

A close-up photograph of a hand holding a small, white plastic toy house. The house has a red, textured roof and three windows with green shutters. The background is blurred, showing a white surface and a black square outline.

# EL PAGO DE LOS GASTOS Y LAS CLÁUSULAS SUELO

ACTUALIZADO A 24.01.2017

# **El pago de los gastos y las cláusulas suelo**

Dos cuestiones conflictivas en relación  
con los préstamos hipotecarios

## ÍNDICE

Gastos a cargo del prestatario

Limitación de intereses variables (cláusulas suelo y techo)

Nulidad de cláusulas abusivas

Condición de consumidor del perjudicado

Control de transparencia

Efectos de la declaración de nulidad

Retroactividad de efectos de la declaración de nulidad

Procedimiento extrajudicial de devolución de cantidades indebidamente satisfechas

## Gastos a cargo del prestatario

Respecto a los gastos preparatorios de la operación, tales como asesoramiento, tasación, comprobación de la situación registral del inmueble, u otros que sean a cargo del consumidor, establece el art.13 Ley 2/2009, de contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios, que se indicarán con claridad aun cuando el préstamo o crédito no llegue a otorgarse. La información sobre estos gastos es vinculante cuando la empresa concierta o efectúa directamente la prestación del servicio.

La información sobre el resto de los gastos, tipos de interés, tarifas o comisiones tiene que respetar lo dispuesto en el art.5 Ley 2/2009, indicando expresamente el carácter orientativo de aquéllos que están sujetos al resultado de la negociación y a las condiciones concretas de la operación que se contrata.

En los préstamos o créditos hipotecarios sobre viviendas, la comisión de apertura, que se devenga una sola vez, engloba todos los gastos de estudio, concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito (art.5.2.b Ley 2/2009).

Las restantes comisiones y gastos repercutibles a cargo del consumidor, que la empresa aplique sobre estos préstamos o créditos, deben responder a la prestación de un servicio específico distinto

de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo o crédito.

El coste de todos los servicios accesorios relacionados con el contrato de préstamo, en particular las primas de seguro, se incluye asimismo en este concepto si la obtención del préstamo en las condiciones ofrecidas está condicionada a la prestación de tales servicios.

La STS Sala 1 Pleno de 23 diciembre 2015 declara abusivas las cláusulas que pretenden atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto.

En este sentido, el art.89 LGDCU califica como abusivas, en todo caso, las cláusulas que suponen:

- la transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables (art.89.2 LGDCU);
- la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario (art.89.3 LGDCU).

Asimismo, considera siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario:

- bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art.89.4 LGDCU) y, correlativamente;

---

El pago de los gastos y las cláusulas suelo.

Dos cuestiones conflictivas en relación con los préstamos hipotecarios

- incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art.89.5 LGDCU).

Finalmente, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición), a las estipulaciones:

- por las que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art.89.3.a LGDCU);

- que imponen al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art.89.3.c LGDCU).

Sobre estas bases legales, la STS Sala 1 Pleno de 23 diciembre 2015 se pronuncia sobre los diferentes gastos que puede acarrear la hipoteca.

### **1.- Gastos de formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real)**

Afirma que, tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con

garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (art.517 LEC ), constituye la garantía real (art.1875 CC y art.2.2 LH ) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art.685 LEC ).

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, la sentencia afirma que no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. En consecuencia, declara que una cláusula que no solo no permita una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que haga recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permite una distribución equitativa, ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada.

Recuerda la STS de 23 diciembre 2015 que ya en la STS Sala 1ª de 1 junio 2000 se estableció que la repercusión al comprador/consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula.

## 2.- Tributos que gravan el préstamo hipotecario

En relación con el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, el art.8 LITP dispone que, cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en

contrario, está obligado al pago del impuesto a título de contribuyente:

- en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere;
- en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto;
- en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el prestatario.

Por otro lado, el art.15.1 LITP señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributan exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Pero el art.27.1 sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el que es sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

De esta manera, la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, es sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de estas cláusulas abusivas puede pretender cargar indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, la STS de 23 diciembre 2015

afirma que, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art.89.3.c LGDCU, procede la declaración de nulidad de este tipo de cláusulas.

Ya dijo la STS Sala 1ª de 25 noviembre 2011, si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, que la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión, era una cláusula abusiva, por limitar los derechos que sobre distribución de la carga tributaria estaban previstos en la legislación fiscal, por lo que la condición general que contuviese dicha previsión debía ser reputada nula.

