

eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

ZUZENBIDE
FAKULTATEA
FACULTAD
DE DERECHO

ZUZENBIDE FAKULTATEA (LEIOAKO ATALA)

2020-2021 IKASTURTEA

GRADU AMAIERAKO LANA

**ZORU KLAUSULEN ETA HAUEN NOBAZIOAREN HURBILKETA TEORIKO-
PRAKTIKOA**



AUTOREA: MARKEL BRAVO BARTOLOMÉ

ZUZENDARIA: JON ATXUTEGI GUTIERREZ

AURKIBIDEA

LABURDURAK.....	3
LABURPENA.....	4
I.- SARRERA.....	5
II.- ZORU KLAUSULA ETA HONEN NOBAZIOA HIPOTEKA KONTRATUETAN.....	6
1.- Zoru klausulen kontzeptualizazioa.....	6
2.- Zoru klausulen inguruko jurisprudenziaren eboluzioa.....	11
2.1.- Auzitegi Goreneko zibileko salako 2013ko Maiatzaren 9ko sententzia: gehiegikeriaz ordaindutako zenbatekoen atzeraeragin ezaren deklarazioa.....	11
2.2.- Auzitegi Goreneko zibileko salako 2015eko Martxoaren 25eko sententzia: “Ex tunc” egoerara bueltatu bai ala ez?.....	17
2.3.- Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak 2016ko Abenduaren 21ean emandako sententzia: atzeraeraginaren mugaketaren ezabatzea.....	20
3.- Kontsumitzaileen epaiketaz kanpoko erreklamazioa: 1/2017 Errege Dekretua...22	
4.- Zoru klausulen nobazioa.....	27
4.1.- Nobazioaren kontzeptualizazioa.....	27
4.2.- Nobazioaren nulitate kausak.....	33
4.3.- Bereziki hipoteka maileguaren nobazioa.....	35
III.- ZORU KLAUSULEN ETA NOVAZIOAREN EBAZPEN PRAKTIKOA.....	39
1.- Hipoteka maileguaren eskrituraren azterketa.....	40
2.- Bilboko Lehen Instantziako epaitegian tarteratutako demandaren azterketa...41	
3.- Bilboko Lehen Instantziako Epaitegiaren sententziaren azterketa (50214/2018 sententzia).....	42
4.- Bizkaiko Probintzia Auzitegiaren sententziaren azterketa (SAP BI 2216/2019).....	43
IV.- ONDORIOAK.....	44

V.- BIBLIOGRAFIA.....	45
1.- Doktrina.....	45
2.- Webguneak.....	47
VI.- ERABILITAKO JURISPRUDENTZIA.....	48
VII.- ERANSKINAK.....	49
1.- Eranskina.....	49
2.- Eranskina.....	55
3.- Eranskina.....	59
4.- Eranskina.....	66

LABURDURAK

AG Auzitegi Gorena

art artikulua

BOE Boletín Oficial del Estado

EBJA Europar Batasuneko Justizia Auzitegia

ECLI European Case Law Identifier

ED Errege Dekretua

KZ Kode Zibila

OJ Oinarri juridikoa

PA Probintzia Auzitegia

ROJ Repositorio Oficial de Jurisprudencia

SAP Sentencia de la Audiencia Provincial

STS Sentencia del Tribunal Supremo

LABURPENA

Lan honen helburua zoru klausulen eta hauen nobazioaren kontzeptuak azaltzea da; horretarako, lehenik eta behin historia hurbilean izan dituzten nondik norakoak aztertuko dira, bigarrenik, hauen inguruko eboluzio jurisprudenziala ikertze aldera. Bukatzeko, lanaren azken atalean, zoru klausulen errealitateko kasu baten azterketa gauzatu da, kontsumitzaileek gaur eguneko egoerara heldu arte jarraitu behar izan dituzten pausoak landuko direlarik: hipoteka maileguaren eskrituratik Probintzia Auzitegiko sententziara artekoa, gaur egunean kasu zehatz hau AG-an aurkitzen delarik.

HITZ GAKOAK: Zoru klausula, nobazioa, kontsumitzaile, finantza entitate.

I. SARRERA

Gaur egun zoru klausulak edonork ezagutzen ditu edo, behintzat, klausula mota hauen nondik norakoak zuzenbidean aditua ez den pertsona batek erraz uler ditzake. Hala ere, denboran atzera egiten baldin badugu, inork ez zuen klausula hauen berririk. Kontsumitzaileek egindako esfortzua dela eta, 2010. urtetik aurrera ezagunak bilakatu ziren, kontsumitzaileak konturatu baitziren hainbat bankuk zoru klausula txertatzen zutela izaera aldakorreko hipoteka maileguaren baitan, kontsumitzaileari edota hipotekatuari inolako informaziorik eskaini gabe.

Hau dela eta, lan honen helburua zoru klausulen kontzeptua azaltzea da, gertakari historikoei erreferentzia eginez zoru klausulen eboluzioa ulertzeko. Honetarako, azalpen teorikoak garapen historiko batekin irudikatu dira irakurleari gaiaren ezagutza sakonagoa emateko. Gainera, jurisprudenziaren aldetik eta zoru klausulen testuinguruan, hiru sententzia garrantzizkoenak aztertzea komeni izan da, ez bakarrik hauek izan duten garapenagatik, baizik eta espainiar ordenamenduko epaiak Europar Batasunean emandako epaiekin kontrajartzen direla uztartzeko.

Zoru klausulak aztertze unean, lana sortzeko momentuan, harreta deitu didan instituzioa nobazioarena izan da. Ikus daitekeen bezala lanean finantza entitateek bezeroei plazaratutako irtenbide moduan eman izan da eta azken urteotan garrantzia handiago eman izan zaio, jatorriz nulua zen klausula baten eraldatzea suposatzen zuelako eta are gehiago, nobazioarekin batera bezeroen eta entitateen arteko gatazka juridikoen behin betiko uztea suposatzen zuelako. Hobe esanda, bezeroek bankuaren aurkako edozein akzio tarteratzeari uko egitea.

Azken egoera hau hobeto azaltzeko asmotan ere, komeni izan da ez soilik jurisprudenzia ulerkorra ekartzea, baizik eta bankuen eta bezeroen arteko judizioz kanpoko akordioa ondo islatzen duena azaltzea. Lanaren azkenengo zatia zoru klausula eta nobazioa dituen errealitateko eta hurbiletik ikusi izan dudana kasu baten azalpen eta analisisa da, dokumentazioarekin batera azalduko dudana. Horretarako 4 eranskin txertatuko dira dokumentuan, irakurleak lanaren azkenengo zatia irakurtzean argi uler dezan azalpenak nondik nora doazen.

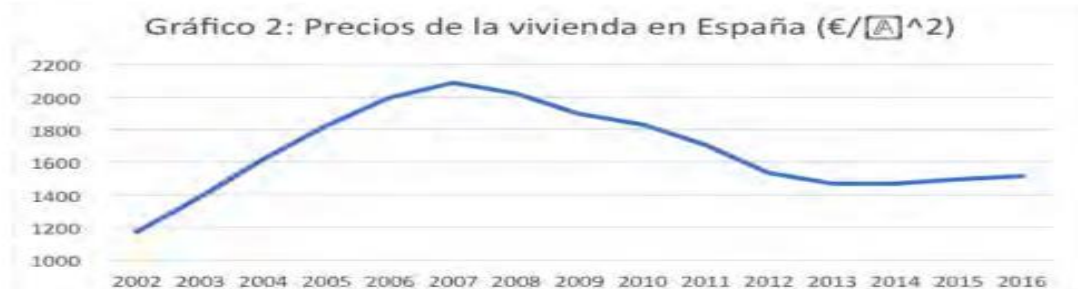
II. ZORU KLAUSULA ETA HAUEN NOBAZIOA HIPOTEKA KONTRATUETAN

1.- Zoru klausulen kontzeptualizazioa

Hipoteka mailegu kontratuen baitan txertatzen den klausula mota bat da. Klausula honek helburu bat du eta helburu hori da batik bat, mailegu-hartzaileak ordaindu beharreko interesetan muga batzuk ezartzea. Beraz klausula honek bi muga ditu, hau da, goranzkoa -“cláusula techo” izenaz ezagunagoa- eta beheranzkoa -“cláusula suelo” izenaz ezagunagoa-¹. Edozein kasutan zoru klausulak zer diren hobeto ulertzeko 1997. urtera egin behar dugu atzera. Urte hartan Higiezin Burbuila² eman zen, hau da, ondasun higiezinaren prezioen hazkunde azkar bat,

¹Honen harira, autore anitzek idatzi dute, besteak beste, LLAMAS POMBO, Eugenio: “La nulidad de las cláusulas suelo”, *Ars Iuris Salmanticensis*, 2013, 11-17. orr: “Nos referimos a aquella condición general de un contrato de préstamo hipotecario concertado a interés variable, que establece un tipo mínimo y máximo de referencia, es decir, una cláusula limitativa del tipo de interés, esto es, la conocida como «cláusula suelo-techo» (...) la jurisprudencia a que nos referíamos afirma que, a pesar de la existencia de una escritura pública y del control efectuado por el notario, en el proceso hay un desconocimiento de la oferta vinculante, de donde resulta que no hay prueba de la información sobre la cláusula que opere como presupuesto del conocimiento por la misma del actor”. Aurreko autorearen azalpenen harira DURÁN-SINDREU BUXADÉ Antonio: “El adiós a las cláusulas suelo”, *Revista Acofar*, 2014, 54-55. orr: “El problema radica cuando en estos tipos de interés referidos como cláusulas suelo y techo, el límite de variabilidad a la baja es inferior al límite de variabilidad al alza”.

²Ildo honetatik, ÁLVAREZ ALBA, Javier: “Crecimiento y estallido de la burbuja inmobiliaria en España: causas y consecuencias”, *Cuadernos del Tomás*, 2017, 17-34. orr: “Las condiciones del mercado hipotecario fueron uno de los primeros detonantes de esta crisis económica, , las cuales fueron generando unas expectativas alcistas de precios sobre las personas, que acabaron siendo decisivas en este estallido, haciendo creer a éstas que los precios nominales de las viviendas nunca caerían (...). El inicio del crecimiento de la burbuja inmobiliaria en nuestro país se puede situar a partir de nuestra adhesión a la Unión Europea, ya que con la transmisión de políticas que pasarían a ser comunes se forman causas que tendrán que ver con la formación de la burbuja (...). Tanto es así, que el precio de la vivienda se incrementó desde el año 2002 hasta el año 2007 en un 44'16% siguiendo las cifras del Ministerio de Fomento de los precios de la vivienda (...). El crecimiento de la demanda de la vivienda fue espectacular. Tanto es así que la oferta, aunque aumentó de forma considerable, no lo hizo suficientemente para poder absorber la demanda sin generar un aumento de los precios de la vivienda”.



zeinetan gerora ondorioztatu zen, hazkunde hura espekulazioan oinarrituta zegoela. Beraz ondasun higieziari haien balio errealek gorako balorazioa ematen zitzairen, eta balorazio edo neurketa hori “IPV” (*Índice de Precios de Vivienda*)³ izeneko instrumentuaren bidez gauzatzen zen. Honen bidez etxebizitzaren salerosketa prezioaren eboluzioa neurtzen zen eta gerora etxebizitzek izango zuten prezioa ezagutzea edo, behintzat, gutxi-gorabeherako salneurria ezagutzea ahalbidetzen zuen.

Hala eta guztiz ere 2007. urtean prezioen gorengo maila bat eman zen eta burbuila lehertu zenean 2008-2011. urteetako krisi ekonomiko gogorra eman zen. Honen harira, 1997 eta 2007 urteen artean banku eta kontsumitzaileen arteko hipoteka mailegu kontratuetan zoru klausula txertatzen zen. Horrela, etxebizitzaren prezioa handiagoa izanik, jendeak mailegu handiagoak eskatzen zituen eta horren ondorioz zoru klausula bezalako interesarekin entitateek haien irabaziak areagotzea lortzen zuten. Hala ere, nahiz eta zoru klausula ez izan burbuilaren eragile, kontuan hartu beharreko kontzeptua da⁴. Izan ere, burbuilaren hasieratik klausula hauek txertatzen hasi baitziren finantza entitateak. Honek suposatu zuena izan zen, kontsumitzaile askok, jada krisi ekonomikoan murgildurik interes aldakorreko hipotekak sinatu zituztela eta nahiz eta Euriborraren jaitsiera nabarmena eman, beti ordaindu beharko zutelako bankuarekin adostutako interes minimo hura.

Espainiako Bankuak igorritako azken txostenak adierazi zuen bezala, iruzurrez, bankuek 4000 miloi euro kobratu zituzteten gehiegikeriaz haien bezeroei zoru klausuletako interesen bitartez.

³Kontzeptu honen nondik norakoak hobeto ezagutzeko hurrengoko webgunera joatea komeni da: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736152838&menu=ultiDatos&idp=1254735976607 INE. Índice de precios de vivienda: “El **Índice de Precios de Vivienda (IPV)** tiene como objetivo la medición de la evolución de los precios de compraventa de las viviendas de precio libre, tanto nuevas como de segunda mano, a lo largo del tiempo. La fuente de información utilizada procede de las bases de datos sobre viviendas escrituradas que proporciona el Consejo General del Notariado, de donde se obtienen los precios de transacción de las viviendas, así como las ponderaciones que se asignan a cada conjunto de viviendas con características comunes. La muestra utilizada para esta estadística comprende todas las viviendas escrituradas en el trimestre de referencia”.

⁴Horrela adierazten dute honako autore hauek abusuzko klausulak zer diren, CÁRDENAS FERNÁNDEZ, María: “Cláusulas abusivas”, *Junta de Andalucía Consejería de Fomento y vivienda*, 2015, 107-149.orr: “Las cláusulas abusivas son todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en con tra de las exigencias de buena fe, causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. El 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. Estas cláusulas son nulas de pleno derecho”.

Espainiako Bankuak ere estimatu zuen zenbat espainiar suertatuko ziren kaltetuta abusuzko klausula hauen ondorioz. Haien zenbakiek adierazten zuten, hiru milioi espainiar baino gehiago kaltetu zirela klausula hauen txertatzea lehenengoz eman zenetik. Hala ere, pertsona askok galdera berdina egin ohi zioten bere buruari; Nola eta non identifikatu dezakegu zoru klausula? Jende askok ez zekien non identifikatu zitzakeen aipatutako abusuzko klausula hauek eta kontsumitzaile gehienek logika guztiz, etxebizitzaren erosketaren eskrituretara jotzea erabakitzen zuten. Etxebizitzaren eskrituretan aldiz ez zuten inolako informaziorik aurkitzen klausula mota horietaz. Zoru klausula identifikatzeko beraz⁵, hipoteka maileguko eskrituretara

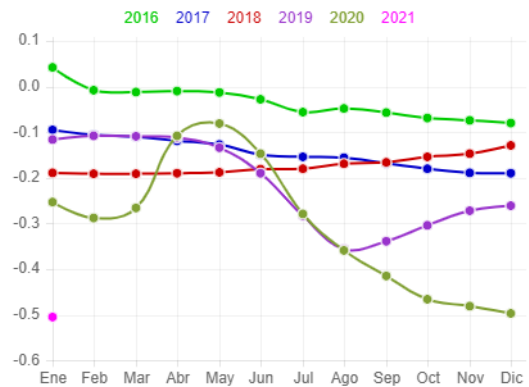
⁵Identifikazioa eta eredu praktiko bat jarritz, CÁRDENAS FERNÁNDEZ, María: “Cláusulas abusivas”, Estudios jurídicos sobre vivienda y deshaucio, *Junta de Andalucía Consejería de Fomento y vivienda*, 2015, 107-149.orr: “Concluimos con la definición de cláusula abusiva mediante un ejemplo de contrato no negociado individualmente con la introducción de una cláusula suelo en un préstamo hipotecario: Hipótesis: Un sujeto X, en 2005, se dirige al banco La Caixa para pedir un préstamo hipotecario, y firma el mismo día una hipoteca de treinta años de duración. Supongamos que ese año el Euribor se encontraba en un 3,5%, y que a este se le suma ría un tipo de interés de las cláusulas del 1,5%, por lo que resultaría interés total del 5% En 2006 sube el Euribor, y la cantidad final sigue aumentando. Suponiendo que sube el Eunbor a un 3,9%, sumándole el tipo de interés del 1,5% (que es fijo), se establece una suma total del 5,4%. Así ocurre sucesivamente, año tras año, hasta llegar a 2014. En 2014, el Euribor ha bajado a un 0,5 %, y el tipo de interés sigue siendo el mismo (1,5 %). Por tanto, lo correcto sería pagar un interés total del 2% Pero ¿cuál es el problema? Pues que el sujeto X tenía incorporada en su contrato una clausula suelo con un minimo del 3%, por lo que nunca podría pagar menos de esa cantidad. Ese uno por ciento de diferencia entre lo que debería pagar y lo que realmente paga, por tener la cláusula suelo en su préstamo hipotecario, se considera abusivo. También puede tener una cláusula techo, que sería el máximo interés a pagar que supongamos que es del 12%”. **Nola kalkulatu dezakegu zoru klausula?** Demagun $X = \% 2.75$ dela (X zoru klausularen balio nominalak, hau da, $\% -0.5$, hipoteka mailegua eskuratu duen pertsonak, nahiz eta Euriborra maileguko zoru klausulako indizea baino baxuago izan, mailegudunak beti ordaindu beharko du $\% 2.75$ -eko interes tipoa. Badakigunez, honek mailegudunari kalte bat suposatuko lioke, izan ere eta lehenago azaldu bezala, honek $\% 2.75$ -eko interesa ordaindu behar izango duelako nahiz eta Euriborraren indizea askoz ere baxuagoa izan. Pertsona batek errealitateari dagokionez ordaindu behar lukeena kalkulatzeko, lehenik eta behin ulertu behar duguna da, interes aldakorraren kalkulua egiteko, bi balio gehitu behar ditugula. Balio hauek izango dira alde batetik erreferentziazko indizea (Euriborra) eta beste alde batetik balore diferentziala edo interes finko bezala ezagunagoa dena. Kontua da, Euriborraren balioa $\% -0.5$ ekoa dela jotzen baldin badugu eta diferentziala $\% 0.6$ koa (diferentziala da interes finkoa), printzipioz pertsona batek errealitatean ordaindu beharko lukeena $\% 0.1$ a litzateke. Hala ere, zoru klausularen balio nominalak, hau da, $\% 2.75$ ak esaten digu beti ordaindu beharko dugula hau, izan ere hori izango delako muga. Honek suposatzen du kontsumitzaileak $\% 2.65$ eko alde hori jasango duela, nahiz eta azaldutako balore horien gehiketa baxuagoa izan.Taula honetan irudikatzen da Euriborrak azkenengo urteetan jasan dituen fluktuazioak, 2021eko urtarrilean $\% -0,5$ eko balioa duelarik. Aipatzekoa da, geroago sakonago praktikara eramango dudun arren, diferentzialaren balioa bankuak eskrituretan adierazten zuela.

jo behar zuten eta jada hura eskuartean zutela, klausula hau modu ezberdinetan adierazten zela ikusi ahal izan zuten⁶. “*Límites a la aplicación del interés variable*”, “*Límite de la variabilidad*” edota “*Tipo de interés variable*”⁷ bezalako terminologia erabili ohi zen hipoteka maileguko eskrituretan⁸.

Euribor a un año (Media Mensual):

	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Enero	0,042	-0,095	-0,189	-0,116	-0,253	-0,505
Febrero	-0,008	-0,106	-0,191	-0,108	-0,288	
Marzo	-0,012	-0,110	-0,191	-0,109	-0,266	
Abril	-0,010	-0,119	-0,190	-0,112	-0,108	
Mayo	-0,013	-0,127	-0,188	-0,134	-0,081	
Junio	-0,028	-0,149	-0,181	-0,190	-0,147	
Julio	-0,056	-0,154	-0,180	-0,283	-0,279	
Agosto	-0,048	-0,156	-0,169	-0,356	-0,359	
Septiembre	-0,057	-0,168	-0,166	-0,339	-0,415	
Octubre	-0,069	-0,180	-0,154	-0,304	-0,466	
Noviembre	-0,074	-0,189	-0,147	-0,272	-0,481	
Diciembre	-0,080	-0,190	-0,129	-0,261	-0,497	

Gráfico de evolución del Euribor Mensual:



⁶Bere doktorego tesian hala dio VALLÉS PERELLÓ, Antonio: *Sistemas de control de la cláusula de interés variable en los préstamos hipotecarios*, Universitat de les Illes Balears, 2020, 53. orr: “La generalización de los préstamos a interés variable supone que el prestatario asuma la totalidad del riesgo de tipo de interés, es decir, tendrá que asumir las fluctuaciones de los tipos de interés de su concreta operación, lo que obviamente plantea un incremento del riesgo de impago en función del porcentaje de endeudamiento del deudor en relación con el volumen de ingresos y con la evolución de los tipos de interés (...) Ocurrirá en los supuestos de préstamos a tipo de interés fijo, incluso en no pocos casos de operaciones a interés variable, en las que, por ejemplo, el diferencial es de varios puntos porcentuales, de tal manera que se está pagando un interés muy superior al real del mercado o en aquellas operaciones con cláusula suelo (en la mayoría de casos con suelo del 3,5 % ó 4 %) que si los tipos de interés disminuyen los prestatarios pueden desear cancelar el crédito obtenido y financiarse a tipos más acordes con el mercado”.

⁷Interes aldakorraren txertaketari buruz burbuilaren garaian hau dio LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Derechos reales y Derecho hipotecario*, Marcial Pons, 2005, 73. orr : “La alta tasa de inflación característica de España durante décadas ha determinado que los intereses hipotecarios hayan sido igualmente muy altos (al menos, en comparación con otros países de nuestro entorno cultural y económico) y además inamovibles hasta prácticamente la década de 1980, en la que se ha logrado reducir la inflación a términos razonables. Hasta entonces, se partía de la base de que el interés predeterminado en el momento de constitución de la hipoteca mantenía durante todo el período su vigencia (...) la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha mostrado muy renuente a admitir las cláusulas de interés variable, cosa que sólo ha sido posible recientemente cuando los tipos de interés han ido descendiendo”.

⁸Horrela azaltzen da CÁMARA LAPUENTE, Sergio: “Comentario de la sentencia del tribunal supremo de 8 de septiembre de 2014 (3903/2014)”, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, Bol. 6, 2016, , 201-221. orr: “Como se ve, la fundamentación trata de aplicar al caso concreto los parámetros delineados en la STS de 9 de mayo de 2013, pero como parece demostrar el voto particular, existen algunos detalles del caso, o al menos de alguno de los contratos enjuiciados, que no hacen tan palmaria la conclusión. **Según el magistrado disidente** –no con el control de transparencia sino con su aplicación al caso–, **la ubicación es correcta y siempre la misma, dentro de la que lleva por rúbrica “tipos de interés variable”**; en la mayoría de los contratos tanto el diferencial como el tipo de interés mínimo sí aparecen destacados en negrita; en los contratos en que sí existe oferta vinculante es “extremadamente clara” y esquemática, y en ella se destacaba en una página sin aditamentos el tipo mínimo junto al tipo de interés aplicable; y concluye con el aserto antes visto de la falta de sorpresa o incomprensión sobre la cláusula suelo en contratos firmados en 2007 y 2008 –no en períodos anteriores– donde “era común y conocida su inclusión”.

