaba necesaria ninguna intervención legislativa para abrir las puertas a una reclamación extrajudicial del cliente, que de forma gratuita podían ya presentar los clientes en la propia sucursal de la entidad, y que la entidad podía atender proponiendo un acuerdo a sus clientes, a quienes hasta la fecha ha ofrecido la retirada de la cláusula, o la mera suspensión en la aplicación de la misma, e incluso, en algunos casos, la devolución parcial de cantidades, cuando no la reducción temporal y limitada del límite a la baja contractualmente impuesto. La íntegra restitución no es algo sin embargo que las entidades estuvieran dispuestas a ofrecer, arriesgándose así a una posterior condena judicial y al pago de unos intereses que de otro modo podrían haber evitado. Como puede observarse las reclamaciones extrajudiciales ya existían y la posibilidad de alcanzar acuerdos de diverso calado también. Sorprende por tanto que se vitoree con tanto ímpetu la presunta innovación de la norma.

Las novedades reales introducidas por el Real Decreto Ley no son, como

LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. (Normas básicas. Marginal: 69858) Art.; 123
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (Normas básicas. Marginal: 12615). Arts.; 394 y 395
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (Normas básicas. Marginal: 129935). Art.; 8
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Normas básicas. Marginal: 69730142). Art.; 1301

“Las cantidades abonadas de más, en aplicación de la cláusula suelo durante el ejercicio fiscal en curso, corresponde no tomarlas en cuenta para ninguna deducción ni considerarlas gastos deducibles”

“Para las reclamaciones anteriores a la entrada en vigor del mismo y por voluntad de ambas partes se puede suspender el proceso mientras se tramita la reclamación por el sistema del RDL”

JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 21 de diciembre de 2016, asunto C-154/2015, (Marginal: 70353269)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de junio de 2016, núm. 364/2016, Nº Rec. 2499/2014, (Marginal: 69741695)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de diciembre de 2015, núm. 731/2015, Nº Rec. 368/2013, (Marginal: 69470909)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013 núm. 241/2013, Nº Rec. 485/2012, (Marginal: 2425112)

presume el propio título de la norma, tendentes a proteger al consumidor, sino más bien a las entidades incumplidoras, a quienes a través de mecanismos directos o indirectos se les pretende exonerar del pago de otros gastos que les hubieran correspondido, si bien, como ocurre en el caso de las costas, siempre estuvo en su mano haberlas evitado, bien fuese atendiendo la reclamación extrajudicial, o bien mediante el allanamiento previo a la contestación a la demanda. Así pues, **las entidades siempre tuvieron en su mano desjudicializar el proceso de devolución de lo indebidamente cobrado y el ahorro de costes judiciales.** Fue solo la tenacidad de las propias entidades en dilatar la batalla judicial, más preocupadas por lograr abatir a los clientes en su resistencia contra los abusos, aunque solo

fuera por la extenuación judicial, que en acatar las normas que de forma indubitada arrojaban claramente una condena a esta modalidad de cláusulas que imponían un límite a la bajada de los tipos en perjuicio del cliente. Y ello, al menos a juicio de quien escribe, mucho más allá de la mera falta de transparencia apreciada por nuestro TS, pues el contenido de la cláusula parece claro que es, además –y en contra de lo sostenido por el TS– claramente abusiva, si bien esta cuestión no es objeto de este comentario, aunque quizás en algún momento será el TJUE interpelado también sobre esta cuestión y con ello se acabaría con el debate, caso por caso, de la falta de transparencia abierto por el TS.

Es, por tanto, la modificación del sistema imposición de costas previsto

en los artículos 394 y 395 LEC, una de las principales “aportaciones” de la norma, que además nos merece la mayor crítica. Pasando por alto la dudosa legalidad de una modificación legislativa de una ley orgánica a través de un mero Real Decreto Legislativo, y que quizás arroje sentencias anuladoras de esa modificación en el futuro, el hecho cierto es que con ello se abre un escenario donde **las reclamaciones judiciales por aplicación de la cláusula suelo habrán de tener una respuesta judicial en materia de costas distinta de las reclamaciones en cualesquiera otras materias.** Desde el punto de vista del principio de igualdad esta reforma no se sostiene. Pero ciñéndonos exclusivamente al ámbito de las reclamaciones por cláusula suelo y a pesar de que la Exposición de Motivos nos habla de una norma voluntaria para el consumidor, y únicamente obligatoria para las entidades, el hecho cierto es que los consumidores que no quieran acudir al “nuevo” mecanismo verán como, **en caso de obtener una resolución favorable en la esencia de su reclamación, por determinarse la nulidad de la cláusula, si el resultado matemático de las cantidades a devolver no fuese mayor del admitido por la entidad, verá perdido su derecho a obtener la condena en costas de la entidad cuando en esencia su reclamación ha sido sustancialmente estimada y, conforme establece el artículo 394 LEC debió ser la entidad condenada a su pago.**

La otra gran virtud del **Real Decreto Ley es la modificación de las consecuencias fiscales de la restitución al cliente en sus derechos.** Pudiera parecer que con ello se ampara a los consumidores evitándoles incurrir en nuevos pagos a la Hacienda pública cuando, analizado con detalle, en caso de que dichos pagos hubieran debido hacerse como conse-

cuencia de la infracción normativa cometida por la entidad y habría debido ser ésta quien hubiera tenido que hacer frente a dichos pagos, so pena de hacer recaer sobre el consumidor los perjuicios sufridos por el inadecuado cumplimiento de la entidad. Es bien cierto, sin embargo, que el sistema evita un nuevo debate sobre quien debía atender dichos daños y perjuicios que hubieran podido colapsar de nuevo nuestro sistema judicial. Sin embargo, que no se nos quiera confundir presentando la reforma fiscal como una mejora para el cliente algo que en el fondo supone un alivio para las responsabilidades que habrían debido ser atendidas por la entidad.

Tampoco en términos de reducción de plazo el Real Decreto Ley aporta ninguna ventaja. **No solo prevé un**

“Siempre que se hubiera deducido por inversión en vivienda habitual en el IRPF de los años en que la aplicaron la cláusula, tendrá que sumar a su cuota líquida del ejercicio fiscal en que se cobre el dinero la parte por la que se hubiera deducido en exceso y únicamente considerando lo deducido durante los años aún no prescritos”

mes para la puesta en marcha de un sistema que las entidades que deben tener ya en marcha (pues es parte de las reclamaciones que el

Servicio de Atención al Cliente debía atender) **sino que además prevé un plazo de respuesta de tres meses desde la recepción de la reclama-**



ción del cliente, cuando la regulación de los servicios de atención al cliente preveía un plazo máximo de resolución de dos meses. Es más, la entidad puede alargar su respuesta inicial reduciendo de ese modo el periodo de reflexión del cliente pues no se impone a ésta ningún plazo máximo para enviar sus cálculos y propuesta al cliente a quien sin embargo sí se le concede un plazo máximo de 15 días para aceptar o no dicho acuerdo. Sorprende este diferente criterio que en modo alguno está justificado en la necesidad de la entidad de elaborar sesudos cálculos para cada cliente puesto que las entidades ya conocen dichas cifras y han debido calcularlas para provisionar convenientemente dicho riesgo. Nada nuevo por tanto para

la entidad que debería poder dar al cliente una respuesta casi inmediata, dejando que sea el consumidor quien utilice el plazo legal para buscar el adecuado asesoramiento acerca de la modalidad ofrecida que más conviene a su situación y la verificación de unas cifras que ni mucho menos podrán ser cotejadas por la mayoría de los consumidores. En este **sentido la labor de juristas, economistas y asociaciones seguirá siendo necesaria y relevante para garantizar que la restitución al cliente en sus derechos sea íntegra.** En este punto la posible existencia de un órgano de control e información puede ayudar si llegara a funcionar de forma eficaz, si bien lo relevante hubiera sido que el mismo tuviera facultades de sanción en los

casos en que las entidades ofrecieran acuerdos que no supusieran el íntegro reintegro de sus derechos a los consumidores. Únicamente cuanto nuestro ordenamiento jurídico opte por imponer sanciones más graves que la mera devolución de lo indebidamente cobrado con su mera actualización conforme a los intereses legales, comenzarán las entidades a tomarse con más respeto la aplicación de la norma y dejarán de resultar interesantes estas vulneraciones masivas de derechos de la clientela.

Pese a lo que pudiera parecer el debate sobre la cláusula suelo no ha acabado. Aún están sin resolver los asuntos de muchas pymes y profesionales atrapados igualmente en esta

BIBLIOGRAFÍA

www.casosreales.es

BIBLIOTECA

- ADELL, CRISTINA. *Worker inteligente. Derecho Procesal Mercantil. Volumen 02. Derecho Contractual.* Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2006
- MALLÉN, MERCEDES. *Sabelotodo contratación civil y mercantil. 2ª Edición Actualizada a 2014.* Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2014
- DOMÈNECH, FEDERIC ADAN. *La ejecución hipotecaria.* Madrid. Ed. JM Bosch Editor. 2009
- PINTÓ SALA, JORGE. TORRELLA CABELL, FRANCESC. *Worker contratación civil mercantil.* Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2007

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- MARIO LOPERA RODRÍGUEZ. *El procedimiento de ejecución hipotecaria.* Economist&Jurist N° 206. Diciembre 2016. (www.economistjurist.es)
- BALAGUER, DAVID. *El sistema hipotecario español, a examen en Europa.* Inmueble N° 130. Abril 2013. (www.revistainmueble.es)
- FERNÁNDEZ-ALCANTUD, JOSÉ ANTONIO. *Supuestos en los que el cliente de un banco puede reclamar contra la entidad por información inadecuada o ausencia de esta.* Economist&Jurist N° 164. Octubre 2012. (www.economistjurist.es)
- MERCHÁN, JUAN FCO. *Aspectos jurídicos y prácticos de la revisión de cláusulas abusivas en el mercado hipotecario.* Inmueble N° 158. Febrero 2016. (www.revistainmueble.es)

cláusula que también para ellos es poco transparente y por tanto nula, a pesar de que erróneamente algunos tribunales, e incluso –de nuevo- el propio TS, dejen fuera de cobertura a estos clientes en un nuevo error en la aplicación de la LCGC claramente aplicable, salvo en el control de contenido, frente a cualquier adherente, sea o no consumidor. El Real Decreto Ley también les deja fuera de su amparo en una nueva oportunidad pérdida de aprovechar la ocasión de intervención legislativa para acabar, de verdad, con un buen número de litigios por esta causa.

Quedan también pendientes de saber su suerte final los miles de procedimientos en curso que no se suspen-

dan por voluntad común de las partes y donde en caso de no imponerse la correspondiente condena en costas a la entidad, bajo el manido argumento de las dudas de hecho o de derecho, el cliente habrá visto de nuevo perjudicados sus derechos. Los derechos de los consumidores están, de nuevo, en manos de nuestros tribunales.

Por último, surgirán situaciones conflictivas en los casos en que no todos los titulares guarden la misma posición respecto de la propuesta de la entidad y sin cuyo acuerdo colectivo parece a priori imposible un acuerdo.

Lo mejor del Real Decreto Ley es el marco definitorio de lo que ha de considerarse nulo, inclu-

yendo en tal caso “cualquier estipulación (...) que limite a la baja la variabilidad del tipo de interés del contrato”. Habrá de entenderse entonces que también lo son las cláusulas conocidas como “tipo cero” (que impiden que el tipo de interés sea negativo cuando el valor de referencia esté situado por debajo del diferencial) o las cláusulas que yo denomino “mini suelo” o “suelito” (equivalentes a establecer como tipo mínimo el diferencial pactado). Todas ellas por igual representan un límite a la baja del tipo de interés.

Los resultados estarán ya dejándose sentir con las diferentes posiciones y estrategias de cada entidad. ■

CONCLUSIONES

- ¿Qué tendrá que abonar a Hacienda?
- Si recibió su compensación en metálico el dinero o por la parte que se recibiera en metálico, incluyendo los intereses abonados sobre la cantidad devuelta...
 - Y siempre que se hubiera deducido por inversión en vivienda habitual en el IRPF de los años en que la aplicaron la cláusula, tendrá que sumar a su cuota líquida del ejercicio fiscal en que se cobre el dinero la parte por la que se hubiera deducido en exceso y únicamente considerando lo deducido durante los años aún no prescritos
 - Y no se hubiera deducido por inversión en vivienda habitual no tendrá que hacer nada pues el dinero recibido por la devolución no se tomará en cuenta en la base imponible del IRPF
 - Si se lo hubiera deducido previamente como gasto deducible, deberá realizar autoliquidación complementaria antes de la finalización del plazo de autoliquidación del año en que se recibe el dinero, sin sanción, ni intereses de demora ni recargo alguno y únicamente por los años aún no prescritos
 - Por las cantidades abonadas de más en aplicación de la cláusula suelo durante el ejercicio fiscal en curso únicamente corresponde no tomarlas en cuenta para ninguna deducción ni considerarlas gastos deducibles
- Si se lo redujeron del capital pendiente de amortizar tampoco tendrá que tomar en cuenta estas cantidades para su próximo IRPF
- Si aceptó otra propuesta de la entidad, de pago a través de otros productos financieros, habrá de estarse a la tributación que corresponda a dicha modalidad de producto. Se recomienda pedir previamente información detallada al respecto para evitar futuras sorpresas

ESQUEMA FUNCIONAMIENTO DEL REAL DECRETO LEY

Reclamaciones de consumidores:

A) Anteriores a la entrada en vigor del RDL

1. Por voluntad de ambas partes se puede suspender el proceso mientras se tramita la reclamación por el sistema del RDL
2. Si no hay voluntad común de suspender continua el proceso hasta su culminación.

B) Posteriores a la entrada en vigor del RDL

1. No se quiere usar el sistema del RDL

a. No se reclama.

b. Se interpone demanda

I. Con allanamiento total antes de la contestación a la demanda = No hay condena en costas para la entidad.

II. Con allanamiento parcial antes de la contestación a la demanda + consignación de la cantidad reconocida =

1. Resolución + favorable para el cliente = imposición de costas sobre todo lo pedido.

2. Resolución = ó – favorable para el cliente = no imposición de costas para el banco.

III. Con oposición de la entidad = costas conforme al criterio objetivo o del vencimiento (394 LEC), es decir, quien pierde paga.

2. Si se quiere usar el sistema del RDL (no antes del 21 de febrero o puesta en marcha del sistema)

a. Envío de la reclamación

b. Entidad recibe y analiza

I. Considera que no es pertinente la reclamación

1. Debe motivar razones de denegación y enviar al cliente

2. Concluye el proceso sin acuerdo

3. El cliente puede iniciar la vía judicial (vid ii.b posterior).

II. Considera que sí es pertinente la reclamación

1. Envía cálculos desglosados por partidas al cliente (no hay plazo previsto, salvo el máximo de 3 meses para todo el proceso)

a) El cliente acepta

I. Se pacta o no medida compensatoria distinta del efectivo

II. Se cumple con lo pactado = cierre con acuerdo:

III. No se cumple con lo pactado = Cierre sin ejecución del acuerdo y posible demanda de ejecución del mismo ante los tribunales.

b) El cliente no acepta = cierre sin acuerdo

I. El cliente no continuo con la reclamación

II. El cliente acude a la vía judicial

I. Resultado favorable a la entidad = costas a cargo del cliente.

II. Resultado favorable para el cliente:

a) Más de lo ofrecido por la entidad = costas a cargo de la entidad.

b) Menos o igual a lo ofrecido por la entidad = sin costas.

MODELO DE CARTA DE RECLAMACIÓN

A/A Servicio atención reclamaciones del RDL 1/2017

Entidad (la que actualmente ostenta la titularidad del crédito).....

Domicilio:

CP:

Estimados Sres.:

Por la presente, Don, con DNI núm. y Doña, con DNI núm., con domicilio en Calle N°, portal, CP....., Provincia....., nos ponemos en contacto con ustedes haciendo uso del mecanismo extrajudicial creado por el Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusula suelo.

En fecha suscribí/suscribimos un contrato de préstamo/crédito con garantía hipotecaria inmobiliaria/ un préstamo/crédito sin garantía inmobiliaria (indíquese lo que proceda) con la entidad (Indicar el nombre de la entidad con la que originariamente se suscribió en su día el préstamo), con número de préstamo, que incluye una cláusula de limitación a la baja del tipo de interés conocida como cláusula suelo.

Como quiera que dicha modalidad de cláusula ha sido declarada nula por nuestros tribunales, e incluso el TJUE en sentencia de 21 de diciembre de 2016 ha declarado la obligatoriedad de la retrocesión íntegra de efectos sin ningún tipo de limitación temporal ni de otro tipo, mediante la presente SOLICITAMOS/SOLICITO la restitución íntegra en nuestros derechos mediante el recalcdo de las cuotas pagadas y capital pendiente de amortizar desde el momento inicial de aplicación de la citada cláusula suelo y que se proceda a adecuar la situación de nuestro/mi préstamo a las condiciones en que habría estado en caso de no existir dicha cláusula, procediendo de este modo a la devolución de cuantas cantidades se hayan satisfecho de más en concepto de intereses, con sus correspondientes intereses legales, así como a la correspondiente reducción del capital pendiente de amortizar según el recalcdo de cuotas anteriormente efectuado*. Alternativamente se nos/me devuelva la cantidad íntegra abonada de más, junto con sus intereses legales.

Solicitamos/solicito, a fin de poder realizar las oportunas comprobaciones que a nuestro/mi derecho competen y adoptar la decisión más adecuada a nuestros/mis intereses, que se nos/me aporte dicho cuadro de amortización (indicando el capital sobre el que se ha calculado cada cuota, la fecha, el tipo de interés que debió aplicarse en su día), con el desglose final de las cantidades que corresponderían recuperar en cada concepto (intereses abonados de más en las cuotas, intereses legales sobre dicha cantidad, y reducción del capital pendiente de amortizar), junto con su respuesta de aceptación o no aceptación de esta reclamación, indicando en caso afirmativo de forma detallada el mecanismo de ejecución del acuerdo (en metálico, en reducción del capital pendiente o, en su caso, otras opciones) y la fecha máxima ofrecida para su cumplimiento.

Para el hipotético caso de una desestimación de la presente petición les requiero para que motiven detalladamente las razones de su negativa. Igualmente en el caso de negativa a atender esta reclamación y en aras a garantizar el derecho de información que nos/me asiste y no obstaculizar nuestro/mi derecho de defensa, les solicitamos/solicito nos/me aporten documento acreditativo en forma detallada de las cuotas satisfechas hasta la fecha, desglosando el capital sobre el que se calcularon, el tipo de interés que se aplicó en cada caso y distinguiendo la parte de la cuota que fue destinada a amortización de capital y al correspondiente pago de intereses.

A la espera de poder solventar este asunto extrajudicialmente y sin renuncia a ningún otro derecho o vía de defensa que pueda corresponderme si su propuesta no satisficiera por completo el reintegro de mis derechos, les saluda atentamente,

Fdo.....

*Nótese que la reducción de capital pendiente es un efecto inherente al recalcdo de cuotas y que no se refiere a la opción por ejecutar el acuerdo mediante la reducción del capital pendiente de amortizar sino que la devolución en metálico de cantidades indebidamente abonadas llevará además siempre implícita una cierta reducción del capital pendiente como consecuencia de la aplicación de la fórmula matemática de recalcdo de cuotas.

Te enamorarás



Shenonkop

<http://www.shenonkop.com>



shenonkop@cimapublicidad.es · +34 915 777 806
Shenonkop - Hotel, Eventos, Resort y Spa · Peraleda de la Mata (Cáceres)

CONCEPTOS SOBRE LA CLÁUSULA SUELO, SU CONTROL Y DECLARACIÓN DE NULIDAD



José Baltasar Plaza Frías. Socio Director de Bufete Rosales

SUMARIO

1. Conceptos: clausula suelo, consumidor, condiciones generales de contratación
2. Control de inclusión, transparencia, abusividad y buena fe
3. Causas de nulidad de las clausulas suelo
4. Efectos y retroactividad
5. Sentencias del Tribunal Supremo de 13-05-2013 y 15-02-2017 y Sentencia de 21-12-2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Las escrituras de préstamo hipotecario en nuestro país han incorporado con bastante frecuencia una clausula limitativa que impide a los hipotecados beneficiarse de las bajadas de los tipos de interés, al incorporar límites a la baja a la variación de los tipos de interés o a la de los índices de referencia. Hipotecas normalmente referenciadas al Euribor, índice que cayó a partir de 2009 por debajo del 3%, han beneficiado claramente a la banca y han perjudicado notoriamente a los más de millón y medio de afectados que compraron una vivienda en España.

CONCEPTOS: CLÁUSULA SUELO, CONSUMIDOR, CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN

Estas clausulas constituyen una condición general de contratación, definida en el artículo 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación

(LCGC) como “aquellas clausulas predispuestas cuya incorporación al contrato es impuesta por una de las partes y habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”. Las entidades financieras redactaron unilateralmente los contratos de préstamo hipotecario, pudiendo considerarse

éstos verdaderos contratos de adhesión, ya que nunca hubo alternativa por parte de los prestatarios de negociación alguna con las entidades, lo que puede conllevar una declaración de abusividad de dichas clausulas. Por otra parte, el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE define las clausulas abusivas como “aquellas que no se

hayan negociado individualmente si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones que se derivan del contrato”.

La protección que establece la Directiva 93/13/ CEE se basa en que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional (banco o Caja), tanto en la capacidad de negociación como en el nivel de información, lo que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el banco sin poder influir en el contenido de éstas, es decir, se cumple el fenómeno que se describe como “take it or leave it” o “lo tomas o lo dejas”. Esta circunstancia es la clave en la resolución de la controversia sobre las cláusulas suelo.