### 3.- Gastos derivados de la contratación de un seguro de daños

Contrariamente a los casos anteriores, la STS Sala 1 Pleno de 23 diciembre 2015, afirma que no parece que esta previsión sea desproporcionada o abusiva, por cuanto deriva de una obligación legal (art.8 Ley 2/1981), habida cuenta que cualquier merma del bien incide directamente en la disminución de la garantía. Declara la STS de 23 diciembre 2015 que no se trata de una garantía desproporcionada, en el sentido prohibido por el art.88.1 LGDCU, sino de una consecuencia de la obligación de conservar diligentemente el bien hipotecado y de asegurarlo contra todos los riesgos que pudieran afectarlo. Pero, en todo caso, se trata de una previsión inane, puesto que la obligación de pago de la prima del seguro corresponde al tomador del mismo, conforme al art.14 LCS.

#### 4.- Gastos derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago

Respecto a los gastos del proceso, la STS Sala 1 Pleno de 23 diciembre 2015 afirma que están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en los arts. 394 y 398 LEC, para los procesos declarativos, y en los arts. 559 y 561 de la misma Ley, para los procesos de ejecución. Estas normas se fundan básicamente en el principio del vencimiento, y en el caso concreto de la ejecución, las costas se imponen al ejecutado cuando continúa adelante el despacho de ejecución. Sin embargo también pueden imponerse al ejecutante cuando se aprecia algún defecto procesal no subsanable o que no se haya subsanado en el plazo concedido al efecto (art.559.2 LEC), o cuando se estime algún motivo de oposición respecto del fondo (art.561.2 LEC). Cuando la estimación es parcial, cada parte debe hacer frente a las costas devengadas a su instancia. Por consiguiente, la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales no solo infringe normas procesales de orden público, lo que comportaría sin más su nulidad ex art.86 LGDCU y art.8 Ley 7/1998 de 13 abril 1998 , sino que introduce un evidente desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaer a todo trance las consecuencias de un proceso sobre una de ellas, sin tener en cuenta ni la procedencia legal de la reclamación o de la oposición a la reclamación, ni las facultades de moderación que la ley reconoce al Tribunal cuando aprecie serias dudas de hecho o de derecho.

Respecto a la imputación al cliente de los honorarios de abogado y aranceles de procurador de los que se haya servido el prestamista, incluso cuando su intervención no sea preceptiva, la STS Sala 1 Ple-

no de 23 diciembre 2015 declara que la estipulación contraviene de plano el art.32.5 LEC , que excluye tales gastos de la eventual condena en costas, salvo que el tribunal aprecie temeridad o que el domicilio de la parte representada o defendida en juicio esté en un lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio. Por lo tanto, la sala afirma que, además de la falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes y la dificultad para el consumidor de valorar las consecuencias por desconocer en el momento de la firma del contrato el cúmulo de actuaciones en las que eventualmente podría valerse la entidad contratante de tales profesionales sin ser preceptivo (actos de conciliación, procedimiento monitorio, juicio verbal en reclamación de cantidad inferior a la establecida legalmente...), lo que de por sí sería suficiente para considerar la cláusula como abusiva, procede la declaración de nulidad de la misma, conforme al art.86 LGDCU y al art.8 LCGC.

## **Limitación de intereses variables (cláusulas suelo y techo)**

Los préstamos concedidos por bancos y entidades financieras a consumidores y garantizados por hipoteca, son préstamos retribuidos en los que el prestatario, además de obligarse a devolver al prestamista el capital prestado, se obliga a pagar intereses fijos o variables. En el caso de intereses variables, el tipo de interés a pagar por el prestatario oscila a lo largo del tiempo. Para limitar los efectos de las eventuales oscilaciones del interés de referencia pueden estipularse limitaciones al alza (las denominadas cláusulas techo) y a la baja (las llamadas cláusulas suelo) que operan como topes máximo y mínimo de los intereses a pagar por el prestatario. Cuando el índice de referencia, o la suma del índice de referencia más el diferencial, descienden por debajo del tope (suelo) fijado, estas cláusulas impiden que la bajada se traslade al prestatario, y a la inversa sucede con las cláusulas techo.