Egoera hura ikusirik 2000. urteko lehenengo hamarkadaren amaieran, Euriborraren jaitsiera nabarmenaren ondorioz, lehenengo erreklamazioak hasi ziren kontsumitzaile kaltetuen bultzadaren indarraz. Jendea ohartu zen komunikazio hedabideen bitartez Euriborrak beheranzko joera hartu zuela, baina hipotekarengatik ordaindu beharreko kuotak ez zuen behera egiten nahiz eta indize hori hipotekari lotua egon. Hori dela eta lehenengo demanda kolektiboak tarteratzen hasten dira, lehendabizi abokatuak eta geroago kontsumitzaileen elkarteak. Demanda horietan, gehienbat eskatzen zen klausula horien deuseztasuna kontsumitzaileen eskubideen aurkako kutsua baitzuten. Deuseztasun akzioarekin batera klausula horien aplikazioa zela eta, kontsumitzaileek egindako gehiegizko ordainketen bueltatzea eskatzen zen⁹. Zoru klausulen existentzia pil-pilean zegoen eta hau ulertzeko garai historikoa kontuan hartu behar dugu. Gogoratu beharra daukagu Espainia krisi ekonomiko larri batean murgilduta zegoela garai hartan eta gaur egunean hala jarraitzen duen arren

⁹Deuseztasunari buruz hala mintzatzen da LÓPEZ FRIAS, Ana Maria: “Clases de nulidad parcial del contrato en Derecho Español”, *Anuario de derecho civil*, Bol. 43, 3 Zk, 1990, 851-866. orr: “Se observa en una cantidad creciente de sentencias de nuestros tribunales, especialmente del Tribunal Supremo, la referencia a la nulidad parcial del negocio, como una solución jurídica que mantiene la existencia del contrato y sus efectos, salvo en lo relativo a alguna o algunas de sus cláusulas (...) Pero es más común la manifestación de este fenómeno en los llamados contratos en mesa o de letra pequeña. Ello tiene su causa en la inserción dentro de tales condiciones generales de cláusulas abusivas por parte de las grandes empresas, que se encuentran frente al otro contratante en una posición prepotente. Pero es más común la manifestación de este fenómeno en los llamados contratos en mesa o de letra pequeña. Ello tiene su causa en la inserción dentro de tales condiciones generales de cláusulas abusivas por parte de las grandes empresas, que se encuentran frente al otro contratante en una posición prepotente. Pero es más común la manifestación de este fenómeno en los llamados contratos en mesa o de letra pequeña. Ello tiene su causa en la inserción dentro de tales condiciones generales de cláusulas abusivas por parte de las grandes empresas, que se encuentran frente al otro contratante en una posición prepotente”.

Deuseztasunarekin jarraituz horrela azaltzen du DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*, Civitas, 1985, 474. orr: “La llamada "teoría clásica" mantuvo la concepción de que la nulidad se produce "ipso iure", porque el negocio lleva en su propio organismo la causa de su muerte. Frente a ella se opondrá que la nulidad no nace de un defecto orgánico del acto o contrato, sino que siempre requiere el ejercicio de la "querela nullitatis". Se ha pretendido que la acción de anulación corresponde al titular del derecho cuyo ejercicio se vea obstaculizado por el negocio nulo (p. ej., a quien ejercita la acción reivindicatoria, en caso de venta nula), como un "derecho de crítica". La intervención judicial se considera imprescindible. y, además, se entiende que ella no opera sobre el acto mismo, sino sobre sus efectos, con la consecuencia de que "el acto nulo produce los mismos efectos que el acto regularmente celebrado, mientras el Juez no lo condene". Con lo que se ha podido llegar a la conclusión desconcertante de que en el Derecho moderno ha desaparecido la diferenciación entre la nulidad y la anulabilidad. La doctrina francesa dominante, influida por estas consideraciones, entiende que no hay nulidad de pleno derecho y que, en todo caso, para que opere la nulidad se requiere la declaración ("constatation") de la misma por el Juez. Esta dirección doctrinal supone un retroceso respecto al antiguo Derecho y está en evidente contradicción con la adoptada por la doctrina española. Parece poco afortunada, ya que llevaría al extremo de que los funcionarios se encontrasen obligados a considerar válidos actos y contratos visible y evidentemente nulos, en burla de lo mandado por las leyes y la moral”.

komunikabideetan oso ohikoak bihurtu ziren etxegabetze irudiak. Hala ere lehenengo epaiak kontsumitzaileen alde agertu ziren.

2.- Zoru klausulen inguruko jurisprudentiaren eboluzioa

Zoru klausulen ibilbide juridikoa ezagutzeko asmotan jurisprudentiaren ikuspuntutik, hiru une garrantzitsu kontuan hartu behar dira. Horretarako oinarritzat hiru sententzia hartuta denbora lerro bat finkatuko da. Hiru sententzia hauetako lehenak, hain zuzen ere AG-eko 2013koak, zoru klausulen inguruko lehenengo ondorioak aditzera ematen ditu¹⁰. Ondorio horien artean argi adierazi zen zoru klausulak nuluak eta kontsumitzaileen eskubideen kontrakoak zirela baldin eta eskakizun zehatz batzuk ematen baziren. Sententzia berak zehazten zuen bankuek soilik bueltatu beharko zituztela sententziaren epai irmotik aurrera kobratutako gehieneko diru kopuruak.

AG-eko 2015eko sententziaren aukeraketak ere oinarri sendo bat du. Izan ere nahiz eta 2013ko sententzian esandakoa indartzen den, ezberdintasun handi bat islatzen du aurrekoarekiko. Izan ere, geroago azalduko dudan arren, bi magistratuk haien boto partikularra aditzera eman zuten eta momentu hartara arte esandakoari kontra egin zioten. Beraz nahiz eta Auzitegi Gorenaren doktrina indartu zuen, kontsumitzaileen aldeko kutsu nabarmena agertu zuten magistratu haiek, atzeraeraginkortasunaren mugaketa ezabatu nahiaz¹¹.

Azkenik oinarri sendoa ematen digu Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren 2016ko epaiak¹², izan ere, epai honen bidez 2015. urtean bi magistratuek aipatutako atzeraeraginkortasunaren mugaketa ezabatzea lortu baitzuten. Horrela kontsumitzailearen aldeko epai nagusia da, bertan argudiatu zelarik espainiar epaitegiek Europar Batasuneko irizpideen aurkako jarrera erakusten zutela. Hala kontsumitzaileei atak ireki zitzaizkien haien eskubideak modu eraginkorrean jorrazteko eta gainera bankuei haien dirua bueltatzeko eskubidea are oinarrituagoa izango zuten.

2.1.- Auzitegi Goreneko zibileko salako 2013ko Maiatzaren 9ko sententzia: gehiegikeriaz ordaindutako zenbatekoen atzeraeragin ezaren deklarazioa.

¹⁰Auzitegi Goreneko sententzia, zibileko sala, 2013ko maiatzaren 9a (RJ: STS 1916/2013).

¹¹Auzitegi Goreneko sententzia, zibileko sala, 2015eko martxoaren 25a (RJ: STS 1280/2015).

¹²Europar Batasuneko Justizia Auzitegiko sententzia, 2016ko abenduaren 21a, (ECLI: EU:C:2016:980).

Ausbanc Consumo entitateak demanda kolektibo bat tarteratu zuen kontsumitzaileak babesteko asmoarekin, zeinak oinarritzat hartzen zuen bankuek erabiltzaileekin sinatutako kontratueta agertzen ziren baldintza orokorren behin betiko uztea. Demanda kolektibo hau *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*, *Caja de Ahorro de Galicia* eta *Cajamar Caja Rural*-en aurka aurkeztu zen. Demandan eskatzen zen abusuzkoak ziren klausulen nulitatea, zeintzuk hipoteka mailegu kontratueta txertatuta agertzen ziren. VALERO FERNÁNDEZ REYES-ek¹³ sententziari buruzko iruzkina egitean, “*que se solicita que se declare la nulidad, por tener el carácter de cláusulas abusivas, de las condiciones generales de la contratación ... novación de los mismos de las entidades demandadas*” azaltzen zuen. Beraz eskaeran bertan zoru klausulen deuseztasuna eskatzen da eta baita hipotekarekin zerikusia zuten nobazioen nulitatea, biak abusuzkoak zirela argudiatzen delarik.

Kontuan izan behar da kontratueta agertzen diren klausulak eta gehienbat interes tipoa aipatzen dutenak, nuluak izango liratekeela, abusuzkoak liratekeelako interes minimo bat txertatzen baitzuten. Interes minimo honek ez zuen inoiz behera egingo nahiz eta Euriborraren jaitsiera handia gertatu. Beraz gora egin zezakeen interesa daukagu, baina inoiz ere ez ezarritako minimo batetik behera egingo ez zuena. Gainera, klausula mota hauen transparentzia jarri zen kolokan baita ere auzi famatu honetan.

AG-ak epai irmoa eman eta gero hau da, nire aldetik, epaiaren azterketa sakona burutu ostean nire azterketa; Lehenik eta behin, modu orokorrean ulertu beharra zegoen 2013ko sententzia honetan, Auzitegi Gorenak adierazi zuela baliogabeak zirela gardentasun eza islatzen zuten zoru klausula guztiak. Sententzia honetan oinarritzko elementu bat hartu izan zen kontuan eta elementu hura kontsumitzaileei luzatutako informazioa eza zen. Izan ere, kontratuaren barnean bankuek kontsumitzaileei igorri beharreko informazioa txertatu beharra zegoen, azkenengo hauek zoru klausula zertan zetzan uler zezaten. Baina ez zen hala gertatzen. Bankuek klausula

¹³AG-ren sententziari buruz VALERO FERNANDEZ REYES, Ángel: “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2013”, *BOE Publicaciones*, 2013-2014, 154-155. orr: “La sentencia resuelve la demanda interpuesta por de la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC CONSUMO), de acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, contra el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, la Caja de Ahorro de Galicia y la entidad Cajamar Caja Rural SCC en que se solicita que se declare la nulidad, por tener el carácter de cláusulas abusivas, de las condiciones generales de la contratación incluidas en diversos modelos de contratos de préstamo hipotecario o novación de los mismos de las entidades demandadas, consistentes en cláusulas de interés variable, celebrados con consumidores o usuarios, que establecen o un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia”.

mota hauekin zerikusia zuen informazio oro edo zatirik handiena ezkutuan jartzen zuten edota kontsumitzailearentzat informazioa ulertezina bihurtzen zuen hizkera erabiltzen zuten.

Auzitegi Gorenak aurrekoa azaldu ostean aditzera eman zituen hurrengoko sei supostu zeintzuetan nulua izango zen klausula hau¹⁴. Beraz, AG-ren arabera **lehenengo** supostuak adierazten zuen obligazioen jabe izango diren alderdiek kontratu bat egiteko borondatea adierazten zutela zeinetan interes tipo aldakorra ezartzen zen. Erreferentziatzat erabiliko zuten indizea Euriborra izango zen eta indize horrek kontsumitzaileak ordaindu beharreko interesean zuzeneko eragina izango zuen. Euriborraren oszilazio edota fluktuazioek erabiltzaileak ordaindu beharreko interesean eragina izango zuten. **Bigarren** supostuak adierazten zuen, era argian, nulua izango zirela informazio nahikoa ematen ez zuten eta interes horrek kontratuan izan zitzakeen ondorioak aditzera ematen ez zituen klausula oro.

Hirugarren supostuan argi utzi zuen AG-ak finantza entitateek erabili ohi zuten iruzurra, zeinak inplikatzeko zoru klausulak derrigorrez joan behar zuela sabai klausula batekin. Horrela bata bestea gabe ezin ziratekeela joan adosten zen. Beraz, bi klausula mota horiek banaezinak zirela adierazten zen. **Laugarren** supostua kontratu askotan gertatu izan ohi den egoera zen. Honetan Auzitegi Gorenak adierazi zuen nulua izango zela ezkutuan txertatzen zen klausula oro. Izan ere, bankuek egoera bat sortzen zuten non bezeroak ezin zitzakeen identifikatu begien aurrean jartzen zitzaion gehiegizko informazioagatik. Kontsumitzaileari informazio asko ematen zitzaion honen arreta abusuzko klausuletatik aldentzeko. Beraz, klausula horiek kaltetuaren arretatik geratuko ziren, betiere ezkutuan.

Bosgarren supostuan bankuek burutu beharreko egoera bat planteatzen zen, oso gutxitan egiten zutena hain zuzen ere. Bankuek haien bezeroekin sinatutako kontratuaren simulazioak burutzeko betebeharra zuten. Honek suposatzen zuen, interes tipo aldakorrak denboran zehar

¹⁴Auzitegi Goreneko sententzia, zibileko sala, 2013ko maiatzaren 9a, 18. OJ, 296.parrafoan aurki ditzakegu sei supostuak. Bertan hala deskribatzen dira: “En el caso enjuiciado no procede la publicación de las cláusulas cuya utilización se prohíbe, dada su licitud intrínseca, ya que el cese se basa en: **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 en el caso de las utilizadas por el BBVA. **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”.

izan zitzakeen oszilazioei buruzko simulazioak egin behar zituela bankuak bere bezeroarekin eta betiere simulazio horiek adierazten zutena azalduz kontsumitzaile edo bezeroari. Lehenago esan bezala, bankuek oso gutxitan egiten zuten halako simulaziorik. **Seigarren** supostuak azaltzen zuen nuluak izango zirela halako klausulak baldin eta produktua eskaintzen zuen entitateak hauen existentziaren inolako berririk ematen ez bazuen. Beraz ingelesez erabiltzen den terminoa barnebiltzen zuen supostu honek. Hain zuzen ere “lack of information” edo euskaraz, informazio edo aurreabisi falta.

Auzitegi Gorenak nulitate supostu hauek zeintzuk ziren laburki azaldu ostean, argitara atera zuen zuen aztertutako zoru klausulen gardentasun eza¹⁵ zertan oinarritzen zen. Gardentasun eza zertan zetzan azaltzeko bost puntutan laburbildu zuen. Honetan oinarritu zuen AG-ak gardentasun eza:

1. Kontratuaren objektua definitzen zuen oinarritzko elementu bat zela azaltzen zuen informazio eza edota informazio eskasa ematea kontsumitzaileari.
2. Zoru klausula Sabai klausularekin batera txertatzea eta horiekiko kontraprestazioa balitz bezala adieraztea.
3. Ez dira egiten kontsumitzailearekin batera simulazioak. Simulazio hauen helburua delarik kontsumitzaileak ulertzea zer suposatu dezakeen Euriborraren jaitsiera edota igoera handi batek interes tipoa. Guzti hau kontratua sortzen den momentuan.
4. Ez dago inolako konparaketarik finantza entitateak eskaintzen dituen bestelako produktuen eta bezeroari eskaintzen zaionaren artean.

¹⁵Auzitegi Goreneko sententzia, zibileko sala, 2013ko maiatzaren 9a, 13.OJ, 225. parrafoan aurki ditzakegu gardentasun eza oinarritzeko erabilitako 5 puntuak: “Lo expuesto lleva a concluir que las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos... En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que: **a)** Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.**b)** Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.**c)** No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.**d)** No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.**e)** En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor”

5. Bezeroari ematen zaion informazioa guztia dela eta, klausula hauek ezkutuan geratzen dira eta beraz ezinezkoa egiten da kontsumitzailearentzat horien identifikazioa egitea.

Honi guztiari gehitu behar zaio, AG-ak 2013ko sententzia honetan aditzera eman zuena: “ *La nulidad de las cláusulas suelo no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia* ”¹⁶. Honek zer suposatzen duen jakiteko, funtsezkoa da jakitea klausula bat nulua izateak ez duela ekartzen kontratuaren iraungitzea. Beraz, kontratuak indarrean jarraituko dute eta klausula bat nulu dela adierazteak ez du kontratu horren deuseztasuna suposatuko. Gainera, AG-ak zera esan zuen: “ *Consecuentemente con lo expuesto, procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia...* ”¹⁷. Zoru klausula abusuzkoa dela adierazten denean epai irmo bidez, interes aldakorreko mailegu kontratu batean zoru klausula hori nulua izango zen eta kaltetua izan zen hirugarrenak, bai fisikoa izan zein juridikoa, klausula horregatik ordaindutako gehienezko kantitateak erreklamatzeko eskubidea izango zuen, baina, 2013ko maiatzaren 9tik aurrera finantza entitateek kobratutakoak bakarrik¹⁸. HERNÁNDEZ GUARCH abokatuak sententzia honi buruzko kritika gogorra egiten du alde batetik azpimarratuz Auzitegi Goreneko efikazia eza eta

¹⁶Auzitegi Goreneko sententzia, zibileko sala, 2013ko maiatzaren 9a, 16. OJ, 275. parrafoan adierazten da.

¹⁷Auzitegi Goreneko sententzia, zibileko sala, 2013ko maiatzaren 9a, 17. OJ, 294. parrafoan adierazten da.

¹⁸Abokatu honek bere sententziari buruzko iritzia horrela azaltzen du HERNÁNDEZ GUARCH, Carlos: “La sorpresiva declaración de irretroactividad de las cantidades abonadas”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, 134-169. orr: “La Sentencia que se comenta es aún más sorprendente por cuanto el TS ha determinado una irretroactividad absolutamente novedosa y extraordinaria que jamás se había decretado con anterioridad dado que ha extendido los efectos de la irretroactividad a las cantidades pagadas a la fecha de la Sentencia aunque estuvieran siendo objeto de reclamación judicial en el momento de la sentencia lo que es algo que el TC jamás ha llegado ni tan siquiera a plantearse. El TS pretendiendo evitar incluso que las entidades tengan que pagar por demandas individuales o colectivas ya interpuestas en el momento de la Sentencia ha declarado que dichas cantidades pagadas, en procedimientos iniciados con anterioridad al 9 de mayo tampoco procede su devolución en una decisión que es, sin lugar a dudas, calificable de aberrante (...) Un ejemplo de lo profundamente injusta e ilegal de la Sentencia es que la entidad BBVA una de las condenadas que alegaban la imposibilidad de devolver el dinero que han detraído ilícitamente de sus clientes por el contrario en su página web informa ufana y orgullosamente que ha repartido 12.855 millones de euros en dividendos distribuidos en los últimos ejercicios. ¿Cómo se puede tener la osadía de argumentar sin sonrojarse, que devolver las cantidades percibidas de manera ilícita por una entidad privada que ha remunerado a sus accionistas en la mayor recesión de la Historia con 12.855 millones de euros supone un perjuicio para el sistema económico en su conjunto?”.

beste alde batetik *BBVA* bezalako bankuek kontsumitzaileei kobratutako zenbatekoak ez bueltatzeko argudiaketari buruz.

VALERO FERNÁNDEZ-REYES-ek¹⁹, sententzia honi buruzko iruzkina egin zuenean, sententziaren laburpen gisa hau azaldu zuen 2013ko maiatzaren 9ko sententzia honetan Auzitegi Goreneko Sala Zibilak zoru klausulen inguruan sortutako eztabaidari amaiera eman nahi ziola. Beraz, Sala Zibilak erabaki zuen hipoteka maileguetan txertatuta zegoen zoru klausula abusuzkoa zela eta hori dela medio, nuluak zirela gardentasun faltagatik. Azkenik klausula hauek hipoteka maileguetako kontratuetatik ezabatzea erabaki zen. Honekin batera aipatzekoa izan zen sententziaren atzeraeragina, zeinen bitartez, aztertutako klausula nuluek ez zuten eraginik izango epai bidez erabakitako egoera judizialei ezta sententziaren argitalpen egunean jada egindako ordainketei.

Sententzia hau gehiago aztertuz uler dezakeguna da, bankuek klausula hauek kontraturen baitan txertatzerakoan, aditzera ematen zutela maileguaren interes tipoa aldatuko zela, goranzko joeraz edota beheranzko joeraz Euriborraren²⁰ edota beste indize bat erreferentziatzat

¹⁹AG-ko 2013ko sententziaren iruzkina VALERO FERNÁNDEZ REYES, Ángel: “Comentario de la...”, zit., 153. orr: “La Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 intenta poner fin a la controversia surgida en los últimos años acerca de la validez y carácter abusivo de las denominadas. cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios con consumidores...En los supuestos concretos que se enjuician, el Tribunal Supremo considera que las cláusulas suelo tienen carácter abusivo y, por tanto, son nulas, únicamente por falta de transparencia, se ordena su exclusión de los contratos de préstamo hipotecario de las entidades financieras demandadas y se declara expresamente la irretroactividad de la sentencia, de tal manera que la nulidad de las cláusulas analizadas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales ni a los pagos ya efectuados en la fecha de su publicación”.

²⁰Euriborrari buruz GARCIA ARANDA, Juan Francisco: “Euribor”, *eXtoikos*, 2011, 121-122. orr: “**1. ¿Qué es el Euríbor?** El Euríbor es el tipo de interés al que las entidades financieras se prestan dinero entre sí en el mercado interbancario de la zona euro. Se calcula y se publica por la Federación Bancaria Europea. Se obtiene mediante el cálculo de la media aritmética de los tipos de interés de oferta diarios de las principales entidades de la zona euro. Se publica diariamente para distintos plazos de vencimiento, que van desde una semana hasta un año. **2. ¿Para qué se utiliza?** ...es el índice utilizado como principal referencia para la fijación del tipo de interés de los préstamos hipotecarios concedidos por las entidades de crédito españolas... El Euríbor a un año se utiliza desde el 1 de enero de 2000... **4. Evolución histórica** En el gráfico 2 mostramos la evolución del Euríbor desde su inicio, en enero de 2000. Durante los cinco meses comprendidos entre junio y octubre de 2008 se alcanzaron los tipos más altos, con un pico en julio de 2008 del 5,39 por ciento.”

hartzen zelarrik. Klausula mota hau adierazten zen momentuan, betiere finantza arloko hizkera berezia erabiltzen zen eta hizkera honen barnean halako esaldiak agertu ohi dira: “*En cualquier caso, el tipo de interés nunca será inferior al X %*”. Honek beraz aditzera ematen du X delakoak ez zuela inoiz baheranzko joerarik izango nahiz eta erreferentziazko indizea eta diferentziala gehituta lortutako ehuneko baxuagoa izan ²¹.

2.2.- Auzitegi Goreneko zibileko salako 2015eko Martxoaren 25eko sententzia: “*Ex tunc*” egoerara bueltatu bai ala ez?

2015. urteko sententzia honen egitateetan alderdi bi aurki ditzakegu²². Alde batetik bi pertsona fisiko daude hipoteka mailegu bat zutenak, interes tipoa aldakorra txertatuta zutelarik hipoteka

Gráfico 2: Evolución del Euríbor a 1 año (Enero 2000-Enero 2011)



Iturria: Europako Banku Zentrala (BCE)

²¹Eredu praktikoa baten bidez azalduz CÁRDENAS FERNÁNDEZ, María: “Cláusulas abusivas”, zit., 112. orr: Hipótesis: “Un sujeto X, en 2005, se dirige al banco La Caixa para pedir un préstamo hipotecario, y firma el mismo día una hipoteca de treinta años de duración. Supongamos que ese año el Euribor se encontraba en un 3,5%, y que a este se le suma ría un tipo de interés de las cláusulas del 1,5%, por lo que resultaría interés total del 5% En 2006 sube el Euribor, y la cantidad final sigue aumentando. Suponiendo que sube el Euribor a un 3,9%, sumándole el tipo de interés del 1,5% (que es fijo), se establece una suma total del 5,4%. Así ocurre sucesivamente, año tras año, hasta llegar a 2014. En 2014, el Euribor ha bajado a un 0,5 %, y el tipo de interés sigue siendo el mismo (1,5 %). Por tanto, lo correcto sería pagar un interés total del 2% Pero ¿cuál es el problema? Pues que el sujeto X tenía incorporada en su contrato una cláusula suelo con un mínimo del 3%, por lo que nunca podría pagar menos de esa cantidad. Ese uno por ciento de diferencia entre lo que debería pagar y lo que realmente paga, por tener la cláusula suelo en su préstamo hipotecario, se considera abusivo. También puede tener una cláusula techo, que sería el máximo interés a pagar que supongamos que es del 12%”.