Conceptuada la mencionada cláusula suelo, objeto de impugnación, como una condición general de contratación, le es de aplicación la ley especial que las regula, esto es la LCGC. En virtud de su artículo 2, la misma se aplica a “contratos que contengan condiciones generales ce-

LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (Normas básicas. Marginal: 129935). Arts.; 1, 2, 5, 7, 8 y 10
- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (Normas básicas. Marginal: 56000). Arts. 3, 4 y 6
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. (Normas básicas. Marginal: 69858) Arts.; 3, 4, 80, 82 y 85 a 90
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Normas básicas. Marginal: 69730142). Arts.; 1258 y 1303

“Son nulas las cláusulas suelo que dan una apariencia de contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirán en la disminución del precio del dinero”

lebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica -adherente”.

La actuación de los suscriptores de una hipoteca con cláusula suelo, en tanto que adherentes, se realiza, en todo momento, en calidad de consumidores, dentro del concepto del mismo que señala el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLDCU): “A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, **son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”.**

Por otra parte, el artículo 4 del TRLDCU entiende por profesional a “*toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada*”.

Es en el marco de este contrato de adhesión en el que se propugna el carácter abusivo, y, por lo tanto, **radicalmente nulo**, con los efectos que de ello se derivan y que más adelante vamos a tratar.

CONTROL DE INCLUSIÓN, TRANSPARENCIA, ABUSIVIDAD Y BUENA FE

El triple control del clausulado de los contratos de adhesión con condiciones generales viene determinado por los artículos 5 y siguientes de la Ley de Condiciones Generales para la Contratación y, en el ámbito específico de los consumidores, en los art. 80 y ss. del TRLDCU. Dicho sistema de control contemplaría los aspectos

“Es nula la cláusula suelo por la inexistencia de una advertencia clara y comprensible sobre el comparativo con otros productos de la propia entidad”

JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 21 de diciembre de 2016, asunto C-154/2015, (Marginal: 70352974)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de fecha 18 de octubre de 2016, núm. 579/2016, Nº Rec. 69/2015, (Marginal: 70361975)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de fecha 8 de octubre de 2015, núm. 255/2015, Nº Rec. 143/2015, (Marginal: 70361972)
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Bilbao de fecha 30 de junio de 2015, núm. 162/2015, Nº Rec. 230/2015, (Marginal: 69476233)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de fecha 25 de marzo de 2015, núm. 255/2015, Nº Rec. 40/2015, (Marginal: 69571653)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha 2 de marzo de 2015, núm. 52/2015, Nº Rec. 31/2015, (Marginal: 69536725)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de fecha 23 de febrero de 2015, núm. 44/2015, Nº Rec. 2037/2015, (Marginal: 70361971)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha 1 de julio de 2014, núm. 187/2014, Nº Rec. 235/2014, (Marginal: 69332764)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de fecha 17 de marzo de 2014, núm. 50/2014, Nº Rec. 1/2014, (Marginal: 69485086)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de fecha 12 de marzo de 2014, núm. 185/2014, Nº Rec. 786/2012, (Marginal: 69236034)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 16 de diciembre de 2013, núm. 453/2013, Nº Rec. 719/2012, (Marginal: 70361973)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de fecha 23 de julio de 2013, núm. 335/2013, Nº Rec. 243/2013, (Marginal: 2439258)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de fecha 9 de julio de 2013, núm. 291/2013, Nº Rec. 283/2013, (Marginal: 70361974)

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013, núm. 241/2013, N° Rec. 485/2012, (Marginal: 2425112)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de abril de 2013, núm. 221/2013, N° Rec. 1637/2010, (Marginal: 70361927)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de octubre de 2012, núm. 616/2012, N° Rec. 762/2009, (Marginal: 70361922)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de junio de 2012, núm. 406/2012, N° Rec. 46/2010, (Marginal: 70361925)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de mayo de 2012, núm. 301/2012, N° Rec. 1153/2009, (Marginal: 70361921)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de abril de 2011, núm. 261/2011, N° Rec. 2175/2007, (Marginal: 70361920)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de julio de 2010, núm. 488/2010, N° Rec.911/2006, (Marginal: 2219444)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 3 de junio de 2010, asunto C-484/2008, (Marginal: 70361923)

de incorporación de la cláusula en el contrato, la transparencia y, finalmente, el control de contenido para determinar la abusividad.

Sin embargo, desde **la Directiva 93/13/CEE y, en concreto, en su artículo 4, se establece la no valoración de la abusividad de las cláusulas** (control de contenido) cuando éstas versan sobre elementos esenciales del contrato. La omisión de la transposición de este artículo por nuestra ley de consumidores dejó abierta una puerta a la valoración sobre cláusulas abusivas de elementos esenciales del contrato; sin embargo, la reciente jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal ha modificado el criterio adoptado en el año 2010 (Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 3 de junio de 2010) y, tras las Sentencias de fecha 18 de junio de 2012 y de 11 de abril de 2013, definitivamente se asienta el criterio de que no cabe interpretación del contenido sobre cláusulas esenciales del contrato, aunque obviamente, sí procede el control de

inclusión y transparencia para dichas cláusulas.

Así pues, la valoración de la nulidad de cada cláusula dependerá del carácter de ésta respecto a los ele-

mentos esenciales del contrato, por lo que en cuanto a la cláusula suelo, considerando el precio como elemento esencial del contrato, y siguiendo las directrices establecidas por el Tribunal Supremo, únicamente valoraremos la incorporación y transparencia de la misma; quedando el control de contenido para todas aquellas otras cláusulas que puedan considerarse abusivas de oficio o a instancia de esta representación.

En el mismo sentido, la cláusula de limitación a la variación del tipo de interés constituye un elemento esencial del contrato. La misma define el objeto principal del préstamo hipotecario: la adecuación entre precio y retribución.

El Tribunal Supremo, tal y como hemos anunciado anteriormente, procede a valorar la nulidad de la cláusula únicamente en base a los controles de inclusión y transparencia, ambos recogidos en los artículos 5.5 y 7 de la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre Condiciones Generales



de la Contratación y en el artículo 80 del RDL 1/2007 que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios.

En cuanto al primero de estos controles, **la inclusión** en el contrato con condiciones generales, viene definida por los requisitos que establece el artículo 80 del RD 1/2007, que enumera aquellos que deben contemplar las cláusulas no negociadas individualmente: la concreción, claridad y sencillez en la redacción; la accesibilidad y legibilidad, y la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Hablamos de cláusulas ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles.

En cuanto al **control de transparencia** (o control de comprensibilidad real de su importancia), **el hecho que determinará la licitud de la cláusula en el ámbito de consumo, es si el consumidor puede identificar la “cláusula suelo” como definitoria del objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.**

Conforme al **artículo 82.1 TRLGDCU** son cláusulas abusivas “todas aquellas estipulaciones no nego-

ciadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un **desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes** que se deriven del contrato”, y añade, en el apartado tercero del mismo artículo que “el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa” y, a continuación, en los arts. 85 a 90 de la citada Ley, se establece un catálogo de

BIBLIOGRAFÍA

www.casosreales.es

BIBLIOTECA

- MALLÉN, MERCEDES. *Sablotodo contratación civil y mercantil*. 2ª Edición Actualizada a 2014. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2014
- MACÍAS, JOSÉ IGNACIO. *Compradores incautos de viviendas nuevas: soluciones prácticas*. Madrid. Ed. JM Bosch Editor. 2010
- PINTÓ SALA, JORGE. TORRELLA CABELL, FRANCESC. *Worker contratación civil mercantil*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2007

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- PLAZA FRÍAS, JOSÉ BALTASAR. *Productos financieros complejos: cómo se puede reclamar por ellos*. Economist&Jurist N° 204. Octubre 2016. (www.economistjurist.es)
- MATEOS FERRES, MARÍA. *Préstamo hipotecario: cláusulas abusivas más frecuentes*. Inmueble N° 123. Julio-Agosto 2012. (www.revistainmueble.es)
- CAMPOMANES MONTES, MARÍA COVADONGA. *Impacto fiscal en la devolución de la cláusula suelo*. Economist&Jurist N° 205. Noviembre 2016. (www.economistjurist.es)
- SÁNCHEZ-JÁUREGUI, MIGUEL ÁNGEL. *Cláusulas suelo y comisiones abusivas: aspectos prácticos*. Economist&Jurist N° 200. Mayo 2016. (www.economistjurist.es)
- SÁNCHEZ-JÁUREGUI, MIGUEL ÁNGEL. *Interpretación Jurisprudencial sobre los índices hipotecarios; IRPH, EURIBOR, CECA e IRS*. Economist&Jurist N° 203. Septiembre 2016. (www.economistjurist.es)

condiciones que de estar alguna de ellas incluidas en un contrato celebrado entre un empresario y un consumidor se considerarán abusivas.

Asimismo, el **artículo 8.2 LCGC** señala que, en particular, “*serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, aquellas que no cumplan los requisitos que relaciona el artículo 80 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (concreción, claridad, sencillez, buena fe, accesibilidad y legibilidad y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes etc.), y, en todo caso las definidas en el artículo 10 bis) y Disposición Adicional primera*”. Remisión que debe entenderse hecha al **RD Legislativo 1/07, de 16 de noviembre, a partir del 1 de diciembre de 2007** (fecha en que entró en vigor), que sustituye y deroga a la mencionada ley.

“Se debe tratar de mantener la eficacia del negocio en su integridad, sin reducirlo, y cuando ello no es posible, podar el negocio de las cláusulas ilícitas y mantener la eficacia del negocio reducido”

En la mencionada STS de 9 de mayo de 2013, el Tribunal, aunque estime que las cláusulas de suelo no son abusivas de por sí, considera que “(...) los contratos cuestionados carecían de la transparencia exigida en el **artículo 80.1 TRLCU**, porque no se permite al consumidor identificar la cláusula como **definidora del objeto del contrato** y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. (...)”.

El cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula ais-

ladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente. La transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.



CAUSAS DE NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUELO

La sentencia dictaminó la nulidad, por abusivas, de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos hipotecarios suscritos por las entidades financieras BBVA, Cajamar y ABANCA con los consumidores, por no superar el control de claridad exigible y consideró que las cláusulas suelo analizadas no eran transparentes por las siguientes razones:

Por dar una apariencia de contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirán en la disminución del precio del dinero
Por falta de información suficiente por parte de la entidad financiera a los clientes
Por dar una apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo
Por estar ubicadas entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor
Por la ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible de los tipos de interés en el momento de contratar en fase precontractual
Por la inexistencia de una advertencia clara y comprensible sobre el comparativo con otros productos de la propia entidad

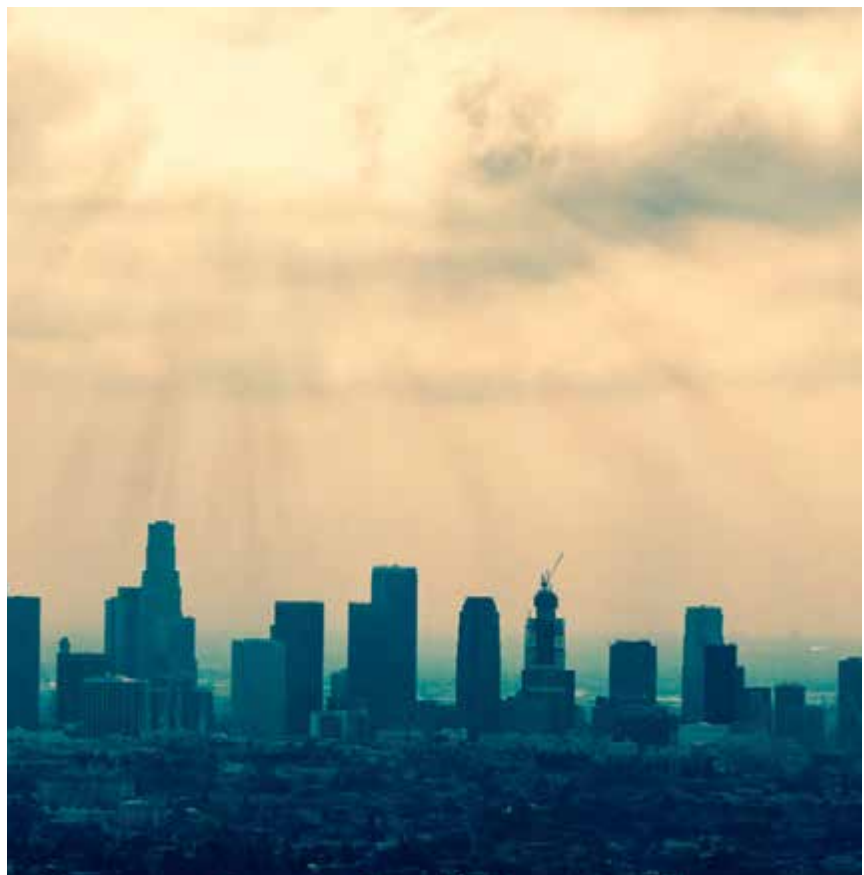
Por ello, el TS condenó al BBVA, Cajamar y Abanca a eliminar dichas cláusulas de sus contratos hipotecarios y a cesar en su utilización. Y, qui-

zás lo más importante o significativo del fallo de la sentencia, declaró no haber lugar a la retroactividad total o “ab initio” de estas cláusulas, sino sólo hasta la fecha en que fue dictada la misma, es decir, el 9 de mayo de 2013.

En consecuencia, **al tratarse de una condición general de contratación con un claro carácter de abusiva, procede su declaración de nulidad**, de conformidad con el citado artículo 8 LCGC; sin que ello conlleve la ineficacia del contrato, el cual puede subsistir sin la misma, con arreglo al artículo 10 del mismo texto legal, que dispone que la declaración de nulidad de las condiciones generales no determinará la ineficacia total del contrato si éste puede subsistir sin las mismas. Y en este sentido, la integración es sencilla, tal y como previene el apartado segundo del artículo 10 LCGC con remisión

al artículo 1.258 Código Civil, y los criterios que ofrece al respecto la buena fe, el uso y la ley bajo el prisma de la propia naturaleza del contrato.

Lo anterior lo corrobora la **Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013 de 9 de mayo de 2013** la cual, respecto a la nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario, aplica el principio de *utile per inutile non vitiatur* (lo válido no es viciado por lo inválido). Principio que no se acoge de forma expresa en nuestro ordenamiento positivo pero la jurisprudencia ha afirmado **la vigencia del favor negotii o tutela de las iniciativas negociales de los particulares, en virtud del cual, en primer término, debe tratarse de mantener la eficacia del negocio en su integridad, sin reducirlo, y cuando ello no es posible, podar el negocio de las cláusulas ilícitas y mantener la eficacia del**



negocio reducido (SSTS 488/2010 de 16 julio; 261/2011, de 20 de abril; 301/2012, de 18 de mayo; 616/2012, de 23 de octubre,).

EFFECTOS Y RETROACTIVIDAD

El artículo 1.303 del Código Civil es claro del alcance de los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula al establecer que *“declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses”*. A pesar de ello, el TS consideró que los efectos habían de ser minorados por razones de seguridad jurídica y por no ocasionar un trastorno grave al orden públi-

co económico y los limitó a fecha 13 de mayo de 2009, fecha de la publicación de la sentencia.

Pero ha sido la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) quien con ocasión de dar respuesta a una cuestión prejudicial planteada por un Juzgado Mercantil de Granada y por la Audiencia Provincial de Alicante ha dictado el 21 de diciembre de 2016 una esperada y clarificadora Sentencia que viene a poner las cosas nuevamente en su sitio al afirmar que el art. 6, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores debe interpretarse, primero, en el sentido de que se opone a una jurispruden-

cia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración de su carácter abusivo y, segundo, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor, por lo que la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.

Conclusión, está refrendada recientemente por la sentencia del Pleno de la Sala 1ª del TS en sentencia del 15 de febrero de 2017. ■



CONCLUSIONES

- En definitiva, decir que han sido muchas las entidades que han venido utilizando estas cláusulas suelo, muchos los consumidores y familias afectadas y mucho y abundante el trabajo y la actividad generada a todos los agentes intervinientes en la solución del problema, así como ágil y eficaz la respuesta de nuestros tribunales. Queda aún mucho por escribirse pero todo parece apuntar que acabará de forma satisfactoria para los afectados

ALCANCE DE LA RETROACTIVIDAD DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO

SENTENCIA DEL TJUE DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016



Máximo Luis Barrientos Fernández. Abogado de BGYC Abogados.
Miembro de Legal Touch

SUMARIO

1. Introducción
2. La sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016
3. Caso de procesos judiciales en curso
4. Caso en el que la entidad bancaria suprimió unilateralmente la cláusula suelo, y abono voluntariamente las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor, pero desde el 9 de mayo de 2013
5. Caso en que la entidad bancaria ha llegado a un acuerdo extrajudicial con los consumidores afectados
6. Caso en que las sentencias dictadas han adquirido firmeza

A las fechas en que será publicado este trabajo (ha quedado cerrado el 6 de febrero de 2017), todo el mundo jurídico sabe que el TJUE ha declarado, al enjuiciar un asunto de cláusula suelo, que una estipulación contractual calificada y sentenciada como abusiva nunca ha existido y, por ello, no puede producir efectos frente al consumidor.

Partiendo de esta sencilla afirmación, lo que se debate y tiene máximo interés en estos momentos, en el tema que me ha tocado desarrollar, es conocer de qué forma afecta a las diferentes situaciones fácticas y temporales en las que se encuentran los consumidores afectados por la cláusula suelo.

La sentencia del Tribunal Supremo nº 241/2013, de 9 de mayo, Ponente Excmo. Sr. Gimeno-Bayón Cobos, en su apartado 294, declaró la irretroactividad de los efectos de esta sentencia, afirmando que “de cosa juzgada” y tampoco afectaría a los pagos ya realizados a la fecha de publicación de la sentencia. Previamente el apartado 293, desglosado en 11 subapartados identificados de la letra a) a la k) razonó y motivó el porqué de su decisión, destacando, sin duda, aparte del cajón de sastre de la seguridad jurídica, el subapartado k) en el que recoge el sentir de la Sala que consideraba que la retroactividad generaría el “riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico”. A mi juicio, esa fue la razón principal que llevó al Tribunal Supremo a apartarse de la doctrina clásica que es expuesta en los apartados 283 y 284 y que se apoya en la regla quod nullum est nullum effectum producit (lo que es nulo no produce ningún efecto).

Como consecuencia de esta importantísima sentencia, dictada en el ejercicio de una acción colectiva de

cesación de condiciones generales, posteriormente ratificada por la sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo nº 139/2015, de 25 de marzo, Ponente Excmo. Sr. Baena Ruiz, y por la sentencia de la Sala Civil, sección 1ª del Tribunal Supremo, nº 222/2015, de 29 de abril, Ponente Excmo. Sr. Saraza Jimena, que extienden esta doctrina a cualquier consumidor adherente, se encuentre o no afectado, por la acción colectiva de cesación y con independencia de la naturaleza del ejercicio individual de la acción de impugnación, los Juzgados y Audiencias Provinciales, salvo raras excepciones, limitaron los efectos a la fecha de 9 de mayo de 2013. Así estábamos hasta que se dicta la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016.

LA SENTENCIA DEL TJUE DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016

La doctrina anteriormente expuesta en las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo nº 241/2013, 139/2015 y 222/2015, fue **cuestionada por diversos Juzgados y Tribunales españoles que plantearon ante el TJUE cuestiones prejudiciales cuya primera sentencia ha sido dictada el 21 de diciembre de 2016.**

Previamente, el Abogado General del TJUE Sr. Mengozzi, en fecha 13 de julio de 2016, emitió informe en el sentido de considerar que la retroactividad limitada al 9 de mayo de 2013 era conforme con el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13.

Pues bien, el TJUE **se aparta** del informe del Abogado General y declara **que no es conforme con el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, la Jurisprudencia nacional**

LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (Normas básicas. Marginal: 56000). Arts.; 6 y 7
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (Normas básicas. Marginal: 69726851). Arts.; 292 a 296
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (Normas básicas. Marginal: 12615). Arts.; 207 y 222
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Normas básicas. Marginal: 69730142). Arts.; 1303
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. (Normas básicas. Marginal: 69858) Arts.; 10 y 83
- Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. (Normas básicas. Marginal: 677582); Disposición transitoria cuarta

(Tribunal Supremo español) que **limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración de carácter abusivo a la fecha del pronunciamiento judicial (9 de mayo de 2013)**. Los **motivos esenciales** se expresan en los apartados 61 a 63 y 71 a 74 relacionados con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 y que sintetizo en lo siguiente:

En primer lugar, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido que procede considerar, en principio, que **una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido**, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor (apartado 61). Dos consecuencias se deducen de esta declaración: una, que se refiere con carácter general a cualquier cláusula contractual declarada abusiva; dos, que sibilinamente y con cierta sutileza introduce la expresión “en principio” lo que deja la puerta abierta a que el TJUE pueda fijar aquellas circunstancias que den lugar a alguna situación excepcional en el que esta regla básica no sea de aplicación.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, la declaración judicial, y como no podía ser de otra manera, también “en principio”, produce el **restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el consumidor de no haber existido dicha cláusula** (apartado 61). Como puede apreciarse de nuevo el TJUE introduce la expresión cautelosa de “en principio”.

En tercer lugar, en aquellos casos en que al dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva se hubieran efectuado pagos que resultaran indebidamente pagadas, también “en principio”, **generaría el correspondiente efecto restitutorio de lo indebidamente abonado** (apartado 62).

En cuarto lugar, y desde el punto de vista negativo, si no se produce el **efecto restitutorio**, quedaría en entredicho el efecto disuasorio que refiere el artículo 6, apartado 1, en relación con el artículo 7, apartado 1 de la Directiva 93/13.

En quinto lugar, y de este modo, **la limitación en el tiempo** de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, equivale a **privar** con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del **derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente** (apartado 72).

En sexto y último lugar, **la protección dada por la doctrina jurisprudencial nacional** en cuanto a **la limitación** de los efectos de la nulidad, resulta **incompleta e insuficiente** y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, vulnerando de este modo lo dispuesto en el artículo 7, apartado 1 de la citada Directiva (apartado 73) citándose a tal efecto la sentencia de 14 de marzo de 2013 Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 60.