## Nulidad de cláusulas abusivas

El pacto de limitación de intereses es uno de los mecanismos de cobertura de los riesgos derivados de la variabilidad de los tipos de interés. En principio, estamos ante un pacto lícito, sujeto al principio de libertad de pacto, proclamado en el art.315 CCom. Es importante destacar que, la trascendental en esta materia Sentencia del Pleno del TS de 9 mayo 2013, no declara la ilegalidad o el carácter abusivo de las mismas de modo general, y la STJUE de 21 diciembre 2016 no ha revocado este criterio. Por el contrario, el TS recuerda que se trata de una cláusula prevista en la normativa y cuyo uso es legítimo. Lo que declara la STS de 9 mayo 2013 es la nulidad de estas cláusulas en aquellos casos en los que su redacción o ubicación en el contrato, impiden al cliente conocer sus efectos.

Ya con anterioridad a la sentencia del TS, la doctrina de las Audiencias (p.e. SAP Baleares de 19 noviembre 2012, que cita la SAP Cáceres de 18 julio 2012), afirmaba que para que se pueda sostener la validez de estas cláusulas es esencial que:

- el pacto cubra a ambas partes en similar medida o alcance;
- que se cumpla realmente, desde el punto de vista material y no como simple formalidad, con las garantías de una adecuada información previa;
- que su redacción sea clara y comprensible para la adecuada formación de la voluntad del usuario y no sea contrario a la buena fe.

La Sentencia del Pleno del TS de 9 mayo 2013, declaró la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores sometidas a su enjuiciamiento por:

- 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 la entidad bancaria.
- e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.
- f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

El Auto del Pleno del TS de 3 junio 2013, aclaratorio de la citada Sentencia de 9 mayo 2013, dice al respecto que a la vista de lo razonado en la sentencia y de los términos del fallo queda claro que las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las con-

cretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo. En definitiva, que no existen medios tasados para obtener el resultado: un consumidor perfectamente informado.

También se deduce con claridad de la Sentencia, según el Auto aclaratorio, que el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios. Para el futuro, no puede anudarse de forma automática al cumplimiento de determinadas fórmulas, tantas veces convertidas en formalismos carentes de eficacia real. Y hacia el pasado, no tolera vaciar de contenido la sentencia que condena a eliminar de los contratos en vigor las cláusulas declaradas nulas.

Según la Sentencia de 9 mayo 2013, 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) Se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

Concluye asimismo que el control abstracto del carácter abusivo de una condición general predispuesta para ser impuesta en contratos con consumidores:

a) Debe referirse al momento de la litispendencia o a aquel posterior en el que la cuestión se plantee dando oportunidad de alegar a las partes.

b) No permite valorar de forma específica las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente.

c) No impide el control del carácter abusivo de las cláusulas, el hecho de que se inserten en contratos en los que el empresario o profesional no tenga pendiente el cumplimiento de ninguna obligación.

d) Las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo están sometidas a control de su carácter eventualmente abusivo.

El citado Auto del Pleno del TS de 3 junio 2013, afirma que la creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable, cuando el índice de referencia o su evolución, previsible para el profesional, a corto o medio plazo lo convertirán en interés mínimo fijo, variable nada más al alza, constituye uno de los diferentes supuestos de falta de transparencia y de cláusula abusiva, sin necesidad de que concurra ningún otro requisito.

La nulidad de la cláusula suelo no queda subsanada por el hecho de que el consumidor se haya visto beneficiado durante un tiempo de las bajadas del índice de referencia. A este respecto el Auto del Pleno del TS de 3 junio 2013 dice que a fin de evitar cualquier posible equívoco, procede a aclarar el fallo en el sentido de que el hecho de que circunstancialmente la cláusula haya resultado beneficiosa para el consumidor durante un periodo de tiempo no la convierte en transparente ni hace desaparecer el desequilibrio en contra de los intereses del consumidor, ya que la cláusula tiene por finalidad exclusiva proteger los intereses de la prestamista frente a las bajadas del índice de referencia.

Para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo carentes de claridad, la repetida Sentencia del Pleno del TS de 9 mayo 2013 afirma que debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto. Si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible (de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas), en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito

como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como "variable". Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza.

## Condición de consumidor del perjudicado

La declaración de nulidad de la Sentencia de 9 mayo 2013, viene determinada por el carácter de consumidor del prestatario. Cuando no se da esa condición, no concurriría esta declaración de nulidad.