²²Ildo horretatik NÁJERA PASCUAL, Abraham: “Comentario de la sentencia del tribunal supremo de 25 de marzo de 2015 (1280/2015)”, *BOE*, 2015, 305-315. orr: “**1. Resumen de los hechos** Dos personas físicas, titulares de un préstamo hipotecario a interés variable suscrito con Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA), presentaron demanda de juicio ordinario contra esta entidad en el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Vitoria-Gasteiz, en ejercicio de una acción declarativa de nulidad de condiciones generales de la contratación y de una acción de devolución de cantidad. En dicha demanda se solicitaba la declaración de nulidad de la cláusula suelo inserta en el referido préstamo, por considerarla abusiva, así como la condena a la entidad financiera a eliminar

maileguaren baitan. Kontratua *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria* finantza entitatearekin sortzea erabaki zen eta pertsona fisiko hauek epaiketa arrunteko demanda tarteratu zuten Gasteizeko epaitegietan. Kasu honetan zoru klausularen gehiegikeria zela eta, honen ezabatzea eskatu zuten eta gainera bankuek gehiegikeriaz zoru klausula zela eta kobratutako guztia bueltatzea eskatu zuten baita.

AG-ko 2013ko Maiatzaren 9ko sententziaren ostean, eztabaida handia eta polemika handia sortu zuen ordaindutakoa bueltatzearen atzeraeraginkortasunak edota atzeraeraginkortasun ezak. Izan ere mailegu-hartzaileak gehiegizko ordainketak egin zituen, klausula horiek nuluak zirela kontuan hartuz. Horregatik iritzi ezberdin asko gailendu ziren Probintzia Auzitegi ezberdinetan eta hori dela medio ez zegoen inolako doktrina finkaturik.

2015ko sententzia honek beraz eragin handia izan zuen zoru klausulen gaiaren baitan. Izan ere, doktrina finkatu zuen. Finkatutako doktrina hartan adierazten zen kaltetuek, bankuek gehiegikeriaz kobratutako kantitateak berreskuratzeko eskubidea izango zutela, betiere, 2013ko sententzia hartan emandako epai irmotik aurrera. Hala ere, bi magistratuk boto partikularra eman zuten, azalduz haien ustetan kaltetuek kantitate horiek berreskuratzeko eskubidea izan beharko luketela baina ez 2013ko sententzia hartatik aurrera, baizik eta kontratuaren perfekzioa edo sorrera eman zen unetik. Beraz sententziatik era argian ulertu behar zena, doktrinaren finkatze honek “*ex tunc*” mugatu nahi izan zituela nulitatearen ondorioak²³. Nahiz eta “*ex tunc*” egoerara bueltatzea lortu ez, oso deigarria izan zen

dicha condición general de la contratación de sus contratos (...). **2. Soluciones dadas en primera instancia** ...el Juzgado de lo Mercantil dictó sentencia el 2 de julio de 2013 estimando la demanda y declarando que la cláusula suelo era una verdadera condición general de la contratación y además era abusiva. **5.3. El voto particular** El Excmo. Sr. Magistrado D. Francisco Javier Orduña Moreno formuló un voto particular a la sentencia plenaria analizada al que se adhirió el Excmo. Sr. Magistrado D. Xavier O’Callaghan Muñoz, discrepando del fallo y considerando que el recurso debió ser desestimado, confirmando la sentencia de la Audiencia y la obligación de BBVA de restituir todas las cantidades satisfechas en aplicación de la cláusula suelo...También consideran que existe un error de concepto, arrastrado desde la sentencia de 2013 por el «prematureo contexto metodológico» y «la urgencia y novedad que acompañó su resolución», al mezclar el fenómeno de la retroactividad –para el voto particular limitado al ámbito normativo–, con el de la ineficacia derivada de las cláusulas abusivas. Y que dicha indebida asimilación hizo que la sentencia se «pronunciara con un fundamento de retroactividad, respecto de los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la misma (...) además de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva de los consumidores, «que sin ser parte del proceso judicial establecido y, por tanto, sin atención a las circunstancias concretas de su relación contractual, ven vulnerada su legítima pretensión de impugnación de la citada cláusula y su derecho a la devolución íntegra de las cantidades satisfechas».

²³BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: “Artículo 1303”, *Comentarios al Código Civil*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, 1780. orr .

Honen harira, PUJOL CAPILLA, Purificación: “La retroactividad de toda cláusula declarada nula”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, 2015, 95-102. orr: “Sin embargo, a raíz de dicha resolución son muchas

magistratuek haien boto partikularrean azaldu zutena eta honi loturik, BERCOVITZEK ere azaldu zuten zertan zetzan “*ex tunc*” egoerara bueltatzeak.

Zer den ulertzeko, KZ-ra joan beharra dago, hain zuzen ere 1303. artikulura²⁴, honek erregulatzen baitu “*restitutio in integrum*” figura. Autore honek azaltzen du, obligazio bat nulua deklaratzeko den momentuan aldeek bata besteari itzuli beharko diote emandakoa edota ordaindutakoa. Hala, *ex tunc* egoerara lortzea ahaleginduko dira. Egoera honek suposatzen du aldeak negozio juridikoa gauzatu baino aurreko egoerara bueltatzen dira. Autore honek zera azaltzen du: “*Su finalidad es conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador*”²⁵.

Bi magistratu hauek Francisco Javier ORDUÑA MORENO eta Xavier O' CALLAGHAN MUÑOZ izan ziren eta haiek formulatzen duten boto partikularrean argi adierazi zuten 8. parrafoan²⁶ kasazio errekurtsua tarteratu zenean, hartan adierazi beharra zegoela klausulen gardentasun eta gainera bankuek kobratutako gehienezko kantitateak kontratuaren formalizazioa eman zenetik itzuli beharko zirela. Hala adierazi zuten magistratuek 8. parrafoan nik laburki azaldutakoa: “*En virtud de todo lo razonado anteriormente, el recurso de casación debió ser igualmente desestimado, con la consiguiente confirmación tanto de la declaración de abusividad por falta de transparencia real de las cláusulas objeto de examen, como del pleno efecto devolutivo de las cantidades pagadas desde la perfección o celebración del contrato, dado que la nulidad de pleno derecho de la cláusula en cuestión determinó la carencia de título alguno que justifique la retención de las mismas y su atribución al predisponente*”.

las sentencias de Primera Instancia que, a mi juicio de forma errónea, aplican la irretroactividad a partir de la fecha de la sentencia del TS. Si cualquier particular entabla un juicio ejercitando la nulidad de “su” cláusula suelo y ésta se estima ello debe traducirse en el efecto devolutivo de todas las cantidades percibidas por la aplicación concreta de la cláusula declarada nula. Llama la atención que el verdadero motivo que señala la resolución para limitar el efecto retroactivo de la nulidad de la cláusula sea: “el posible riesgo de trastornos graves en las entidades financieras”, motivo que consideramos jurídicamente insostenible ya que el control de transparencia y la razón de la ineficacia derivada por el ejercicio de la acción individual de impugnación merece una fundamentación jurídica acorde a la finalidad perseguida por la norma y en el marco de aplicación de los Principios generales del derecho”.

²⁴KZ, 1303. art: “*Behin betebeharraren deuseztasuna adierazi eta gero, kontratugileek elkarri itzuli behar dizkiote kontratuaren objektu diren gauzak, euren fruituekin batera, eta prezioa, horren korrituekin batera, hurrengo artikuluek xedatzen dutenari kalterik egin gabe*”.

²⁵BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: “Artículo 1303”, zit., 1781. orr.

²⁶Auzitegi Goreneko sententzia, zibileko sala, 2015ko martxoaren 25a, boto partikularreko (Francisco Javier ORDUÑA MORENO eta Xavier O' CALLAGHAN MUÑOZ) 8.parrafoan adierazten da.

Beraz, nahiz eta ikus genezakeen sententzia honetan Auzitegi Gorena osatzen duten magistratuen artean egoera aldatzeko nahi bat, sententzia honek soilik aurrekoaren indartze bat suposatzen du. Beraz, nahiz eta aurrekoa indartu, ikus daiteke magistratuek nola boto partikularraren bitartez haien diskordantzia adierazten duten eta nola haien ustetan “restitutio in integrum” bat gauzatu beharra zegoen, hala “*ex tunc*” egoerara heltzeko²⁷. Hobe esanda, negozio juridikoa gauzatu baino lehenagoko egoera ekonomikora edota pertsonalera.

2.3.- Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak 2016ko Abenduaren 21ean emandako sententzia: atzeraeraginaren mugaketaren ezabatzea.

2016ko Abenduaren 21an Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak kontsumitzailearen aldeko jarrera azaldu zuen eta 2015an Auzitegi Gorenak emandako epaiaren atzeraeraginaren mugaketa hura baztertu egin zuen. Doktrinak ikuspuntu kontrajarriak zituen, zoru klausulek sortutako gehiegizko ordainketa horiek noiztik aurrera erreklamatzeko aldera. Izan ere, aurretik esan bezala 2015 sententzia hark erabaki zuen soilik erreklamatu ahal izango zirela 2013ko epai irmotik aurrera bankuek gehiegikeriaz kobratutako diru kantitateak.

Ikuspuntu berritzailea aurkeztu zuen beraz EBJA-k, atzeraeraginaren mugaketa hura ezabatu baitzuen eta erabaki zuen, laburbilduz, negozio juridikoaren sorreratik eta beraz, zoru klausula horien sorrera eman zen unetik bueltatu beharko zituztela bankuek kontsumitzaileei kobratutako kantitateak. Honek aditzera ematen zuen, mailegu-hartzaileek erreklamatu

²⁷Ildo horretatik zera ematen du aditzera REYES LÓPEZ, María José: “Comentario a la sts (sala de lo civil) de 25 de marzo de 2015”, *Revista del OCCA*, 2015, 1-19. orr: “Una de las cuestiones que el legislador español no abordó en materia de protección al consumidor cuando contempló por vez primera las acciones colectivas en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para que fueran ejercitadas en defensa de los intereses de los consumidores, fue proveer de las correspondientes reglas de coordinación entre las acciones individuales y colectivas con el fin de poder resolver situaciones como la que ha dado lugar al voto particular formulada en la STS de 25 de marzo de 2015. Plantea este voto particular la distinta naturaleza de las acciones colectivas y de las individuales, y el efecto de cosa juzgada, así como de las diferentes pretensiones que se procura con cada una de ellas, al efecto de, con carácter posterior a la declaración de no transparencia de una cláusula de las denominadas suelo, poder solicitar la plena restitutio in integrum como consecuencia natural de la declaración de ineficacia (...) lejos de lo que se pensaba, flaco favor hace al consumidor, que no podrá comprender cuál es la razón para justificar que una cláusula que se tiene por no puesta en el contrato, no sólo le genera gastos sino que además legitima a la entidad bancaria para no devolverle las cantidades recibidas con anterioridad al 9 de mayo de 2013, justificando dicha decisión en unos motivos de orden público económico, que creo que, además de no ser coincidentes, en sentido contrario al criterio mantenido, ha propiciado la promulgación de normas de protección a los más debilitados frente a estos entes”.

zitzaketela, hipoteka maileguaren kontratuaren eraketa ematen zen unetik aurrerako, gehiegikeriaz bankuek kobratu zituzten diruzko kantitateak²⁸.

EBJA-k emandako epai hau guztiz kontrajartzen da espainiar ordenamendu juridikoan eman ziren epaiekin. Aurretiaz azaldu bezala hautsi egin zen atzeraeraginkortasunaren mugaketa hura, zeinak erreklamazioak 2013ko maiatzaren 9ra mugatu zituen. Sententzia honek beraz kontsumitzaileei aukera eman zien kontratuaren sorreratik ordaindutako kantitateak erreklamatzera²⁹. Auzitegi honen argudiaketan sarturik, honela azaldu zen: *“En tales circunstancias, 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 Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión”*³⁰.

Hurrengoko hitzetan ere ikus genezakeen nola EBJA-k aditzera ematen zuen urratu egiten zirela kontsumitzaileen eskubideak 2013an adierazitako atzeraeraginaren mugaketarekin. Honako hitz hauekin EBJA-k bere epaiaren gakoak islatu zituen: *“Pues bien, la limitación en*

²⁸Hau adierazten du CÁMARA LAPUENTE, Sergio: “Un examen crítico de la stjue de 21 diciembre 2016: nulidad retroactiva sí, falta de transparencia “abusiva” de las cláusulas suelo no”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, 383-395. orr: “En consecuencia, “una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo” se opone dicho precepto: el consumidor tiene “derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria”. Aunque los términos transcritos hablan por sí mismos, podría añadirse, con otra dicción: la nulidad (española) de pleno derecho con ineficacia ex tunc establecida en el art. 1303 CC es, también, como mínimo, la categoría de ineficacia contractual (europea) que encaja mejor (...) los Estados miembros no pueden rebajar ese mínimo protector”.

²⁹Ildo honetatik hala dio GÓMEZ GÁLLIGO, Javier: “Comentarios a la sentencia del tribunal de justicia de la unión europea de 21 de diciembre de 2016”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, 430-443.orr: “Frente a ello la sentencia del TJUE ahora comentada, de fecha 21 de diciembre de 2016 sostiene la eficacia ex tunc o retroactiva de la nulidad. Y considera que no debió aplicarse el mismo criterio de limitación de los efectos por razón de seguridad jurídica que el propio TJUE había sostenido para las acciones colectivas, pues se trataba de una acción de nulidad individual. Y aunque admite que el tema de la prescripción es un tema de Derecho procesal interno, considera que no puede interpretarse contra- viniendo el principio de equivalencia de la Unión Europea (...) En efecto, en la sentencia n.º 139/2015, de 25 de marzo de 2015 el Tribunal Supremo confirmó la limitación de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de una cláusula suelo (...) Y esto es lo que la Sentencia del TJUE de 21 de Diciembre de 2016 no acepta, pese a que en principio era la posición sostenida por el Abogado General ante el TJUE11. Y da la razón al voto particular del Magistrado Javier Orduña que en la sentencia de 25 de Marzo de 2015 había sostenido que en el caso de ejercicio de las acciones individuales, los criterios que resultan aplicables no dan otra alternativa posible que no sea la determinada del efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas con carácter “ex tunc”, esto es, desde el momento de la perfección del contrato predispuerto”.

³⁰Europar Batasuneko Justizia Auzitegiko sententzia, 2016ko Abenduaren 21a. KP, 74.parrafoa.

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 a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013”³¹.

Uler genezakeen argudiaketa horretatik beraz, estatu mailako jurisprudentziak kaltetu egiten zituela kontsumitzaileen interesak eta haien babesa kolokan uzten zuela. Atzeraeraginkortasunaren mugaketak, zeinak Espainian jurisprudentzia aldetik aurrekari bat finkatu zuen, babesgabezia larrian uzten zituen kontsumitzaileak eta beraz ez zen tresna juridiko eraginkorra izan abusuzko klausulen erabilera behin betiko alde batera uzteko³².

3.- Kontsumitzaileen epaiketaz kanpoko erreklamazioa: 1/2017 Errege Dekretua

Nahiz eta epaiek kontsumitzaileenganako jarrera ezkorra izan, abusuzko klausulak ezabatze bidea ireki zitzaien kaltetuei³³, hain zuzen ere Urtarrilaren 20ko 1/2017 Errege Dekretuaren

³¹Europar Batasuneko Justizia Auzitegiko sententzia, 2016ko abenduaren 21a. KP, 72.parrafoa.

³²Autore honen iritzari erreparatuta CÁMARA LAPUENTE, Sergio: “Un examen crítico..”, zit., 395. orr: “El Tribunal Supremo tendrá que cambiar su jurisprudencia y ajustar sus argumentos, presumiblemente, a la abusividad ponderada que, según el TJUE, deriva del control de transparencia, incluida, por supuesto, la retroactividad plena de la ineficacia. Posiblemente sería mejor y cumpliría tanto el principio de equivalencia y como el de efectividad llegar a la misma vía de la ineficacia ex tunc mediante la no incorporación de la cláusula suelo que no se redactó de manera clara y comprensible, entendiendo igualmente la comprensibilidad en un sentido amplio, material y no meramente literal o formal; aunque tanto la STJUE 21 diciembre 2016 (Gutiérrez Naranjo) como la STUE 26 enero 2016 (Banco Primus), al perfilar novedosamente el control de transparencia y establecer que esto corresponde al TJUE y no a los Estados Miembros (con la grave sospecha de actuar ultra vires, como se sostiene en este comentario), han introducido una dificultad sobrevenida a ese planteamiento, no sólo en España, sino también en otros Estados miembros”.

³³Errege dekretuari buruzko iruzkin sakona IBÁÑEZ JIMÉNEZ, Javier: “Comentario al Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo”, *Derecho global Estudios sobre derecho y justicia*, 2017, 167-170.orr: “A fin de adecuarse al criterio europeo, el Gobierno español acaba de aprobar el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, que regula un sistema extrajudicial para pactar la devolución al cliente del dinero ya cobrado por el banco al aplicar el “suelo”: en España, decenas de miles de millones de euros. Así, bancos y clientes damnificados puedan acordar tiempo y cantidad a devolver, lo que ha desatado las críticas de las asociaciones de consumidores (hay un millón y medio de afectados en España), que desconfían del posible abuso de los bancos al seleccionar clientes para negociar en esa vía extrajudicial (...) los afectados por una cláusula suelo pueden reclamar en su banco. Este estudiará las reclamaciones y decidirá a qué clientes cobró indebidamente el interés mínimo o “suelo”, superior al que habría resultado del préstamo variable sin aplicar dicha cláusula. A partir de junio de 2017 los bancos enviarán a sus clientes el cálculo de la devolución propuesta, plazo que aliviará

bitartez³⁴. Kontsumitzaileek bankuak gehiegikeriaz kobratutako interesei zegokien diru kopurua berreskuratzeko mekanismoa aurreikusten zuen, zeinetan kontsumitzaileek ez zuten Epaitegi nahiz auzitegi-tara joan beharrik legez zegokien dirua erreklamatzera³⁵. Gainera bankuek gehienez hiru hilabeteko epea izango zuten dirua bueltatzeko. Prozesuak aurrera egiteko, kontsumitzaile kaltetuak eskaera bat egin beharko zion bankuari eta bankuak kaltetuari gehiegikeriaz kobratutako kantitate horietaz berri emango zion. Hori hala izanik, bankuak bi aukera ematen zizkion kaltetuari: kobratutako diru kopurua eskudirutan ematea edota bestelako konpentsazioa ematea.

Judizioz kanpoko erreklamazioa bideratze aldera ED-ko 3. artikulua judizioz kanpoko erreklamazioa bideratzeko sistema bat ezartzen du, zeinen bidez, kontsumitzaileak finantza entitateari boluntarioki eskaera bat egin diezaiokeen³⁶. Finantza entitateek bere bezeroen eskaera aztertzeko sistema bat ezarri behar zuten, betiere demanda tarteratu baino lehen. Erreklamazio sistema hori bermatzen zela ziurtatzeko, Ekonomia Ministeritzak finantza

la congestión actual de los tribunales para atender este tipo de demandas. Con todo, el perjudicado puede, al amparo del Real-Decreto Ley comentado, proseguir las demandas judiciales que hubiere iniciado, o incoar otras nuevas si no llega a un consenso con el banco”.

³⁴1/2017 Errege Dekretua, Kontsumitzaileen babeserako premiazko neurriak ezartzen dituen zoru klausulen materialian. Hitzaurrea: “el presente real decreto-ley pretende avanzar en las medidas dirigidas a la protección a los consumidores estableciendo un cauce que les facilite la posibilidad de llegar a acuerdos con las entidades de crédito con las que tienen suscrito un contrato de préstamo o crédito con garantía hipotecaria que solucionen las controversias que se pudieran suscitar como consecuencia de los últimos pronunciamientos judiciales en materia de cláusulas suelo y, en particular, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016”.

³⁵Cuatrecasas-ek dekretuari buruzko azalpen argia eman zuen. Bertan azaltzen da zein pertsonen izango duten kontsumitzaile rola eta zeintzuk geratuko diren erreklamazioetatik kanpo. Azaltzen da baita ere zein izango den entitateek izango duten funtzionamendua: “Aprobación del real decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo y régimen fiscal aplicable en el impuesto sobre la renta de las personas físicas a la devolución de cantidades derivadas de acuerdos celebrados con entidades financieras o del cumplimiento de sentencias o laudos arbitrales relativos a cláusulas suelo”, 2017, 1-11.orr: “A estos efectos, se considera consumidor cualquier persona física que reúna los requisitos previstos en el artículo 3 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Por tanto, quedan fuera del ámbito de aplicación del RDL 1/2017 las personas jurídicas, así como las personas físicas que actúen en el ejercicio de una actividad comercial, empresarial o profesional (...) El procedimiento extrajudicial es obligatorio para las entidades de crédito y voluntario para el consumidor, y las entidades están obligadas a garantizar que todos los consumidores que tengan cláusulas suelo conozcan dicho procedimiento. En este sentido, se concede a las entidades de crédito el plazo de un mes desde la entrada en vigor del RDL 1/2017 para adoptar las medidas necesarias previstas en él y articular procedimientos ágiles que les permitan resolver con rapidez las reclamaciones recibidas. En este sentido, las entidades deberán disponer de un departamento o servicio especializado para atender estas reclamaciones, y deberán poner a disposición de sus clientes, en todas sus oficinas abiertas al público y en su página web determinada información”.

³⁶Zoru klausularen epaiketaz kanpoko erreklamazioa bideratzeko ereduak idatziak: Ocu, hipotecas, modelos, reclamación extrajudicial cláusula suelo (<https://www.ocu.org/dinero/hipotecas/modelos/reclamacion-extrajudicial-clausulas-suelo/ver-modelo>)

entitateak derrigortu zituen, zoru klausula zuten kontsumitzaileei horren berri ematera. Informazioa web orrialdeetan edota sukurtsaletan. Entitateak erreklamazioa jasotzen zuen momentuan, honek bueltatu beharreko kantitateen berri eman behar zion kaltetuari eta jakinaraziz zein interes zeuden baita ere. Eskaerari ezezkoa adierazten bazion, hura argudiatu beharra zegoen eta dirua ez bueltatzeko arrazoien berri eman behar zitzaion kaltetuari.

Lehenago laburki azaldu bezala, entitateak eskaera onartuz gero, bankuak emandako konponbidea onar zezakeen kaltetutako pertsonak. Akordioa lortzeko eta diruaren bueltatzea gauzatzeko gehieneko epea hiru hilabetekoa izango zen eskaera aurkeztu zen momentutik kontatzen hasita. Oso garrantzitsua den kontzeptu bat argi utzi beharra zegoen, izan ere judizioz kanpoko eskaerak suposatzen zuen dohainekoa izango dela. Soilik ordainketa egiteko beharra emango zen, entitatearen eta kontsumitzailearen arteko akordioa ematen zenean. Akordio honetatik ondorioztatuko ziren alde batetik notaritza gastuak eta beste alde batetik erregistro gastuak³⁷.

Hainbat supostutan epaiketaz kanpoko erreklamazio sistemaren amaiera suertatuko litzateke eta 1/2017ko ED-ak 3. artikuluan³⁸ azaltzen duen bezala, hauek lirateke supostu horiek:

³⁷Gastu hauei buruzko analisisia AGÜERO ORTIZ, Alicia: “Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2016, 8-36.orr: “ El TS declaró que la cláusula que repercute al consumidor-hipotecante la obligación de asumir en exclusiva los gastos derivados de la intervención notarial y registral es abusiva. Por una lado, porque repercute al consumidor gastos de gestión que no le son imputables. Por otro lado, porque imponen al consumidor gastos derivados de la preparación de la titulación que por naturaleza corresponden al empresario-prestamista toda vez que, tanto el arancel de los notarios como el de los registradores de la propiedad , atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación (...) Finalmente, recalco que el hecho de la cláusula atribuyera la totalidad de estos gastos al consumidor, sin reflejar una mínima distribución equitativa, comportaba un desequilibrio relevante en los derechos y obligaciones de las partes que el consumidor no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada (...) debe recalarse que la nulidad de estos gastos se refiere a los relativos a la constitución del préstamo hipotecario y no a los gastos derivados de la compraventa del inmueble”.