Aun siendo un análisis sintético, no puedo, por menos, que realizar alguna observación que resulta importante a efectos de categorías jurídicas relacionadas con la retroactividad: **La sentencia no utiliza la categoría de “nulidad de pleno derecho”, “nulidad absoluta” o “nulidad radical”. A lo largo de su texto sólo utiliza el término “nulidad”.** Pero a renglón seguido el TJUE, al recordar que el artículo 6, apartado 1 de la Directiva prevé que “*los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor*” se encarga de aclarar que este artículo debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen la naturaleza de **normas de orden público** (apartado 5). Y, además, declara que se trata de una **norma imperativa**, como no podría ser de otra forma una vez realizada la afirmación anterior (apartado 55); para rematar con el apartado 61, antes reflejado, donde se acoge sin ambages, que la cláusula contractual **nunca ha existido** y que, de esta manera, **no podrán tener efectos frente al consumidor**. Pues bien, este lenguaje jurídico de la sentencia del TJUE nos lleva a la equivalencia nacional española de la nulidad de pleno derecho, que se recoge en los artículos 6.1 y 1303 del código civil, y en el artículo 83 del TRLGDCU, entre otros y, por tanto, con efectos “*ex tunc*”.

CASO DE PROCESOS JUDICIALES EN CURSO

Es evidente que la **retroactividad** será **plenamente** aplicable, **desde que comenzaron aplicarse las estipulaciones anuladas**, en cualquiera de las instancias judiciales que se encuentren, pues la doctrina del TJUE vincula a los Juzgados y Tribunales.

Al respecto, se pueden consultar:

JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de enero de 2017, asunto C-421/2014, (Marginal: 70356917)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 11 de enero de 2017, núm. 9/2017, Nº Rec. 349/2016, (Marginal: 70361068)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 5 de enero de 2017, núm. 22/2017, Nº Rec. 614/2016, (Marginal: 70361067)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de fecha 4 de enero de 2017, núm. 4/2017, Nº Rec. 163/2017, (Marginal: 70361064)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 3 de enero de 2017, núm. 1/2017, Nº Rec. 643/2016, (Marginal: 70361066)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de fecha 30 de diciembre de 2016, núm. 230/2016, Nº Rec. 372/2016, (Marginal: 70361063)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de fecha 29 de diciembre de 2016, Nº Rec. 2116/2016, (Marginal: 70359055)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 28 de diciembre de 2016, núm. 643/2016, Nº Rec. 583/2016, (Marginal: 70361065)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de fecha 22 de diciembre de 2016, núm. 187/2016, Nº Rec. 200/2015, (Marginal: 70361062)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de fecha 22 de diciembre de 2016, núm. 362/2016, Nº Rec. 370/2016, (Marginal: 70361061)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 21 de diciembre de 2016, asunto C-154/2015, (Marginal: 70353269)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de fecha 21 de diciembre de 2016, núm. 355/2016, Nº Rec. 366/2016, (Marginal: 70361060)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de León de fecha 27 de junio de 2016, núm. 202/2016, Nº Rec. 178/2016, (Marginal: 70307306)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de abril de 2015, núm. 222/2015, Nº Rec. 1072/2013, (Marginal: 69536578)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de marzo de 2015, núm. 139/2015, Nº Rec. 138/2014, (Marginal: 69338459)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013 núm. 241/2013, Nº Rec. 485/2012, (Marginal: 2425112)

“Con fecha 15 de febrero de 2017 el Gabinete Técnico del Tribunal Supremo ha publicado una nota de prensa informando que el Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo ha adaptado la jurisprudencia de la sala sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo a la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016”

- **SAP de Oviedo de 21 de diciembre de 2016.** Supuesto en el que el Juzgado de 1ª Instancia había reconocido la plena retroactividad y la entidad bancaria había recurrido por vulnerar la doctrina jurisprudencial del TS.
- **SAP de Valladolid de 22 de diciembre de 2016.** Supuesto en el que el Juzgado de 1ª Instancia había limitado los efectos a la fecha de 9 de mayo de 2013, cuya sentencia fue recurrida en apelación ante la AP por los consumidores demandantes. En el mismo sentido, **SAP de Huesca de 22 de diciembre de 2016. Y SAP de Sevilla de fecha 29 de diciembre de 2016.**
- **SAP de Guadalajara, de 30 de diciembre de 2016.** Supuesto en el que el Juzgado de 1ª Instancia, aun estimando la demanda limitó los efectos al 9 de mayo de 2013, y no obstante fue apelada por la entidad bancaria demandada.

CASO EN EL QUE LA ENTIDAD BANCARIA SUPRIMIÓ UNILATERALMENTE LA CLÁUSULA SUELO, Y ABONO VOLUNTARIAMENTE LAS

CANTIDADES INDEBIDAMENTE SATISFECHAS POR EL CONSUMIDOR, PERO DESDE EL 9 DE MAYO DE 2013

La sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 afectaba como acción colectiva a las cláusulas suelo de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., Cajamar Caja Rural, de Cajas Rurales Unidad S.C.C. y Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra (hoy Abanca Corporación Bancaria, S.A.).

En cumplimiento de la sentencia, las entidades bancarias **eliminaron unilateralmente** las cláusulas suelo de sus préstamos hipotecarios y **aplicando una retroactividad limitada al 9 de mayo**, liquidaron las cantidades pagadas en exceso **desde esa fecha**, así como una compensación al interés legal del dinero.

Este caso ha sido analizado y enjuiciado por la sentencia de **la AP de Pontevedra de 11 de enero de 2017** que, estimando el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Pontevedra, **declara la nulidad de la cláusula suelo y la retroacción de efectos a la fecha de celebración del contrato.** En una sentencia muy motivada la AP de Pontevedra **recha-**

za, en primer lugar, **la excepción de cosa juzgada** por diversos razonamientos, destacando por razones puramente de síntesis y espacio, que en el párrafo 300 de la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, la asociación demandante **no interesó la eficacia ultra partes** y, además, porque la sentencia del TJUE de 14 de abril de 2016, en los asuntos acumulados Siunés/CaixaBank y otros C-381/14 y C-385/14 proclama que *“las acciones individuales y colectivas tienen, en el marco de la Directiva 93/13, objetos y efectos jurídicos diferentes de modo que la relación de índole procesal entre la tramitación de las unas y de las otras únicamente puede atender a exigencias de carácter procesal asociadas, en particular a la recta administración de la justicia y que responden a la necesidad de evitar resoluciones judiciales contradictorias, sin que la articulación de esas diferentes acciones deban conducir a una renuncia de la protección de los consumidores tal como está previsto en la Directiva 93/13”*.

Esta sentencia de la AP de Pontevedra, aplicando la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, reconoce la **retroactividad plena**.

CASO EN QUE LA ENTIDAD BANCARIA HA LLEGADO A UN ACUERDO EXTRAJUDICIAL CON LOS CONSUMIDORES AFECTADOS

En la práctica, **numerosos afectados firmaron, con las entidades bancarias respectivas, documentos renunciando o comprometiéndose a no reclamar las cantidades pagadas indebidamente, a cambio de rebajas en la cuota o establecimiento de un interés fijo, entre otros.** Seguramente en estos casos se han redactado frases estándar de renuncia al ejercicio de las acciones judiciales.

La AP de Zaragoza, entre otras, ha enjuiciado las cuestiones derivadas de este caso, llegando a plasmar algunas “perlas” que no puedo por menos que reproducir: *“ha de concluirse la imposibilidad de convalidar la cláusula nula mediante su sustitución por otra que sea más favorable a los intereses del consumidor aunque contenga la renuncia a la acción de nulidad que pudiera corresponderle”*. O *“...la convalidación de una cláusula radicalmente nula por nulidad absoluta, no meramente anulable, no produce efecto alguno”*, circunstancia que es recordado por diversas Audiencias Provinciales como Ciudad Real o Burgos entre otras. O *“...no puede ser admitida la renuncia a la aplicación de la cláusula tachada de nula o la novación de la misma por otra más favorable al consumidor como causa de enervación de la apariencia de buen derecho”*. Al respecto pueden verse, entre otras, **las sentencia de**

“La retroactividad será plenamente aplicable, desde que comenzaron aplicarse las estipulaciones anuladas, en cualquiera de las instancias judiciales que se encuentren, pues la doctrina del TJUE vincula a los Juzgados y Tribunales”

3 y 5 de enero de 2017. Un supuesto particular se enjuicia por esa Audiencia en **la Sentencia de 28 de diciembre de 2016**, o al menos se refiere a esas expresiones estándar comenzando por afirmar en su FD tercero que la novación modificativa operada por el segundo contrato no puede convalidar el primero, **porque lo que es nulo de pleno derecho es nulo, no produce efecto alguno y tampoco cabe la posibilidad de mo-**

dificarlo, para terminar afirmando en el FD quinto que la inclusión en el contrato de **frases** como la de que *“soy consciente y entiendo que el tipo de interés”* no significa el pleno conocimiento del contenido del contrato, como tampoco lo es, que el notario declare en la escritura que autoriza que se ha prestado esa información -cláusula de estilo- indicando que es a la parte que afirma haberla hecho a quien corresponde la prueba. En to-

BIBLIOGRAFÍA

www.casosreales.es

BIBLIOTECA

- MORANT VIDAL, PURIFICACIÓN. Y CREMADES GARCÍA, JESÚS. *Código de Derecho Inmobiliario y de la Vivienda*. Barcelona. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2009
- MACÍAS, JOSÉ IGNACIO. *Compradores incautos de viviendas nuevas: soluciones prácticas. 2012*. Barcelona. Ed. JM Bosch Editor. 2011
- MALLÉN, MERCEDES. *Sabelotodo contratación civil y mercantil. 2ª Edición Actualizada a 2014*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2014

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- SÁNCHEZ-JÁUREGUI, MIGUEL ÁNGEL. *Cláusulas suelo y comisiones abusivas: aspectos prácticos*. Economist&Jurist N° 200. Mayo 2016. (www.economistjurist.es)
- CAMPOMANES MONTES, MARÍA COVADONGA. *Impacto fiscal en la devolución de la cláusula suelo*. Economist&Jurist N° 205. Noviembre 2016. (www.economistjurist.es)
- URREA SALAZAR, MARTÍN JESÚS. *La nulidad de las cláusulas suelo. Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo mercantil nº 11 de Madrid de 7 de abril de 2016*. Inmueble N° 162. Junio 2016. (www.revistainmueble.es)

“Con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la recta Administración de Justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso o expirado los plazos”

dos estos casos que se ha producido una novación, ha habido intervención de **notario**, lo que no ha evitado el rechazo de la convalidación y de la renuncia de las acciones.

Considero oportuno hacer referencia a un caso de mi tierra, cuya lectura aconsejo, que relacionado no con la cláusula suelo sino con las obligaciones subordinadas, sienta una fundamentación que es extensible, a mi juicio, a este supuesto. Me refiero a la sentencia de **la Sala Civil en Pleno de la Audiencia Provincial de León de fecha 27 de junio de 2016 en la que se analiza la renuncia de acciones realizada en un acta de manifestaciones ante notario** y donde después de hacer referencia a la doctrina sentada en las sentencias de TS de la Sala civil de 12 de febrero de 2016 y del Pleno de esa Sala de 12 de enero de 2015, nos señala con una facilidad pasmosa que *“el acta de manifestaciones no reúne tales requisitos aunque fuera firmada ante notario que puede ser garantía del control de incorporación pero no del control de transparencia y comprensión por el cliente bancario del alcance de la contratación realizada. Se trata de un documento redactado por la entidad bancaria que se somete a la firma del cliente que se encuentra presionado por la decisión de minimizar las pérdidas sufridas como consecuencia de la suscripción de las obligaciones subordina-*

das”. Razones de espacio no me permiten recoger otras consideraciones.

CASO EN QUE LAS SENTENCIAS DICTADAS HAN ADQUIRIDO FIRMEZA

La doctrina que he referido del TS originó una confianza legítima que llevó a Juzgados y Tribunales, así como a una buena parte de consumidores asesorados por sus abogados, a dictar y permitir sentencias que fueron firmes con la retroacción limitada de efectos a 9 de mayo de 2013. Referente a la firmeza de las sentencias y, por consiguiente, la aplicación de la excepción de la cosa juzgada debo hacer referencia a “vuela pluma” por cuestiones de espacio y por su aparición reciente a la **STJUE de 26 de enero de 2017** en el asunto C-42/14, Banco Primus, S.A. Jesús Gutierrez García. Bien es cierto que la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Santander se efectúa dentro de un incidente extraordinario en procedimiento de ejecución hipotecaria, pero estimo que **las consideraciones efectuadas por el TJUE referente a la cosa juzgada marcan una interpretación general de este principio referente a al Derecho Comunitario (Directiva 93/13) y nuestro Derecho Nacional**. A tal efecto, se señala que el TJUE ya ha

precisado que con el **fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la recta Administración de Justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso o expirado los plazos** (apartado 46). Añade que el Tribunal de Justicia ya ha admitido que la protección del consumidor no es absoluta y que por ello la Directiva 93/13 no obliga a un Tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales que recogen la fuerza de cosa juzgada, como es el caso del artículo 207 de la Ley de enjuiciamiento Civil (apartados 47 y 49). Ahora bien, en el supuesto de que, en un anterior examen de un contrato controvertido que haya concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, el juez nacional se haya limitado a examinar de oficio, a la luz de la Directiva 93/13, **una sola o varias de las cláusulas de ese contrato, dicha Directiva impone a un juez nacional, ante el cual el consumidor ha formulado la cuestión, cumpliendo lo exigido por la norma, la obligación de apreciar, de oficio o a instancia de parte, cuando disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de las demás cláusulas de dicho contrato**.

Teniendo en cuenta, estas consideraciones, **no se podría alterar ya la limitación de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo en las sentencias ya firmes de los procedimientos declarativos porque los Juzgados y Tribunales ya han analizado la cláusula**, aun sabiendo que ha existido error en esta cuestión, y ello por aplicación de la cosa juzgada, y aunque el TJUE se refiere únicamente al artículo 207 LEC al tratarse del mismo procedimiento, a mi

parecer, sus consideraciones se deben también extender a lo dispuesto en el artículo 222 LEC. Distinto sería el caso de los **procedimientos de ejecución hipotecaria** en los que no se hubiera planteado el carácter abusivo de la cláusula suelo, y ello, a pesar de lo dispuesto en la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, de 14 de mayo que se opone a lo dispuesto en la **Directiva 93/13 conforme dispone la sentencia mencionada.**

Realizadas estas apreciaciones,

es evidente, no obstante que se ha producido un error judicial que deriva de la confianza legítima en la doctrina del TS, quien debería haber planteado en este aspecto tan discutible, por sus propios fundamentos (apartados 283 y 284), la cuestión prejudicial. A pesar de que la lectura de algunos estudios, nos llevan a las consideraciones de la Ley 40/2015, a mi juicio, no sería de aplicación a este caso, porque el error se produce en el seno de la Administra-

ción de Justicia. De esta forma, procedería aplicarse los artículos 292 a 296 de la LOPJ, que regulan el derecho a una indemnización a cargo del Estado, sin olvidarse que la acción judicial para el reconocimiento del error deberá instarse inexcusablemente en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse conforme a lo dispuesto en el artículo 293.1.a) LOPJ, plazo muy corto al tener que partir del 21 de diciembre de 2016. ■

CONCLUSIONES

- El artículo 6 apartado 1 de la Directiva 93/13 exige que los efectos restitutorios de los pagos indebidos, vinculados a una declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual como la cláusula suelo, se retrotraigan plenamente al momento en que comenzó a aplicarse la referida cláusula

Un correcto dictamen pericial puede decidir el pleito

- Profesionales en todas las disciplinas
- Peritos con todos los requisitos legales de titulación oficial
- Profesionales con amplios conocimientos procesales
- Experiencia contrastada ante juzgados y tribunales
- Control deontológico y disciplinario de todos los profesionales
- Capacidad, responsabilidad, rigor profesional, y credibilidad en los dictámenes



Solicite por correo electrónico un ejemplar totalmente gratuito

NULIDAD DE CLÁUSULAS SUELO EN HIPOTECA DE PERSONAS JURÍDICAS



Pablo Zugasti Cabrillo. Abogado Responsable del área de Procesal de Zugasti Abogados

SUMARIO

1. Antecedentes de cláusulas suelo
2. Viabilidad nulidad clausulas suelo en empresas
3. Control de incorporación y de transparencia

El 21 de diciembre, se ha vuelto a ganar otra batalla por parte de los consumidores y usuarios, al conocer el fallo de la tan esperada sentencia del TJUE, la máxima autoridad europea ha dictaminado la obligación a las entidades bancarias de devolver de forma retroactiva todo el dinero cobrado de más a los afectados por las clausulas suelo.

Por tanto, hasta ahora es completamente viable, no sólo instar la nulidad de las cláusulas suelo, sino además la devolución de todo lo indebidamente cobrado.

Sin embargo, ¿es igualmente viable solicitar judicialmente la nulidad de la cláusula suelo cuando los perjudicados son las empresas?.

En el siguiente artículo, vamos a centrarnos en una esfera más con-

trovertida, más reciente y menos analizada: como son **las cláusulas suelo incluidas en un préstamo hipotecario suscrito por una persona jurídica.**

Para dar respuesta a nuestra pregunta, es necesario conocer cuál es

el concepto de consumidor en nuestra legislación según el **TRLGDCU**, y saber quiénes integran este colectivo; así el artículo 3 del citado texto legal indica **“Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica**

que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial". Por tanto, como se desprende de esta redacción, las personas jurídicas también pueden ser consideradas como consumidores y usuario, **siempre y cuando la suscripción del préstamo hipotecario concertado se realice ajeno a su actividad comercial y/o empresarial, es decir, que la persona jurídica actúe como destinatario final del producto, por lo que habrá que atenderse a la finalidad del préstamo.**

La sentencia del **Juzgado de lo Mercantil nº 1 de San Sebastián de 01/09/2015**, así lo fundamenta al considerar que:

- Es evidente que, al no estar afecto a ninguna de las actividades mencionadas, el inmueble sólo pudo ser adquirido por la persona jurídica para su utilización o disfrute como destinataria final, entrando, consiguientemente, la misma en la categoría de consumidor.

LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. (Normas básicas. Marginal: 69858) Art.;3
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Normas básicas. Marginal: 69730142). Arts.; 1258

“Las personas jurídicas también pueden ser consideradas como consumidores y usuarios siempre y cuando la suscripción del préstamo hipotecario concertado se realice ajeno a su actividad comercial y/o empresarial, por lo que habrá que atenderse a la finalidad del préstamo”

La primera conclusión a la que podemos llegar es que, **habiéndose quedado acreditado que la persona jurídica suscriptora del préstamo adquirió el bien inmueble sin afectarlo a ninguna actividad profesional o empresarial, tendrá la consideración de consumidora y usuaria, y, por tanto, siendo plenamente viable instar la nulidad de la cláusula suelo, así como la devolución de las cantidades indebidamente cobradas y obtener una sentencia beneficiosa.**

El siguiente camino que nos queda por analizar es conocer si estos mismos argumentos se pueden aplicar a las personas jurídicas, que actúan como profesionales y empresarios, es decir, aquellos que actúan dentro de su actividad mercantil, puesto que para este colectivo que no se consideran consumidores, **los jueces solo pueden aplicar el llamado “control de incorpora-**

ción”, control destinado a evaluar la comprensión gramatical y perceptibilidad de la cláusula en cuestión, control que según la STS de 9 de Mayo de 2013, las citadas cláusulas suelo sí lo superan. Sin embargo, por el contrario, los jueces no pueden aplicar el tan llamado “**control de transparencia**”, aquél, que permite a los jueces examinar las cláusulas que pesar a ser gramaticalmente comprensibles, incluye consecuencias de relevancia que pueden pasar inadvertidas a una de las partes, estando este último control reservados únicamente a los consumidores.

Sin embargo, vamos a analizar dos sentencias muy recientes que arriesgan y abren modestamente el camino para que las personas jurídicas reclamen la nulidad de las cláusulas suelo y el dinero en exceso cobrado por parte de las entidades bancarias:

La sentencia nº 280/2015 de

la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13º de 30 de septiembre; esta sentencia revoca la resolución del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Sabadell que desestima la demanda interpuesta por una mercantil contra Caixabank, en la que solicitaba la nulidad de la cláusula suelo insertada en el préstamo hipotecario, solicitado con los propios fines de su objeto social. La sentencia si bien, expone que la demandante no tiene la condición de consumidora, fundamenta que:

- **La cláusula analizada no es plenamente transparente, y ello por cuanto que falta, la información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; se inserta de forma conjunta con la cláusula techo y como aparente contraprestación de la misma; no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; no hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.**

- Se utiliza **un término más amplio que el de consumidor o usuario, que es el de “cliente-la”**, como ámbito subjetivo merecedor de protección y que entronca con el concepto de adherente-consumidor o profesional- que emplea la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

- No tratándose de prestataria consumidora, no sería aplicable el

JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 21 de diciembre de 2016, asunto C-154/2015, (Marginal: 70353269)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de junio de 2016, núm. 367/2016, Nº Rec. 2121/2014, (Marginal: 69741878)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 30 de septiembre de 2015, núm. 280/2015, Nº Rec. 375/2014, (Marginal: 70361249)
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián de fecha 1 de septiembre de 2015, núm. 286/2015, Nº Rec. 889/2014, (Marginal: 69474599)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de fecha 24 de abril de 2015, núm. 157/2015, Nº Rec. 106/2015, (Marginal: 69480014)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013 núm. 241/2013, Nº Rec. 485/2012, (Marginal: 2425112)

doble control de transparencia que se desarrolla en la STS nº 241/2013, pero ello no impide que puedan tomarse en consideración **las normas generales sobre consentimiento contractual y muy especialmente, las previsiones del artículo 1258 del Código Civil**. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la **nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios**».

