



CLÁUSULAS SUELO. LA PRUEBA. La carga de la prueba de la negociación de la cláusula suelo y los efectos de su nulidad.

La parte demandada debe probar (la entidad bancaria), tal como le corresponde al amparo de lo establecido en el artículo 217.2 LEC, que la cláusula suelo del préstamo hipotecario es negociada, es decir, que el consumidor pudiera influir en su contenido – de acuerdo con la STS de 3/06/2016.

En definitiva, para que se considere que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación en masa no tienen el carácter de condiciones generales de la contratación - es decir, cláusulas no negociadas-, "es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario" (sentencia del TS 265/2015, de 22 de abril). Como recuerda la mencionada sentencia del TS 265/2015 de 22 de abril: "el sector bancario se caracteriza porque la contratación con consumidores se realiza mediante cláusulas predispuestas e impuestas por la entidad bancaria, y por tanto, no negociadas individualmente con el consumidor, lo que determina la procedencia del control de abusividad previsto en la Dir. 1993/13/CEE y en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, salvo que se pruebe el supuesto excepcional de que el contrato ha sido negociado y el consumidor ha obtenido contrapartidas apreciables a la inserción de cláusulas beneficiosas para el predisponente"



Si se niega, por tanto, por la parte actora, la existencia de dicha negociación, y dado que la llamada "cláusula - suelo" , tal como expresó el TS en su Sentencia de 9 de mayo de 2013, no es nula "per se", procede por el Juez el examen de su transparencia tanto formal o de incorporación como material o de inteligibilidad en aras a determinar si resulta o no procedente la nulidad de la misma, con las consecuencias dimanantes en su caso. A este respecto, se concluirá que la cláusula suelo en cuestión aunque supere el control de incorporación o transparencia formal - esto es, venga destacada en el contrato de préstamo hipotecario, correctamente incluida en el mismo, con distinción, y claridad-, si no supera el de transparencia material o comprensibilidad, esto es , si no es entendible para el ciudadano medio, será abusiva y por consiguiente, nula. Así pues, en el fundamento 224 de la sentencia del Alto Tribunal últimamente citada, se indica que: "lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza". Es decir, el adherente o prestatario suscribe el contrato sin aprehender el alcance económico y jurídico del mismo, desconociendo las consecuencias que le deparará.

La cláusula suelo no es transparente desde el punto de vista material, cuando concurre falta de información suficiente de la carga económica que entraña para los prestatarios, ni se han acreditado simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de la concertación del contrato, ni se ha probado que haya información previa, clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad - en caso de existir- , o advertencia de que al concreto perfil del cliente no se le ofertan las mismas. En definitiva, es abusiva dicha cláusula cuando se crea la apariencia de un



contrato de préstamo a interés variable cuando el índice de referencia en su previsible evolución lo convertirá en un contrato con interés mínimo fijo, y que sólo variaría eventualmente al alza, por lo que el adherente queda imposibilitado a la postre de un eventual beneficio derivado de la bajada del tipo de interés de referencia.

En cuanto a las consecuencias que se predicen de la nulidad impetrada por la parte actora, ha de estarse a lo resuelto por la Sentencia de 21 de diciembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la cual señala en su párrafo número 74 que : "dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el TS acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión", y por tanto, tal como se recoge en el párrafo número 61 de esta misma sentencia: "... una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido (...)Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula", y que se centra en suma en "la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva" (párrafo 66), y se adecua a su vez con lo dispuesto en el art 1303 del CC, según el cual: "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".



Alfredo García LópeZ
Ana Conde de Cossío ToyoS

ABOGADOS

Por consiguiente, la restitución de las prestaciones que impone el art 1303 del CC supondrá además de la inaplicación pro futuro de la cláusula, que la demandada debe recalcular el cuadro de amortización del préstamo desde su constitución sin tener en cuenta la cláusula anulada, debiendo restituir a los prestatarios, en su caso, las cantidades percibidas como consecuencia de su aplicación.



Alfredo García LópeZ
Ana Conde de Cossío ToyoS

ABOGADOS