³⁸Honi gehitu behar zaio, 3. artikuluan judizioz kanpoko erreklamazio sistema jasotzen dela eta artikulua honek zera dio: “**1.** Las entidades de crédito deberán implantar un sistema de reclamación previa a la interposición de demandas judiciales, que tendrá carácter voluntario para el consumidor y cuyo objeto será atender a las peticiones que éstos formulen en el ámbito de este real decreto-ley. Las entidades de crédito deberán garantizar que ese sistema de reclamación es conocido por todos los consumidores que tuvieran incluidas cláusula suelo en su préstamo hipotecario. **2.** Recibida la reclamación, la entidad de crédito deberá efectuar un cálculo de la cantidad a devolver y remitirle una comunicación al consumidor desglosando dicho cálculo; en ese desglose la entidad de crédito deberá incluir necesariamente las cantidades que correspondan en concepto de intereses. En el caso en que la entidad considere que la devolución no es procedente, comunicará las razones en que se motiva su decisión, en cuyo caso se dará por concluido el procedimiento extrajudicial. **3.** El consumidor deberá manifestar si está de acuerdo con el cálculo. Si lo estuviera, la entidad de crédito acordará con el consumidor la devolución del efectivo. **4.** El plazo máximo para que el consumidor y la entidad lleguen a un acuerdo y se ponga a disposición del primero la cantidad a devolver será de tres meses a contar desde la presentación de la reclamación. A efectos de que el

1. Finantza entitateak kontsumitzailearen eskaera baztertzen baldin badu.
2. Hiru hilabete pasa baldin badira eta Finantza entitateak eskerari erantzunik ez badio ematen.
3. Kontsumitzailea ados egon ezean bankuak eskainitako kalkuluarekin edota bankuak eskainitako kantitatea baztertzen badu.
4. 3 hilabeteren buruan kontsumitzailearen eskura ez bada jarri erreklamaturako diru kantitaterik.

Sistema honen bidez haien burua asetuta ikusten ez zuten kontsumitzaileek jurisdikzio sistema jo zezaketen, horretarako demanda tarteratuta, zoru klausulen deuseztasunean oinarrituta eta bidegabeki kobratutako kantitateak erreklamaturaz. IBÁÑEZEK 1/2017 Errege Dekretuari buruzko iruzkina egin zuen eta bertan adierazi zuen lehenago aipatutako 2013ko sententziak Europar Batasuneko hainbat kideren auzitegiek emandako epaien aurka egin zuela. Hau da, Espainiar auzitegiek beste hainbat kideren auzitegiek emandako epaiekiko diskrepantzia adierazi zuten. Espainiar bankuen garaipena izan zen aipatutako epai horrekin sententziarekin suertatu zena, izan ere autore honek adierazi zuenez *“fallaron en (...) contra de la devolución retroactiva del dinero liquidado en aplicación de la cláusula suelo, apoyando así a los bancos; según estos, la cláusula era válida, fruto de la libertad contractual, y los consumidores la habrían aceptado libremente”*³⁹.

consumidor pueda adoptar las medidas que estime oportunas, se entenderá que el procedimiento extrajudicial ha concluido sin acuerdo: a) Si la entidad de crédito rechaza expresamente la solicitud del consumidor. b) Si finaliza el plazo de tres meses sin comunicación alguna por parte de la entidad de crédito al consumidor reclamante. c) Si el consumidor no está de acuerdo con el cálculo de la cantidad a devolver efectuado por la entidad de crédito o rechaza la cantidad ofrecida. d) Si transcurrido el plazo de tres meses no se ha puesto a disposición del consumidor de modo efectivo la cantidad ofrecida. **5.** Las entidades de crédito informarán a sus clientes de que las devoluciones acordadas pueden generar obligaciones tributarias. Asimismo, comunicarán a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria la información relativa a las devoluciones acordadas. **6.** Las partes no podrán ejercitar entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con el objeto de la reclamación previa durante el tiempo en que esta se sustancie. Si se interpusiera demanda con anterioridad a la finalización del procedimiento y con el mismo objeto que la reclamación de este artículo, cuando se tenga constancia, se producirá la suspensión del proceso hasta que se resuelva la reclamación previa”.

³⁹IBÁÑEZ JIMÉNEZ, Javier. “Comentario al Real...”, zit., 167. orr: “La sentencia del 21 de diciembre del Tribunal de Justicia de la Unión Europea impuso a los bancos europeos la devolución retroactiva a sus clientes de lo cobrado en virtud de la muy extendida cobertura de riesgo de tipos de interés conocida como “cláusula hipotecaria suelo” que fijaba un interés mínimo a pagar por el cliente hipotecario con préstamo a interés variable, si los tipos bajaban en el mercado. En general, ese interés “suelo” ha rondado en los contratos torno al 2,5% anual, lo que ha resultado en elevadas pérdidas para los clientes, si se considera que el tipo de interés bancario europeo de referencia o Euribor ronda una media del 0,06 % en el último bienio, llegando a ser negativo; así, el 24 de febrero de 2107 fue el -0,11%”.

Hala ere EBJA-ren 2016ko epaiarekin argi geratu zen Espainiak Europar Batasuneko irizpideari jarraitu behar ziola eta beraz bankuek bezeroei bueltatu beharko zizkietela azkenengo hauek gehienez ordaindutako kuotak. Horregatik, eta gehienbat Europar Batasuneko irizpidearekin konkordantziarekin egoteko asmotan, 1/2017 Errege Dekretua sortu zen. Bide honetatik jarraituz beraz, kontsumitzaileek bankuarekin akordioak egin ditzakete. Atzerago aipatutako autoreak horrela adierazten du bere iruzkinean kontsumitzaileak egin beharrekoari buruz: *“los afectados por una cláusula suelo pueden reclamar en su banco. Este estudiará las reclamaciones y decidirá a qué clientes cobró indebidamente el interés mínimo o “suelo”, superior al que habría resultado del préstamo variable sin aplicar dicha cláusula”*.

Hala ere atal ilun bat aipatzen du IBÁÑEZ autoreak, izan ere aditzera ematen du bankuek ez zituztela onartu bezero profesionalak (finantza jardueretan adituak) egindako diru eskaera horiek. Izan ere, lehentasuna emango zitzaien formakuntzarik ez zuten pertsoneri, izan ere hauen ahalegina handiagoa baitzen. Formakuntzarik gabeko pertsonetaz gain jubilatuak, ikasketarik gabeko pertsonak eta profil horretakoak izango ziren lehentasuna izango zutenak eskaera gauzatzen zutenean. Gainera, autore honek kontuan izan beharreko gomendio batzuk ematen ditu⁴⁰:

1. **Lehenengo** gomendioan azaltzen du, eskaera gauzatzen duenak pertsona fisikoa izan behar duela, hau da kontsumitzailea. Adierazi zuen ere epaile batzuek ere multzo honen barnean sartu zituztela enpresa txikiak.
2. **Bigarrenik** azaldu zuen, zoru klausula dela banketxeek kobratuko zuten interes minimo bat, zeina interes tipo finkoko edota aldakorreko maileguen baitan txertatzen zen.
3. **Hirugarrenik**, adierazi zuen bankuek hau antolatu beharra zutela eta horretarako eta eskaerak modu egokian bideratuak eta onartuak izateko, web orria, email-a nahiz langileak kontratatu beharko zituztela.
4. **Laugarren** atalean adierazi zuen, bankuek bueltatuko zituzten diru kopuruen berri eman behar ziotela bezeroari eta adierazi behar ziotela interesen desglosea. Bezeroak onartzen baldin bazuen bankuek proposatzen zion zenbatekoa, kontu korrontean sartuko zitzaion.
5. **Bosgarren** puntuan idatzi zuen, bankuak eskaera baztertzen baldin bazuela, bankuak argudiatu beharko zuela horren zergatia.

⁴⁰IBÁÑEZ JIMÉNEZ, Javier. “Comentario al Real...”, zit., 169-170. orr

6. **Seigarren** atalean azaldu zuen kontsumitzaileak beherapenak edota gauzak onar zitzakeela diru kopuru zehatz baten ordez.
7. **Zazpigarren** puntuan, garrantzia handiko gastuak aipatzen ziren; hala nola notaritzatik edota erregistrokoak ondorioztatutakoak. Hauek akordiotik sortzen direnez arantzel finkoek adierazitakoaren bidez ordainduko ziren.
8. **Zortzigarren** multzoan, azaldu zuen nola bezero batek bankuak egindako eskaintza baztertzan bazuen eta honen aurkako demanda tarteratzen bazuen auzitegietan eta gainera epaileak bankuak eskaintakoa baino diru kopuru handiago bat lortzen bazuen, bankuak ordaindu beharko zituela kostak judizialak.

4.- Zoru klausulen nobazioa

4.1.- Nobazioaren kontzeptualizazioa

Aurrekoarekin lotura eginez, Auzitegietan erreklamazioek ez zuten harrera onik izan eta hau aprobetxatuz, bankuek haien bezeroei dei egin zieten zoru klausula kontratutik ezabatzeko promesa eginez edota zoru klausularen beherapena eginez. Orokorrean, egoera hauetako bat hautatzen zuten kontsumitzaileek, gehiegikeriaz kobratu zieten erreklamatzeko aukera galtzen zuten. Askotan ere, errenuntzia horren gardentasuna kolokan jarri zen eta aditu askok adierazi izan zuten zoru klausulak bezain ilunak zirela errenuntzia hauek⁴¹.

Bankuen trikimailuek edota estrategiek ez zuten eragin handirik izango Auzitegi Gorenaren Urriak 16ko 558/2017 sententziarekin⁴². Sententzia honetan argi adierazi zuten epaileek zoru klausularen modifikazioa edo nobazioa, jatorrizko zoru klausula bezain nuluak zirela. Hau

⁴¹CONDE FUENTES, Jesús. “El procedimiento extrajudicial para la restitución de las cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo”, *Revista de Derecho Civil*, 219-233. Orr “No obstante, nos encontramos con otro problema adicional que es el de determinar qué entidades financieras incluyeron en sus contratos de préstamo hipotecario cláusulas suelo que puedan considerarse como abusivas, puesto que algunas de ellas han declarado que las cláusulas suelo insertas en sus contratos cumplen con el control de transparencia fijado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013 (...) Del mismo modo, la norma aclara que la condición de consumidor tan solo será predicable de aquellas personas físicas que reúnan los requisitos previstos en el artículo 3 (...) La Disposición Adicional Primera del RD-ley 1/2017 obliga a las entidades financieras a poner en marcha, en el plazo máximo de un mes, las medidas necesarias para dar cumplimiento al procedimiento extrajudicial establecido (...) dicha carencia produce una situación de desigualdad entre los consumidores reclamantes y las entidades financieras. En primer lugar, porque el «sistema de reclamación previa» vendrá impuesto por cada una de las entidades financieras, por lo que cada una de ellas establecerá las pautas que a su derecho o interés convengan. Y en segundo lugar, porque no se ha previsto la intervención de un tercero imparcial que equilibre la negociación entre el consumidor y la entidad financiera”.

⁴²Auzitegi Goreneko sententzia, zibileko sala, 2017ko urriaren 16a (ROJ: STS 3721/2017).

guztia Kode Zibileko⁴³ 1208. artikuluan⁴⁴ oinarrituta. Honako hau argudiatu zuten AG-k: *“determina la nulidad de la novación cuando también lo sea la obligación novada, salvo que la causa de nulidad solo pueda invocarla el deudor o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen”* Honi gehituz, Auzitegi gorenak erabaki zuten bankuak zoru klausula kontratutik ezabatu behar zuela, izan ere nobazio bidez ezarritako obligazio berriak jatorrizko obligazioaren bizioak izango zituelako. Are gehiago, nobazioa soilik izango zen baliozkoa kontsumitzaileek bizio edo defektu horiek konpontzeko borondate espresua adierazten baldin bazuten. Defektu horiek konpontzeko 1311. artikuluko⁴⁵ betekizunak betetzea beharrezkoa zen. Kasu zehatz honetan kontsumitzaileei ez zitzaien honen berri eman eta horren ondorioz jatorrizko obligazio biziatu baten nobazioa ez da konbalidatuko⁴⁶. eta horretaz gain, kaltetuei gehiegikeriaz ordaindutako dituen kopuru guztia bueltatzera kondenatu zuten *Banco Caja España* banketxea. Auzitegi Gorenaren epaiak *Banco Caja España* kondenatu zuten, adieraziz klausula

⁴³BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: “Artículo 1208”, Comentarios al Código Civil, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, 1675-1679.orr: “Además de la existencia material de la obligación a novar, es también preciso que sea válida y apta para producir efectos jurídicos. No son ,pues, susceptibles de novación las obligaciones nulas de pleno derecho. Siendo el negocio novatorio un “posterius” que depende de la obligación antecedente, cuando ésta se encuentre afectada de nulidad absoluta, la novación será nula -como expresamente recuerda el art. 1208, primer inciso-. En consecuencia, puesto que en la novación la segunda obligación sólo nace en cuanto se extingue la primitiva, siendo ésta nula aquélla carecería de causa, y por lo tanto, no llegará en realidad a constituirse (...) Si en verdad existe una voluntad negocial y el acuerdo reúne los requisitos necesarios (art. 1261 CC), llegará a constituirse una obligación, pero ex novo, no por virtud de un convenio novatorio, que no lo ha habido...Cosa distinta es que la novación haya sido efectuada padeciendo las partes error precisamente acerca de la validez (o existencia) de la obligación a novar, es decir, creyendo que era válida, cuando en realidad era nula (o nunca existió o ya se había extinguido). Mientras que en el supuesto anterior la conciencia de la nulidad puede permitir probar que lo que se quiso fue dar vida a una nueva obligación (mediante un contrato ex novo), cuando las partes han padecido error falta la voluntad de constituir autónomamente esa obligación, ya que sólo se quiso que naciera si extinguía a cambio la precedente, y no en caso contrario”.

⁴⁴Kode Zibileko 1208. art: *“Berritzea deuseza da, jatorrizko betebeharra ere deuseza bada, salbu eta deuseztasunaren arrazoia zordunak bakarrik inboka dezakeena, edo berrespenak jatorriz deusezak diren egintzak baliozkotzen dituztean”*.

⁴⁵Kode Zibileko 1311. art: *“Baieztapena esanbidez nahiz isilbidez egin daiteke. Isilbidezko baieztapena badela ulertuko da, deuseztasun arrazoia jakin eta hori amaitu ondoren, arrazoi hori inbokatze eskubidea duenak egintzaren bat burutu eta egintza horrek nahitaz erakusten duenean eskubideari uko egiteko borondatea”*.

⁴⁶Auzitegi Gorenako sententzia, zibileko sala, 2017ko urriaren 16a, 6. OJ, 3.parrafoa, 8.parrafoa eta 9. parrafoa: *“Se trata de una nulidad de pleno derecho, que impide que el consumidor pueda quedar vinculado por la cláusula abusiva (...) La nueva obligación adolecerá de los mismos vicios que la obligación novada, salvo que la voluntad de los interesados pueda y quiera subsanar tales defectos. Para que tal subsanación se produzca, es preciso que se den los requisitos que el art. 1311 del Código Civil y la jurisprudencia que lo desarrolla establecen para la convalidación de los negocios anulables. (...) En el caso enjuiciado, la protesta por la inclusión de una cláusula de la que no se advirtió a los prestatarios, pese a su trascendencia, y la petición de que al menos se les reduzca el suelo al fijado en otros contratos de la misma promoción, incluso si se tratara de un vicio subsanable (que no lo es), no podría considerarse en ningún caso como una convalidación del contrato pues no constituye un acto inequívoco de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria”*.

kontratutik ezabatu beharra zegoela eta zoru klausularengatik gehiegikeriaz kontratutako kopuruak ere bueltatu beharra zegoela⁴⁷.

Nobazioak zer suposatzen duen epai batean ikusi ostean, ideia bat argi izan behar dugu. Bada nobazioa, zoru klausularekin zerikusia ez duen beste instituzio bat da, baina bata bestearekin agertu izan dira. Askotan zoru klausula agertzen den kasuetan nobazioa ere azaldu izan ohi da, baina beste kasu askotan ez zen halakorik eman. Hala ere, nobazioa lehen azaldu bezala, mailegu kontratu batzuetan kontsumitzaile eta banketxeen arteko akordioa izan zen, bankuek askotan erabiltzen zutena, kontsumitzaileekin zituzten gaizki ulertuak/harremanak gatazka juridiko ez bihurtzeko asmoz.

Bankuek tresna juridiko hura erabiltzen trebatuta zeuden baina nobazioaren nondik norakoak ulertzeko, Kode Zibileko 1203, 1204, 1207⁴⁸ eta 1208. artikuluetara jo beharra dago. Hasteko, BERCOVITZ-ek 1203. artikulua⁴⁹ zertan datzan azaltzen du eta nobazioak bere baitan hainbat aspektu dituela dio, obligazioen dinamikan ikus daitezkeenak⁵⁰. Aspektu hauek obligazioen iraungitzea, sortzea eta aldatzea dira. Gainera nobazioak suposatzen du baita ere subjektuen aldaketa eman daitekeela eta gainera 1156. artikuluan azaltzen den bezala, obligazioak iraungitzeko modu tipikoa da⁵¹.

Kode Zibilak gainera ez du nobazio figuraren kontzepturik ematen eta erregulatzeko garaian nahiko zehaztugabe eta nahasmenez egiten du. Esan beharra dago gainera doktrinaren baitan eztabaida handia sortu izan dela nobazioa sailkatzeko momentuan. Batzuek diote nobazioa beti dela iraungitzailea eta doktrinaren beste zati batek dio nobazioa aldatzailea dela. Iraungitzaileak jatorrizko obligazio bat iraungi eta berri bat sortzeko helburua du eta

⁴⁷Auzitegi Goreneko sententzia, zibileko sala, 2017ko urriaren 16a, epaia 2.4 parrafoa: “*Condenar a Banco Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria SAU a eliminar dicha condición general del contrato de préstamo hipotecario y a la devolución de cuantas cantidades haya cobrado en aplicación de la referida cláusula (sea en el 3%, sea en el 2,5% de suelo), con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro periódico*”.

⁴⁸Kode Zibileko 1207. art: “*Berritzearen ondorioz betebehar nagusia azkentzen denean, betebehar erantsiek iraun egingo dute, adostasuna zein hirugarrenek eman ez eta horrentzat probetxugarri diren heinean*”.

⁴⁹BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: “De la novación”, *Comentarios al Código Civil*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, 1660-1663. orr.

⁵⁰Kode Zibileko 1203. art: “*Betebeharrak aldaraz daitezke: 1. Euren objektua edo baldintza na gusiak aldatuz. 2. Zordunaren ordeztu beste pertsona bat jarritz. 3. Hirugarrena hartzekodunaren eskubideetan subrogatuz*”.

⁵¹Kode Zibileko 1156. art: “*Betebeharrak azkentzen dira: Ordainketa edo betetzeagatik. Zor den gauza galtzeagatik. Zorra barkatzeagatik. Hartzekodunaren eta zordunaren eskubideak bateratzeagatik. Konpentsazioagatik. Berritzeagatik*”.

aldatzaileak aldiz, jatorrizko obligazioa aldatzea du helburu. Nahiz eta doktrinaren zati handi batek baztertu egin duen nobazio aldatzailea, bere figura onartu egiten dute. Gainera nobazio aldatzailearen figuraren babesle diren horiek, argudiatzen dute oinarriak Kode Zibileko 1203. eta 1207. artikuluetan daudela. Gainera argudiatu izan da, 1203. artikulua oinarritzat harturik, benetako esentzia gordetzen duena nobazio aldatzailearena litzatekeela zeren eta obligazioaren aldatzea du oinarri eta inola ere ez obligazioa iraungitzearena. Hala ere, guzti honetatik argi ulertu behar dena da jakitea noiz dugun eskuartean bata edo bestea.

1204. artikuluari⁵² buruz, BERCOVITZEK⁵³ azaltzen du nobazio iraungitzaileari egiten diola erreferentzia. Izan ere, jatorrizko obligazioa iraungi egiten da eta beste obligazio berri baten jaiotza ematen da. Honetaz gain ideia bat goraiatzen du, hain zuzen, lehenago aipatutako nobazioaren benetako esentzia zeina artikulua honetan argi ikus daitekeen. Honek obligazio berri baten sorrerarekin eta beste baten iraungitzearekin du zerikusia, izan ere, nobazio iraungitzailearen figuran bi egoera hauek bata bestearekin agertzen baitira.

Nobazioaren oinarri diren artikuluekin jarraituz, 1207. artikulua⁵⁴ adierazten digu obligazio nagusiari atxikita dauden obligazio akzesorio horietatik zeintzuk iraungiko diren eta zeintzuek jarraituko dute existitzen. Autore honen artikulua hauen iruzkinarekin jarraituz, askotan aipatzen den “regla general” edo arau orokorra ikus daiteke proiektatua artikulua zehatz honetan. Arau orokor honek adierazten diguna da, obligazio nagusiarekin batera doazen obligazio akzesorio guztiak iraungi egingo direla. Aipatzen duenez, “accessorium sequitur principale” printzipioa aplikatzea bezala litzateke. Gainera izaera akzesorioa duten bestelako bermeak ere obligazioaren iraungitzearekin batera desagertu egiten dira. 1207. artikulua bigarren atalaren erdialdean autoreak adierazten du “*prior obligatio*”-a desagertzen den momentuan horri atxikita agertzen diren ineteresak edota klausula penalak guztiz desagertzen dira. Hala ere, aldeek kontrakoa adosten badute, aurretik zeuden obligazioak “*nova obligatio*”-an txertatu edo atxikitu ditzakete. Beraz artikulua honekin jarraituz, aditzera ematen du nobazio iraungitzailea denean obligazio akzesorioak ere iraungi egingo direla, baina aldiz nobazio aldatzailea denean obligazio akzesorioek biziraun egingo dute. Beraz obligazio aldatzailean

⁵²Kode Zibileko 1204.art: “Betebehar bat beste batekin ordeztu, eta, ondorenez, aurrekoa azken da din, nahitaezkoa da hori argi eta garbi adieraztea, edo betebehar zaharra eta berria zeharo bateraezinak izatea”.

⁵³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: “De la novación”, Comentario al Código Civil, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, 1663-1668.orr.

⁵⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: “De la novación”, zit., 1672-1675.orr.

soilik aldaketak txertatuko direnez horri atxikita dauden bestelako obligazioek ez dute aldaketarik jasango (aldeek adostu ezean).

Kode Zibileko 1208. artikularekin⁵⁵ jarraituz, ⁵⁶BERCOVITZEK azaltzen du nobazioa ez dugula ulertu behar obligazio baten iraungitzea eta beste baten sorrera soil bezala. Iraungitzen den obligazioaren eta sortzen den obligazio berria betiere ligatuta daude. Hau da, obligazio berria soilik sortuko da baldin eta jatorrizkoa iraungitzen bada. Honi deitzen zaio beraz “*sinlagma novativo*” batak bestearen beharra dutelako bai jaiotzeko eta baita iraungitzeko. Batak bestearen beharra dutela irudikatzeko, autore honek adibide praktikoa bat jartzen du esanez jatorrizko obligazioaren iraungitzea ez badela ematen ez da emango ezta ere obligazio berri baten sorrera eta beraz ez legoke nobaziorik. Eta gauza berbera gertatzen da obligazio berriarekin zeren eta hau ez bada sortzen, aurreko obligazioak dirau eta azkenik ez litzateke nobaziorik emango hemen ere. Autore honek gehitzen du ezin daitekeela gertatu inongo nobaziorik baldin eta ez badago jatorrizko obligaziorik. Gainera beharrezkoa izango da jatorrizko obligazioa baliozkoa izatea. Baliozkoa ez bada, nobazioa nulua izango da eta beraz ez luke inongo efektu juridikorik sortuko. Hala ere, azaltzen du nola nobazioa eman daitekeen jatorrizko obligazioa nulua delarik eta hau suertatuko da alderdiak jakinaren gainean daudenean jatorrizko obligazioaren nulitateaz eta sortuko duten obligazio berria baliozkoa denean.