Por otro lado, la **sentencia nº 157/2015 de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1ª, de 24 de Abril**, a pesar de reconocer

“Se produce la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios”

que el supuesto de hecho enjuiciado es una relación jurídica entre una entidad financiera y una persona jurídica que obtiene el préstamo para la actividad profesional que le es propia, señala que ello no quiere decir que no exista una posición de la entidad bancaria dominante, advirtiendo que nada impide que

judicialmente pueda declararse la **nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes**, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios.



Todo ello, para terminar, dictaminando la estimación del recurso de apelación con la consecuente nulidad de la cláusula suelo, al entender que la actuación conscientemente oscura y poco transparente comporta que no se supere el filtro de incorporación, sin necesidad de entrar en el eventual estudio de otros motivos de nulidad como es el consentimiento viciado, es por ello por lo que ha de procederse a la nulidad. ■

BIBLIOGRAFÍA

www.casosreales.es

BIBLIOTECA

- GARCÍA MANZANO, IRIS. *Protección jurídica de la empresa en crisis*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2012
- PINTÓ SALA, JORGE. TORRELLA CABELL, FRANCESC. *Worker contratación civil mercantil*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2007
- MALLÉN, MERCEDES. *Sabelotodo contratación civil y mercantil*. 2ª Edición Actualizada a 2014. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2014

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- SÁNCHEZ JÁUREGUI, MIGUEL ÁNGEL. *Cláusulas suelo y comisiones abusivas: la doctrina del Tribunal Supremo a lo largo de su jurisprudencia*. Inmueble Nº 123. Julio-Agosto 2016. (www.revistainmueble.es)
- MEYER, STEFAN. *Nulidad de cláusulas suelo por falta de transparencia: análisis de la sentencia del Tribunal Supremo 241/2013*. Inmueble Nº 132. Junio 2013. (www.revistainmueble.es)
- MORENO BARDISA, CONRADO. *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados por los consumidores con entidades bancarias*. Inmueble Nº 167. Diciembre 2016. (www.revistainmueble.es)
- PINTÓ RUIZ, JOSÉ JUAN. *Más sobre la hipoteca: el tránsito a su debilitación*. Economist&Jurist Nº 206. Diciembre 2016. (www.economistjurist.es)

CONCLUSIONES

- La conclusión final a la que alcanzamos es que aun no siendo tan automática y generalizada la nulidad de la llamada cláusula suelo para las empresas, no hay que descartar su viabilidad, debiendo estudiarse cada caso concretamente y dependiendo de los parámetros explicados, y de las circunstancias concretas de su firma y negociación, para concluir si es ponderable la solicitud de la nulidad
- No quiero terminar este artículo sin antes resaltar las palabras del magistrado de la Sala de lo Civil del TS, don Francisco Javier Orduña Moreno, en su voto a particular a la sentencia dictada por nuestro Alto Tribunal nº 367/16 de 3 de Junio, que sostiene que a su juicio, el control de transparencia también debería alcanzar “a la contratación entre empresarios” y emplearse ya como un principio jurídico al que todos los jueces puedan recurrir, y añade que estamos ante un cambio social en el que el ciudadano, sea consumidor o empresario, “aspira” a la toma de decisiones “conforme a una comprensión real de lo pactado”

LEGAL TOUCH

crear presente
proyectar futuro

Vasco Leal Cardoso
Leal Cardoso Advogados

abogados / consultores

LA DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE FORMALIZACIÓN DE HIPOTECA

STS DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015 Y SAP ZARAGOZA DE DICIEMBRE DE 2016



Alberto Sanjuan Bermejo. Socio del área de litigación y arbitraje de Cross Abogados

SUMARIO

1. STS de 23 de diciembre de 2015 y SAP Zaragoza de diciembre de 2016
2. Gastos e impuestos sufragados por los clientes vs. banco:
 - a) Los gastos de Notario y Registrador
 - b) Los impuestos (Actos Jurídicos Documentados)
 - c) Los gastos de la gestoría que tramitó la hipoteca

En diciembre de 2015 el Tribunal Supremo declaró abusivas las cláusulas de los préstamos hipotecarios que obligan al cliente a asumir todos los gastos e impuestos de formalización de hipotecas, cuando deberían ser asumidos por los bancos. Desde entonces, la Audiencia Provincial de Zaragoza, un juzgado de Pontevedra, otro juzgado de Granollers y otro de Oviedo, al menos, han dado la razón a los clientes.

El caso de la Audiencia Provincial de Zaragoza ha supuesto una “revolución” en toda España que cada día nos pregunta qué pueden hacer para reclamar estos gastos, qué gastos pueden recuperar y cómo hacerlo. La importancia de esta sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza radica en que sigue el criterio fijado por el Tribunal Supremo y que se tra-

ta de una instancia con un peso específico en el panorama judicial (no estamos hablando del criterio de un juzgado de primera instancia susceptible de ser revocado por la Audiencia Provincial, sino del criterio de los magistrados de dicha Audiencia). La cuestión, desde un punto de vista jurídico no es sencilla o, por lo menos, no tan sencilla como en algunos foros

se pretende plantear. **Son muchas las cuestiones jurídicas de naturaleza civil y fiscal que planean sobre este nuevo frente judicial que, de materializarse a favor de los clientes, supondría un verdadero quebranto en las cuentas de la banca.** Se estima en torno a los 18.000 millones de euros (4 veces más que el problema económico

que hoy está encima de la mesa con el conflicto de las cláusulas suelo y que se cifra en unos 4.000 millones de euros). A continuación, vamos a tratar de analizar y dar respuesta a las principales cuestiones jurídicas que se están suscitando en una cuestión que empieza ahora a dar sus primeros pasos en los juzgados. Para ello necesariamente debemos partir del pronunciamiento del Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de diciembre de 2015 y del pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Zaragoza en su reciente e importante sentencia de diciembre de 2016.

La primera cuestión se centra en concretar de qué **tipo de cláusulas estamos hablando**. La Audiencia Provincial de Zaragoza, siguiendo el criterio del Tribunal Supremo, declara nula la cláusula del contrato que establece que *“son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, subsanación, tramitación”* de la escritura hipotecaria. El Tribunal Supremo ya afirmó que *“resulta llamativa la extensión de la cláusula que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados*

LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. (Normas básicas. Marginal: 69858) Art.; 89
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (Normas básicas. Marginal: 12615). Arts.; 517 y 685
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Normas básicas. Marginal: 69730142). Art. 1875
- Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (Normas básicas. Marginal: 69726877). Art.; 2

“El Tribunal Supremo ha sido claro al afirmar que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación”

“Son los impuestos liquidados como consecuencia del préstamo hipotecario los que, a raíz del pronunciamiento del Tribunal Supremo, pueden ser revisados y, en su caso, reclamados”

JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 11 de enero de 2017, núm. 9/2017, Nº Rec. 349/2016, (Marginal: 70356457)
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Granollers de fecha 21 de diciembre de 2016, núm. 410/2016, Nº Rec. 932/2016, (Marginal: 70356458)
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Oviedo de fecha 9 de diciembre de 2016, núm. 247/2016, Nº Rec. 538/2016, (Marginal: 70355457)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 14 de noviembre de 2016, núm. 534/2016, Nº Rec. 662/2016, (Marginal: 70356456)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de diciembre de 2015, núm. 705/2015, Nº Rec. 2657/2013, (Marginal: 69720833)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de enero de 2004, núm. 10/2004, Nº Rec. 1586/2000, (Marginal: 156313)

del contrato, supliendo y contraviniendo, normas legales”. También dice que esta cláusula “no permite la mínima reciprocidad en la distribución de gastos, cuando no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista”, es decir, del banco. El art. 89.3 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios (TRLGCU) califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto “la transmisión al consumidor y usuario de las

consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables” (numero 2º), como “La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario” (numero 3º). Según el Tribunal Supremo, este artículo atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la aplicación analógica está justificada), a

la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º).

Por lo tanto, y con independencia de los debates jurídicos que ahora abordaremos, hay pocas dudas de que este tipo de cláusulas son abusivas por su propio contenido, sin necesidad de valoración alguna sobre otras cuestiones fácticas y jurídicas como el conocimiento del cliente de esta cláusula en su contrato o la experiencia previa en productos financieros o hipotecarios. Estas cuestiones, tan habituales en los debates judiciales sobre acciones de nulidad por vicio en el consentimiento (preferentes, valores, swaps, hipotecas multivalentes, etc.) no tienen cabida en el análisis sobre la nulidad de estas cláusulas que imponen la cliente el pago de todos los gastos y tributos. Las mismas son nulas por su propio contenido abusivo y no admiten más prueba que la de su existencia una escritura de préstamo hipotecario.

La segunda cuestión que debemos abordar necesariamente recae **sobre qué gastos e impuestos sufragados por los clientes como conse-**

cuencia de estas cláusulas debería haber asumido el banco. Serían falso decir que esta es una cuestión pacífica a día de hoy. (De hecho, el debate está cada vez más interesante.) La Jurisprudencia que irá llegando sobre este asunto nos podrá posicionar y concretar algunos matices que aún no han quedado del todo resueltos en la sentencia del Tribunal Supremo y la de la Audiencia Provincial de Zaragoza. A modo de resumen, podemos hablar de los siguientes conceptos:

Los gastos de Notario y Registrador

En lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), **el Tribunal Supremo ha sido claro al afirmar que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que**

“No existe plazo de prescripción cuando estamos hablando de nulidad radical de cláusulas impuestas en los contratos de los consumidores”

se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación, y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, estas cláusulas no solo no permiten una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino

que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante.

Los impuestos (Actos Jurídicos Documentados)

Otro de los gastos comprendidos en la cláusula declarada nula por el Tribunal Supremo, son los tributos. Siempre existe mención a ellos en las cláusulas de asunción de gastos por el prestatario incluidas por las entidades en las escrituras de préstamo hipotecario, tanto en las más extensas y “detalladas” (dentro de su generalidad) que enumeran los gastos



y costes asumidos, como incluso en las más genéricas y escuetas posibles, que solo hacen referencia a “*todos los tributos, comisiones y gastos*”. El resultado: en virtud de todas ellas, **el pago de los tributos devengados como consecuencia de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria corresponde al cliente prestatario y así se han venido liquidando históricamente.**

Declarada la nulidad de dichas cláusulas por los argumentos del Tribunal Supremo aludidos anteriormente (mantenidos por la Audiencia Provincial de Zaragoza), la cuestión ahora radica en determinar la cantidad que pueden reclamar los prestatarios a las entidades financieras prestamistas en relación con los impuestos liquidados. Para ello resulta obligatorio dar

respuesta a la siguiente pregunta: **¿a quién hubiese correspondido el pago de los tributos si no se hubiese impuesto al consumidor?** En función de ello, todos aquellos impuestos liquidados por los prestatarios de los que el sujeto pasivo fuera la entidad, se considerarán abonados por aquel indebidamente y, por tanto, los podrá reclamar.

Resulta oportuno aclarar que, **en las operaciones de compraventa de vivienda en las que el consumidor obtiene financiación de una entidad, este liquida varios impuestos. Pero no sobre todos ellos tiene consecuencias la sentencia del Tribunal Supremo. Dicha Sentencia declara la nulidad de la cláusula de imposición de gastos al consumidor de un con-**

trato de préstamo con garantía hipotecaria concedido por entidad financiera, de modo que solo tiene consecuencias, en lo que a tributos se refiere, sobre los liquidados por el consumidor como consecuencia del préstamo con garantía. Es decir, ninguna consecuencia tiene esta sentencia sobre los impuestos liquidados por el consumidor por la compraventa (Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en la modalidad de ITP -si el transmitente es un particular- o IVA e Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en la modalidad de AJD -si la venta la realiza un empresario en el marco de su actividad-). **Son los impuestos liquidados como consecuencia del préstamo hipotecario los que, a raíz del pronunciamiento**

BIBLIOGRAFÍA

www.casosreales.es

BIBLIOTECA

- DE DIEGO ANGELES, PABLO. *Manual de derecho y fiscalidad inmobiliaria*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2009
- MALLÉN, MERCEDES. *Sablotodo contratación civil y mercantil. 2ª Edición Actualizada a 2014*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2014
- PINTÓ SALA, JORGE. TORRELLA CABELL, FRANCESC. *Worker contratación civil mercantil*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2007

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- MATEOS FERRES, MARÍA. *Préstamo hipotecario: cláusulas abusivas más frecuentes*. Inmueble N° 123. Julio-Agosto 2012. (www.revistainmueble.es)
- SÁNCHEZ-JÁUREGUI, MIGUEL ÁNGEL. *Cláusulas suelo y comisiones abusivas: aspectos prácticos*. Economist&Jurist N° 200. Mayo 2016. (www.economistjurist.es)
- BERMÚDEZ I PRIETO, JOAN. *La llave del sector inmobiliario en manos de los bancos*. Inmueble N° 161. Mayo 2016. (www.revistainmueble.es)
- PINTÓ RUIZ, JOSÉ JUAN. *Más sobre la hipoteca: el tránsito a su debilitación*. Economist&Jurist N° 206. Diciembre 2016. (www.economistjurist.es)

del Tribunal Supremo (mantenido por la Audiencia Provincial de Zaragoza), pueden ser revisados y, en su caso, reclamados.

Asimismo, es importante señalar que el caso sobre el que se ha pronunciado el Tribunal Supremo (y la Audiencia Provincial de Zaragoza) es un caso en el que concurren los siguientes **tres presupuestos**:

(I) préstamo concedido a un consumidor,

(II) por parte de una entidad financiera (empresario en el ejercicio de su actividad) y

(III) con garantía hipotecaria (garantía real inscribible en el Registro de la Propiedad).

Los tres, por tanto, deberán concurrir en todos aquellos casos en que pretenda hacerse valer el mismo criterio. Consecuentemente, no tendrán cabida, al menos por esta puerta abierta a raíz de la Sentencia de 21 de diciembre de 2015, los préstamos suscritos por autónomos o empresas para destinarlos a su actividad (ya que no se trata de préstamos suscritos por consumidores), ni los préstamos concedidos por entidades financieras, pero sin garantía real o los concedidos entre particulares, cuya tributación sería distinta.

Respecto a la tributación de los préstamos con garantía hipotecaria concedidos por entidades financieras a consumidores (supuesto sobre el que ha resuelto el Tribunal Supremo), el impuesto que se devenga es el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en su modalidad de actos jurídicos documentados. Ello es así porque el préstamo es concedido por la entidad financiera dentro de su actividad empresarial y por ello no

tributa en concepto de Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en la modalidad de ITP, sino que pasa a estar sujeto al Impuesto sobre el Valor Añadido (exento). En consecuencia, **el préstamo con garantía vuelve a quedar sujeto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, pero en la modalidad de AJD, por tratarse de una escritura notarial que tiene un objeto evaluable**, contener un acto inscribible en el Registro de la Propiedad (la hipoteca - garantía real) y no estar sujeto a la modalidad del impuesto de ITP (por la condición de empresario de la prestamista).

Este tributo, que se compone de una cuota fija y otra gradual (autonómica), es el que las entidades financieras han venido imponiendo al

consumidor a través de las cláusulas de asunción de gastos incluidas en las escrituras de préstamo hipotecario declaradas ahora nulas, y es el que está en el punto de mira de consumidores y entidades por ser el más relevante de todos los gastos susceptibles de reclamación: supone en torno a un 1% (variable en función de cada Comunidad Autónoma) del importe del préstamo.

Dada esta importancia, se ha abierto un gran debate en torno al sujeto pasivo de este impuesto (cuestión clave para la reclamación), pero la realidad es que el Tribunal Supremo ha sido claro al respecto: *“la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se re-*



fiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese”.

El Tribunal Supremo **podía haberse limitado a declarar la nulidad de la cláusula genérica de asunción de gastos por parte del prestatario y dejar, entonces sí, sometida a debate la cuestión del obligado al pago del impuesto de actos jurídicos documentados.** Pero no ha sido así. Ha afirmado que le corresponde liquidarlo a la entidad financiera prestataria, dejando solo a salvo, de cuenta del cliente (por exclusión de los conceptos que afirma corresponden al banco), las copias y testimonios que interese el consumidor. Y dicho pronunciamiento contenido en la sentencia de 23 de diciembre de 2015 lo ha emitido con pleno conocimiento de los argumentos que se esgrimen de contrario frente a su criterio, como son la falta de competencia funcional de la Sala de lo Civil del TS para pronunciarse sobre cuestiones tributarias, el criterio de la Sección Segunda del mismo TS (Sala de lo Contencioso Administrativo) reflejado en la sentencia de 20 de enero de 2004 y -obviamente- los distintos criterios fiscales.

Los gatos de la gestoría que tramitó la hipoteca

Los bancos solían *imponer* la gestoría que tramitaba la hipoteca, se ocupaba de la inscripción en el registro, y la liquidación de los tributos. Estos gastos también eran siempre asumidos por los clientes. Sin embargo, y siguiendo con razonamiento antes expuesto, si los gastos asociados a la inscripción de la hipoteca los debe pagar el banco, también los de la gestoría que ellos contrataron en nombre del cliente para realizar esta gestión.

En resumen, y para centrar la cuestión más allá de los debates jurídicos,

en una hipoteca de 150.000 euros, estos gastos representarían unos 3.500 euros: la notaría (unos 425 euros), inscripción en el registro (122 euros), el pago del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados (en torno a 2.550 euros), y gestoría (400 euros). Si extrapolamos la cuestión a unos 6 u 8 millones de hipotecas que se estiman hay en España, la cuenta sale cara: unos 18.000 millones de euros. Generalizar siempre nos hace perder matices y no todos los casos serán iguales ni en cuantía ni en posibilidades de éxito judicial; sin embargo, no sirve para tener una imagen de la magnitud de este asunto.

La tercera y última cuestión que analizamos es la relativa a quién puede reclamar y qué plazo hay para ello. Lo expuesto hasta aquí **afecta a todo el mundo que tenga una hipoteca, tanto si la hipoteca este aun amortizándose o está ya cancelada. No existe plazo**

de prescripción cuando estamos hablando de nulidad radical de cláusulas impuestas en los contratos de los consumidores, como es el caso. Sobre este punto también hay opiniones diversas, como en casi todo en derecho, pero podemos partir de la premisa de nuestro derecho civil *“quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convallescere”*, es decir, lo que es vicioso en su principio no puede convalidarse por el transcurso del tiempo. **La única limitación es que quien quiera reclamar sea un consumidor o, mejor dicho, haya actuado como consumidor al suscribir el préstamo hipotecario** (la compra de una vivienda). **Nada de lo analizado aplica para los préstamos hipotecarios que suscribieron autónomos o Pymes sobre sus locales comerciales o sobre sus viviendas personales sin el destino del préstamo tenía una finalidad profesional.** ■



CONCLUSIONES

- Nos encontramos ante un nuevo debate jurídico sobre una cuestión que afecta por partes iguales a ciudadanos y banca. De todo lo expuesto podemos concluir que el principal debate se centrará en la determinación del obligado al pago del impuesto de AJD que, además de ser la cuestión jurídica más controvertida, supone la parte económica cualitativamente más relevante del conflicto. Sin duda, se confrontarán los criterios civilistas sobre las consecuencias de la efusividad de estas cláusulas con los aspectos fiscales propios del derecho administrativo/tributario para dar solución a un debate que se adivina largo y apasionante

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N°XX DE XXXX

Don xxxxxxxxxxxxxx, Procurador de los Tribunales y de **Doña xxxxxxxx y Don xxxxxxxxxxx**, según acredito con la copia del poder, que suficiente para este acto acompaño, ante el Juzgado comparezco y como mejor proceda en Derecho DIGO

Que por medio del presente escrito, en la representación que acredito, **Doña xxxxxx y Don xxxxx**, vengo en formular **DEMANDA** contra **BANCO xxxxxx**, domiciliado a efectos de la presente demanda en xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, al objeto de que sea condenada conforme al Suplico de esta demanda, la cual se formula bajo la dirección del Letrado del ICAM, Don xxxxxxxxxxxxxxxx colegiado número xxxxx y bajo la representación del Procurador que suscribe esta demanda, la cual tiene su base en los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

HECHOS

PRIMERO.- Mis mandantes residen en el término municipal de xxx, más concretamente en la Calle xxx, según acredito con su volante de empadronamiento que se aporta como documento °.

SEGUNDO.- En fecha de xxxxxx mis mandantes compraron la vivienda en la que residen, según acredito con la escritura de compraventa que se aporta como documento número 2.

Se llevó a efecto la compraventa mediante escritura autorizada por el Sr. Notario de xxx Don xxxxx en la fecha reseñada de xxxxxxxxxxx, señalada con el número xxx de su Protocolo.

TERCERO.- Para llevar a efecto la compraventa antes reseñada, mi mandante contrató con la demandada, dos préstamos hipotecarios, los cuales se formalizaron en el mismo día del otorgamiento de la escritura pública de compraventa, esto es, en fecha de xxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxx ante el mismo Notario, Don xxx con el número de escrituras de su Protocolo xxx y xxx según se acredita con las escrituras de los préstamos que se aportan como documentos 3 y 4.

De estas dos últimas escrituras, merece la pena destacar un aspecto muy importante, que es la estipulación quinta párrafo primero de ambas, la cual en las dos escrituras están redactadas de la misma forma y mismo tenor literal, que por afectar a la esencia de esta demanda, transcribimos literalmente:

1°.- Estipulación Quinta párrafo primero de la Escritura de Préstamo Hipotecario de xxxxx señalada con el número xxx del Protocolo del Notario Don xxx. Documento 3 de la Demanda:

“-QUINTA.- Gastos a cargo de la parte prestataria:

I. Serán de cuenta de la parte prestataria los gastos de tasación de la finca, así como todos los que origine esta escritura hasta su inscripción en el Registro de la Propiedad, su primera copia y una copia simple, ambas para el BANCO, y los que ocasione en su día la cancelación, incluidos los correspondientes Aranceles notariales y registrales, gastos de tramitación ante cualquier oficina pública e impuestos, gastos y tributos presentes y futuros, que graven la operación, sus modificaciones y cancelación, incluidos aquellos impuestos en el obligado al pago sea el Banco”.