No obstante, la propia Sentencia de 9 mayo 2013 afirma que en el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en el art.5.5 LCGC, que establece que la redacción de las cláusulas generales debe ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez; y en el art.7 LCGC, por el que no quedan incorporadas al contrato las condiciones generales que:

- el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato;
- sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

Ni el legislador comunitario, ni el español, ofrecen una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No corresponde a los tribunales la configuración de un «tertium genus» que no ha sido establecido legislativamente, dado que no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores (STS Sala 1 Pleno de 3 junio 2016).

La LCGC indica claramente que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores, pero añade que esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Tal concepto se sujeta a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios.

Vista la remisión que, en relación con los contratos entre profesionales, hace la LCGC a las normas contractuales generales, y nuestra jurisprudencia al régimen general del contrato por negociación, la STS Sala 1 Pleno de 3 junio 2016 afirma que hay de tener en cuenta que el art.1258 CC y el art.57 CCom establecen que los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturale-

za, sean conformes a la buena fe. Para ello, puede considerarse que la virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, es defendible, al menos, para las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente. Así, el art.1258 CC ha sido invocado para blindar, frente a pactos sorprendentes, lo que se conoce como el contenido natural del contrato (las consecuencias que, conforme a la buena fe, y según las circunstancias -publicidad, actos preparatorios, etc- se derivan de la naturaleza del contrato).

En esa línea, puede postularse la nulidad de determinadas cláusulas que comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente. Conclusión que es acorde con las previsiones de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, formulados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos («Comisión Lando»), que:

- establecen el principio general de actuación de buena fe en la contratación;
- prevén la nulidad de cláusulas abusivas sea cual fuere la condición (consumidor o no) del adherente, entendiendo por tales las que «causen, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de

la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato»;

- no permiten el control de contenido respecto de las cláusulas que «concreten el objeto principal del contrato, siempre que tal cláusula esté redactada de manera clara y comprensible», ni sobre la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte. Consideración esta última sobre la adecuación de precio y prestación que resulta especialmente relevante en el caso de las cláusulas suelo, dado que en un contrato de préstamo mercantil el interés remuneratorio pactado constituye el precio de la operación.

## Control de transparencia

La Sentencia del TS de 9 mayo 2013 fija como conclusión que las cláusulas suelo, que son condición general, que describen y definen el objeto principal del contrato, no están sujetas al control de abusividad, como regla general, pero sí están sometidas a un doble control de transparencia para determinar si la información que se facilita y en los términos en los que se facilita cubre las exigencias:

- positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de celebración del contrato;
- negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

El control de transparencia, como proyección particular del principio de transparencia real en la contratación en serie y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, se caracteriza por ser un control de legalidad para comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta goce de la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de tal forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo respecto de:

- la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado;
- la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato (Sentencia del TS de 26 mayo 2014).

De acuerdo con esta caracterización, la Sentencia del TS de 8 septiembre 2014 señala que el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales. Fiel a la naturaleza y función de este fenómeno, como a su peculiar presupuesto causal y régimen de eficacia, el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera

del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado, como para la aplicación del referido control sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta. Extremo o enjuiciamiento que ni excluye ni suplente la mera "transparencia formal o documental" sectorialmente prevista a efectos de la validez y licitud del empleo de la meritada cláusula en la contratación seriada.

Concluye la Sentencia de 8 de septiembre de 2014, que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada.

Este es el alcance que contempla a estos efectos la STJUE de 30 abril 2014, declarando, entre otros extremos, que: "El art. 4.2 Directiva 13/1993/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de

que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo".

La Sentencia del Pleno del TS de 9 mayo 2013, habla de un doble control de transparencia en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, incluye el control de transparencia como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta. Esto es, fuera del ámbito de interpretación general del CC del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez:

- la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener;
- la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

Por tanto, afirma la Sentencia del Pleno TS de 24 de marzo de 2015, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación. Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio.

El art. 4.2 Directiva 13/1993/CEE , conecta esta transparencia con el juicio de abusividad ("la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a (...) siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible"), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

Por tanto, la Sentencia de 24 de marzo de 2015 dice que estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de

transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

La Sentencia de 9 mayo 2013 basa dicha exigencia de transparencia, que iba más allá de la transparencia "documental" verificable en el control de inclusión, en los arts. 80.1 y 82.1 LGDCU, interpretados conforme a los arts. 4.2 y 5 Directiva 13/1993/CEE , y cita a tales efectos lo declarado en la Sentencia del TJUE de 21 de marzo de 2013, respecto de la exigencia de transparencia impuesta por tal directiva, conforme a la cual el contrato debe exponer «de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste».