BERCOVITZEN azalpen sakonen ostean, zaila da argitzea zer den nobazioa edota zer suposatzen duen tresna juridiko⁵⁷ honek. Horregatik definizio sinple bat planteatzea da egokiena. Nobazioa da beraz obligazio baten iraungitzea⁵⁸ edota aldatzea betiere obligazio

⁵⁵Kode Zibileko 1208.art: “*Berritzea deuseza da jatorrizko betebeharra ere deuseza bada, salbu eta deuseztasunaren arrazoiak zordunak bakarrik inboka dezakeenean, edo berrespenak jatorriz deusezak diren egintzak baliozkotzen dituenean*”.

⁵⁶BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: “De la novación”, zit., 1675-1679. Orr.

⁵⁷Kode Zibilak aipatzen duen bezala eta beraz gure ordenamenduko Zuzenbide Positiboak argi adierazten duen bezala, 2 nobazioa kategorian ezberdindu behar ditugu: alde batetik **obligazioa iraungi edota aldatzen duen nobazioa** eta beste alde batetik **nobazio objektiboa eta subjektiboa**. Zuzenbide positiboa deskribatuz, OLLERO TASSARA, Andrés: “Todos de acuerdo: Sólo es derecho el derecho positivo.”, *UCM Editorial Complutense*, 2012, 927-944.orr : “Por derecho que es se entendería el derecho positivo o puesto; por contraposición a un derecho natural al que habría que considerar meramente supuesto. Éste no sería susceptible de captación racional, nos perdería en evaluaciones de justicia —más morales que jurídicas— y tendría por supremos intérpretes a quienes no se han sometido al contraste legitimador de las urnas. Desde esta perspectiva, el derecho natural no sería en realidad derecho, sino una propuesta moral sobre cómo debería ser el derecho positivo”.

⁵⁸**Nobazio iraungitzailea**: Kontzeptu hau Kode Zibileko 1156. artikuluan aipatzen da. Izan ere, artikulua horrek dio nobazioa obligazioak iraungitzen dituen kausetako bat dela. Ikus dezakegu nola obligazio baten aurre existentzia

berri bat sortzen delarik, zeinek aurretik zegoen obligazioa aldatzen edo iraungitzen duen. Hori dela eta, obligazio baten menpe dauden alderdiek aurretik zuten obligazio hori aldatzea edota iraungitzea erabakitzen duten. Obligazio berri baten menpe jarriko dira eta aurrekoa indargabetu egingo dute⁵⁹. Gainera ez dugu ahaztu behar subjektuak aldatu daitezkeela baita ere⁶⁰.

Nahiz eta definizio honek kontzeptua ulertzeko balio duen, gogoan izan beharra dago hainbat nobazio mota aurki ditzakegula gure ordenamendu juridikoan zehar⁶¹. Kontuan hartu beharra

ematen den eta horretaz gain, obligazio berri baten sorrera zeinak aurreko obligazioa ordezkatzeko duen. Egoera zehatz honetatik lau kontzeptu edo elementu ondorioztatzen dira. Elementu horiek alde batetik “Nova obligatio”, hau da nobaziotik sortuko den obligazio berria, “Animus novandi”, edota aldean nahia obligazio berri bat sortzeko eta hasieratik sortzen dena ordezkatzeko eta azkenik “aliquid novi” zeinak “prior obligatio”-ri ezartzen zaion aldaketa litzateke. Aurreko obligazioaren iraungitzea gerta dadin era argi batean islatuta gelditu beharko da obligazio zaharraren desagertzea. Baita ere berrienak zaharrena ordezkatzeko du, 2 obligazioak bata bestearekin guztiz bateragarriak ez baldin badira. Egoera horietako bat ematen denean obligazio berriena indarrean sartuko da eta hala, zaharrena iraungi egingo da.

⁵⁹**Nobazio objektiboa:** Nobazio objektiboak obligazio nagusiari atxikita dauden baldintzen aldaketa suposatzen du. Hala nola obligazioaren naturari edota zenbatekoari dagozkionak. Gainera jakin beharra dago modu, denbora edo leku bezalako aldaketak soilik akzidentalak direla.

⁶⁰**Nobazio subjektiboa:** Kasu honetan ez dira gauzatzen baldintzen aldaketak, baizik eta harreman juridikoan alderdi diren norbanakoen aldaketa ematen da. Honek esan nahi du hartzekodun edota zordun figurak aldatu egiten direla eta horien lekuan bestelako pertsona fisikoak edota juridikoak jarriko dira. Gainera aipatu beharra dago, jatorrizko zordunaren aldaketa eman daitekeela honen ezagutza gabe. Hau da, ez da beharrezkoa izango jatorrizko zorduna jakinaren gainean egotea, baina jatorrizko zordunaren aldaketa suertatu ahal izateko, beharrezkoa izango da hartzekodunak aldaketa hori onartzen duela esanbidez adieraztea. Nobazio subjektiboari dagokion azalpena CASTELLANOS CÁMARA, Sandra: “Novación y modificación de la relación obligatoria: El artículo 1203 del Código Civil Español*”, *Rev. Boliv. de Derecho*, 2019, 168-203.orr: “El concepto de la alteración objetiva convencional de la relación obligatoria”: “...la **novación subjetiva activa** por cambio de acreedor (art. 1203.3 CC), vía subrogación, se concibe como transmisión del crédito primitivo (art. 1212 CC), en un plano equivalente a la cesión (arts. 1526 y ss.) y, por tanto, como novación modificativa que solo mediando voluntad expresa y terminante de las partes podrá ser extintiva (art. 1204 CC)... ; **la novación subjetiva pasiva** por cambio de deudor (art. 1203.2 CC) se regula en principio como extintiva, pero nada impide a las partes convenir la “sucesión” en la deuda ex art. 1255 CC; y por último, **la novación objetiva** (art. 1203.1 CC) es la única que, en determinados supuestos, será extintiva como consecuencia de la entidad de lo alterado e independientemente del animus de las partes... De lo recién expuesto se percibe el marcado protagonismo que en esta materia se concede a la autonomía de la voluntad, prácticamente concluyente del alcance de la “novación”, de la que, dicho sea de paso, y entendida propiamente como extinción por creación, queda bien poco”.

⁶¹**Nobazioa aldatzailea:** Kasu honetan hasierako erlazioak dirau, baina bere edukia aldatu egiten da eta aurrez existitzen ziren obligazio akzesorioak eta bestelako bermeak guztiz mantenduz. Honek esan nahi jatorrizko obligazioaren aldaketa batzuk gauzatzen direla edota jatorrizko obligazio horren betebeharrak akzesorioak alda daitezke. Aldaketa hauek izan daitezke adibidez kantitate aldaketa, ordainketa modua edota obligazioa betetzeko denbora aldatzea. Oso garrantzitsua da ere nobazioak areagotu egiten duela zor bat, eta hala gertatzen denean fidatzaileari ez dio inolako kalterik suposatuko, betiere aldaketa onartzen ez duen bitartean. Beraz nobazio aldatzailearen barne aurki ditzakegu alde batetik jatorrizko obligazio bat, “aliquid novi” hau da, txertatzen ezberdintasuna aurreko obligazioarekiko eta “nova obligatio” edo obligazio berria. Honen harira CASTELLANOS CÁMARA, Sandra: “Novación y modificación...” zit., 168-203.orr: “La obligación anterior es tanto presupuesto ineludible como parte necesaria de la nueva relación obligatoria. Vistas las cosas desde esta

dago ere zein arau esparruren barnean ari garen nobazioaren inguruan hitz egiterakoan eta beraz lehenik eta behin eskuartean izango dugun legeria, eta jada aipatu duguna, Kode Zibila izango da, zehazki Kode Zibileko Obligazio eta Kontratuen kapitulua eta jorratuko diren artikulua 1203 tik 1208ra artekoak lirateke. Bigarrenik Merkataritza Kodea ere arau esparruaren barnean egongo litzateke, are zehatzago obligazio berezien bigarren liburua. Merkataritza Kodeko 116. artikulutik aurrera dauden artikulua dira erabilgarri. Azkenik 5/2019 Legea ere nobazioaren arau esparru barnean sartuko litzateke.

4.2.- Nobazioaren nulitate kausak

Kontratuetan gertatzen den bezala, nobazioa ere nulua izan daiteke eta baita ere, iraungi egin daiteke. Nobazioa nulua dela ondorioztatzen baldin bada, jatorrizko obligazioa biziraun egingo da eta beraz nobazio bidez txertatutako obligazio berri hori guztiz desagertzen da. Jakin beharra dago nulitate kausa ohikoena nobazioan gertatzen dela jatorrizko obligazioa nulua delako zentzu guztietan. Gainera zordunak alega dezake nulitate kausa edota zordunaren onespenez, jatorrizko obligazio nulua balioespenez eman dezake.

Kode Zibileko 1208. artikulutik⁶² hori ulertu dezakegu: *“La novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor,*

perspectiva, la nova obligatio siempre parte de una obligación preexistente cuyo contenido necesariamente modifica en su aspecto objetivo y/o subjetivo para la inserción de algo nuevo (aliquid novi). Dicho de otra forma, para que exista novación se exige en todo caso la modificación de la obligación a extinguir, pues solo a su través puede alcanzarse el efecto jurídico novatorio”.

⁶²Ildo honetatik CASTELLANOS CÁMARA, Sandra: *Recargas y novaciones hipotecarias*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, 302-304. orr: “La novación modificativa encuentra soporte también en este precepto, en la medida en que si la novación tuviera para el Código carácter extintivo, la nulidad se extinguiría con la obligación desaparecida y el vínculo resultante no tendría que nacer con el estigma de una nulidad ya erradicada, lo que le conduce a concluir que la única razón de que persista el vicio de nulidad es la subsistencia de la obligación primera, dado que la esencia de la novación no es extinguir, sino modificar: «al no desaparecer la obligación primera, la nulidad inicial sigue viva y subsistente, porque subsistente y viva continúa la obligación sobre la que el vicio de nulidad recae (...) Sin embargo, no puede compartirse esta conclusión, ya que el planteamiento parte de una premisa errónea: la nulidad, al contrario de lo que se afirma, no se extingue con la obligación desaparecida, por la sencilla razón de que si esta es nula, no ha existido en ningún momento, de suerte que no puede extinguirse para dar lugar a la creación de otra nueva; en otras palabras, no tiene virtualidad para ser objeto de extinción o sustitución. Se trata, por esta razón, de una regla inherente a la propia dinámica (...) de la novación, que acompaña a la figura desde sus comienzos: esta solo puede operar si la prior obligatio es válida y, por tanto, susceptible de ser vir de soporte a la nueva. En este sentido, el artículo 1208 CC constituye expresión máxima de la dualidad de efectos extinción-constitución inherente a este medio extintivo: si la prior obligatio es nula, no se puede extinguir; y si no se puede extinguir, el acto novatorio opera en el vacío en su dirección extintiva al carecer del imprescindible sustento que dicha figura exige, representado por la obligación primitiva que se pretende novar, sin la cual tampoco es eficaz en la dirección creativa (...) Lo anterior va referido, claro está, a los supuestos en los

o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen". CASTELLANOSEK 1208. artikuluari buruzko azalpena ematean adierazten du nola nulua den "prior obligatio" delakoa, ez den inoiz existitu eta beraz ezin daiteke nobatu eta horren ondorioz ez da inolako nova obligatorik sortuko. Laburbilduz, nobazioaren dinamika⁶³ "prior obligatioaren" baliozkotasunean datza, izan ere hau nulua izanik ezin izango da obligazio berririk sortu eta ondorioz ez da nobaziorik emango inola ere. Hori gertatuko da betiere, jatorrizko obligazioa nulua denean eta aldiz deuseztagarria denean, nobazioa burutzen baldin bada obligazio berri bat sortuko da beharrezkoak diren betebeharrak ematen baldin badira. Hala ere deuseztagarria den obligazioa nobatzen baldin bada, beti egongo da kolokan baliozkotasun hori eta gerora egoera latzak sor ditzake.

BERCOVITZek nobazioaren nulitateari buruz esaten du, nobatu nahi den obligazioa nulua baldin badela eta gainera alderdiek ez baldin badakite, gerora nobazio akatsdun honen ondorioz kaltetuak izan diren kontsumitzaileek aurkaratu dezakete judizialki⁶⁴. Hala azaltzen du 2.2

que la prior obligatio es nula de pleno derecho, pues si solamente fuese anulable, la novación podría suponer su convalidación, siempre que reúna las condiciones que esta última exige (. De ahí la salvedad que consagra el precepto: «la novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo (...) que la ratificación convalide los actos nulos en su origen». Pero además la prior obligatio anulable es susceptible de novación de la misma forma en que lo es la obligación condicional: la nova obligatio nacerá amenazada de anulación e, igualmente, susceptible de sanación En fin, a diferencia de la obligación afectada de nulidad absoluta, la cual se reputa no haber existido en ningún momento una vez decretada esta, la obligación anulable, si bien tiene un futuro incierto, momentáneamente existe y, por ende, es susceptible de novación, «con la reserva de que el valor de la novación será también necesariamente precario».

⁶³CASTELLANOS CÁMARA, Sandra: "Novación y modificación...", zit., 178. orr: "Por ello, la novación, más que extinguir las obligaciones, lo que hace es cambiarlas en otras. Esto explica, a nuestro juicio, que el Código se refiera a ella como "modificación": solo mediante la modificación de la primera obligación puede nacer aquella destinada a reemplazarla". Ildo honetatik hala azaltzen du RAGEL SANCHEZ, Luis Felipe: "El concepto de alteración objetiva convencional de la relación obligatoria", *Anuarios Derecho*, 1987, 895-928.orr: "La finalidad de las partes no consiste en crear una relación jurídica (independiente) de la anterior, sin ninguna conexión objetiva. Por el contrario, las partes pretenden *incidir en la relación* preexistente, variando alguno o algunos de sus elementos objetivos. En otras palabras: las partes pretenden conseguir una *adaptación* de la relación obligatoria a sus intereses, que han sufrido una variación desde el momento del nacimiento de la obligación (...) Las mismas partes que en su día dieron lugar, por su voluntad o por su comportamiento, a la creación de un vínculo jurídico, acuerdan posteriormente alterar ese vínculo, incidiendo en la disciplina preexistente. EL resultado de la alteración será una obligación (distinta), no exactamente igual a la primitiva y, en ese sentido, podemos decir que se produce una (discontinuidad) de la relación obligatoria (...) La alteración objetiva convencional introduce cambios en los elementos de la relación obligatoria. Con esta exigencia, aludimos claramente al requisito del *aliquid novi* (88): el convenio de la alteración ha de establecer diferencias, por pequeñas que sean, entre la obligación preexistente y la obligación alterada. En este sentido, puede hablarse de discontinuidad, que puede referirse a la naturaleza de la prestación; a su cuantía o calidad; al modo, tiempo o condiciones de ejecución o, incluso, a la causa de obligación".

⁶⁴Honen harira BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: "De la novación", zit., 1677-1689. orr: "Cuando la obligación originaria es meramente anulable, en la medida que, a pesar de su carácter claudicante, ello no impide

atalean eta gerora 2.3 atalean azaltzen du egoera honetarako salbuespen batzuk daudela. Hala berez jatorrizko obligazioa deuseztagarria denean soilik aldeek obligazio berri bat sor dezakete. Horrek hala ere ez du esan nahi inpugnatu ezin daitekeenik eta hori gertatzen baldin bada nobazioa existitu ez balitz bezala geratuko da. Beste supostu bat azaltzen du zeinetan aldeek badakiten jatorrizko obligazioa deuseztagarria dela eta beraz obligazio berri bat sortzea erabakitzen dute, baliozkoa izatea erabaki dezaketena.

4.3.- Bereziki hipoteka maileguaren nobazioa

Egoera hobeto ulertzeko, 2020. urtean jarri behar dugu arreta. Estadistika Institutu Nazionalak (INE) Espainia mailan indarrean zeuden 460.000 hipoteka. Kopuru horretatik 77.000 hipoteka baino gehiago nobazio prozeduraren menpe zeuden. Hala ere, 2019. urteko datuak kontuan hartzen baldin baditugu, soilik 50.000 hipotekari aplikatu zitzaien nobazioa. Beraz, urte batetik bestera %50-eko gehikuntza gertatu zen hipoteken nobazioari zegoakionez. Horregatik ondorioztatu daiteke, hipoteka nobazioa geroz eta erabiliagoa den tresna dela.

Hipoteka nobazioa zer den ulertzeko baina, nobazioaren oinarritzko kontzeptura bueltatu behar gara ⁶⁵. Nobazioa da jatorrizko obligazioen berritze bat. Beraz, hipoteka nobazioak jatorrizko

su eficacia mientras no sea impugnada, puede ser novada; pero por regla general, la «nova obligatio» estará igualmente viciada y, por tanto, amenazada de anulación. Digo por regla general, ya que las partes pueden querer y pactar expresamente la sustitución de esa obligación anulable por una nueva perfectamente válida, de modo que ésta nazca y subsista aun para el caso de que se anule la antigua. Faltando esta previsión, si la acción de anulabilidad es ejercitada con éxito, se producirá el efecto de retroactividad propio de la impugnación, sin que la nova obligatio» llegue a nacer válidamente”.

⁶⁵Nobazioaren inguruan CASTELLANOS CÁMARA, Sandra: *Recargas y novaciones hipotecarias*, zit., 304-308. orr: “De todo lo expuesto hasta ahora queda claro que la regulación del Código en materia de novación se halla lejos de ofrecer apoyo normativo a la libre modificación convencional de las obligaciones, y más lejos aún de dar cabida a una categoría jurídica que, amén de no añadir nada a aquella, supone un contrasentido en sí misma: la novación modificativa (...) La novación es, en Roma y en nuestro ordenamiento vigente, un modo de extinción de las obligaciones (arts. 1156 y 1143 CC) que presenta la particularidad de vincular la extinción de una obligación al efectivo nacimiento de otra segunda, la cual toma para sí algunos elementos de aquella y viene a ocupar su lugar: la nova obligatio es, entonces, el resultado de la prior «modificada». Esta última es muy probablemente la razón del empleo del término modificación en el artículo 1203 CC, en ningún caso dirigido a exceptuar el efecto extintivo-constitutivo de la aliquid novación sino a describir el mecanismo que conduce a ella, esto es, la satisfacción a uno de los requisitos típicos de la institución: el dar es, ni más ni menos y a pesar del transcurso de los siglos, lo que viene a plasmar nuestro artículo 1203 CC. Y a esta intelección conduce el análisis de los supuestos que contempla el precepto: la novación objetiva como alteración sustancial de la obligación, recayente sobre su objeto o sus condiciones principales; la novación subjetiva pasiva cuya naturaleza es, en presencia de terceros, necesariamente extintiva (arts. 1205 a 1207 CC); y la novación subjetiva activa, que comporta la extinción del crédito satisfecho y la transmisión al adquirido por el tercero de los administrados del primero (arts.

hipoteka batetik sortzen diren obligazioen berritze bat suposatuko luke. Horregatik jadanik existitzen den hipotekaren akordio berri bat bezala planteatu behar da. Gehienbat ematen da kuoten ordainketarekin zerikusia duten egoeretan, izan ere, kuotak kontsumitzaileek ordaindu behar izaten baitituzte.

Nobazioaren zergatia⁶⁶ egoera hauetan aurki dezakegu:

1. Interes tipoa: hasiera batean hipotekan txertatu ziren baldintzak aldatu egiten dira eta hala kontsumitzailearen aurkako jarrera bat azaltzen da. Kontsumitzailea kaltzen duten egoeren artean daude interes aldakorretik interes aldakorrera aldaketa egitea edota baita ere diferentzial berri bat txertatzea.
2. Hipoteka maileguaren titularra: kasu zehatz honetan aldatu egiten da ordainketa egiteko obligazioa bereganatzen duen pertsona. Horren ordean bere lekua hartuko duen bestelako pertsona fisikoa nahiz juridikoa ezarri ahal izango da.
3. Amortizazio epea: kasu honetan kuoten zenbatekoari egiten zaio erreferentzia eta kuota handitzea edo txikitzea erabaki daiteke. Hala, kuoten zenbatekoa aldatzea erabaki daiteke.
4. Mailegutako diru kopurua: finantza entitateak kontsumitzaileari maileguan utzitako diru kantitatea handitzea erabaki daiteke.
5. Likidazio sistema: kasu honetan aldeek adosten dute aldaketa bat egitea, zeinen bidez ados dezaketen denboraldia batean kuoten gabezia edo behin behineko geldialdi bat egitea. Horrela, epe konkretu batean kontsumitzailearen obligazioak bertan behera gelditzen dira, betiere epe hori amaituta obligazioekin jarraitzeko asmoarekin.

Nobazioa gertatzeko arrazoiak zeintzuk izan daitezkeen ikusi ostean sakonki aztertu beharreko sententzia bat dago dudarik gabe. Sententzia honek nobazioari buruzkoak argi azaltzen dizkigu eta bankuek erabilitako trikimailuak zoru klausulagatik bueltatu behar zituzten diru kopuruak ez bueltatzeko baita ere. Honela, sententzia hau Auzitegi Goreneko 2020ko azaroaren 5koa da

1209 a 1213 CC). El artículo 1203 debe leerse, así, coherentemente con lo que la novación significa, en clave de extinción”.

⁶⁶Nobazio egoeraren zergatia MARÍN LÓPEZ, Jesús: *El acuerdo novatorio sobre la cláusula suelo del préstamo hipotecario. Un análisis desde la directiva 93/13/ce de cláusulas abusivas*, Editorial Reus, 2019, 191.orr.

eta bertan planteatzen diren egitateak azaltzea komeni da ikuspuntu orokorragoa izateko asmotan ⁶⁷. Bada kontsumitzaileek 2005ko urtarrilaren 5an *Ibercaja* entitatearekin hipoteka mailegu bat sinatu zuten eta 2007an hipoteka maileguaren interes tipoa aldatu egin zen % 5,184an ezarriz, interes tipo hau finkoa zelarik 2008.urtera arte. 2008. urtean interes tipo aldakorra txertatu zuten, honek erreferentziazko indizetzat Euriborra izango zuelarik. Euriborraren momentuko balioari % 0.9ko diferentziala gehituko zitzaion eta horrela %9ko sabai klausula eta %3.25ko zoru klausula ezarri zuten. AG-ko 2013ko sententzia famatuaren ostean, kaltetuak bankura hurbildu ziren eta bankuko zuzendariari eskatu zioten zoru klausula hipoteka mailegutik ezabatzeke. Honek ezezkoa eman zien eta hurrengo egunean dei baten bitartez, zoru klausularen beherapen bat egitea proposatu zien bezeroei.

Hala, dokumentu pribatu bidez kontsumitzaileek zoru klausula % 2.25ean ezarri zuten eta sententzian adierazten den bezala honako hau sinatu zuten pertsonok ⁶⁸: *“Desde la próxima cuota de préstamo pactada y para toda la vida del préstamo, el tipo mínimo aplicable de interés será del 2,25%, en sustitución del convenido inicialmente...Las partes ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas sus condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen... Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25% nominal anual”* ⁶⁹.

Hemen ikus daiteke nola kontsumitzaileek sinatu zutena eta honek izango zuen eragina momento hartatik aurrera. Bertan sinatu zuten ulertzen zutela biziartean % 2.25eko interesa ordaindu beharko zutela eta gainera bankuaren aurkako edozein akzio tarteratzeari uko egin zioten. Gerora demanda tarteratu zuten bankuaren aurka zoru klausula nulua deklaratzeko eskatuz eta gainera sinatutako nobazio dokumentu pribatuaren nulitatea eskatuz. 1.go instantzian eta AP-an emandako epaiek adierazi zuten hipoteka maileguko eskrituran

⁶⁷Auzitegi Goreneko sententzia, zibileko sala, 2020ko azaroaren 5a (RJ: STS 3549/2020)

⁶⁸Auzitegi Goreneko sententzia, zibileko sala, 2020ko azaroaren 5a, 1go OJ, 4. orr.