2º.- Estipulación Quinta Párrafo primero de la Escritura de Préstamo Hipotecario de xxxxxxxx señalada con el número del Protocolo del Notario Don xxx. Documento 4 de la Demanda:

“QUINTA.- Gastos a cargo de la prestataria:

Serán de cargo de la parte prestataria los gastos de tasación de la finca, realizada por la empresa designada por el Banco a tal efecto, de común acuerdo con la parte prestataria, así como todos aquellos que origine la escritura y las previas a ésta, hasta su inscripción en el Registro de la Propiedad, su primera copia para el BANCO y los que ocasione en su día la escritura de cancelación, incluidos los correspondientes impuestos, derechos notariales, y registrales, gastos de tramitación ante cualquier oficina y/o Registro de la Propiedad, realizada por la gestoría designada al efecto por el Banco, de común acuerdo con la parte prestataria...

CUARTO.- En cumplimiento de lo estipulado en ambas cláusulas, mis mandantes abonaron las siguientes cantidades, derivadas todas ellas del otorgamiento de las escrituras de préstamos hipotecarios antes reseñadas:

1º.- Escritura con Número de protocolo xxx del Notario Don xxx. Documento 3 de la demanda.

Se abonó la cantidad de 10.689,91 euros, desglosados de la siguiente forma:

- Honorarios de tramitación, 2278 Euros más 44,48 Euros de IVA. Es el documento 5
- Hacienda por el impuesto de Actos Jurídicos Documentados, la cantidad de 10.138,48 Euros. Es el documento 6.
- Registro de la Propiedad: 228,95 Euros, según el documento 7

2º.- Escritura con Número de Protocolo: xxx del Notario Don xxx. Documento 4 de la demanda:

Se abonó la cantidad de 7.233,52 euros, desglosados de la siguiente forma:

- Honorarios de tramitación: 278 Euros más 44,48 euros de IVA. Es el documento 8 de esta demanda
- Hacienda, por Actos Jurídicos documentados, la cantidad de 6.632,75 Euros. Documento 9 de esta demanda
- Registro de la Propiedad, 278,29 Euros. Documento 10 de la demanda.

El importe total abonado por ambas escrituras de préstamos hipotecarios, asciende a la cantidad de 17.923,43 Euros (Diecisiete mil novecientos veintitrés con cuarenta y tres euros).

QUINTO.- Mis mandantes, en fecha de 30 de Diciembre de 2016, reclamaron al Banco xxxx la devolución de esta cantidad por considerar que se trataban de unas cantidades que correspondía abonar al banco, por ser las estipulaciones abusivas, y en aplicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Diciembre de 2015, Sentencia de Pleno 705/2015, a la que posteriormente aludiremos en los fundamentos de esta demanda.

Es el documento 11 que al efecto se aporta.

SEXTO.- El día 5 de enero de 2017, mis mandantes reciben un burofax del Banco, en el que *deniegan la devolución de la cantidad reclamada, por entender que la Sentencia 705/2015 de 23 de diciembre del Tribunal Supremo NO TIENE EFECTOS RETROACTIVOS.*

Es el documento 12 que al efecto se aporta.

SÉPTIMO.- Señalar que mis mandantes están al día en el pago de su préstamo hipotecario, tal y como se acredita con el último de los recibos abonados, que se aporta como documento 13.1 y 13.2 estando vigente la hipoteca contratada.

OCTAVO.- Ante la falta de devolución de las cantidades indebidamente satisfechas, esta parte se ve en la necesidad de proceder a interponer la presente demanda, la cual tiene su base en los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- COMPETENCIA

Corresponde al Juzgado al que me dirijo, en aplicación de los dispuestos en el artículo 51, punto 2º de la LEC y en los mismos términos se pronuncia el artículo 52.14º

II.- LEGITIMACIÓN. PLURALIDAD DE ACTORES

A.- Mis mandantes están legitimados para interponer esta demanda, pues son quienes han tenido que satisfacer unos gastos e impuestos por la Constitución de unas hipotecas para la adquisición de su vivienda, que a ellos no les correspondían.

B.- Pasivamente, el demandado está legitimado, en cuanto que ha trasladado a mis mandantes el pago de unos gastos e impuestos que legalmente no les corresponden.

III.- ACUMULACIÓN DE ACCIONES

Tal y como se desarrolla posteriormente en los fundamentos relativos al fondo del asunto, en el presente caso se solicitan o ejercitan dos acciones, que tienen su mismo nexo de unión entre ambas:

1º.- De una parte, solicitar que sea declarada abusiva y por tanto nula de pleno derecho, las estipulaciones que se recogen en las escrituras de préstamos hipotecarios, señaladas con los números 3 y 4, Estipulación quinta párrafo primero de ambas por las que se traslada a mis mandantes el pago de todos los gastos de la constitución de las hipotecas contratadas.

2º.- De otra parte, que se condene al demandado, a abonar a mis mandantes las cantidades por estos satisfechas por los conceptos anteriores.

La acumulación de acciones, viene expresamente admitida en casos como el presente, y así lo recogen, entre otros, los artículos 71 y siguientes de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

IV.- PROCEDIMIENTO

Es el del Juicio Ordinario, en aplicación del artículo 249 de la LEC, siendo que en el presente caso, el importe total de la reclamación que se efectúa, asciende a la cantidad de **17.923,43 euros (diecisiete mil novecientos veintitrés con cuarenta y tres euros)**.

En todo caso, cualquier que fuera el importe de lo que se reclamara, el procedimiento siempre sería el Ordinario, en aplicación del artículo 249.5 de la LEC.

V.- CUANTÍA DEL PROCEDIMIENTO

Se fija en la cantidad de **17.923,43 euros (Diecisiete mil novecientos veintitrés con cuarenta y tres euros)**, importe total, que junto a los intereses de dicha cantidad se reclama en su totalidad por mis mandantes.

VI.- FONDO DEL ASUNTO

Es de aplicación al presente supuesto el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores, el cual, regula las denominadas cláusulas abusivas, y más concretamente el artículo 89 de esta ley.

V.- SOBRE LA RETROACTIVIDAD DE LA SENTENCIA 705/2015 DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015

Mis mandantes, según el documento 11 de la demanda, en fecha de 30 de diciembre de 2016, reclamaron el importe de 17.923,43 euros, resultante de los gastos de las escrituras de los préstamos hipotecarios adjuntados como documentos 3 y 4.

El ahora demandado, Banco xxxxxxxx SA, contesta a mis mandantes, según el documento 12, diciendo que la Sentencia invocada no tiene efectos retroactivos; la 705/2015.

Lo cual es un claro error por parte de la demandada con la única finalidad de provocar que mis mandantes tengan que interponer esta demanda, pues como venimos reseñando a lo largo de esta demanda, la estipulación quinta, párrafo primero de las escrituras de préstamo hipotecario ES NULA DE PLENO DERECHO, POR SER ABUSIVA, Y AL SER NULA SE TIENE POR NO PUESTA.

VI.- COSTAS

Deberán de imponerse a la parte demandada, en aplicación e lo dispuesto en el artículo 394 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, aun cuando se estime parcialmente esta demanda, dada la mala fe de los vendedores.

Reiteramos lo expuesto a lo largo de esta demanda, de que esta parte ha intentado amistosamente, mediante burofaxes, llegar a un acuerdo amistoso con la demandada, quien ha contestado de una forma no ajustada a derecho, cuando ya la jurisprudencia es clara.

Por lo expuesto,

PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIÓN JUDICIAL DE NULIDAD DE CLÁUSULA SUELO



José Domingo Monforte. Socio Director y Fundador de Domingo Monforte Abogados Asociados

Eva de Haro García. Abogada especializada en derecho mercantil y financiero. Socia de Domingo Monforte Abogados Asociados

SUMARIO

1. Exordio
2. Fase judicial
3. Cuestiones procesales

Abordamos la problemática jurídica generada sobre las conocidas como “cláusulas suelo” insertas, en los contratos de préstamo de los bancos y entidades financieras, que, conviene recordar, son aquellas que imponen un límite a la variación a la baja del tipo de interés.

EXORDIO

El Ejecutivo tuvo que salir del paso y amparado en el artículo 86 de la Constitución Española, consideró la concurrencia de circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad, y, con cierta inteligencia ejecutiva, paró el envite masivo judicial que era más que previsible que se produjera, después de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21.12.2016 a la que luego aludiremos, reglamentando un trámite pre-

contencioso y extrajudicial en su Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo; y, así, viene precedido de dos hitos jurisprudenciales que determinaron su nacimiento:

1) La Sentencia, del medio paso, que fue la **del Pleno de la Sala 1 del Tribunal Supremo de 9 mayo de 2013, en el marco de una acción colectiva ejercitada por una asociación de consumidores fren-**

te a varias entidades bancarias, que declaró el carácter abusivo de las cláusulas suelo y su nulidad por dicho motivo; por falta de transparencia material o sustantiva sobre su concreto contenido al incorporarlas al contrato (no se explicó a los consumidores sus efectos económicos concretos), aunque sí que cumplieran el deber de transparencia formal como condición general de contratación. Pero ello con dos límites a los efectos de esta Sentencia: su no aplicación a los casos ya resueltos con

Sentencia con fuerza de cosa juzgada y se limitó temporalmente su retroactividad, de ahí nuestro calificativo del “medio paso”, que justificó en la buena fe de las entidades de crédito al haber dado cumplimiento a los deberes formales de transparencia que se les exigían, y, fundamentalmente, en el impacto o trastorno de orden público que podría conllevar su retroactividad. Este criterio fue confirmado por la STS de 25 de marzo de 2015, fijando con ello como doctrina que la devolución de las cantidades cobradas indebidamente por las entidades de crédito se efectuaría tomando como fecha de inicio del cómputo la Sentencia de mayo de 2013, dejando con ello desactivado de aplicación el art. 1303 del Código Civil.

Esta Sentencia no debió intranquilizar al Ejecutivo, que se mantuvo silente en su función y potestad reglamentaria, y las entidades de crédito dieron muestras de acatar la situación como un mal menor, que lo era, o suerte de justicia salomónica.

2) La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de diciembre de 2016, (Gran

LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Constitución Española, 29 de diciembre de 1978 (Normas básicas. Marginal: 69726834). Art.; 86
- Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo (Normas básicas. Marginal: 70356264). Arts.; 2, 3 y 4
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (Normas básicas. Marginal: 129935). Arts.; 1, 8, 9 y 10
- Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. (Normas básicas. Marginal: 56000). Art., 3
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Normas básicas. Marginal: 69730142). Arts.; 1258, 1261, 1301 y 1303
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. (Normas básicas. Marginal: 69858) Art.; 3, 82, 83, 85 a 90
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (Normas básicas. Marginal: 69726851). Art.; 86. ter. 2
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (Normas básicas. Marginal: 12615). Art., 52.1.14

“En los contratos de tracto sucesivo el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo”

Sala) que resuelve tres cuestiones prejudiciales de distintos Tribunales españoles -en concreto, una del Juzgado de lo Mercantil 1 de Granada, y dos de la Audiencia Provincial de Alicante- sobre

cláusulas suelos de Cajasur, BBVA y Banco Popular Español - en contra de las recomendaciones recogidas en sus conclusiones de 13.07.2016 del Abogado General del Tribunal, Sr. Paolo Mengozzi, que asumía la fórmula del medio paso de nuestro Tribunal Supremo- falló de forma clara y determinante que no pueden limitarse en el tiempo los efectos restitutorios de la declaración de nulidad, reforzando el efecto de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 abril 1993, sobre las cláusulas abusivas y en su interpretación del “efecto disuasorio” ligada a la nulidad que ya venía declarada desde la STJUE 14.06.2012 (caso Banesto).

JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 21 de diciembre de 2016, asunto C-154/2015, (Marginal: 70353269)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de marzo de 2015, núm. 139/2015, N° Rec. 138/2014, (Marginal: 69338459)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013 núm. 241/2013, N° Rec. 485/2012, (Marginal: 2425112)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de noviembre de 2008, núm. 1081/2008, N° Rec. 1751/2003, (Marginal: 284769)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2007, núm. 458/2007, N° Rec. 2097/2000, (Marginal: 134669)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de marzo de 2006 núm. 208/2006, N° Rec. 2275/1999, (Marginal: 25826)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 1 de febrero de 2002, núm. 62/2002, N° Rec. 2558/1996, (Marginal: 70361882)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de abril de 1995, núm. 320/1995, N° Rec. 309/1992, (Marginal: 222106)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de octubre de 1989, núm. 755/1989, (Marginal: 70361877)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de marzo de 1989, núm. 261/1989, (Marginal: 70361880)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de julio de 1984, núm. 453/1984, (Marginal: 70361883)

Y al quite de esta última Sentencia nació el Real Decreto-ley 1/2017, cuya finalidad es avanzar medidas de protección de los consumidores como cauce para facilitar acuerdos con las entidades de crédito que eviten la demanda judicial y un colapso en los juzgados con el aumento de litigios a alto coste para la Administración de Justicia. Y para ello establece un procedimiento de solución extrajudicial previo a la interposición de demanda judicial, gratuito y de respuesta rápida y obligada para las entidades de crédito, y prescribe que durante el tiempo en que se sustancia la reclamación previa, las partes no pueden ejercitar acciones judiciales o extrajudiciales sobre su objeto.

Pero, aunque este procedimiento extrajudicial es voluntario, sí que se incentiva su iniciación pues el Real Decreto-ley regula consecuencias procesales al establecer que, si se demanda sin haber acudido a él previamente, se entenderá que no hay mala fe si la entidad de crédito se allana sin contestar a la demanda, lo que conllevará que no le impongan las costas, y si hay allanamiento parcial y consignación, solo se le impondrán las costas si la sentencia

es más favorable para el consumidor. Si se ha acudido previamente al procedimiento extrajudicial, solo se impondrán las costas a la entidad de crédito si el consumidor rechazó su cálculo de la cantidad a devolver o declinase la devolución de efectivo y luego obtuviese sentencia más favorable a la oferta de la entidad de crédito.

Por todo ello, **sin ser vinculante es más que recomendable acudir previamente a esta vía de reclamación extrajudicial pues con ella, en el plazo de 3 meses, la entidad de crédito debe comunicar al consumidor las razones de por qué no considera procedente la reclamación** o, en caso contrario, el cálculo de la cantidad a devolver y, si el consumidor está de acuerdo, acordar la devolución del dinero cobrado indebidamente. Y se entiende que el procedimiento extrajudicial ha concluido:

“La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad, decretará la nulidad, pero no determinará la ineficacia total del contrato si éste puede subsistir sin tales cláusulas”

1) si la entidad de crédito rechaza expresamente la solicitud del consumidor;

2) si transcurren los 3 meses sin respuesta alguna;

3) si el consumidor no está de acuerdo con el cálculo o rechaza la cantidad ofrecida; ó 4) si no se ha puesto a disposición del consumidor de modo efectivo la cantidad ofrecida.

Concluido este procedimiento de reclamación extrajudicial, o no iniciado, entremos ahora en el núcleo del ensayo jurídico que seguidamente desarrollamos.

FASE JUDICIAL

La acción judicial que puede ejercitarse para conseguir la nulidad de la cláusula suelo por abusiva, y, con ella, poder reclamar la devolución de las



“En la demanda podrán acumularse la acción de nulidad, si no ha sido declarada nula con anterioridad, y la acción de reclamación de cantidad en concepto de devolución de las cantidades indebidamente cobradas por la entidad de crédito en aplicación de la cláusula suelo”

cantidades cobradas indebidamente por los prestamistas en aplicación de dicha cláusula, **es la acción individual de nulidad de los artículos 8, 9 y 10 de la Ley 7/1998, de 13 de**

abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC). Dado que, según su art. 1, son condiciones generales de la contratación las cláusulas predisuestas

cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

La LCGC tiene por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 abril 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y con ella se distingue lo que son cláusulas abusivas de lo que son condiciones generales de la contratación. **Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consu-**

BIBLIOGRAFÍA

www.casosreales.es

BIBLIOTECA

- ADELL, CRISTINA. *Worker inteligente. Derecho Procesal Mercantil. Volumen 02. Derecho Contractual*. Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2006
- MACÍAS, JOSÉ IGNACIO. *Compradores incautos de viviendas nuevas: soluciones prácticas*. Madrid. Ed. JM Bosch Editor. 2010
- MALLÉN, MERCEDES. *Sabelotodo contratación civil y mercantil. 2ª Edición Actualizada a 2014*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2014

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- MORENO BARDISA, CONRADO. *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados por los consumidores con entidades bancarias*. Inmueble N° 167. Diciembre-Enero 2016. (www.revistainmueble.es)
- MATEOS FERRES, MARÍA. *Préstamo hipotecario: cláusulas abusivas más frecuentes*. Inmueble N° 123. Julio-Agosto 2012. (www.revistainmueble.es)
- SÁNCHEZ-JÁUREGUI, MIGUEL ÁNGEL. *Cláusulas suelo y comisiones abusivas: aspectos prácticos*. Economist&Jurist N° 200. Mayo 2016. (www.economistjurist.es)
- FERNÁNDEZ-ALCANTUD, JOSÉ ANTONIO. *Supuestos en los que el cliente de un banco puede reclamar contra la entidad por información inadecuada o ausencia de ésta*. Economist&Jurist N° 164. Octubre 2012. (www.economistjurist.es)

midor, un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general.

Se exige que las condiciones generales de la contratación se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas; por eso el concepto de cláusula contractual abusiva tiene su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse, es decir, siempre que no ha existido negociación individual.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 8 LCGC, son nulas de pleno

derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención; y en particular, son nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor. Y su art. 9 establece que la declaración judicial de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual.

Ello significa que la declaración de nulidad tiene efectos *ex tunc*, esto es, desde siempre, y que es de aplicación el art. 1303 del Código Civil que dispone que **“declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido ma-**

teria de contrato, con sus frutos, y el precio con sus intereses”, con todos sus efectos, es decir con efectos retroactivos y restitución íntegra de las prestaciones, o dicho de otro modo, que la entidad de crédito debe reintegrar en su totalidad las cantidades que se hubieren pagado por el consumidor en aplicación de la cláusula suelo con el interés legal desde la fecha de cada cobro. Nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos o de alguna de sus cláusulas exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido, de acuerdo con la regla clásica *“quod nullum est nullum effectum producit”* (lo que es nulo no produce ningún efecto). Por tanto, puede y debe acumularse a la acción de nulidad la acción de reclamación de las cantidades indebidamente cobradas.

Cuestión compleja y que en un



futuro **deberá resolverse jurisprudencialmente, es si la acción de nulidad es imprescriptible o si está sometida a plazo de prescripción o de caducidad, pues concurren dos tesis con distinto efecto y alcance:** considerar imprescriptible la acción porque la cláusula era nula de pleno derecho o estaba afectada de nulidad radical, o considerar que estamos ante la acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento del prestatario, en cuyo caso la acción debe ejercitarse en el plazo de 4 años desde la consumación del contrato, de conformidad con lo establecido en el art. 1301 del Código Civil.

Hemos agrupado, por un lado, las Sentencias que estiman que estamos ante un plazo de caducidad, y por tanto no interrumpible y apreciable de oficio: las SSTS de 27 de marzo de 1963, 7 de febrero de 1966, 5 de di-

ciembre de 1981, 2 de junio de 1989, 25 de julio de 1991, 30 de septiembre de 1992, 27 de febrero de 1995, y obiter dicta las de 18 de octubre de 2005 y 18 de junio de 2012 y 6 de noviembre de 2013. En este otro apartado agrupamos las Sentencias que contrariamente entienden que estamos ante un plazo de prescripción, por tanto, interrumpible y solo apreciable a instancia de parte: SSTS de 3 de marzo de 2006, 9 de mayo de 2007, 14 y 30 de noviembre de 2008, de 23 de octubre de 1989 -con cita de las SSTS de 25 de abril de 1960, 28 de marzo de 1965 y 28 de octubre de 1970. En otras resoluciones se admite la interrupción del plazo: SSTS de 14 de mayo de 1955, 27 de marzo de 1989 y 8 de abril de 1995; o la STS de 1 de febrero de 2002 en la que se mantiene que no puede apreciarse de oficio.

El operador jurídico debe reparar

y no confundir la consumación con la perfección del contrato, pues ésta última se da con el concurso de las voluntades de ambos contratantes, mientras que la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce la realización de todas las obligaciones de las partes (SSTS de 24 de junio de 1897, 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), es decir, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes (STS de 27 de marzo de 1989) o cuando se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó (STS de 5 de mayo de 1983). También según jurisprudencia del Tribunal Supremo, **en los contratos de tracto sucesivo el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo.**



La LCGC expresamente prevé que la sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad, decretará la nulidad, pero no determinará la ineficacia total del contrato si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia, y la parte del contrato afectada se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo. Solo se declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de las cláusulas afecte a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del art. 1261 del Código Civil, es decir, al consentimiento, objeto o causa. Y en este sentido, el art. 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante TRLGDCU,

cuyo texto refundido aprueba el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre) dispone que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas, y que el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

Y es el TRLGDCU, que en su Título Segundo regula las condiciones generales, no negociadas individualmente y las cláusulas abusivas, **el que en su art. 82 establece el concepto legal de “cláusula abusiva” como aquella estipulación no negociada individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe cause, en perjuicio del consumidor y usuario, un des-**

equilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Y declara que en todo caso son abusivas las cláusulas referidas en sus arts. 85 a 90 cuando en ellas concurren las circunstancias previstas, y, en lo que aquí nos importa, el art. 89, sobre las cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato, en su apartado 1, dispone que en todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas “las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato”.

Por último, y para concluir y cerrar la fundamentación jurídica de la acción de nulidad, es obligado relacionar



los motivos por los que nuestro Tribunal Supremo ha declarado **la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en condiciones generales de contratos suscritos con consumidores, en su Sentencia del Pleno de la Sala 1 de 9 de mayo de 2013, y su Auto aclaratorio de 3 de junio de 2013, que son los siguientes:**

a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirán en una disminución del precio del dinero.
b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.
d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.
e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.
f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

El Alto Tribunal aclaró que se trata de parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas, y que no existen medios tasados para obtener el resultado necesario: un consumidor perfectamente informado. **El consumidor debe tener perfecto conocimiento de la cláusula, de**

su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente; y ese resultado puede ser alcanzado por muchos medios.