⁶⁹Aipatzekoa da nobazioan erreferentziazko indizize berberarekiko interesaren beherapenaren hobekuntzari buruzko azalpen hau CASTELLANOS CÁMARA, Sandra: *Recargas y novaciones hipotecarias*, zit., 336. orr: “Cuando se determinasen con sujeción al mismo índice de referencia, sería sencillo concluir que existía mejora cuando el nuevo era inferior en X puntos al hasta entonces vigente. Sin embargo, era imposible saber realmente si se mejoraba cuando el nuevo interés pasaba a determinarse con arreglo a un índice distinto del primeramente establecido, al ser magnitudes heterogéneas y de imposible comparación”.

txertatutako zoru klausula nulua zela eta horren ondorioz zoru klausulari nobazio bidez egindako beherapena baita ere. Epai hauek ikusita bankuak kasazio errekurtsua tarteratu zuen Auzitegi Gorenean eta azaldu zuen epaien 2014an bezeroek sinatutako nobaziozko dokumentu pribatuan bi estipulazio garrantzitsu zeuden. Alde batetik dokumentu pribatuan egiten zen zoru klausularen beherapena eta beste alde batetik bankuaren aurkako edozein akzio tarteratzeari euko egiteari errefrenentzia egiten ziona. Sententzian bertan hala azaltzen da hau guztia: “*El documento privado de 19 de marzo de 2014, en lo que ahora interesa, contiene dos estipulaciones relevantes: en la estipulación primera se pacta que a partir de entonces y para el resto del contrato de préstamo el tipo de interés mínimo aplicable será el 2,25%; y en la estipulación tercera las partes ratifican la validez del préstamo originario y renuncian a ejercitar cualquier acción que traiga causa en su formalización y clausulado, «así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha»*”⁷⁰.

Auzitegi Gorenak zoru klausulen nobazioaren inguruan erabaki zuen baliozkoa zela, izan ere doktrinara jota, kontsumitzaileek sinatutako dokumentu pribatuan argi ikusten zen sinatu zutena eta argi azaldu zitzaizkiela %2.25ko beherapen horrek izango zituen ondorioak. Beraz erabaki zen nobazioak gardentasun betebeharrak betetzen zituela eta azaldu zuen EBJA-k 2020ko uztailaren 5ean emandako sententzian⁷¹ aipatzen zirela betebeharrak horiek, zehazki 51. Ataletik

⁷⁰ Auzitegi Goreneko sententzia, zibileko sala, 2020ko Azaroaren 5a, 3. OJ, 2.atala 5. orr.

⁷¹Europar Batasuneko Justizia Auzitegiko sententzia, 2020ko uztailaren 9a (ECLI:EU:C:2020:536), 51-55. parrafoak: “**51** En estas circunstancias, debe situarse al correspondiente consumidor en condiciones de comprender las consecuencias económicas que se derivan para él de tal cláusula. **52** No obstante, en el caso de una cláusula que consiste en limitar la fluctuación a la baja de un tipo de interés variable calculado a partir de un índice, resulta evidente que el valor exacto de ese tipo variable no puede fijarse en un contrato de préstamo para toda su duración. Así pues, no cabe exigir a un profesional que facilite información precisa acerca de las consecuencias económicas asociadas a las variaciones del tipo de interés durante la vigencia del contrato, ya que esas variaciones dependen de acontecimientos futuros no previsibles y ajenos a la voluntad del profesional. En particular, la aplicación de un tipo de interés variable conlleva, a lo largo del tiempo, por su propia naturaleza, una fluctuación de los importes de las cuotas futuras, de forma que el profesional no está en condiciones de precisar el impacto exacto de la aplicación de una cláusula «suelo» sobre tales cuotas. **53** No es menos cierto, no obstante, que el Tribunal de Justicia declaró en relación con préstamos hipotecarios de tipo de interés variable que el suministro de *información sobre la evolución en el pasado del índice* en que se basa el cálculo del tipo aplicable *constituye un elemento especialmente pertinente*. En efecto, mediante tal información puede situarse al consumidor en condiciones de tomar conciencia, a la luz de las fluctuaciones pasadas, de la eventualidad de que no pueda beneficiarse de tipos inferiores al tipo «suelo» que se le propone. **54** En efecto, mediante tal información puede situarse al consumidor en condiciones de tomar conciencia, a la luz de las fluctuaciones pasadas, de la eventualidad de que no pueda beneficiarse de tipos inferiores al tipo «suelo» que se le propone. **55** Por lo que se refiere a las *cantidades a las que el consumidor renunciaría aceptando una nueva cláusula «suelo»*, coincidentes con la diferencia entre las sumas satisfechas por el consumidor en aplicación de la cláusula «suelo» inicial y las que hubieran debido abonarse en ausencia de cláusula «suelo», debe señalarse que, en principio, *esas cantidades pueden calcularse fácilmente por un consumidor medio normalmente informado y*

55. Ataleraino zihoazenak. Sententzia honetan ematen den epaiarekin lotuz, kontsumitzaileak bankura joan zirenean nobazioa burutzeraz, hilabete batzuk lehenago 2013ko sententziaren epaia ezagutzeko eta zoru klausularen nondik norakoak ezagutzeko gai izan zirela azaldu zuen AG-ak. Are gehiago, haiek joan ziren zuzenean bankura zoru klausula haien hipoteka mailegutik kentzeko asmotan, beraz zoru klausularen ondorioak ezagutzen zituzten eta bankura joaterakoan haiek idatzi zuten, eskuz, ulertzen zutela zertan zetzan sinatzen ari ziren guzti hori. Dokumentuak gainera gardentasunaren betebeharra gainditzen du, hain zuzen ere, dokumentu pribatuan azaltzen baitira kontsumitzaileari eman beharreko datu guztiak.

Beraz nobazioa guztiz zilegia deklaratu zuen AG-ak baina ez zuten hain begi onez ikusi dokumentu pribatuan ezarrirako beste klausula. Klausula hartan, lehenago azaldu bezala, kontsumitzaileak bankuaren aurka tarteratu zitzakeen akzioak deuseztatzen zituen eta epaitegietara joateko aukera kentzen zien⁷². Alde honetatik orduan klausula horrek kasutik at dauden egoerak barne biltzen ditu eta beraz ez zen egokia. AGren erabakia izan zen 2007ko kontratuan txertatuta zegoen zoru klausula nulua zela, bankuak itzuli beharko zituen gehienez kobratutako zenbatekoak 2014ra artekoak, ez da onartzen nobazioan txertatutako interes minimo berria nulu dela deklaratzeko eta azkenik akzioen errenuntziaren klausula nulua dela aitortzen du AG-ak.

III. ZORU KLAUSULEN ETA NOBAZIOAREN EBAZPEN PRAKTIKOA

razonablemente perspicaz, siempre que el profesional—en este caso, la entidad bancaria, que reúne los conocimientos técnicos y la información necesarios a este respecto—*haya puesto a su disposición todos los datos necesarios*”.

⁷²Auzitegi Goreneko sententzia, zibileko sala, 2020ko azaroaren 5a, epaiko 3.atala: “ 3.º Estimar en parte la demanda formulada por Jenaro y Herminia contra Ibercaja Banco, S.A.U. con los siguientes pronunciamientos: i) Se declara la **nulidad de la cláusula establecida en el contrato de préstamo hipotecario** de fecha 15 de noviembre de 2007 suscrito por las partes, denominada «Instrumento de cobertura del tipo de interés» que «fija el tipo de **interés mínimo en el 3,25 por ciento** nominal anual». ii) **Se condena a la entidad bancaria Ibercaja Banco S.A. a devolver a la demandante las cantidades cobradas indebidamente** en aplicación de dicha cláusula desde la fecha establecida por la Audiencia **hasta el 19 de marzo de 2014, en que se novó la cláusula.** iii) **Se desestima la petición de nulidad de la cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés introducida en la estipulación primera del contrato privado** de 19 de marzo de 2014. iv) **Se declara la nulidad de la cláusula de renuncia de acciones** contenida en la estipulación tercera del contrato privado de 19 de marzo de 2014”.

Azken atal honen helburua kasu erreal baten azterketa egitea da eta gainera, zoru klausulengatik eta nobazioarengatik kaltetuak izan diren kontsumitzaile batzuek jasandako ibilbide juridiko guztia deskribatzea. Argi dago kontsumitzaile horien izenak ezin daitezkeela lanean azaldu, baina momentu honetatik aurrera izen deitura batzuekin izendatuko ditugu kaltetutako kontsumitzaile horiek, hain zuzen, M eta K deiturekin.

1.- Hipoteka maileguaren eskrituraren azterketa

Lehenengoko atal hau 1. eranskin bezala atxikita dauden dokumentuekin batera irakurri beharra dago eta hala M eta K kontsumitzaileen ibilbidea 2007. urtean hasten da hipoteka mailegu baten sinatzearekin, fede publikoa bermatzeko eskritura bidezegiten dutelarik . Hala hipoteka mailegua BP entitatearekin sinatu zuten, zehazki Abadiñoko udalerrian. Lehenengo eranskineko 1. dokumentuan azaltzen da “Préstamo con hipoteca inmobiliaria” dela eta notario aurrean egina dagoela. Bertan hartzekodun bezala azaltzen dira bi izen, bankuan lan egiten dutenak eta eskrituran parte hartzeko eskumen edo botere nahikoa dutenak eta horietaz gain hipotekatuak izango direnak edota zordunak, M eta K. 2. dokumentuan berme bezala ezarriko etxebizitzaren deskribapen zehatza egiten da, kokatuta dagoen tokia zein den esanez eta zein diren etxebizitzaren deskribapena. Horretaz gain, erregistroan etxebizitza zein liburutuan aurki daitekeen adierazten du eta kargarik duen ere. Errentamenduen egoera adierazten da baita eta azaltzen da ez dagoela inolako errentamendurik.

3. dokumentuan jada eskrituran azalduko zaizkigun klausulekin egiten dugu topo, bertan ere adierazten delarik maileguan ematen den diru kantitatea. Diru kopuru hori banku korrontean sartuko dela adierazten dute eta mailegua bueltatzeko azkenengo ordainketa 2032. Urtean burutuko dela. Azkenengo hau 4. dokumentuan aurki dezakegu. Amortizazioa ordaindu beharreko 297 kuota bidez egingo da, lehenengo ordainketa 2007ko abuztuan egin behar zelarik eta lehenago azaldu bezala azken ordainketa 2032. Urtean egingo da. “CLÁUSULA PRIMERA” atalean, zehazki 5. dokumentuan hasierako interesa finkoa izango dela ezartzen da eta horrekin batera %4,75eko interesa ordaindu beharko dela aditzera ematen da. Hau 3.1 atalean azaltzen da eta irakurtzen jarraituz, 3.2 atalean ikus daiteke nola 2008. Urtetik aurrera interes aldakorra ezarriko dela erreferentziatzat Euriborra izango duena eta indize horri % 1,00 gehitu beharko zaiolarik. Azkenengo hau diferentziala litzateke eta interes tipo aldakorreko hipoteka maileguetan Euriborraren balioa, demagun %0,5a dela eta esan bezala diferentziala

%1,00. Orduan %1.5eko interesa ordaindu beharko litzateke. 6. dokumentuan ezartzen da “Límite de variación del interés aplicable” titulupean zordunak ordaindu beharreko interes minimoa edo ulergarriago batzuekin, ZORU KLAUSULA. Bere bikote den sabai klausula ere aipatzen da gehienez ordaindu beharko den interesa %8,75an ezarriz. Nabarmentzekoa da baita ere, BP entitatearen aurkako erreklamazioa agertzen dela zeina 1/2007 dekretuak eskaintzen duen babesaren bitartez tarteratzen den. 2017. Urtean egiten den erreklamazioa da zoru klausularen ondorioz egindakoa.

2.- Bilboko Lehen Instantziako epaitegian tarteratutako demandaren azterketa

Demanda hau 2. eranskin bezala atxikita dauden dokumentuekin batera irakurri beharra dago eta bertan, abokatu lanetan, Marisa Gracia Vidal daukagu, M eta K ren izenean demanda zuzenduko duena eta honen defentsa egingo duena epaitegian. Demanda epaiketa arruntaren bidea jarraituko luke eta demanda bera nulitate akzioa eta diruzko kantitate erreklamazioa lortzea du xede. Horrela demandatzaileak M eta K lirateke eta demandatua BP entitatea. Egitateak aurretik azalduta daudenez, zuzenean demandaren oinarriak aztertzea komeni da. Horretarako 11. orrialdeko “SEXTO.- CLAÚSULA ABUSIVA” atalera joan beharra dago, zehazki 7. dokumentuan ikus daitekeena. Bertan azaltzen da, zoru klausula delakoa nulua dela zaila baita eskrituran aurkitzea, kontsumitzaileek ez zutelako bankuaren inolako informaziorik jaso horrek zituen ondorioi buruz eta gainera bezeroei ez zitzaielako azaldu zetzan zoru klausula. Oso orokorki bada ere, argi eta garbi azaltzen da diferentziala zer den eta erreferentziatza erabiliko den indizea zein den. Guzti hori 8. dokumentuan aipatzen da eta informazioa gehituz ere, kalkulu sinple bat egiten da adieraziz zein izan beharko litzatekeen kontsumitzaileak ordaindu beharko lukeen zenbatekoa eta zein da errealitatean ordaintzen dabilena. Oso datu interesgarria da eta hau 9. dokumentuan ikus daiteke hobeto.

Aurrera eginez gero, 10. dokumentuan titulu moduan azaltzen da “Petición de eliminación a la entidad y negativa de la misma” eta atal horretan aditzera ematen da nola kontsumitzaileek klausula horren ezabatzea eskatu zuten eta bankuak ez zien erantzunik eman. Demandak beraz azaltzen jarraitzen du jurisprudentzian oinarrituta, zergatik eman behar den klausula horien behin betiko ezabatzea eta zergatik bueltatu beharko liratekeen gehiegikeriaz kobratutako zenbatekoak. Are gehiago, guzti hori oinarritzeko, 2013ko, 2016ko eta bestelako sententziak

erabiltzen ditu. Hain zuzen ere jurisprudenzia aldetik garrantzizkoenak direnak eta klausula hauen transparentzia eza zertan datzan adierazten dutenak.

3.- Bilboko Lehen Instantziako Epaitegiaren sententziaren azterketa (50214/2018 sententzia)

Atal hau 3. eranskin bezala atxikita dauden dokumentuekin batera irakurri behar da. Errepikapenean ez erortzeko, 11. dokumentuan ekingo diogu gure azterketari. Izan ere, sententzia azaltzen du epaitegiak, kaltetuek kontsumitzailearen rola hartzen dutela eta bankuak azaldu beharreko informazioa zein zen eta ez zaiena eman . Bista egunean bankuko langileari galdetu zaio ia zoru klausulari buruzko informazioa argi eta garbi azaldu duen. Honek baiezkoa ematen du. Hala ere, epaitegiak aditzera ematen du, kontsumitzailea ez dela gai sinatutakoa zer den ulertzeko eta beraz ondorioztatzen da ez dagoela bankuaren aldetik informazio emate argi bat. 12. dokumentuan egiten zaio erreferentzia honi. Horrekin amaituz beraz, epaitegiak adierazten du bankuak ez duela informazio nahikorik eskaini eta beraz kolokan jartzen du guztiz zoru klausula. Hori dela eta, klausula nulua dela adierazten da eta kontratutik ezabatzea egokiena dela adierazten du, horrek suposatzen duelarik bankua kondenatzen dela 21.000 € ordaintzera, 13. dokumentuan ikus daiteke.

Sententziarekin jarraituz, nobazio kontratua ere aztertzen da zehazki 14. dokumentuan eta bertan azaltzen da nobazioa nulua dela, jatorrizko obligazioa nulua delako eta beraz inoiz existitu ez dena. Horren ondorioz kontsumitzailea desoreka puntu batean erortzen da, non bankua horretaz aprobetxatuz klausula berri bat txertatzen duen. Epaitegiaren erabakia argia da beraz. Nobazioa, bankuaren aurkako akziorik ez tartekatzea eta zoru klausularen beherapena guztiz nuluak dira entitateak gehiegikeriaz eta duen posizioaz baliatuz egituratu baitu guzti hori. Beraz epaiketaz kanpoko adiskidetze egintza, edo hobe esanda nobazioa nuluak direla ondorioztatzen du azaldutako guztiagatik.

Eskritura formalizatzean ere kontsumitzaileari gastu batzuk ezartzen zaizkio, hauek izango direlarik erregistroko arantzela eta beste alde batetik notaritza gastuak. Bilboko lehen instantziako epaitegiak adierazten du ere desoreka larrian jartzen duela alderdi kaltetua eta horregatik 15.1 eta 15.2 dokumentuetan azaltzen da bankuak ordaindu beharreko gastuak

direla. Beraz, bankua kondenatzen dute 156 € ordaintzera eta hortik sortutako interes legalak ordaintzera.

Azkenik 16. dokumentuan azaltzen da puntuaz puntu zein den epaitegiaren erabakia, kaltetuek tarteratutako demanda osoki onartzen delarik. Lehenik esaten du zoru klausula nulua dela maileguan adierazten den bezala eta beraz horren kontratutik ezabatzea beharrezkoa dela esaten da eta klausula horren ondorioz sortutako 21.000€ bueltatzera kondenatzen da bankua. Honetaz gain Jabetza Erregistroko arantzelak ordaintzera ere kondenatzen du epaitegiak bankua nahiz eta horri gehitu beharko zaizkion epaia eman arteko sorturiko interesak. Hala, errekurtsua tarteratzeko aukera izango du epaiarekin ados ez dagoena eta horretarako Bizkaiko Probintzia Auzitegira jo beharko du.

4.- Bizkaiko Probintzia Auzitegiaren sententziaren azterketa (SAP BI 2216/2019)

Azkenik, atal hau 4. eranskin bezala atxikita dauden dokumentuekin batera irakurri beharra dago. BP entitateak apelazio errekurtsua tarteratzen du argudiatuz burututako nobazioa baliozkoa dela, izan ere bezeroei egoera horren ondorioak azaldu baitizkiete. Hori dela eta sinatutako nobazioak gardentasun irizpideak guztiz betetzen dituelakoan Probintzia Auzitegira doaz eta honi men eginez 17. dokumentutik hasi beharra dago azterketa. Orrialde horretako azken parrafoan esaten da 2013ko sententziaz geroztik nahiz eta bezeroek jakin zoru klausula nulua dela eta gardentasun irizpideak bete ez diren, onartzen baldin bada nobazio antzeko hori eta sinatzen baldin bada adieraziz “Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25 % nominal anual”, orduan esan daiteke bezeroek ulertu dutela sinatutakoa. 18. dokumentuan azaltzen da beraz bezeroek ulertzen dutela sinatzen duten dokumentua eta beraz nahiz eta jatorrizko klausula nulua izan, interes berri bat ezartzen dute % 2,25ean ulertuz ez duela inondik inora beheranzko joerarik hartuko.

PA-k emandako epaian beraz BP-ren apelazio errekurtsua ez du guztiz onartzen baina partzialki edo zati batean onartzen du eta hori dela eta nobazioa guztiz baliozkoa dela adierazten du, lehen instantzian emandako epaiaren aurkako kutsua adieraziz, esandakoa argi eta garbi ikus daitekeelarik 18. eta 19. dokumentuetan.

Azkenik, nahiz eta Auzitegi Gorenak epairik eman ez duen, kaltetuek kasazio errekurtsua tarteratu dute eta beraz gaur egunean epaiaren zain daude, betiere Lehen Instanziako Bilboko Epaitegiak emandako epairen kutsua edo antzekotasuna izango duelakoan. Aipatzekoa ere, zenbateko handiak daudela jokoan eta bankuen eta kaltetutako kontsumitzaileen egoerak parekatzeko komenigarria dela epaiek kontsumitzaileen alde jokatzea, haiek baitira kaltetuak eta ez bankuak, hauek handikeriaz eta bazterkeriaz tratatu izan baitituzte kontsumitzaile asko eta asko.

IV.- ONDORIOAK

Jada aztertuta zoru klausulari eta nobazioari dagozkion aspekturik garrantzitsuenak, honako ondorio hauek plazaratuko ditut:

1. Zoru klausulak nahiz eta pentsa daitekeen kontzeptu berri bat direla, hipoteka maileguetako eskrituretan 90. hamarkadaren azkenengo herenetik txertatu izan dira. Terminologia ezberdina erabiltzen zuten finantza entitateek eta arau orokor bezala interes aldakorreko hipoteka sinatzen zen, askotan Euriborra erreferentziazko indizetzat harturik.
2. Jurisprudenziaren ildotik esan beharra da, zoru klausulen egoerak progresio positiboa izan duela. Hasiera batean 2013. urteko eta 2015. urteko sententziekin kontsumitzaileen eskubideen babesgabezia ematen den arren, EBJA-ren 2016. urteko sententziarekin adierazten da kontsumitzaileek *ex tunc* egoerara bueltatzeko eskubidea dutela, batik bat, zoru klausularen deuseztasuna dela medio.
3. 1/2017 Errege Dekretuarekin batera kontsumitzaileei atek zabaltzen zaizkie berea dena berreskuratzeko eta hein handi batean erreklamazio prodezura dohainekoa izanik. Hala ere, nahiz eta ED-a kontsumitzaileen eskubideak babestea helburu duen epaiketaz kanpoko erreklamazioak bideratuz, berriro ere finantza entitateen esku uzten ditu erreklamazio prozeduraren gakoak direnak. Izan ere, bankuek erabakiko dute zenbatekoak bueltatuko diren ala ez eta zein baldintzetan gauzatuko den prozedura. Beraz finantza entitateen gehigikeriak dirau kontsumitzaileekiko.
4. Nobazioen ildotik azpimarratzekoa da jurisprudenzia aldetik batez ere, bankuek iruzurrean jardun dutela, batez ere, gardentasun eta informazio emate aldetik. Kontsumitzaileak behartzen zituzten zoru klausulen beharpenak sinatzera alde batetik, kasu askotan azaldu gabe zer suposatuko zuen horrek. Bankuaren aurkako

edozein akzio tarteratzeari uko egiteko klausula bat ere ezartzen zen nobatutako kontratuan, betiere jatorrizko bizioa konpontzeko nahia adierazten ez zelarik. Hala ondorioztatzen da AG-ko 2017ko sententziaz.

5. Azkenik ebazpen praktikotik ondorioztatu daitekeena da, bankuen eta kontsumitzaileen epaiketaz kanpoko prozedurek ez dutela inola ere parekatu balantza. Finantza entitateek gehiegikeriaz jardun dute eta beraz ondorioztatzen da, nahiz eta neketsuagoa izan, epaitegietara joateak kontsumitzailearentzako babesik eraginkorra suposatu dezakeela, entitatearen gehiegikeriak behin betiko pausatuz.

V.- BIBLIOGRAFIA

1.- Doktrina

- AGÜERO ORTIZ, Alicia: “Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2016, 8-36.orr.
- ÁLVAREZ ALBA, Javier: “Crecimiento y estallido de la burbuja inmobiliaria en España: causas y consecuencias”, *Cuadernos del Tomás*, 2017, 17-34. orr.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: “Artículo 1303”, *Comentarios al Código Civil*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, 1175-1793. orr.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: “De la novación”, *Comentarios al Código Civil*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, 1660-1689. orr.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: Comentario de la sentencia del tribunal supremo de 8 de septiembre de 2014 (3903/2014), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, Bol. 6, 2016.
- CÁRDENAS FERNÁNDEZ, María “Cláusulas abusivas”, *Junta de Andalucía Consejería de Fomento y vivienda*, 2015, 107-149. orr.
- CASTELLANOS CÁMARA, Sandra. “Novación y modificación de la relación obligatoria: El artículo 1203 del Código Civil Español*”, *Rev. Boliv. de Derecho*, 2019, 168-203.orr.
- CASTELLANOS CÁMARA, Sandra: *Recargas y novaciones hipotecarias*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020.