CUESTIONES PROCESALES

Legitimación

De conformidad con lo establecido en el art. 9 LCGC, **ostenta la legitimación activa el adherente y afectado por la cláusula suelo en su condición de consumidor, que según preceptúa el art. 3 del TRLGDCU es toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, así como las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una**

actividad comercial o empresarial. Ostenta la legitimación pasiva la entidad de crédito predisponente de la cláusula suelo.

Competencia

La competencia objetiva corresponde al Juzgado de Primera Instancia, de conformidad con lo previsto en el art. 85.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en el art. 45 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no hallarse el asunto atribuido expresamente a otro Tribunal.

Acumulación de acciones

En la **demanda podrán acumularse la acción de nulidad, si no ha sido declarada nula con anterioridad, y la acción de reclamación de cantidad en concepto de devolución de las cantidades indebidamente cobradas por la entidad de crédito en aplicación de la cláusula suelo, más los intereses legales deven-**



gados desde su indebido cobro; conforme permiten los 71 y 73 LEC, ya que ambas acciones derivan de un mismo título y causa de pedir, no son incompatibles entre sí, el tribunal es competente por razón de la materia y de la cuantía, y ambas acciones no deben de tramitarse por razón de la materia en juicios diferentes; no existiendo prohibición legal para su acumulación.

Condena a futuro

Puede ser objeto de pretensión la condena a la devolución de las cantidades que, en su caso, la entidad de crédito continúe percibiendo en aplicación de la cláusula suelo con posterioridad a la Sentencia, y hasta que deje sin efecto práctico la misma, al amparo del art. 220.1 LEC que establece que **“cuando se reclame el pago de intereses o**

de prestaciones periódicas, la sentencia podrá incluir la condena a satisfacer los intereses o prestaciones que se devenguen con posterioridad al momento en que se dicte”.

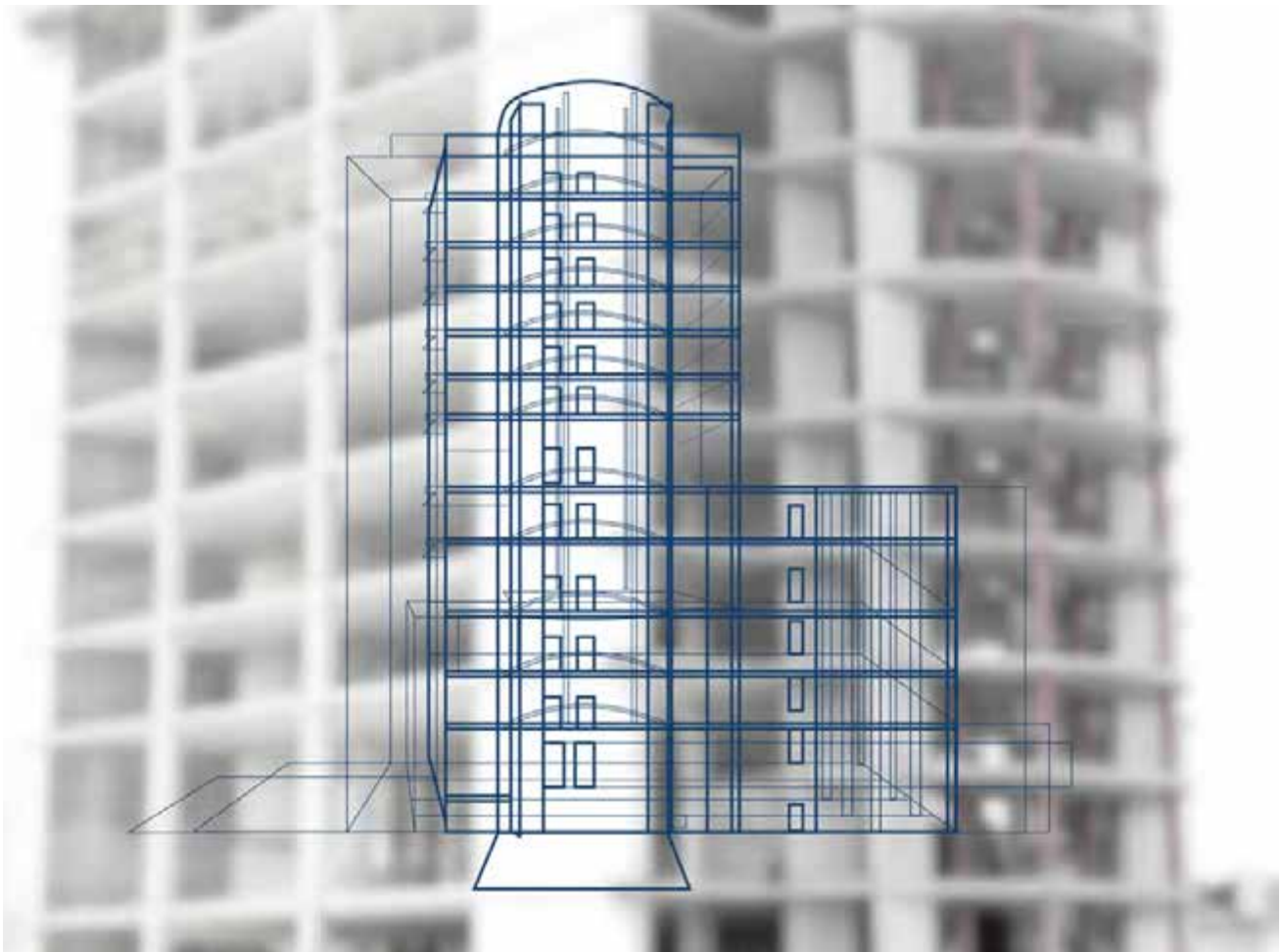
Carga de la prueba

Como regla especial, en el ámbito de la contratación con consumidores, el art. 82.2, párrafo segundo, del TRLGDCU dispone que **el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.**

Costas

El Real Decreto-ley 1/2017 introduce las siguientes modificaciones a la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de costas, a las que ya se ha hecho referen-

cia. **Si se demanda sin haber acudido al procedimiento extrajudicial que prevé, se entenderá que no hay mala fe si la entidad de crédito se allana sin contestar a la demanda, lo que conllevará que no le impongan las costas, y si hay allanamiento parcial y consignación, solo se le impondrán las costas si la sentencia es más favorable para el consumidor.** Si se ha acudido previamente al procedimiento extrajudicial, solo se impondrán las costas a la entidad de crédito si el consumidor rechazó su cálculo de la cantidad a devolver o declinó la devolución de efectivo y luego obtuviese sentencia más favorable a la oferta de la entidad de crédito. Y en lo no previsto por el Real Decreto-ley 1/2017 en materia de costas es de aplicación la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 394 y concordantes. ■



CONCLUSIONES

- Como consecuencia de la última Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo sobre la materia (SSTS de 9 mayo de 2013 y de 25 de marzo de 2015), y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de diciembre de 2016 (y ya en aplicación de ésta, la STS de 15 de febrero de 2017), la acción de nulidad de cláusulas suelo abusivas a ejercitar por los afectados ante los Tribunales, en caso de no acudir o no obtener satisfacción con el procedimiento de reclamación extrajudicial previsto en el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, es la acción individual de nulidad prevista en los artículos 8, 9 y 10 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. La nulidad de la cláusula suelo declarada abusiva por falta de transparencia, tiene carácter retroactivo ilimitado ante la ineficacia ex tunc y resultará procedente reclamar la totalidad de cantidades indebidamente percibidas al amparo de una cláusula que debe considerarse que “nunca existió”. La demanda deberá interponerse ante el Juzgado de lo Mercantil del domicilio del demandante

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE ...

....., Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de D., conforme acreditado mediante copia de Escritura de Poder otorgada a mi favor que acompaño, ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE, que por turno de reparto corresponda, comparezco y, como mejor proceda en derecho, digo:

Que por medio del presente escrito y en la representación enunciada **FORMULO DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO**, en ejercicio de **acción declarativa de nulidad y acción de devolución de cantidad**, contra la persona y en base a los hechos y fundamentos jurídicos que paso a exponer:

PREVIO

I. Identificación de la parte actora. El demandante es D....., con DNI y domicilio en Actúa representado por el Procurador que suscribe, y defendido por el Letrado

II. Identificación de la parte demandada. La presente demanda se formula frente al banco, con domicilio en

La presente demanda se fundamenta en los siguientes hechos

HECHOS

Primero.- Del contrato de préstamo y de la cláusula cuya declaración de nulidad se postula.

Mi representado, D. en fecha, de profesión, celebró con el Banco contrato de préstamo con garantía hipotecaria mediante Escritura pública otorgada ante el Notario de D. bajo el número de su protocolo, para la adquisición de la que iba a ser su vivienda habitual. (Breve mención a las circunstancias personales del actor y el destino del dinero prestado).

El préstamo se convino a un tipo de interés variable para los distintos y sucesivos periodos anuales de la vida

del préstamo, aplicándose en cada uno de ellos el resultante de incrementar el margen de 0.75 puntos porcentuales al valor del EURIBOR AÑO, como índice de referencia, por concurrir en D., como prestatario, determinadas condiciones exigidas por la entidad de crédito.

Y dentro del apartado de estas condiciones financieras, se insertó por la entidad de crédito una cláusula suelo que impone un límite a la variación a la baja del tipo de interés pactado, entre una multitud de datos y otras extensas condiciones contractuales sobre los requisitos exigidos por la entidad de crédito para la aplicación de un margen u otro sobre el índice de referencia, sobre la previsión de que dejare de publicarse por cualquier circunstancia el índice de referencia y sus valores sustitutivos, sobre la definición de cada índice de referencia, sobre las notificaciones y sus exenciones de las variaciones que experimente el tipo de interés nominal, etc. Y ello sin destacarla de ningún modo para alertar de su importancia, por lo que al prestatario le pasó inadvertida y, desde luego, fue ignorante de los efectos económicos reales de su aplicación.

El tenor literal de dicha cláusula suelo, inserta en la condición financiera tercera, en la página 17 de la Escritura de préstamo, párrafo segundo, es el siguiente:

“No obstante la variabilidad del tipo de interés pactado, las partes acuerdan expresamente que el tipo de interés nominal anual aplicable en cada uno de los periodos de revisión no podrá ser inferior al 3 por ciento ni superior al 15 por ciento.”

Se acompaña como Documento N° 1 copia de la Escritura de préstamo hipotecario.

Segundo.- De los motivos de nulidad

La cláusula suelo, pese a su posible claridad gramatical, es nula de pleno derecho por ser abusiva, por falta de transparencia y claridad, por cuanto a D., en su condición de prestatario, se le creó la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirán en una disminución del precio del dinero cuando, durante un tiempo y en aplicación de la cláusula suelo, el préstamo se convertía en un préstamo a tipo fijo.

Como puede comprobarse de su simple lectura, la cláusula suelo fue inserta por la entidad de crédito en la Escritura de préstamo entre las extensas condiciones financieras que también predispuso y entre una gran cantidad de datos y referencias, como si se tratara de un aspecto secundario del contrato, cuando, en realidad, afecta de pleno a su contraprestación económica, en una de las operaciones financieras más relevantes de su vida.

De los efectos económicos de la cláusula suelo no se informó a D., si mucho menos con carácter previo a la firma del contrato.

Tercero.- De la reclamación extrajudicial previa al amparo del Real Decreto-ley 1/2017.

Con carácter previo a la interposición de la presente demanda, se reclamó extrajudicialmente al BAN hoy demandado, idéntica pretensión que la que ahora se exige judicialmente, mediante el procedimiento previsto en el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, si bien el mismo resultó infructuoso dado que la entidad de crédito dio contestación a la reclamación de D. manifestando que no procedía la reclamación dado que la cláusula suelo contenida en su Escritura era clara en su redacción y, por tanto, transparente.

Se acompaña como Documento n° 2 la reclamación extrajudicial previa y la contestación dada por la entidad de crédito hoy demandada.

Cuarto.- Del objeto de pretensión de condena.

Por todo ello, se postula en el presente procedimiento se declare la nulidad de pleno derecho de la cláusula suelo por falta de transparencia y porque la entidad de crédito no explicó a D. sus concretos efectos económicos para que con cabal y completo conocimiento de los mismos prestara su consentimiento al contratar el préstamo; así como la devolución de todas las cantidades cobradas indebidamente por el banco demandado en aplicación de dicha cláusula suelo, en su solo beneficio y en perjuicio de D., como consumidor.

Se acompaña como Documento nº 3 Informe pericial emitido por el economista D. que tiene por objeto el cálculo de la cuantía que se reclama.

A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero****Jurisdicción**

De acuerdo con lo prescrito en los artículos 21.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por remisión del artículo 36 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, corresponde el conocimiento de la presente demanda a los Juzgados y Tribunales españoles del orden civil.

Segundo**Competencia objetiva**

A tenor de lo dispuesto en el artículo 85.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en el artículo 45 de la Ley de Enjuiciamiento Civil corresponde el conocimiento del presente asunto al Juzgado de Primera Instancia.

Tercero**Competencia territorial**

En virtud de lo dispuesto en el artículo 52.1.14º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, corresponde el conocimiento de la presente demanda a los Tribunales de esta ciudad de, por ser los del domicilio del demandante.

Cuarto**Acumulación de acciones y condena a futuro.**

Se acumulan la acción de nulidad de la cláusula suelo y la acción de reclamación de cantidad en concepto de devolución de las cantidades indebidamente cobradas por la parte demandada en aplicación de dicha cláusula suelo, por ser ambas acciones acumulables a tenor de los arts. 71 y 73 LEC, ya que derivan de un mismo título y causa de pedir, no son incompatibles entre sí, el tribunal es competente por razón de la materia y de la cuantía, y ambas acciones no deben de tramitarse por razón de la materia en juicios diferentes; no existiendo prohibición legal para su acumulación.

El art. 220.1 LEC establece que “cuando se reclame el pago de intereses o de prestaciones periódicas, la sentencia podrá incluir la condena a satisfacer los intereses o prestaciones que se devenguen con posterioridad al momento en que se dicte.

Cuarto

Procedimiento

De conformidad con lo previsto en el artículo 249.2 LEC, corresponde dar a la presente demanda la tramitación prevista para el juicio ordinario en los artículos 399 y siguientes de dicho Texto Legal.

Quinto

Capacidad procesal y legitimación

La legitimación activa y pasiva como partes procesales legítimas deriva de la relación jurídico-material que nace del contrato habido entre las partes, correspondiendo la legitimación activa y pasiva respectivamente a la parte demandante y demandada, ex art. 10 LEC.

En concreto, la legitimación activa la ostenta el actor, en su condición de consumidor afectado por la cláusula suelo, de conformidad con el art. 9 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación, al ser persona física que contrató el préstamo donde está inserta dicha cláusula para destinarlo a la adquisición de su vivienda, es decir con un fin distinto a toda actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, conforme previene el art. 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Sexto

Requisitos formales

Se inicia el presente procedimiento por medio de demanda que reúne todos los requisitos exigidos en el art. 437.1 LEC, en relación con el art. 399 y concordantes del mismo cuerpo legal.

Séptimo

Cuantía

La cuantía del presente proceso se fija en euros, la cantidad cuya reintegro se reclama a la entidad de crédito demandada, por haberla cobrado indebidamente en aplicación de la cláusula suelo nula, de conformidad con el art. 251, regla 1ª de la LEC.

Octavo

Fondo del asunto

La acción que se ejercita es la acción individual de nulidad de los artículos 8, 9 y 10 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC). De conformidad con lo previsto en esta Ley, la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 abril 1993, y el Texto Refundido de la Ley General para la Protección de Consumidores y Usuarios, la cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones

contractuales y puede tener o no el carácter de condición general.

Se exige que las condiciones generales de la contratación se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas.

De conformidad con el Art. 1 LCGC, son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 8 LCGC, son nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención; y en particular, son nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor. Y su art. 9 establece que la declaración judicial de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual.

El art. 83 del TRLGDCU dispone que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas, y que el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

El TRLGDCU, que en su Título Segundo regula las condiciones generales, no negociadas individualmente y las cláusulas abusivas, el que en su art. 82 establece el concepto de legal de “cláusula abusiva” como aquella estipulación no negociada individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe cause, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Y declara que en todo caso son abusivas las cláusulas referidas en sus arts. 85 a 90 cuando en ellas concurren las circunstancias previstas, y, en lo que aquí nos importa, el art. 89, sobre las cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato que en su apartado 1, dispone que en todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas “las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato”.

Jurisprudencia aplicable al caso: STS de 9 mayo de 2013, STS de 25 de marzo de 2015, STJUE de 21 de diciembre de 2016, y STS de 15 de febrero de 2017, dictada en el recurso de casación 740/2014 interpuesto por el BBVA –según la nota de su Gabinete Técnico, cuyo texto íntegro está pendiente de publicación-, que es la primera que aplica la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo conforme a la precedente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Noveno

Costas

Las costas del presente procedimiento deberán ser impuestas a la entidad de crédito demandada, conforme establece el art. 394 LEC.

AL JUZGADO LE PIDO, que teniendo por presentado este escrito de demanda junto con los documentos que se acompañan y copias de todo ello, se sirva admitirlo a trámite, se me tenga por comparecido y parte en la representación que ostento de D., entendiéndose conmigo las sucesivas diligencias, por promovido el correspondiente juicio ordinario contra el BANCO, y, previos los trámites oportunos,

NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DE CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO A FAVOR DE SOCIEDAD LIMITADA. CONTROVERSIA POR EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR O USUARIO

www.casosreales.es
casosreales@difusionjuridica.es



SUMARIO

- El Caso
 - *Supuesto de hecho*
 - *Objetivo. Cuestión planteada*
 - *La estrategia del abogado*
- El Procedimiento Judicial
 - *Partes*
 - *Peticiones realizadas*
 - *Argumentos*
 - *Normativa*
 - *Resolución judicial*
- Jurisprudencia relacionada con el caso
- Documentos jurídicos
- Biblioteca
- Formulario: Demanda de nulidad de cláusula suelo

Principalmente, considera que es nula la denominada “cláusula suelo” que fija lo siguiente: límites de fluctuación: en carencia máximo: 12,5%, en amortización máximo: 12,5%; INTERESES DE DEMORA: tipo de demora: ordinario más 6%, amortización, máximo 18,5%, mínimo 9,5%.

Además en el contrato existen otras cláusulas cuya abusividad pone en entredicho y solicita asimismo su revisión por el tribunal, al considerar que no son ajustadas a Derecho: Intereses ordinarios, tipo de interés variable, bonificación de intereses ordinarios, intereses de demora y cláusulas de resolución anticipada por la entidad prestamista, porque cree que no fueron negociadas individualmente y, en contra de las exigencias de la buena fe, han causado, en perjuicio del consumidor o usuario (la Mercantil X), un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato y en concreto,

EL CASO

Supuesto de hecho

Valdemoro (Madrid), 13-07-2015

La Mercantil X, dedicada a la construc-

ción de viviendas, firmó un préstamo con la Entidad Bancaria para la construcción de seis viviendas, que posteriormente vendería. En los contratos de préstamo aparecían varias cláusulas, que la Mercantil X considera ahora abusivas y sobre las cuales solicita su nulidad.

las que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.

Objetivo. Cuestión planteada

El cliente es la Entidad Bancaria y su objetivo es que se dicte Sentencia que decrete que las cláusulas cuya nulidad insta la Mercantil X no son abusivas.

La estrategia. Solución propuesta

La estrategia del abogado de la Entidad Bancaria pasa por alegar que, a tenor del ámbito de aplicación de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, no debe considerarse a la Mercantil X un consumidor, por lo que el valor añadido de protección que otorga esta normativa a este tipo de contratantes no entra en el ámbito del caso que nos ocupa. Asimismo, e independientemente de que se considerase a la Mercantil X un consumidor, motivo que no podría en ningún caso considerarse, la Entidad Bancaria había actuado diligentemente en todo momento, pues las cláusulas firmadas cumplían con los debidos requisitos de claridad, transparencia, eran fácilmente localizables e inequívocas.

EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL

Orden Jurisdiccional: Civil

Juzgado de inicio del procedimiento: Juzgado de Primera Instancia nº5 de Valdemoro

Tipo de procedimiento: Procedimiento ordinario

Fecha de inicio del procedimiento: 13-07-2015

Partes

- Parte Demandante
Mercantil X (sociedad limitada)
- Parte Demandada
Entidad Bancaria

Peticiones realizadas

- Parte demandante:
Que se dictara Sentencia por la que se decretara, con expresa condena en costas por la temeridad y mala fe de su actuación, la nulidad de las cláusulas abusivas siguientes:

Límites de fluctuación: en carencia máximo: 12,50%; en amortización máximo: 12,50%.

Intereses de demora: tipo de demora: ordinario más 6%, amortización: máximo 18,5%, mínimo 9,5%.

Nulidad de las siguientes cláusulas abusivas: tercera-intereses ordinarios; tercera bis- tipo de interés variable; tercera ter - bonificación de intereses ordinarios; sexta bis -causas de resolución anticipada por la entidad prestamista.

- Parte Demandada

Que se dictara Sentencia por la que se desestimara la Demanda presentada de contrario, con imposición de costas al demandante.

Argumentos

- Parte Demandante
 - Que la Mercantil X firmó un préstamo con la Entidad Bancaria.
 - Que en los contratos de préstamo aparecían las siguientes cláusulas abusivas, de las cuales instaban la nulidad:

- Límites de fluctuación: en carencia máximo: 12,5%, en amortización máximo: 12,5%; intereses de demora: tipo de demora: ordinario más 6%, amortización, máximo 18,5%, mínimo 9,5%.
- Que, además existían las siguientes cláusulas, que debían ser consideradas nulas: Intereses ordinarios, tipo de interés variable, bonificación de intereses ordinarios, intereses de demora y cláusulas de resolución anticipada por a la entidad prestamista.
- Que las cláusulas anteriormente referenciadas del préstamo, así como de sus novaciones y ampliaciones debían ser declaradas nulas de conformidad con lo previsto en los artículos 82 y 85.6 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, ya que se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor o usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato y en concreto, las que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.
- Asimismo, la doctrina anteriormente indicada (STJUE de 14 de junio de 2012) se está imponiendo relación a los consumidores, por ello se acepta que puedan los tribunales de oficio examinar si los intereses moratorios pactados son o no abusivos conforme a la normativa de protección de consumidores y usuarios, asimismo procede igualmente el análisis de contratos a raíz íntegramente abusivos, como es el caso que nos ocupa.
- Parte Demandada
 - Que cabía declarar la validez de las cláusulas cuya nulidad se pretendía, toda vez que no concurrían los requisitos para declarar la misma nula, por abusiva.
 - Que el contrato de préstamo que contenía la cláusula que se pretendía anular fue negociado y suscrito entre profesionales, y no con un consumidor.
 - Que el promotor o vendedor era quien tenía la obligación legal de informar detalladamente a quien compra y posteriormente se subroga en la hipoteca por él concertada.
 - Que, desde el punto de vista del consumidor, no era aplicable al caso concreto su doctrina y legislación puesto que la promotora demandante y prestataria no era consumidor.
 - No había existido falta de información suficiente, de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato porque la escritura expresamente lo menciona como elemento principal, sobre cada una de las cláusulas que se pretendían nulas.
 - La cláusula suelo y techo, en este caso concreto, cumplía con los debidos requisitos de claridad, transparencia, era fácilmente localizable e inequívoca. Era en sí misma comprensible y estaba claramente identificada como parte principal del contrato.
 - Era radicalmente diferente y no estaba enmascarada, a diferencia de las analizadas por la Sentencia del Tribunal Supremo, ubicadas entre una abrumadora cantidad de datos entre los que se diluían.
- No había creado la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable, sino que efectivamente lo era y los tipos habían fluctuado a lo largo de los años, no pudiendo asemejarse a un tipo de interés fijo.

Normas y artículos relacionados

- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.
- Artículo 10, 31, 23, 45, 51, 249, 251, 394, 7, 6, 36. Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Artículo 9. Ley Orgánica del Poder Judicial (6/1985, de 1 de julio).
- Artículo 1104, 1102, 1103, 1099., Artículo 1101. , Artículo 1098. , Artículo 1105. , Artículo 1107. , Artículo 1108. , Artículo 1106. , Artículo 1109. , Artículo 1110. , Artículo 1111. , Artículo 1261. , Artículo 1269. , Artículo 1266. , Artículo 1265. , Artículo 1270. , Artículo 1276. Código Civil.
- Artículo 85. Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario. , Artículo 82. Concepto de cláusulas abusivas. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Documentación aportada

- Parte Demandante

- Cláusulas de las cuales se insta la nulidad.
- Parte Demandada
- Solicitud de operación de activo.
- Documento de inscripción de la responsabilidad hipotecaria de cada uno de los inmuebles.

Prueba

- Parte Demandante

Documental, por reproducción de los documentos presentados.

- Parte Demandada

Documental, por reproducción de los documentos presentados.

Más documental: archivos, libros y registros de todas las entidades, personas y organismos, tanto de carácter privados como público, a los que se hubiera hecho referencia en el escrito de contestación a la demanda o que figurasen en la documentación que se acompañaba al mismo.

Resolución Judicial

Fecha de la resolución judicial: 13-04-2016

Fallo o parte dispositiva de la resolución judicial: Desestimaba íntegramente la Demanda interpuesta por Mercantil X. Absolvía a la Entidad Bancaria de todas las pretensiones deducidas contra la misma.

Fundamentos jurídicos de la resolución judicial:

En el presente caso, había quedado acreditado que el préstamo se concedía a la sociedad Mercantil X para la construcción de seis viviendas, sin que constara en ningún caso que fueran a

ser destinadas a vivienda habitual de los administradores de dicha sociedad, es decir, dicho préstamo se había concertado en el ámbito profesional de dicha sociedad, y la protección sobre la abusividad de las cláusulas sólo se refería a los contratos celebrados con consumidores, porque fuera de este ámbito no se podía hablar de abusividad, debiendo analizar si nos halláramos ante un contrato, el de préstamo con garantía hipotecaria, celebrado con consumidores.

La demandante era una empresa inmobiliaria y el préstamo hipotecario se concedió para dedicarlo a “la construcción y posterior venta de las fincas que se hipotecarán”, según consta en la escritura pública, por lo que es claro que, a tenor de lo razonado anteriormente, no se trata de una consumidora. Y aun cuando se pudiera alegar por la demandante que, aunque no sea consumidora, puede invocar la existencia de cláusulas abusivas, porque la Ley 1/2013 no distingue, ello no es así. El Tribunal Supremo se ha pronunciado reiteradamente al respecto.

Inciendo en este aspecto, por lo que respecta al concepto de consumidor, la Directiva 93/13 CEE del Consejo de la Unión Europea de 5 de abril de 1993 sobre Cláusulas Abusivas en los Contratos Celebrados con los Consumidores, lo circunscribe, reduce y limita a las personas físicas (artículo 2 letra b). Por lo que quedan excluidas del concepto las personas jurídicas.

Dentro de las personas jurídicas se encuentran las sociedades mercantiles, las cuales suelen actuar con un propósito propio y no ajeno a su actividad empresarial, lo que conduce a que, bajo la vigencia de la legislación reseñada, la figura de la “sociedad mercantil-consumidora”, resultara rara, extraordinaria y residual, de ahí que incumbía la carga de la prueba a quien invocara tan extravagante figura. En el presente caso

quien celebra el contrato de préstamo con garantía hipotecaria para la construcción de viviendas es la Mercantil X, una sociedad mercantil. Luego no nos encontramos ante un consumidor, Lo que impide aplicar la exorbitante legislación protectora de los consumidores, por lo que, la Demanda ha de ser desestimada.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON EL CASO

- Tribunal Supremo, núm. 241/2013, de 09-05-2013. **Casos Reales. Jurisprudencia. Marginal: 2425112**
- Audiencia Provincial de Zaragoza, núm. 95/2016, de 17-03-2016. **Casos Reales. Jurisprudencia. Marginal: 69740140**
- Audiencia Provincial de Cáceres, núm. 43/2014, de 24-02-2014. **Casos Reales. Jurisprudencia. Marginal: 6924134**
- Audiencia Provincial de Teruel, núm. 39/2014, de 27-05-2014. **Casos Reales. Jurisprudencia. Marginal: 2468796**

DOCUMENTOS JURÍDICOS

Documentos jurídicos de este caso:

Documentos disponibles en www.casosreales.es N° de Caso: 8226

1. Contestación
2. Sentencia
3. Demanda

Formularios jurídicos relacionados con este caso

Demanda contra entidad bancaria por cláusula suelo en hipoteca.

BIBLIOTECA

Disponible en www.casosreales.es
Nº de Caso: 8226

• **Artículos jurídicos**

- Cláusulas suelo y comisiones abusivas: aspectos prácticos. (mayo 2016)
- La nulidad de las cláusulas suelo. Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo mercantil nº 11 de Madrid de 7 de abril de 2016. (junio 2016)
- El Tribunal Supremo sienta Doctrina: se restituirá el dinero de las cláusulas suelo a partir del 9 de mayo de 2013 (mayo 2015).

AL JUZGADO DE PRIMERA Instancia N.....

DOÑA Procuradora de los Tribunales, y de DON así COMO DE LA MERCANTIL, representación que acredito mediante escritura de poder general para pleitos que aporto como Doc. nº 1, bajo la dirección letrada de DOÑA colegiada del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, ante el Juzgado comparezco y como mejor proceda en derecho **DIGO**:

Que en la representación que ostento y por medio del presente escrito promuevo DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO, POR EL QUE INSTAMOS LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO OTORGADA POR A FAVOR DE LA SOCIEDAD S.L FL DIA ... FIRMADO, ante el notario de Madrid en virtud del artículo 249.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 7/2000 (en adelante LEC), contra con domicilio a efectos de notificaciones en que baso en los siguientes:

HECHOS

PRIMERO: Mis mandantes DON, así como de LA MERCANTIL firmaron un préstamo con la entidad financiera a favor de la sociedad, que aportamos como Doc. nº 2.

SEGUNDO: En los contratos de préstamo firmados, aparecen las siguientes cláusulas abusivas, de las cuales instamos la nulidad:

- En resumen como Doc. nº 3 aparecen las siguientes cláusulas abusivas:
 - LIMITES DE FLUCTUACION: (En carencia máximo: 12,50 por ciento, En amortización máximo 12,50 por ciento)
 - INTERESES DE DEMORA (Tipo de demora: ordinario más 6,00 por ciento, Amortización: Máximo 18,50 por ciento, Mínimo: 9,50 por ciento)

TERCERO: Además del resumen señalado en el punto anterior existen las siguientes cláusulas abusivas, las cuales además de estar aportadas en el Doc. nº 2, seguidamente reproducimos:

TERCERA-INTERESES ORDINARIOS (...)

TERCERA BIS -TIPO DE INTERES VARIABLE (...)

TERCERA TER - BONIFICACIÓN DE INTERESES ORDINARIOS (...)

SEXTA -INTERESES DE DEMORA (...)

SEXTA BIS- CAUSAS DE RESOLUCIÓN ANTICIPADA POR LA ENTIDAD PRESTAMISTA (...)

CUARTO: Las cláusulas anteriormente referenciadas del préstamo, así como de sus novaciones y ampliaciones deben de ser declaradas nulas por las razones siguientes:

Primera: Debe de ser nulo de conformidad con lo previsto en los artículos 82 y 85.6 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios de 16 de noviembre de 2007, ya que por tal precepto legal se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato y en concreto, las que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.

Segunda: Las cláusulas abusivas y claro está los contratos en su totalidad abusivos, son controlables de oficio. A tal efecto podemos aplicar la STJUE de 14 de junio de 2012, que se refiere al procedimiento monitorio, pero que también se puede aplicar al procedimiento de ejecución, incluido el procedimiento de ejecución hipotecaria, que ha determinado que un régimen procesal de este tipo que no permite que el juez que conoce de una demanda en un procedimiento monitorio, aun cuando ya disponga de todos los elementos de hecho y de derecho necesarios al efecto, examine de oficio -in limite litis ni en ninguna fase del procedimiento- el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13 Directiva Comunitaria del Consejo de 5 de abril de 1993 que establece que los Estados Miembros establecerán que no vinculan al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio por las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas y por ello existe un riesgo no desdeñable de que los consumidores afectados no formulen la oposición requerida, ya sea al plazo particularmente breve previsto para ello, ya sea porque los costes que implica la acción judicial en relación con la cuantía de la deuda litigiosa puedan disuadirlos de defenderse, ya sea porque ignoran sus derechos o no perciben cabalmente la amplitud de los mismos, o ya sea debido por último, al contenido limitado de la demanda presentada por los profesionales en el procedimiento monitorio y, por ende, al carácter incompleto de la información de que disponen.

Tercera: La doctrina anteriormente indicada se está imponiendo en relación a los consumidores, por ello se acepta que puedan los tribunales de oficio examinar si los intereses moratorios pactados son o no abusivos conforme a la normativa de protección de consumidores y usuarios, así mismo procede igualmente el análisis de contratos de raíz íntegramente abusivos, como es el caso que nos ocupa, y en relación a ello cabe traer a colación las sentencias del STS de 23 de septiembre de 2010, que declara abusivo el interés moratorio pactado del 20,5% anual en base al aplicable por la fecha del contrato. Igualmente, este criterio es seguido por las siguientes Audiencias Provinciales: AP de Valencia de 4 de diciembre de 2012, SSAP de Barcelona de 6 de febrero y 21 de septiembre de 2012, SSAP de Valencia de 29 de abril y 13 de julio de 2012, SAP de Alicante de 7 de septiembre de 2012, SSAP de Tarragona de 20 de abril de 2012 y 10 de julio de 2012, SSAP de Gerona de 12 de enero, 15 de abril y 10 de junio de 2011 y 20 de febrero de 2012.

Cuarta: El control de oficio de los intereses abusivos, así como de los contratos íntegramente abusivos como sucede en este caso, fijado en contratos de adhesión suscritos con consumidores cabe efectuarlo claro está en el procedimiento hipotecario. Así lo admiten las siguientes sentencias SAP de Valencia de 4 de diciembre de 2012, SSAP de Tarragona de 20 de abril y 10 de julio de 2012, SSAP de Gerona de 12 de enero, 15 de abril, 10 de junio de 2011 y 20 de febrero de 2012, STS de 23 de septiembre de 2010, que fue dictada en un supuesto en el que se analiza el interés moratorio y

concluye declarando abusivo el tipo de interés fijado en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria.

Quinta: Se puede por parte de su Ilustrísima Señoría de Instancia moderar la abusividad de la cláusula modificando su contenido, y claro esta modificar pro anulación íntegramente el contrato, el TJUE interpreta el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 y declara que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. Por ello determinaran que el contrato en cuestión debe de subsistir en principio sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida que en virtud de las normas del derecho interno tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. El Tribunal señala que si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en el contrato, se eliminaría el efecto disuasorio de las normas protectoras del consumidor, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que cuando se declare su nulidad, el contrato se integrara por el Juez nacional en lo que fuere necesario.

Sexta: Por todo lo manifestado, la totalidad de las cláusulas del contrato de préstamo y por ende el contrato de préstamo en su totalidad se debe de dejar sin efecto ya que las mismas son abusivas, por lo que la consecuencia de tal calificación debe de ser no su integración moderadora sino la completa supresión de la misma. Tal y como señala el auto dictado por el Juzgado, en tal sentido se pronuncia las sentencias de AP de Madrid de 27 de junio de 2012, SAP de Alicante de 7 de septiembre de 2012 y SAP de Valencia de 4 de diciembre de 2012.

Séptima: Por todo lo anteriormente expuesto, estimamos que las cláusulas que hemos indicado como abusivas, deben de ser declaradas nulas, por las razones anteriormente expuestas.

A tales hechos le son de aplicación los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

-I-Jurisdicción: Es competente la Jurisdicción ordinaria para conocer del presente procedimiento de conformidad con lo preceptuado en el artículo 9.2 LOPJ y 36 LEC.

-II-Competencia: Son competentes para conocer del procedimiento los Juzgados de Primera Instancia de Madrid, en virtud del artículo 45 LEC y artículo 51 de la citada ley.

-III-Capacidad: De acuerdo con los 6.1 y 7 LEC la ostentan como personas físicas en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

Respecto a la parte demandada goza de capacidad para ser parte en virtud de los artículos 6.3 y 7 de la ley ritual.

-IV- Legitimación: Ambas partes se encuentran legitimadas para promover y soportar, respectivamente el ejercicio de sus pretensiones en virtud del artículo 10 LEC.

Está legitimada la parte actora para ejercitar esta acción en su condición de prestatario por la actuación de la demandada.

Está legitimado la demandada por ser el prestamista en el crédito, cuya nulidad se insta.

-V- Procedimiento: Por ser la materia de esta demanda una reclamación por nulidad de unas cláusulas abusivas en contrato de préstamo, por lo que se trata de un procedimiento sin cuantía, es por ello que debemos de estimar que la cuantía de la demanda es por importe de dieciocho mil euros (18.000€) este juicio debe sustanciarse por las normas establecidas para Juicio Declarativo Ordinario, según regula el artículo 249.2 LEC.

-VI- Postulación: Se cumplen en la presente demanda las exigencias de los artículos 23 y 31 LEC, toda vez que la comparecencia en juicio se verifica por medio de Procurador, legalmente habilitada por poder.

-VII- Cuantía: En virtud del art. 25 LEC el importe de dicha demanda es la de dieciocho mil de euros (18.000€).

-VIII-fondo del asunto:

- Art. 1091, 1098, 1099, 1101, 1102, 1103, 1104, 1105, 1106, 1107, 1108, 1109, 1110, 1111, 1261, 1265, 1266, 1269, 1270 y 1276 del CC.

-IX-Costas: El artículo 394 LEC, determina que han de imponerse las costas causadas a la demandada.

Y en virtud de lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO: Que teniendo por presentado este escrito, con los documentos y copias que acompaño, se me tenga por parte y en la representación que ostento, entendiéndose conmigo las sucesivas diligencias, y so tenga por deducida demanda de JUICIO ORDINARIO contra y siguiendo los trámites, en su día se dicte sentencia en la que se estime íntegramente la demanda y por ende se decrete con expresa condena en costas la nulidad de las cláusulas abusivas que seguidamente reproducimos:

- En resumen como aparecen las siguientes cláusulas abusivas: (...)

- NULIDAD DE LAS SIGUIENTES CLÁUSULAS ABUSIVAS:

TERCERA-INTERESES ORDINARIOS (...)

TERCERA BIS- TIPO DE INTERES VARIABLE (...)

TERCERA TER- BONIFICACIÓN DE INTERESES ORDINARIOS (...)

SEXTA BIS- CAUSAS DE RESOLUCIÓN ANTICIPADA POR LA ENTIDAD PRESTAMISTA (...)

- La condene expresa en costas a la demandada por la temeridad y mala fe con la que ha actuado.

Por ser de todo ello de Justicia que pido en Madrid, a ... de de 20.....

PRIMER OTRO SI DIGO: Que, para el momento procesal oportuno, interesa al derecho de esta parte el recibimiento del pleito a prueba,

AL JUZGADO SUPLICO: Se acuerde de conformidad a lo solicitado.

SEGUNDO OTROSI DIGO: Que esta parte manifiesta que para cualquier defecto en que se pudiera incurrir en este escrito y en los posteriores que se lleven a efecto en este proceso, a tenor de lo dispuesto en el artículo 231 de la LEC 1/2000, hacemos especial manifestación de que es nuestra voluntad cumplir con los requisitos de la Ley.

SUPLICO AL JUZGADO: Tenga por efectuada la anterior manifestación.

Por ser todo ello de Justicia que pido en lugar y fecha *ut supra*.

CÓMO TRANSMITIR CON EFICACIA EL ALEGATO QUE HEMOS PREPARADO POR ESCRITO



Raúl Ochoa Marco. Socio-fundador de Ochoa-Marco & Asociados

SUMARIO

1. Preparación de la estrategia jurídica y estructura del alegato
 - a) Momentos previos al juicio
 - b) Preparación del cliente para el acto del juicio
 - c) La entrada en sala
 - d) El comportamiento del abogado en Juicio
 - e) Sintetizar
2. Captar la atención a través del alegato
 - a) La postura
 - b) La voz



No sólo se requieren conocimientos técnicos acerca de la materia objeto de litigio, sino que es necesario la adquisición de una serie de habilidades que refuercen nuestra presencia en sala

En términos generales, el vocablo alegato – en latín *allegatus* – hace referencia a una alocución, un testimonio o una exposición que se pronuncia en contra o a favor de una persona o de algo.

De acuerdo con lo establecido por el diccionario de la Real Academia Española, **se denomina alegato a la presentación que realiza el Abogado para fundamentar el derecho que tiene la parte que sostiene la defensa y para refutar las razones esgrimidas por la parte que ejerce la acusación.** Esta expresión confiere al Letrado la facultad de realizar un planteamiento contrario al aducido por la otra parte para que, acto seguido, pueda analizar las pruebas, impugnar los argumentos de la contraparte y llevar a cabo una fundamentación jurídica de sus pretensiones con base en la legislación y jurisprudencia aplicable.

De lo expuesto se colige que el alegato consiste en un análisis crítico de la prueba efectuada en autos, tratando de convencer y persuadir al Juzgador para dictar una resolución favorable a sus intereses.

Empero, no sólo se requieren conocimientos técnicos acerca de la materia objeto de litigio, sino que es necesario la adquisición de una serie de habilidades que refuerzan nuestra presencia en sala.

PREPARACIÓN DE LA ESTRATEGIA JURÍDICA Y ESTRUCTURA DEL ALEGATO

Aunque es fundamental la agilidad mental del abogado, **en ningún caso se recomienda dejar cualquier**

“En ningún caso se recomienda dejar cualquier circunstancia o evento a la improvisación; ello sólo genera desconfianza, tensión y pérdida de atención del letrado respecto de todo aquello que ocurre en Sala en los momentos previos a su intervención”

circunstancia o evento a la improvisación; ello sólo genera desconfianza, tensión y pérdida de atención del letrado respecto de todo aquello que ocurre en sala en los momentos previos a su intervención.

El abogado que actúa en Sala no tiene oportunidad de sustituir las palabras y frases ya emitidas; obviamente, no puede memorizar un guion concreto porque es imposible conocer con exactitud todo lo que va a ocurrir en el transcurso del proceso. Por tanto, se recomienda la elaboración de una estrategia jurídica tras el estudio del asunto en profundidad y de las normas procesales, así como, preparar el proceso judicial de forma minuciosa con anterioridad a que el mismo comience, buscando el camino más factible para los intereses del cliente.

“Es recomendable suavizar o modificar el aspecto exterior del cliente, pues es cierto que hay personas que pueden encajar en un cliché determinado, que no favorezca en absoluto a la estrategia que el abogado pretende seguir”

Momentos previos al juicio

El conocimiento exhaustivo del objeto de litigio permite al abogado perder el miedo y eliminar los nervios y la inseguridad propios de un procedimiento judicial, a fin de mostrar máxima confianza en su actuación.

No obstante, antes de acudir al acto del juicio, es recomendable obtener toda la información posible acerca de las cualidades del Juzgador, pleitos diarios que conoce,

criterios jurídicos, etc; con la finalidad de que el abogado pueda hacerse una idea, lo más certera posible, del foro donde va a actuar.

Preparación del cliente para el acto del juicio

Para alcanzar un veredicto favorable no es suficiente solo con las alegaciones vertidas en el plenario, ni el resultado de las pruebas practicadas, sino que es necesario algo más.