- CONDE FUENTES, Jesús. “El procedimiento extrajudicial para la restitución de las cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo”, *Revista de Derecho Civil*, 219-233. orr.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*, Civitas, 1985.
- DURÁN-SINDREU BUXADÉ Antonio: “El adiós a las cláusulas suelo”, *Revista Acofar*, 2014, 54.55. orr.
- GARCIA ARANDA, Juan Francisco: “Euribor”, *eXtoikos*, 2011, 121-122.orr
- GÓMEZ GÁLLIGO, Javier: “Comentarios a la sentencia del tribunal de justicia de la unión europea de 21 de diciembre de 2016”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, 430-443.orr.
- IBÁÑEZ JIMÉNEZ, Javier: “Comentario al Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo”, *Derecho global Estudios sobre derecho y justicia*, 2017, 167-170.orr.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Derechos reales y Derecho hipotecario*, Marcial Pons, 2005.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: “La nulidad de las cláusulas suelo”, *Ars Iuris Salmanticensis*, 2013, 11-17. orr.
- LÓPEZ FRIAS, Ana Maria: “Clases de nulidad parcial del contrato en Derecho Español”, *Anuario de derecho civil*, Bol. 43,3 Zk, 1990, 851-866.orr.
- MARÍN LÓPEZ, Jesús: *El acuerdo novatorio sobre la cláusula suelo del préstamo hipotecario. un análisis desde la directiva 93/13/ce de cláusulas abusivas*, Editorial Reus, 2019.
- NÁJERA PASCUAL, Abraham. “Comentario de la sentencia del tribunal supremo de 25 de marzo de 2015 (1280/2015)”, *BOE*, 2015, 305-315.orr.
- OLLERO TASSARA, Andrés: “Todos de acuerdo: “Sólo es derecho el derecho positivo.””, *UCM Editorial Complutense*, 2012, 927-944.orr
- PUJOL CAPILLA, Purificación: “La retroactividad de toda cláusula declarada nula”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, 2015, 95-102.orr.
- RAGEL SANCHEZ, Luis Felipe. “El concepto de alteración objetiva convencional de la relación obligatoria”, *Anuarios Derecho*, 1987, 895-928.orr

- REYES LÓPEZ, María José: “Comentario a la sts (sala de lo civil) de 25 de marzo de 2015”, *Revista del OCCA*, 2015, 1-19.orr.
- VALERO FERNANDEZ REYES, Ángel: “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2013”, *BOE Publicaciones*, 2013-2014, 154-155 orr.
- VALLÉS PERELLÓ, Antonio: *Sistemas de control de la cláusula de interés variable en los préstamos hipotecarios*, Universitat de les Illes Balears, 2020.

2.- Webguneak

- Ocu, hipotecas, modelos, reclamación extrajudicial cláusula suelo:
 - <https://www.ocu.org/dinero/hipotecas/modelos/reclamacion-extrajudicial-clausulas-suelo/ver-modelo>
- INE. Índice de precios de vivienda:
 - https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736152838&menu=ultiDatos&idp=1254735976607
- Cuatrecasas: “Aprobación del real decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo y régimen fiscal aplicable en el impuesto sobre la renta de las personas físicas a la devolución de cantidades derivadas de acuerdos celebrados con entidades financieras o del cumplimiento de sentencias o laudos arbitrales relativos a cláusulas suelo”
 - https://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/publicaciones/docs/1485448640es.pdf

VI.- ERABILITAKO JURISPRUDENTZIA

- Auzitegi Goreneko sententzia, zibileko sala, 2013ko maiatzaren 9a (ROJ: STS 1916/2013).
- Auzitegi Goreneko sententzia, zibileko sala, 2015eko martxoaren 25a (ROJ: STS 1280/2015).
- Europar Batasuneko Justizia Auzitegiko sententzia, 2016ko abenduaren 21a (ECLI: EU:C:2016:980).
- Auzitegi Goreneko sententzia, zibileko sala, 2017ko urriaren 16a (ROJ: STS 3721/2017).
- Lehen Instantziako Bilboko 11. epaitegiko sententzia, 2018ko otsailaren 19a (Sentencia número 50214/2018).
- Bizkaiko Probintzia Auzitegiko sententzia, 2019ko uztailaren 11 (ROJ: SAP BI 2216/2019).
- Europar Batasuneko Justizia Auzitegiko sententzia, 2020ko uztailaren 9a (ECLI:EU:C:2020:536).
- Auzitegi Goreneko sententzia, zibileko sala, 2020ko azaroaren 5a (ROJ: STS 3549/2020).


VII.- ERANSKINAK

1.- Eranskina

1. dokumentua

Eskritura

COPIA SIMPLE



NESTOR ALMARZA DE LA PEÑA
D.N.I. 50.795.160
NOTARIA
Teléfono 94 681 11 42
Durangoko Plateruen Plaza, 7
48200 DURANGO

PRESTAMO CON HIPOTECA INMOBILIARIA

NUMERO QUINIENTOS VEINTISIETE.

En Durango, mi residencia, a veintinueve de marzo de dos mil siete.

Ante mi, NESTOR JOSÉ ALMARZA DE LA PEÑA, Notario del Ilustre Colegio Notarial de Bilbao,

COM P A R E C E N

De una parte: (como parte acreedora):

, mayor de edad, vecino de Pamplona, calle

, con D.N.I. número

, mayor de edad,

casado, vecino de Abadiano, con D.N.I. número

De otra parte: (como prestatarios e hipotecantes):

O, mayor de edad, soltero,

vecino de Durango. con Documento Nacional de Identidad y N.I.F., número y letra, 3

O, mayor de edad, soltero, vecino de Durango, con Documento Nacional de Identidad y N.I.F., número y letra,

INTERVIENE N: A).- Los dos primeros, en nombre y representación del "BANCO POPULAR ESPAÑOL, SOCIEDAD

PAG 7

1

COPIA SIMPLE



NESTOR ALMARZA DE LA PEÑA
D.N.I. 50.795.160
NOTARIA
Teléfono 94 681 11 42
Durangoko Plateruen Plaza, 7
48200 DURANGO

----- B).- Y el resto, por sí. -----

Tienen, a mi juicio, la capacidad legal necesaria para otorgar esta escritura de PRESTAMO CON GARANTIA HIPOTECARIA, y -----

===== EXPONEN =====

I.- Que Don . nto, son dueños por mitad de la siguiente finca: -----

PARTE NUMERO SETENTA.- Vivienda Centro, subiendo por la escalera, del piso primero (Tipo C), del portal señalado con el número CUATRO, de la Calle Fray Juan de Zumárraga. -----

Mide una superficie útil de ciento nueve metros, noventa y ocho decímetros cuadrados. Y, se halla distribuida en vestíbulo, pasillo, cocina, cuatro dormitorios, salón-comedor, tendedero, terraza y dos cuartos de baño. Y linda: por izquierda entrando ó Este, con la vivienda Centro (Tipo F), de su respectiva planta del portal señalado con el número Dos, de la Calle Fray Juan de Zumárraga, y con la vivienda izquierda (Tipo B) de su misma planta y del mismo portal; por derecha entrando ú Oeste, con la vivienda derecha (Tipo A), y vivienda izquierda (Tipo B), de su misma planta y del mismo portal; por fondo o Sur, como la edificación y por frente o Norte, con descansillo de la escalera, y con la vivienda izquierda (Tipo B) de su misma planta y del mismo portal.-----

2

3

COPIA SIMPLE



NESTOR ALMARZA DE LA PEÑA
D.N.I. 50.795.160
NOTARIA
Teléfono 94 681 11 42
Durangoko Plateruen Plaza, 7
48200 DURANGO

y las cláusulas financieras de esta escritura.-----

b) Que el texto proyectado de esta escritura ha estado a disposición de la parte prestataria en mi Despacho para su examen durante los tres días hábiles anteriores al de su otorgamiento.-----

c) Que la parte prestataria ha hecho uso de su derecho examinando dicho texto dentro de dicho plazo legal.-----

III.- Que el "BANCO POPULAR ESPAÑOL, SOCIEDAD ANONIMA" ha concedido a 1 e Bilbao un préstamo garantizado con hipoteca, por lo que los comparecientes, conforme intervienen, formalizan dicha operación mediante el otorgamiento de la presente escritura y con sujeción a las siguientes.-----

CLÁUSULAS.-----

PRIMERA.- CLÁUSULAS FINANCIERAS.-----

1.- Capital del préstamo .-----

1.1. Importe.- El BANCO POPULAR ESPAÑOL, SOCIEDAD ANONIMA, en lo sucesivo "Banco" representado por ;

la entrega a éstos en calidad de préstamo, de la suma de 280.000,00 euros.

1.2. Entrega de Capital.- La entrega del capital del préstamo por el

5

4. dokumentua

Banco a la parte prestataria, ha tenido lugar antes de este acto, por lo que dicha parte prestataria lo declara recibido a su plena satisfacción. -----

El importe del citado préstamo ha sido abonado en la cuenta abierta a su nombre en la sucursal
F....., S.A. -----

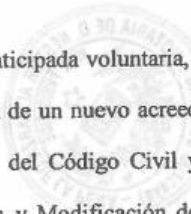
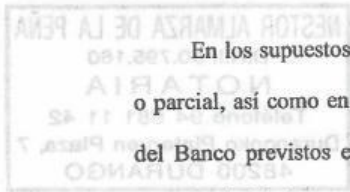
Si al inscribirse esta escritura en el Registro de la Propiedad correspondiente existiesen sobre la/s finca/s que se hipoteca/n otras cargas y gravámenes distintos a los declarados en esta escritura, o si la misma no fuera inscrita por cualquier causa no imputable a la entidad acreedora, dentro del término de un año a contar desde la fecha de su otorgamiento, o si el Registro de la Propiedad o alguno de los Registros, caso de ser más de uno, extendiese nota de denegación o suspensión de la inscripción, el Banco podrá declarar vencido anticipadamente el préstamo con los efectos que se prevén y establecen posteriormente en esta misma cláusula PRIMERA. -----

1.3. Importe total garantizado por la hipoteca.- El importe total garantizado por la hipoteca es el que se refleja en el apartado 1 de la Cláusula SEGUNDA de esta escritura. -----

2.- Plazo de Amortización. -----

2.1. Vencimiento.- Período de Carencia.- Período de Amortización.- El plazo improrrogable de duración del préstamo es por todo el tiempo que media hasta el día 4 de ABRIL DE 2032 que coincidirá con el último pago de amortización, siendo el primero el día 4 DE AGOSTO DE 2007. Este plazo de duración se entenderá dividido en dos periodos: -----

6



COPIA SIMPLE

En los supuestos de amortización anticipada voluntaria, ya sea total o parcial, así como en los de subrogación de un nuevo acreedor en lugar del Banco previstos en el artículo 1.211 del Código Civil y en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, el Banco percibirá las comisiones a las que se refiere el apartado 4.4. (Comisión por amortización anticipada) de esta CLÁUSULA PRIMERA. -----

3. Intereses. -----

Los intereses y las amortizaciones serán liquidados y abonados por la parte prestataria de acuerdo con lo dispuesto en el presente apartado y en el anterior de esta Cláusula. -----

El cálculo de intereses se efectuará de acuerdo con la fórmula: -----

Interés = $C \cdot R \cdot T$
36.000, donde: -----

C = Principal del préstamo pendiente de amortizar. -----

R = Tipo de interés nominal anual. -----

T = Período de tiempo transcurrido desde la anterior liquidación o desde la formalización de la operación en el caso de la primera liquidación (en días). -----

3.1. Tipo de Interés Inicial.- Desde la fecha de formalización de la presente escritura, el capital del préstamo devengará, día a día, sobre las sumas dispuestas y no reembolsadas, hasta la amortización final del mismo, los intereses que a continuación se indican, los cuales serán variables con excepción del primer período de interés, en el que se

16

6. dokumentua

~~mensualmente en el B.O.E. como índice o tipo de referencia oficial, definido en el apartado 1 del Anexo VIII de la Circular 8/90 del Banco de España.~~

Se entenderá que dicho tipo de interés de referencia ha dejado de publicarse definitivamente por la no aparición en el Boletín Oficial del Estado de tal tipo de referencia durante tres meses consecutivos computados de fecha a fecha y que uno de ellos fuera base para la referencia. -----

3.3. Límite a la variación del tipo de interés aplicable.- No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 4,25 %.

Artículo 3.3

3.4. Redondeos del tipo de interés aplicable.- Si la suma del tipo básico de referencia y el margen o diferencial no fuera múltiplo exacto de un octavo de punto porcentual, el tipo de interés resultante se redondeará al múltiplo más cercano de dicho octavo de punto porcentual.-----

3.5. Revisión del interés pactado.- Serán de aplicación las siguientes reglas en orden a la fijación del tipo básico de referencia y del tipo de interés aplicable al segundo y posteriores periodos de interés:-----

a) A tal efecto, el segundo y posteriores periodos de interés del presente préstamo tendrán una duración de doce meses, computados desde el 4 de ABRIL de un año hasta la misma fecha del año siguiente. -

b) Para dichos segundo y posteriores periodos el tipo de interés a aplicar será el que resulte de lo establecido en esta misma cláusula,

12

2. Eranskina

7. dokumentua

SEXTO.- CLAUSULA ABUSIVA

En definitiva, nos encontramos ante una clausula que consideramos abusiva a la luz de los criterios que se fijan los Tribunales de Justicia que han examinado estos supuestos en similares préstamos:

a.- Se ha creado y existe un contrato de préstamo hipotecario con **APARIENCIA de ser un préstamo a interés variable**, en la que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.

b.- No se le proporcionó a mis clientes la información suficiente de que se trata de un **elemento definitorio del objeto principal del contrato**, de tal modo, que la parte actora no tuvo conocimiento de dicha clausula, ni en la fase precontractual ni en la de perfeccionamiento del contrato.

c.- **La ubicación de la cláusula**, se encuentra entre la maraña de datos económicos, financieros y jurídicos de difícil localización y comprensión para el ciudadano medio, ahondado en la falta de transparencia que justifica por sí misma la abusividad de la cláusula.

d.- En modo alguno se acompañaron a la contratación (o siquiera en la fase precontractual) **simulaciones de escenarios diversos**, de forma que el cliente pudiera conocer con las mismas los posibles comportamientos del tipo de interés y su influencia sobre la cuota del préstamo.

e.- **No existe una advertencia PREVIA** clara y comprensible sobre el coste comparativo de este préstamo con otros productos de la propia entidad bancaria.

SEPTIMO.- Clausula Abusiva respecto de la Clausula de GASTOS HIPOTECARIOS.

De la misma manera, se solicita la nulidad de la CLAUSULA QUINTA del Préstamo hipotecario relativa a los **gastos en el préstamo hipotecario** por incluir, por parte de la entidad financiera demandada, al consumidor demandante de una estipulación denominada "gastos a cargo de la parte prestataria". Mediante la misma, la entidad bancaria "impone" al consumidor, entre otros, los gastos que por imperativo legal corresponden al prestamista en la constitución de la garantía real de hipoteca. La cláusula objeto de litis atribuye a mi representado, sin concesión alguna, todos los gastos derivados de la concertación y desarrollo del contrato suscrito con la entidad bancaria, supliendo y, en ocasiones

financieras, en general, en las escrituras de préstamo hipotecario, sin informar convenientemente de que se trataba de un elemento que definía el objeto principal del contrato, y sin informar de forma clara y comprensible de la carga económica que realmente supondría para el cliente.

La cláusula controvertida se encuentra en la escritura de préstamo de fecha 2007 por lo que exponemos mediante la siguiente tabla la identificación dicha cláusula:

El tenor literal de la cláusula es el siguiente:

Límite de variación del tipo de interés aplicable.- No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 4,25%.

Se trata, en definitiva, de una cláusula que deja inoperante la variabilidad del interés elegida por el cliente y ofrecida por la entidad, teniendo que soportar los prestatarios, llegadas unas determinadas condiciones de mercado (bajada de tipos de interés) la aplicación de un tipo fijo que actúa, única y exclusivamente, en beneficio exclusivo de la entidad.

Para exponer el mecanismo de esta cláusula tenemos que partir de la base de que, en los préstamos a tipo de interés variable, el tipo de interés que, en cada período, se aplica y paga el prestatario, se determina en función, fundamentalmente, de dos elementos ciertos:

1.- El tipo o índice de referencia, que es un tipo de interés, oficial o no, que va fluctuando y variando en el tiempo, y por eso se utiliza para esa determinación del tipo de interés a cobrar por el préstamo. Está (o debe estar) plenamente identificado en la escritura de préstamo hipotecario, siendo el más frecuente el EURIBOR a un año (media de los tipos aplicados en operaciones de depósito de euros por las 50 entidades más activas del mercado interbancario europeo).

2.- El diferencial, que es una magnitud, expresada en puntos porcentuales, que se adiciona al tipo de referencia.

Así, el resultado de sumar ambos concepto, tipo de referencia que corresponda y diferencial, representa el tipo de interés a aplicar al préstamo durante el nuevo período de interés, según la periodicidad pactada (usualmente anual o semestral).

Pues bien, la cláusula incorporada por el demandado a sus contratos en este ámbito, y a éste contrato en particular, **implica la imposición a los usuarios de servicios bancarios del pago de un tipo mínimo de interés**, que se logra mediante la siguiente vía:

Si de la actualización del tipo de interés (tipo de referencia + diferencial) resulta un tipo de interés inferior a un determinado y previsto tipo mínimo de interés, se aplicará éste, y no aquél.

Por ejemplo:

➤ **Tipo o índice de referencia: EURIBOR a un año correspondiente al mes de febrero del 2017 = -0,106%**

➤ **Diferencial: +1,00%.**

➤ **TIPO MÍNIMO DE INTERÉS: 4,25%.**

➤ **CONCLUSIÓN:**

*Aun cuando el EURIBOR de febrero del 2017 fue de -0,106% y, por tanto el tipo de interés resultante (tipo de referencia + diferencial) sería de 0,894%, pero aún así, **se le está aplicando el tipo mínimo del 4,25%**.*

Esta es la razón por la que, coloquialmente, se conoce a esta cláusula como "cláusula del suelo", por cuanto aun cuando la hipoteca está "sometida" a variabilidad, el tipo de interés resultante nunca se situará por debajo de un determinado límite.

La finalidad perseguida por la entidad financiera al incorporar esta cláusula es clara: imponer al consumidor el pago de un tipo mínimo de interés cuando los tipos de referencia estén por debajo de determinados umbrales.

TERCERO.- LA EXISTENCIA DE UN CONFLICTO SOCIAL Y LA INICIATIVA PARLAMENTARIA EN CONTRA DEL TIPO MÍNIMO O "SUELO", EN BASE A SU CONSIDERACIÓN DE CLÁUSULA ABUSIVA.

contraviniendo, normas de rango legal, extremo que acreditaremos y desarrollaremos en sede jurídica.

5.- Gastos y obligaciones a cargo del prestatario:

5.1.- Serán de cuenta del prestatario los siguiente gastos:

5.1.1.- Gastos preparatorios de la operación: Los gastos contenidos en el presente apartado serán de cargo del solicitante aún cuando el préstamo no llegue a formalizarse:

*** Gastos de tasación del inmueble**

*** Gastos de verificación de la situación registral del inmueble**

5.1.2.- Los gastos e impuestos que se ocasionen por razón del presente contrato, de su inscripción en el Registro de la Propiedad y de la expedición de una primera copia para el Banco, así como los que origine su modificación o cancelación y los gastos e impuestos derivados de la inscripción den el Registro de la Propiedad, en su caso, de las obras e intalaciones, conforme a la cláusula Segunda. (...)

Es un hecho claramente notorio que la estipulación relativa a los gastos de constitución de hipoteca se impone al prestatario en la totalidad de las operaciones crediticias.

En este caso, el importe abonado por el Registro, derivado de la imposición de dicha cláusula, asciende, salvo error u omisión, a la cantidad total de CIENTO CINCUENTA Y SEIS EUROS Y TREINTA Y OCHO CENTIMOS (156,38€), cantidad reclamada a través de la presente litis. Dicha cantidad ha sido rigurosamente abonada por mis representados y a los efectos probatorios oportunos, adjuntamos como documento nº 9 copia de la factura referenciada.

OCTAVO.- PETICIÓN DE ELIMINACIÓN A LA ENTIDAD Y NEGATIVA DE LA MISMA.

Desde que comprobaron que tenían la cláusula limitativa inferior comenzaron a reclamar su situación, y de manera unilateralmente, en el mes de marzo del 2015 la entidad decidió dejar de aplicarla en sus cuotas, pero no les entregaron ningún documento. En todo caso y por si fuera alegado o aportado de contrario, haremos una referencia más abajo a sus consecuencias. El Sr. Kortabitarte si recuerda que les comentaron que la cláusula se

3.- Eranskina

11. dokumentua

relacionada con el mundo del Derecho o de la empresa, para considerarle un cliente experto con conocimientos suficientes para detectar la presencia de una cláusula suelo y ser consciente de sus efectos pese a la ausencia de información adecuada por parte del predisponente”.

En la misma resolución, dentro del FD 6º se contiene la siguiente precisión: “17.- Lo anterior no implica que la protección que la exigencia de transparencia de las cláusulas sobre los elementos esenciales del contrato y la no vinculación a las cláusulas abusivas supone para el consumidor, quede enervada en el caso de que este tenga cierta formación.

Como hemos dicho anteriormente, al predisponente se le exige un plus de información sobre las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato, que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión con pleno conocimiento de causa, sin necesidad de un examen exhaustivo y pormenorizado. En la contratación en masa, el consumidor centra su atención, y por ello su consentimiento es pleno, en el precio y en la prestación que recibe a cambio. No le es exigible, incluso aunque se trate de una persona con formación, una ocupación intensiva en el examen del condicionado general que le permita descubrir aquellas condiciones generales que carecen del tratamiento adecuado a su naturaleza pese a que influyen decisivamente sobre los elementos esenciales del negocio y que, de un modo sorprendente, pueden modificar la carga económica y las consecuencias jurídicas que el consumidor había considerado que le suponía el contrato.

18.- En el caso objeto del recurso no concurren esas circunstancias excepcionales que enerven la consideración de la cláusula suelo como no transparente. Que el marido de la demandante sea licenciado en Derecho, que haya homologado en España su título de licenciado en Derecho expedido por una universidad mejicana, y que trabaje en una empresa que asesora a empresas que quieren establecerse en Méjico, no supone que tenga un conocimiento experto de los contratos bancarios que le permita, sin necesidad de estudiar pormenorizadamente el contrato en el que interviene como consumidor, conocer la existencia de la cláusula suelo sobre cuya presencia y trascendencia no ha sido adecuadamente informado”.

Por lo tanto, puesto que no se han acreditado unos conocimientos superiores a los del hombre medio, y dado que hemos afirmado su condición de consumidor, no existe motivo alguno para rebajar el estándar de protección dispuesto en la normativa tuitiva de los consumidores: era obligación del banco informar a la cliente de la existencia de la cláusula de un modo claro, completo y comprensible, y la circunstancia de que fuese funcionaria y licenciada en Derecho no conlleva un plus de conocimiento de las vicisitudes del mercado bancario y financiero, de las características de los productos ofrecidos, ni una mayor capacidad de comprensión de la materia. Por ello, no podemos derivar que se trate de una experta en productos bancarios, ni que pueda existir una mayor laxitud o relajación en la información contractual que se le debía suministrar.

2.- El testimonio del empleado de Banco Popular

Expuesta su declaración, debemos tener presente la STS 769/2014, de 12 de enero de 2015, que recoge lo siguiente a propósito de la declaración de los empleados de banca: “[...] *no es correcto que la prueba tomada en consideración con carácter principal para considerar probado que Banco Santander cumplió su obligación de información sea la testifical de sus propios empleados, obligados a facilitar tal información y, por tanto, responsables de la omisión en caso de no haberla facilitado*”.

En nuestro caso el testigo ha manifestado que sí informó de la existencia de la cláusula suelo, pero lo hizo en términos genéricos, dado que aludía de forma continuada a la operativa que se llevaba a cabo en la contratación de los préstamos, pero no a las vicisitudes concretas de la subrogación que nos ocupa. Además, no efectuó entrega de documentación alguna a la actora, por lo que, estos dos elementos puestos en relación con la línea jurisprudencial aludida, determinan que el testimonio del testigo no es *per se* suficiente para fundamentar que se cumplieron todos los deberes de información: se ve confrontado por la declaración de la actora, y no existe ningún elemento de prueba periférico que corrobore tal información, bien sea otra prueba documental, testifical, etc.. Por ello, dado que la carga de la prueba correspondía a la entidad bancaria en virtud de la inversión del *onus probandi* existente en este campo, no podemos estimar constatado dicho aspecto.