Entre estos factores que pueden incidir en el fallo, **la primera impresión representa un papel fundamental, ya que el Juzgador, normalmente, no conoce a las partes y, por tanto, según sea positiva o negativa, esa primera impresión condicionará, en cierta medida, el veredicto final.**

En ocasiones, **es recomendable suavizar o modificar el aspecto exterior del cliente, pues es cierto que hay personas que pueden encajar en un cliché determinado, que no favorezca en absoluto a la estrategia que el abogado pretende seguir.** De igual forma, debe cuidarse la propia presencia del letrado; guardando siempre una cierta armonía con la función que éste ejerce en sala, porque todo aquel elemento que invite a fijarse más que en el alegato jurídico puede distorsionar la atención del juez.



La entrada en sala

En el momento en el que el letrado entra en sala debe conocer el lugar exacto del estrado en que debe colocarse. Además, es fundamental establecer un vínculo de empatía con el Juzgador, así como con el Letrado Colaborador de la Administración de Justicia, sin perder la compostura y el debido respeto. A tal efecto, no se recomienda establecer comunicación visual directa con el Juzgador, pudiendo considerarse como un gesto intimidatorio; es decir, al Juez no se le debe mirar directamente a los ojos, sino al entrecejo.

El comportamiento del abogado en Juicio

Si se consigue cierto grado de empatía entre el letrado y el Juez, se garantiza que, al menos, esté receptivo a escuchar el alegato que el abogado efectúe en el acto del juicio. Por tanto, **hay que evitar cualquier acto que**

“Toda actuación del abogado debe estar interrelacionada, por lo que es fundamental realizar una escucha activa durante todo el acto del juicio”

pueda enfrentar al abogado con el Juez y buscar siempre situaciones beneficiosas, como es comenzar aquellas frases que puedan contravenir al Juzgador con oraciones como “Con el debido respeto, Señoría...” o “Como conoce su señoría...”.

En lo que respecta a los interrogatorios, **toda actuación**

BIBLIOGRAFÍA

www.casosreales.es

BIBLIOTECA

- SÁNCHEZ-STEWART, NIELSON. *La profesión de Abogado. Relaciones con Tribunales, profesionales, clientes y medios de comunicación (Volumen II)*. Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2008
- TRICÁS PRECKLER, JESÚS. *La voz del cliente en los despachos de abogados*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2010
- SÁNCHEZ-STEWART, NIELSON. *La profesión de Abogado. Deontología, valores y Colegios de Abogados (Volumen I)*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2008

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- TOMÁS MARTÍN, CESAR. *Abogados: reciclarse o morir*. Economist&Jurist N° 141. Junio 2010. (www.economistjurist.es)
- GARCÍA RAMÍREZ, JULIO. *Jueces y Abogados. Consejos recíprocos para un mayor respeto en Sala*. Economist&Jurist N° 131. Junio 2009. (www.economistjurist.es)
- MALARET, JUAN. *Negociación de conflictos entre dos. Habilidad esencial para los abogados*. Economist&Jurist N° 121. Julio 2008. (www.economistjurist.es)
- FERNÁNDEZ DE LEÓN, OSCAR. *¿Qué cualidades debe tener el abogado cuando trabaja en el despacho?* Economist&Jurist N° 205. Noviembre 2016. (www.economistjurist.es)
- GARCÍA RAMÍREZ, JULIO. *Habilidades del abogado eficaz*. Economist&Jurist N° 88. Marzo 2005. (www.economistjurist.es)

del abogado debe estar interrelacionada, por lo que es fundamental realizar una escucha activa durante todo el acto del juicio. De esta forma, se logra un análisis lógico y rápido de las preguntas y respuestas; eludiendo la mala praxis de repetir preguntas ya formuladas por las otras partes, evitando las llamadas de atención del Juez y, en consecuencia, la pérdida de concentración.

Además, debe tenerse presente a la hora de proceder a realizar el interrogatorio de los testigos, evitar, si éste ha sido muy conciso en hechos que no favorecen, volver a formular preguntas relacionadas. De esta forma, se consigue que, en el supuesto que el Juez hubiera pasado por alto tal afirmación, pueda indagar sobre dicho extremo. Es decir, el abogado debe controlar y dominar, en función de las respuestas obtenidas, cuándo debe dar por finalizado el interrogatorio, aun cuando, apenas hubiera formulado preguntas al respecto.

Sintetizar

Un conocimiento exhaustivo y claro acerca del objeto de defensa, permite elaborar un alegato pulcro, limpio y entendible, aportando únicamente aquellos datos verdaderamente relevantes a la causa defendida. Ello implica,

conocer exhaustivamente el asunto enjuiciado, pudiendo sintetizar aquellos hechos y acontecimientos que rodean al mismo, evitando aportar datos que empecen la resolución del asunto y generen confusión y oscuridad.

No debe olvidarse que, hoy en día, se premia la brevedad y concisión en la exposición en público. En consecuencia, **a la hora de elaborar un alegato, lo primordial es llamar la atención del juez, mediante frases o palabras clave para este fin, cuidando mucho el estilo y la forma; ya que, cuando alguien habla de forma enrevesada, compleja, pareciendo un erudito, se debe a que, realmente, no tiene conocimiento material del asunto, sino que está repitiendo aquello que no ha llegado a comprender.**

CAPTAR LA ATENCIÓN A TRAVÉS DEL ALEGATO

La comunicación en sala no es más que transmitir aquello que hemos estado preparando y estudiando, para que sea escuchado y atendido; en suma, conseguir fijar la atención del Juzgador con lo expuesto en nuestro alegato.

El subirse al estrado conlleva estar en tensión, lo cual no significa estar nervioso, sino estar atento; haciendo uso



de las sinergias que nos permitan mantener una actitud creativa, diferente a la habitual en los foros, que mantenga activa la escucha del Juzgador en el momento de realizar nuestro alegato final.

La comunicación en sala, como ya se ha expuesto, se lleva a cabo a través de un lenguaje verbal y no verbal. Por tanto, desde que se entra en sala hay que despertar un cierto interés en aquél que nos va a escuchar; por ello es igual de importante la entonación de la voz como la postura del abogado en el estrado.

La postura

La comunicación no verbal del abogado condiciona, en ocasiones, la orientación del fallo, pues, a través de la misma, puede reforzarse la tesis defendida por el abogado o, por el contrario, desbaratar completamente la misma.

Así, deben evitarse aquellas posturas que generan en el Tribunal desconfianza sobre lo que el abogado está transmitiendo, y que reflejan cierta inseguridad en sus palabras; tales como sentarse en el borde de la silla, balancear la misma mientras habla, esconder las manos debajo de la mesa, tocarse el pelo en repetidas ocasiones, cruzar los dedos de las manos o, incluso, sostener un bolígrafo.

A modo de ejemplo, **el sostener un bolígrafo entre las manos en el momento de comenzar el alegato, únicamente genera un efecto hipnótico en el Juzgador, distrayéndole de las palabras emanadas por el letrado, lo que ocasiona desconexión, y, por ende, se bloquea su escucha activa.**

Así, la postura que debe tener el abogado en el momento en el que interviene debe ser la de un presentador de televisión en el momento de dar una noticia muy importante: manteniendo cierta inclinación hacia delante, colocando el brazo derecho apoyado sobre la mesa. De esta forma, el orador refleja máxima seguridad en lo que dice, provocando predisposición en el oyente para escuchar con atención lo que se le transmite.

La voz

La entonación de la voz durante el alegato es fundamental a la hora de conseguir la atención del Juzgador. **Es posible que el argumento esgrimido en el informe final sea, técnicamente, muy sólido, pero si, el mismo, no es escuchado activamente por el Juez, se convierte en un argumento vacío y sin relevancia alguna en el proceso.**

Por ello, el letrado debe tener suma cautela antes de intervenir en el alegato final, valorando psicológicamente la actitud que el Juzgador ha tenido durante la tramitación del acto del juicio, así como el tiempo que ha durado este y, por último, la hora en la que el mismo tiene lugar. Así, en el hipotético caso de que fuese el último juicio del día y fuera a una hora avanzada, el abogado debe reducir al máximo la duración de su informe, siendo breve y conciso.

Para que la intervención del abogado tenga el efecto deseado, se requiere tener preparado previamente la estructura del alegato; lo cual no significa leer un guion, sino tener unas pautas que sean acordes a la estrategia judicial seguida durante el proceso.

En este sentido, hay que intentar focalizar la atención del Juzgador. En ocasiones puede ser de ayuda para conseguirlo comenzar la intervención con una frase excéntrica, que provoque su atención; de esta forma, será más fácil que el Juez escuche el alegato del abogado de una forma activa y comprometida.

Una vez que hayamos conseguido esto, el informe no debe ser nunca monótono, aburrido ni lineal; sino que deberá hacerse en voz alta, sin vociferar, vocalizando correctamente, haciendo énfasis y entonando de manera especial aquellas palabras que resulten más relevantes para la resolución del asunto, según nuestro interés. ■

CONCLUSIONES

- Desde la experiencia de más de veinticinco años ejerciendo la abogacía en los Tribunales, puede concluirse que los pleitos se ganan y se pierden por detalles; por lo que es fundamental idear una estrategia previa que contenga todas las recomendaciones mencionadas en este artículo, que nos permitan alcanzar el objetivo diseñado

NOTICIAS DEL MUNDO JURÍDICO

EL COLEGIO DE ABOGADOS DE CÁCERES DESTINA CASI 6.000 EUROS A LABORES HUMANITARIAS

Como ya viene siendo habitual, el Colegio de Abogados de Cáceres ha destinado una partida de su presupuesto anual a labores humanitarias y colectivos sociales, en concreto se trata del 0,7%. Se trata de una

práctica habitual del Colegio de Abogados desde hace más de veinte años, en los que no han faltado ninguno, a pesar incluso de la crisis, que vio reducidos los ingresos del Colegio.



LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL SE DA CITA EN VALENCIA POR LA ASAMBLEA DEL COLEGIO DE ABOGADOS PENAL INTERNACIONAL

El Colegio de Abogados de Valencia en su sede colegial la octava Asamblea General del Colegio de Abogados Penal Internacional con la presencia, entre otras personalidades, de la Presidenta de la Corte Penal Internacional o el Vice-Presi-

dente del Tribunal Supremo español sobre Cooperación Penal Internacional. A la Asamblea del CAPI también acudirán representantes de más de 20 países, como Noruega, Egipto, Holanda, Japón, Eritrea, EEUU entre otros.



EL COLEGIO DE ABOGADOS DE GRANADA ALCANZA UN ACUERDO QUE PONE FIN AL LITIGIO SOBRE EL PROCESO ELECTORAL DE 2012

La Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Granada ha llegado a un acuerdo que concluye con el pleito sobre el proceso electoral desarrollado en 2012 y permite reestablecer la paz colegial en el seno de la institución, gracias a la predisposición de los

miembros de las dos candidaturas implicadas. En concreto, el documento firmado por las partes litigantes y ratificado por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 3 de Granada mediante Decreto de 1 de febrero de 2017, establece la incorporación de

Santiago López-Rubio Troncoso como vicedecano de la Junta de Gobierno durante los próximos dos años, junto a los otros candidatos electos, Santiago Benavides Delgado, Juana Torres Gázquez y Antonio Mir Ruiz.

ABOGADOS Y PROCURADORES SE REÚNEN PARA ESTABLECER CRITERIOS Y POSICIONES ANTE LOS DESAFÍOS COMUNES DE AMBAS PROFESIONES

Victoria Ortega, presidenta del Consejo General de la Abogacía Española, y Juan Carlos Estévez, Consejo General de Procuradores de España, han analizado la situación general de la Justicia, la aplicación del IVA en la Justicia Gratuita, las posibles reformas legales que demanda el sector jurídico y el servicio

de Turno de Oficio especializado en Violencia de Género en los Colegios de Abogados y Procuradores. Una de las decisiones adoptadas por ambas instituciones ha sido trabajar de manera conjunta en las reformas legales que contribuyan a la mejora de la Administración de Justicia.



MARTÍN ALEÑAR ASUME SU SEGUNDO MANDATO COMO DECANO DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE BALEARES

“Con la ilusión intacta y con la máxima responsabilidad que exige trabajar por y para la abogacía” es como Martín Aleñar asume su segundo mandato como decano del Colegio de Abogados de Baleares (ICAIB). En

la toma de posesión de los nuevos cargos de la Junta de Gobierno, con la presencia de la presidenta de Abogacía Española, Victoria Ortega, y de las principales autoridades judiciales de las islas.

GARRIDO ABOGADOS FICHA A MANUEL GORDILLO COMO NUEVO SOCIO DEL ÁREA DE LITIGACIÓN Y ARBITRAJE

Garrido Abogados inicia su 25 aniversario con la incorporación de Manuel Gordillo Alcalá como nuevo socio responsable del área de Litigación y Arbitraje.



D. Manuel Gordillo

LUIS ALONSO RECIBE EL PREMIO CLIENT CHOICE 2017 AL MEJOR ABOGADO DE M&A EN ESPAÑA

Luis Alonso se incorporó a Clifford Chance en el año 2004 y está especializado en operaciones de M&A, OPAs, joint-ventures y reestructuraciones societarias, asesorando habitualmente tanto a compañías españolas como a fondos internacionales.



D. Luis Alonso

JAIME PÉREZ-BUSTAMANTE, NUEVO MIEMBRO DEL CONSEJO MUNDIAL DE LINKLATERS

Linklaters ha nombrado a Jaime Pérez-Bustamante miembro del consejo mundial (Partnership Board) de Linklaters. Se trata del máximo órgano de representación de los socios de la firma y está compuesto por once miembros, además del Socio Director mundial y el Senior Partner global.



D. Jaime Pérez-Bustamante

ABDÓN PEDRAJAS & MOLERO FICHA A GONZALO BLANCO COMO 'OF COUNSEL'

Gonzalo Blanco cuenta con cerca de 20 años de experiencia en el área laboral en materias de negociación colectiva, despidos colectivos y Derecho sindical.



D. Gonzalo Blanco

OLLEROS ABOGADOS INCORPORA A GUILLERMO MEDINA COMO SOCIO DEL ÁREA MERCANTIL

Olleros Abogados ha incorporado a Guillermo Medina como socio del área Mer-

cantil, reforzando así las capacidades de este departamento en la oficina de Madrid.

ALBERTO ÁLVAREZ MARÍN, NUEVO SOCIO DE MARISCAL & ABOGADOS



D. Alberto Álvarez Marín

Alberto Álvarez Marín ha sido nombrado socio del despacho internacional Mariscal & Abogados. Con una sólida formación internacional y una dilatada experiencia en el asesoramiento a clientes en materia de derecho mercantil, tanto en despachos nacionales como internacionales de primer nivel, Alberto es experto en Derecho de la empresa.

MARTÍN GODINO RECONOCIDO COMO UNO DE LOS 30 MEJORES ABOGADOS LABORALISTAS DEL MUNDO POR EUROMONEY BEST OF THE BEST



D. Martín Godino

Martín Godino Reyes, socio director de Sagardoy Abogados, ha sido reconocido por la prestigiosa guía Euro-money Best of the Best como uno de los 30 mejores abogados del mundo en el área laboral. Este importante reconocimiento es fruto de las nominaciones realizadas por abogados y clientes.

OLLEROS ABOGADOS INCORPORA A GUILLERMO MEDINA COMO SOCIO DEL ÁREA MERCANTIL

Olleros Abogados ha incorporado a Gui-

llermo Medina como socio del área Mer-



D. Guillermo Medina

NOVEDADES EDITORIALES

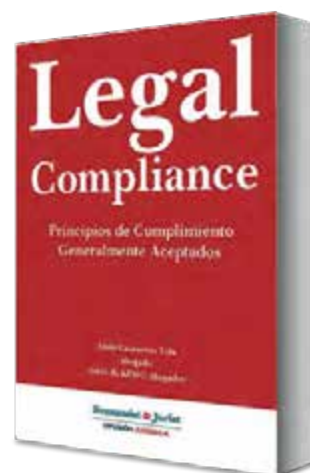
LEGAL COMPLIANCE

Casanovas Ysla, Alain

Ed. Difusión Jurídica

Páginas: 250

El término “cumplimiento” se aplica en contextos muy variados, tales como el denominado corporate compliance (penal), tax compliance (impuestos), competition compliance (derecho de la competencia), etc. ¿Existe realmente una definición sobre qué es compliance y que ámbitos abarca?, ¿cómo se organiza un sistema general para la gestión del cumplimiento normativo y que responsabilidades personales asumen los Chief Compliance Officers?, ¿qué relación existe entre ética y cumplimiento?, ¿cuál es la relación entre cumplimiento, gobernanza y gestión del riesgo?



LA COMPRAVENTA CON PACTO DE SUPERVIVENCIA

García Mon-Quirós, Fernando

Ed. Dykinson

Páginas: 454

Una figura muy sugestiva del Derecho patrimonial de la familia es la que el Código civil de Cataluña denomina “adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia”. Su misma naturaleza jurídica continúa siendo objeto de controversia, ya que a lo largo de tiempo se ha planteado soluciones tan dispares como que constituye un pacto capitular, un contrato oneroso y aleatorio...



GUÍA PRÁCTICA DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO (E-BOOK)

Carmen Algar Jiménez

Ed. Difusión Jurídica

Páginas: 561

Este libro se presenta como una guía para dar respuesta a los siguientes interrogantes que se puede plantear el Trabajador Autónomo.

¿Soy un Trabajador Autónomo? ¿Cuál es mi marco jurídico? ¿Soy un TRADE (trabajador autónomo económicamente dependiente)? ¿Cuál es mi marco jurídico? ¿Tenemos los Autónomos derechos colectivos?



INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL

Begoña Vidal Fernández

Ed. Tecnos

Páginas: 365

La Introducción al Derecho Procesal se articula en este libro en 16 capítulos agrupados en 5 Partes. La Parte I plantea los diferentes métodos de resolución de conflictos, y a continuación desarrolla el estudio de tres conceptos que llamamos básicos porque de su comprensión deriva la del resto de las instituciones y nociones de esta rama del ordenamiento: acción, jurisdicción y proceso. Pero el derecho procesal se actúa ante los tribunales.



LECCIONES DE DERECHO PRIVADO TOMO I (VOLUMEN 1) TEORÍA DE LA NORMA JURÍDICA. INTRODUCCIÓN AL DERECHO CIVIL

Ed. Tecnos

Páginas: 208

Lecciones de Derecho Privado constituye un manual universitario. Nace por y para la Universidad bajo la dirección de los catedráticos de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla, Manuel Rivera Fernández y Manuel Espejo Lerdo de Tejada, quienes han contado en su elaboración con la participación de numerosos profesionales del Derecho.

LIBROS DISPONIBLES EN LIBROS 24 HORAS

www.libros24h.com

LIBROS24h.com

WWW.LIBROS24H.COM



CIMA Publicidad

CONSIGUE TU INFORME DE *REPUTACIÓN ONLINE*

¡SOLICÍTALO!



01

POTENCIAL

DE **CRECIMIENTO** Y MEJORA
QUE TIENE TU WEB

02

REPUTACIÓN

QUÉ SE DICE DE TU EMPRESA
SI LA GENTE TE ADORA O
TIENES DURAS CRÍTICAS

03

ACCESIBILIDAD

SI ESTÁS PERDIENDO CLIENTES
POR VELOCIDADES DE CARGA,
INCOMPATIBILIDADES...

04

CAPTACIÓN

BAJOS RATIOS DE CONVERSIÓN
POR MENSAJES INADECUADOS,
NO USAR LLAMADAS A LA ACCIÓN...

IX EDICIÓN PREMIO JURÍDICO INTERNACIONAL ISDE 2017

WWW.PREMIOJURIDICO.COM



Distingue la investigación y el estudio del Derecho de
estudiantes y profesionales

Patrocinadores



THOMSON REUTERS



Colaboradores / Categoría Profesionales

1961 Abogados y Economistas
ADR Abogados
Alemany & Muñoz de la Espada Corporate Legal
Allen & Overy
Araoz & Rueda
Ashurst
BDO Abogados & Asesores Tributarios
Benow Partners
Bird & Bird
Broseta
Bufete Amorós
Cuatrecasas, Gonçalves Pereira
Deloitte
Dentons
DLA Piper
Eugenio Moure Abogados
Euriux Abogados
Eversheds Nícea
EY Abogados
Francis J. Vassallo & Associates
Agencia Organizadora:

Freshfields
Garrido Abogados
GPartners
Goñi y Cajigas Abogados
Herrero y Asociados S.L.
Jausas
Jimenez Astorga Abogados y consultores
JM Arnau & Asociados
King and Wood Malleson
Linklaters
Luis Romero y Asociados
Montero Aramburu Abogados
Oñeros Abogados
Pérez Llorca
Pérez+Partners
Pintó Ruiz & Del Valle
PKF Attest
Quorum Asesores J.A.S.L.
Ramón y Cajal Abogados
Ródl & Partner
Sacristán & Rivas Abogados
Sánchez Stewart Abogados
Schiller Abogados
Sentencia, Bufete Jurídico Internacional
Squire Patton Boggs
Yingke Adarve

Universidades / Categoría Estudiante

Columbia Law School
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas Universidad Carlos III de Madrid
Facultad de Derecho - Universidad de la Laguna
Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid
Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz
Facultad de Derecho Universidad de Valladolid
Facultad de Derecho y Economía. UdL
Instituto Tecnológico de Monterrey
Nebrija Universidad
Pontificia Universidad Católica de Chile
The City Law School
Universidad Alfonso X el Sabio
Universidad Camilo José Cela
Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir
Universidad de Oviedo (Facultad de Derecho)
Universidad de Barcelona
Universidad Miguel Hernández de Elche
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
Universitat Pompeu Fabra
Universidad Rafael Urdaneta de Venezuela
Universidad de Santiago de Compostela
Universidad Francisco Marroquín
Wolfson College Cambridge



Medios Oficiales:



Tel.: (+34) 911 265 180 · info@premiojuridico.com · www.premiojuridico.com