Por tanto, de la prueba practicada y de la obrante en autos no se desprende que la entidad demandada haya ofrecido una información suficiente y clara a la parte actora sobre la forma en que operaba la cláusula suelo que existía en el préstamo hipotecario, lo que podía haber probado mediante la aportación de las simulaciones de distintos escenarios sobre los tipos de interés, información que hubiera proporcionado a los adherentes los elementos de juicio necesarios para poder tener una idea de si realmente este producto les interesaba o no contratar. El banco debía informar a la parte actora de las consecuencias que conllevaba la inclusión de la cláusula, máxime si, como hemos expuesto, se trata de un elemento esencial del contrato determinante del precio, y debía aportar modelos de escenarios de efectos de la cláusula suelo según distintas previsiones de evolución del tipo de interés, algo que no se puede considerar probado, ni tampoco una información concreta, detallada, detenida y efectiva de la trascendencia de la cláusula para las cuotas mensuales. Puesto que existía una inversión de la carga de la prueba, era a la entidad bancaria a quien correspondía probar que había informado del contenido o carga económica y jurídica a la parte actora; es decir, debía acreditar que había existido negociación individualizada, que se habían practicado simulaciones de escenarios, que los clientes habían conocido y admitido sin vacilación el contenido del contrato y que, por tanto, la demanda debía ser desestimada. Antes al contrario, la demandada no ha aportado prueba alguna.

3.- La información facilitada por el notario

información precontractual, ni sustituirlas por las advertencias que efectuó el fedatario público, por lo que la cláusula no supera el control de transparencia y debe reputarse abusiva y, por tanto, nula.

Debe tenerse en cuenta que en la STJUE de 14 de marzo, C-415/2011, asunto Mohamed Aziz, se indica que el juez debe analizar las normas de Derecho nacional aplicables en defecto de pacto para poder medir si el consumidor se encuentra en una situación menos favorable y debe comprobar *“si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual”*.

En atención a lo anteriormente expuesto, **PROCEDE DECLARAR LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA**, que de conformidad con lo previsto en el fundamento jurídico decimosexto de la STS 9 de mayo de 2013 producirá como efecto la eliminación de la misma del contenido del contrato, sin que proceda integrar el contrato. En ausencia de dicha cláusula el contrato recobra su esencia como préstamo a interés variable, por lo que, a la vista del cálculo efectuado en la demanda, que no ha sido contestado o contrariado por la parte demandada, **CONDENO A BANCO POPULAR AL ABONO DE 20976,14 EUROS**.

CUARTO.- Virtualidad del acuerdo extrajudicial

Según se desprende del doc. 7 de los aportados con la contestación a la demanda, la parte actora solicitó en fecha 19 de febrero de 2015 la supresión de la cláusula suelo por un plazo de 5 años, a cambio de renunciar a las reclamaciones judiciales sobre la misma. Dicho acuerdo, pese a que no se aporta, es afirmado por ambas partes, por lo que se parte de su existencia y del contenido apuntado.

Para abordar las transacciones extrajudiciales sobre esta materia, así como las renunciaciones de acciones, debemos traer a colación la normativa aplicable y exponer algunas de las sentencias dictadas por tribunales españoles. La novación se recoge en los artículos 1203 y ss. CC. Por lo que hace al artículo 1203, el mismo establece: *“Las obligaciones pueden modificarse: 1º Variando su objeto o sus condiciones principales. 2º Sustituyendo la persona del deudor. 3º Subrogando a un tercero en los derechos del acreedor”*. Por su parte, el artículo 1208 CC recoge la nulidad de dichas novaciones en determinados supuestos: *“La novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen”*. En cuanto a los preceptos relativos a la transacción, nos ubicamos en el ámbito de los artículos 1809 y ss. CC. En concreto, los artículos 1816 y 1817 CC establecen lo siguiente: *“Artículo 1816. La transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada; pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial”*. *“Artículo 1817. La transacción en que intervenga error, dolo, violencia o falsedad de documentos, está sujeta a lo dispuesto en el artículo 1.265 de*

M

9.- En el caso enjuiciado, la protesta por la inclusión de una cláusula de la que no se advirtió a los prestatarios, pese a su trascendencia, y la petición de que al menos se les reduzca el suelo al fijado en otros contratos de la misma promoción, incluso si se tratara de un vicio subsanable (que no lo es), no podría considerarse en ningún caso como una convalidación del contrato pues no constituye un acto inequívoco de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria. Se trata solamente de una solicitud dirigida a reducir en lo posible las consecuencias negativas que la cláusula cuestionada tenía para los prestatarios, que no les impide posteriormente solicitar la declaración de nulidad absoluta de tal cláusula y la restitución de lo que el banco ha percibido indebidamente por su aplicación”.

En nuestro caso, si bien debemos tener en cuenta que los términos de la transacción no se han aportado a estas actuaciones, y que ha sido la parte actora la que ha mostrado una actitud proactiva a dicha renuncia –como se desprende de la comunicación adjuntada como doc. 7 de la contestación-, atendiendo al contenido del acuerdo debemos efectuar una serie de consideraciones: la jurisprudencia mayoritaria considera que no cabe atender a la virtualidad de tales acuerdos novatorios y transacciones a la hora de decidir sobre los litigios con consumidores. Este juzgador se adscribe a la línea jurisprudencial expuesta y, teniendo presente que *quod nullum est nullum producit effectum*, considero que la renuncia no es válida porque carece de objeto: recae sobre los efectos de una cláusula inexistente, una cláusula radicalmente nula. La nulidad de la cláusula ya ha sido declarada en el fundamento anterior por lo que si se atribuyese eficacia a la transacción estaríamos pervirtiendo el efecto disuasorio perseguido por las normas de Derecho de la Unión Europea y por la Jurisprudencia del TJUE: la cláusula nunca ha existido, por lo que sobre la misma no es posible considerar subsistente o productor de efectos acuerdo alguno. El consumidor se encuentra en una situación de desequilibrio, por lo que ha efectuado una renuncia sin ser consciente del alcance de los efectos de la declaración de nulidad y de que no era posible transigir sobre una cláusula nula. Debe restituirse la situación de hecho y de derecho en que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, y dicha situación en modo alguno puede ser la resultante de una transacción de la misma.

De este modo, estimo que el acuerdo novatorio, con su renuncia de acciones y la supresión de la cláusula suelo, fue llevado a cabo de forma abusiva, perpetuando una situación antijurídica nula para el consumidor, vulneradora de la normativa europea y nacional sobre protección de los consumidores. La parte actora llevó a cabo una renuncia sobre un objeto sobre el que no podía transigir, como se deriva del artículo 10 del TRLGDCU. Por todo ello **SE DECLARA la NULIDAD DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL.**

QUINTO.- Análisis de la abusividad de la cláusula de gastos

En el mismo sentido se ha manifestado la STS 265/2015, de 22 de abril, al decir: “[l]a consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el art. 1258 del Código Civil, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor [...]”.

SÉPTIMO.- Cláusula de imposición de gastos

a) Aranceles del Registro de la Propiedad

La norma de referencia es el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, cuyo Anexo II, en su norma 8ª prevé lo siguiente: “1. Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado”.

El interés es más fácilmente determinable ya que quien está interesado en la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho real constituido es la entidad bancaria. Así obtiene la protección *erga omnes* y la prioridad en caso de ejecución del bien. El prestatario no está interesado en dicha constitución, es más, la hipoteca es una carga o gravamen que pesa sobre el bien inmueble adquirido. Por ello, la STS 705/2015 entiende que: “En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite 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, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, **no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista**. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece ex-presamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU)”.

El sujeto interesado con carácter exclusivo en la constitución de la hipoteca es el demandado, pero la cláusula quinta atribuye prestatario su pago. Según el doc. 9 de la demanda, tales gastos ascendieron a 156,38 euros, en factura emitida el 16 de mayo de 2007, girada a nombre de Íñigo Cortabitarte. No se ha discutido por la parte demandada ni la autenticidad de la factura, ni su fecha, ni el importe a que ascendió, por lo que dicho documento hace prueba plena de lo en él manifestado. Por tanto, procede declarar que la cláusula era abusiva, nula y que la parte actora no debía cumplir con tal desembolso, por lo que, como consecuencia de la nulidad

de la cláusula, **SE CONDENA A LA DEMANDADA A ABONAR A LA PARTE ACTORA LOS ARANCELES DE REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN SU TOTALIDAD, ASCIENDIENDO DICHO IMPORTE A 156,38 EUROS, más los intereses legales desde la fecha de su pago.**

OCTAVO.- Cuantía del procedimiento

Por lo que hace a la cuantía del procedimiento, que ha sido cuestionada por la demandada, debemos estar al texto del art. 253.3 LEC, que establece lo siguiente: “3. *Cuando el actor no pueda determinar la cuantía ni siquiera en forma relativa, por carecer el objeto de interés económico, por no poderse calcular dicho interés conforme a ninguna de las reglas legales de determinación de la cuantía, o porque, aun existiendo regla de cálculo aplicable, no se pudiera determinar aquélla al momento de interponer la demanda, ésta se sustanciará conforme a los cauces del juicio ordinario*”.

En este caso se ejercita una acción declarativa de nulidad de una cláusula abusiva, con la consecuente restitución de cantidades. De este modo, se dota al proceso de un objeto que no se limita a un mero interés económico propio de una reclamación de cantidad, que no puede calcularse conforme a las reglas legales de determinación de la cuantía y que no puede confundirse con aquellos supuestos en los que, con la acción principal se piden accesoriamente intereses, frutos, rentas o daños y perjuicios como sostiene la demandada. Ello es así porque en los casos de nulidad de cláusulas abusivas, los efectos de la declaración de dicha nulidad, como señala el Tribunal Supremo, se producen *ex lege*, tratándose de “*consecuencias ineludibles de la validez*” (STS 102/2015 de 10 de marzo), sin que para la restitución de las cantidades que correspondan sea necesaria una petición accesorio relativa a una cuantía determinada impuesta por el principio dispositivo. Por todo ello **se declara que la cuantía del procedimiento es indeterminada**, dado que no existen las bases de cálculo precisas para su cuantificación o reconducción a un interés exclusivamente crematístico.

NOVENO.- Costas procesales

En materia de costas, atendiendo al principio de vencimiento objetivo del artículo 394.1 LEC, “1. *En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho*”, procede imponerlas a la parte demandada, al haber visto desestimadas todas sus pretensiones.

A mayor abundamiento conviene referir que la pretensión ejercitada es declarativa de nulidad, y la misma ha sido estimada íntegramente; además, en el ámbito de tutela de los consumidores, las costas procesales constituyen un elemento esencial, como ha señalado la STS

419/2017, de 4 de julio, "el criterio más ajustado al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y al principio de efectividad del Derecho de la Unión es que las costas de las instancias en casos similares al presente se impongan al banco demandado". Podemos extraer tres de las razones que justifican dicha decisión: i) el principio del vencimiento es la regla general en materia de imposición de costas, de modo que la no imposición de costas al banco supondría una salvedad a dicho principio en perjuicio del consumidor; ii) "no se restablecería la situación de hecho y de derecho a la que se habría dado si no hubiera existido la cláusula suelo abusiva, y por tanto el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos. En suma, se produciría un efecto disuasorio inverso, no para que los bancos dejaran de incluir las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios sino para que los consumidores no promovieran litigios por cantidades moderadas"; iii) la regla del vencimiento favorece el principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

-Que **DEBO ESTIMAR y ESTIMO ÍNTEGRAMENTE** la demanda interpuesta por la procuradora de los tribunales, Sra. Vega Suárez, en representación de [redacted] y de [redacted] frente a la entidad [redacted]

A. y, en consecuencia:


-**DECLARO LA NULIDAD DE PLENO DERECHO**, por abusividad, de la Cláusula 3.3 del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito en fecha 29 de marzo de 2007, que establece lo siguiente: "Límite de variación del tipo de interés.- No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 4,25%".

-**CONDENO** a la parte demandada a estar y pasar por dicha declaración de nulidad y a eliminar la referida Cláusula 3.3 del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, absteniéndose en el futuro de aplicar dicha cláusula manteniendo su vigencia el contrato con el resto de cláusulas.

-**CONDENO** a BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. a abonar a la parte actora la cantidad de **VEINTE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SEIS EUROS CON CATORCE CÉNTIMOS DE EURO (20976,14 EUROS)**, con sus intereses legales devengados desde la fecha de pago de cada una de las cuotas mensuales, con más el interés legal incrementado en dos puntos en los términos del art. 576 LEC.

4.- Eranskina

17. dokumentua

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL  JURISPRUDENCIA

perjuicios que le ocasionó el siniestro acaecido el 18 de agosto de 2006, habiendo otorgado el actor a favor del asegurado, saldo y finiquito de toda posible indemnización que pudiera resultar del siniestro, como de forma clara y terminante resulta del exponendo II del documento, y de la estipulación cuarta del mismo, según se ha dejado reproducido en el Fundamento de Derecho primero 1 anterior. [...]"

También en el ámbito de la Ley 57/1968 se ha considerado que el acuerdo entre los compradores y el promotor por el que se conviene la devolución de una parte del precio recibido a cuenta es una transacción válida, alcanzando incluso la rebaja en la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente incluso al aval o seguro (sentencia de pleno 459/2017, de 18 de julio).

Por otra parte, el Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo (convalidado por Acuerdo del Congreso de los Diputados de 31 de enero de 2017), admite la posibilidad de que la entidad de crédito y el consumidor alcancen un acuerdo sobre la cantidad que deba ser restituida por haberse aplicado indebidamente una cláusula suelo , lo que particularmente se refleja en el art. 3.3. Tal previsión es reflejo también de la validez de posibles acuerdos en este ámbito sin tener que abocar necesariamente en la judicialización de la controversia.

8. Como hemos recordado en otras ocasiones, por ejemplo en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo :

"incluso en los contratos de adhesión con consumidores, rige la autonomía de la voluntad de los contratantes respecto del precio y la contraprestación, esto presupone la plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, para lo cual es preciso que el consumidor tenga un conocimiento cabal y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de la celebración del contrato. Como explica la doctrina, la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el consumidor. En caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no pudieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración, faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia de consentimiento".

Además, la formación y prestación del consentimiento en la transacción no se produce como en cualquier otro contrato, pese a la remisión expresa del artículo 1817 al 1265, ambos del Código Civil , puesto que resulta patente la concurrencia de elementos singulares que las partes tienen en cuenta, como los costes del litigio, la incertidumbre del resultado de los medios de prueba o la incomodidad que produce cualquier litigio con independencia de su resultado.

Estas mismas consideraciones resultan de aplicación respecto de la transacción , cuando su objeto está predispuesto por el banco: acabar con la incertidumbre de si las cláusulas suelo introducidas en los dos contratos anteriores eran nulas por no pasar el control de transparencia, mediante la fijación de un suelo más bajo.

Partiendo de una situación de incertidumbre, controvertida, y para evitar un litigio, las partes convienen realizar concesiones recíprocas y alcanzar un acuerdo que convierta la incertidumbre en seguridad. Como recuerda la sentencia 751/2009, de 30 de noviembre , el acuerdo para eliminar la controversia y la reciprocidad de concesiones son los elementos fundamentales de la transacción , conforme al art. 1809 CC . En este caso, existía una cláusula suelo del 4,5% cuya validez podía ser cuestionada en vía judicial, de modo que si se constataba la falta de transparencia, sería declarada abusiva y, consecuentemente, nula, mientras que si se apreciaba la transparencia de la cláusula, esta sería considerada válida. Ante esta incertidumbre, las partes convienen recíprocas concesiones: el banco, que en principio tenía una cláusula suelo del 4,5 %, accede a una rebaja del suelo inicial al 2,25%, y los consumidores, aunque no querían tener cláusula suelo , acceden a soportar un suelo más bajo que el inicialmente fijado a cambio de evitar el pleito que constituiría el presupuesto necesario para la declaración de abusividad. Ambas partes transigen, realizan concesiones recíprocas, y evitan el pleito, convirtiendo la incertidumbre inicial en una situación cierta.

Ahora bien, por el modo predispuesto en que se ha propuesto y aceptado la transacción es preciso comprobar, también de oficio, que se hayan cumplido las exigencias de transparencia en la transacción . Esto es, que los clientes consumidores, tal y como les fue presentada la transacción , estaban en condiciones de conocer las consecuencias económicas y jurídicas de su aceptación: que se reducía el límite mínimo del interés al 2,25% y que no se discutiría la validez de las cláusulas suelo contenidas en el contrato originario.

El cumplimiento de estos deberes de transparencia en este caso viene acreditado porque, en un contexto temporal en que, por la difusión en la opinión pública general de la sentencia de 9 de mayo de 2013 , era notoriamente conocido no sólo la existencia de estas cláusulas suelo y su incidencia en la determinación del interés variable aplicable al préstamo, sino también que podían ser nulas cuando no se hubieran cumplido las exigencias de transparencia, los clientes aceptan la propuesta del banco de impedir futuras controversias



Judiciales al respecto mediante la reducción del suelo al 2,25%, y para acreditarlo transcriben de puño y letra el texto en el que se afirma lo siguiente:

"Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25% nominal anual".

Aunque no necesariamente la transcripción manuscrita de la cláusula equivale a su comprensibilidad real por el consumidor que la transcribe, es indudable que contribuye a permitir la constatación de su propia existencia y a resaltar su contenido. De hecho, ha sido la forma usual empleada después de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, para dejar constancia del cumplimiento de los deberes de transparencia, y de ella se hace eco el art. 13.2.d) del proyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario; cuando, bajo la rúbrica "Comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material", establece entre los extremos que permitirían la comprobación de este principio:

"La manifestación manuscrita y firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido, con una antelación mínima de siete días, los documentos descritos en el artículo 12.1, así como que comprende y acepta su contenido y que entiende los riesgos jurídicos y económicos de la operación."

9. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea advierte que el juicio de transparencia en cada caso ha de realizarse atendiendo a las circunstancias concurrentes. Las circunstancias temporales y el modo en que los consumidores manifestaron de forma manuscrita su conformidad con un suelo del 2,25% ponen en evidencia que el banco, previamente a la firma de la transacción, cumplió con las exigencias de transparencia y que sus clientes consumidores conocían los términos de la transacción y las implicaciones económicas y jurídicas que conllevaban. Razón por la cual la valoración jurídica que al respecto lleva a cabo la Audiencia en la sentencia recurrida no es correcta e infringe las normas relativas a la eficacia de la transacción.

Sin perjuicio de lo anterior, conviene hacer una precisión. La referencia contenida en el art. 1816 CC al efecto de cosa juzgada de la transacción no es del todo exacta. Como cualquier otro negocio jurídico, lo convenido por las partes tiene eficacia vinculante entre ellas en tanto no se justifique su nulidad. Como en el caso resuelto en la sentencia 344/2017, de 1 de junio, en que no se apreció la nulidad de la transacción por error vicio en el consentimiento.

En consecuencia, en tanto no se acredite alguna causa de nulidad del acuerdo, las partes quedan vinculadas en los términos transigidos y, por tanto, con renuncia al ejercicio de acciones a cambio de una rebaja en el suelo, lo que impide en un principio enjuiciar la situación previa a la transacción precisamente porque las partes quedan vinculadas por lo transigido. Como afirma la sentencia 751/2009, de 30 de noviembre, "la transacción extrajudicial es un contrato (art. 1809 del Código Civil; sentencias, entre otras, de 30 de octubre de 1989, 6 de noviembre de 1993 y 30 de julio de 1996), por lo que genera un vínculo obligacional cuyo cumplimiento está sujeto a las reglas generales de los contratos".

En este sentido es como la jurisprudencia de esta sala ha interpretado el efecto de cosa juzgada previsto en el art. 1816 CC. Jurisprudencia que se contiene, entre otras, en la sentencia 41/1999, de 30 de enero:

"En relación con la eficacia de cosa juzgada que el artículo 1816 del Código Civil atribuye a la transacción entre las partes, declaró la sentencia de 26 de abril de 1963 que "ha de entenderse e interpretarse en el sentido de que una vez acordada la transacción, no será lícito exhumar pactos o cláusulas, vicios o defectos, posiciones o circunstancias afectantes a las relaciones jurídicas cuya colisión o incertidumbre generó el pacto transaccional, sino que será éste, y solo él, quien regule las relaciones futuras ínsitas en la materia transigida, bien integren ésta la ratificación, modificación o extinción de todas o alguna parte de aquéllas o la creación de otras distintas, y por ende, los efectos de la cosa juzgada se manifestarán en el absoluto respeto a la nueva situación y en el escrupuloso cumplimiento de las obligaciones fijadas en la transacción, pero sin que esto quiera decir que tales obligaciones, en orden a su cumplimiento o incumplimiento, se rijan por normas distintas a las establecidas con carácter general, ya que eso requeriría un precepto legal de excepción que la ley no establece, ni se deduce de sus preceptos", doctrina reiterada en sentencias de 20 de abril de 1989, 4 de abril y 29 de noviembre de 1991 y 6 de noviembre de 1993".

Pero la eficacia vinculante del acuerdo transaccional no puede confundirse con el efecto de cosa juzgada previsto en el art. 222 LEC, y no queda vedada la posibilidad de discutir en sede judicial la validez del contrato de transacción en sí mismo considerado a la luz de las normas que regulan los contratos —".

En aplicación de la doctrina expuesta, procede estimar el recurso en este punto desestimando la pretensión de declaración de nulidad de la cláusula suelo /techo.

TERCERO.- La estimación del recurso conlleva la estimación parcial de la demanda; pero es de tener en cuenta las cuestiones de derecho debatidas (cláusula suelo transacción) y las distintas consideraciones jurisprudenciales, como señala la Sentencia del 29 de Marzo de 2019 (670/19) Sección IV Bizkaia señalando

que existían resoluciones que consideraban que no era admisible transigir sobre una cláusula abusiva y por tanto nula "... Después de presentada la demanda e incluso de dictarse sentencia, es cuando se ha fijado jurisprudencia del T.S., de modo que ni la demanda era infundada ni la pretensión temeraria. Las serias dudas de derecho que denunciaba la apelante, efectivamente concurren.....", no procede hacer expreso pronunciamiento en costas de la instancia de conformidad con lo dispuesto en el art. 394/1 pfo 2º. En cuanto a las costas de esta alzada no se hace expreso pronunciamiento de conformidad con lo dispuesto en el art. 398 de la LEC .

CUARTO.- La disposición adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo en su apartado 8, aplicable a este caso que si se estimare total o parcialmente el recurso, en la misma resolución se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito.

Vistos los Artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

En virtud de la Potestad Jurisdiccional concedida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey,

FALLAMOS

ESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DE BANCO POPULAR ESPAÑOL Y CONTRA LA SENTENCIA DICTADA POR EL JUZGADO DE INSTANCIA Nº 11 (REFUERZO) DE LOS DE BILBAO Y DE QUE ESTE ROLLO DIMANA Y REVOCANDO DICHA RESOLUCIÓN Y CON ESTIMACIÓN PARCIAL DE LA DEMANDA EN SU DÍA INTERPUESTA, DECLARAMOS LA VALIDEZ DEL ACUERDO TRANSACCIONAL DE FECHA 15 DE FEBRERO DE 2.015 DECLARANDO EN CUANTO A LAS COSTAS DE AMBAS INSTANCIAS SU NO EXPRESA IMPOSICIÓN.

Devuélvase a BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de **CASACIÓN** ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, **si se acredita interés casacional**. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LEC).

También podrán interponer recurso extraordinario por **INFRACCIÓN PROCESAL** ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LEC. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LEC).

Para interponer los recursos será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la cuenta de depósitos y consignaciones que este tribunal tiene abierta en el Banco Santander con el número 4704 0000 00 1078 18. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** los recursos (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por las Ilmas. Magistradas que la firman, y leída por la Ilma. Magistrada Ponente el día 18 de julio de 2019, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.