La STJUE de 30 abril 2014, en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo multdivisa, confirma la corrección de esta interpretación, al afirmar:

- que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 13/1993/CEE no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical;
- que esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva;

- que del anexo de la misma Directiva resulta que tiene un importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo.

Y concluir en el fallo que el art. 4.2 Directiva 13/1993/CEE debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo.

Esta doctrina ha sido reiterada en la posterior STJUE de 26 febrero 2015, que declara: "de los arts. 3 y 5 Directiva 13/1993/CEE y de los puntos 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de la misma Directiva resulta, en particular, que para satisfacer la exigencia de

transparencia reviste una importancia capital la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo del interés, así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan".

## Efectos de la declaración de nulidad

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, la Sentencia de 9 mayo 2013, remitiéndose a la de 1 julio 2010, declara que la defensa de los intereses colectivos en el proceso civil no está configurada exclusivamente como un medio de resolución de conflictos intersubjetivos de quienes participan en el pleito. Está presente un interés ajeno que exige la expulsión del sistema de las cláusulas declaradas nulas por sentencia firme sin necesidad de petición previa.

A tal fin, con precedentes en el ámbito del proceso contencioso-administrativo cuando el objeto del proceso es una disposición general, afirma que es preciso superar las fronteras subjetivas que fija el art. 222.3 LEC y proyectar sus efectos ultra partes, como instrumento para alcanzar el objetivo señalado en el art. 7.1 Directiva

93/13, de que cese el uso de las cláusulas abusivas, y a tal efecto la regla 2ª del art. 221.1 LEC dispone que si como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si conforme a la legislación de protección de consumidores y usuarios la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.

Esta proyección erga omnes de la declaración de nulidad exige tener en cuenta que la LEC, al tratar de la tutela de intereses jurídicos colectivos llevados al proceso, afirma que la diversidad de casos de protección impone evitar una errónea norma generalizadora, y en el caso enjuiciado por el TS en esta Sentencia del Pleno de 9 de mayo de 2013, la demandante, pese a que interesó la declaración de nulidad indiscriminada de las cláusulas suelo de los préstamos a interés variable celebrados con consumidores, no interesó su eficacia ultra partes, lo que, unido al casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de la información, obliga a ceñirlos a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos.

Por otra parte, la Sentencia de 9 mayo 2013 afirma que la falta de transparencia de estas cláusulas no supone necesariamente que sean desequilibradas. Tal afirmación se explica porque esa falta de transparencia puede ser, excepcionalmente, inocua para el adherente, pues pese a no poder hacerse una idea cabal de la tras-

endencia que determinadas previsiones contractuales pueden provocar sobre su posición económica o jurídica en el contrato, las mismas no tienen efectos negativos para el adherente.

Sin embargo, la Sentencia del Pleno TS de 24 marzo 2015 declara que no es ese el supuesto de las llamadas "cláusulas suelo". La falta de transparencia en el caso de este tipo de condiciones generales provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con "cláusula suelo" en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado. Como dice la Sentencia de 9 de mayo de 2013, "la oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de trascendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor".

## Retroactividad de efectos de la declaración de nulidad

La Sentencia del Pleno de la Sala 1ª del TS de 9 mayo 2013 declaró que no había lugar a la retroactividad de la declaración de nulidad, por lo que no afectaría a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni los pagos ya efectuados en la fecha de su publicación.

Ante esta declaración, las Audiencias Provinciales adoptaron soluciones divergentes, entre las que se pueden señalar:

- Las que acordaban la irretroactividad acogiendo los criterios del TS, aun tratándose de acciones individuales. Por ejemplo, Auto AP Burgos de 28 enero 2014.
- Las que se inclinaron por reconocer el efecto retroactivo en el caso de acciones individuales. Por ejemplo, Auto AP Barcelona de 9 mayo 2014 y sentencias de la AP Málaga de 12 mayo 2014 o AP Alava de 9 julio 2013, entre otras.

Esta disparidad de soluciones de las audiencias llevó al TS a ratificar la doctrina de la Sentencia del Pleno de la Sala 1ª del TS de 9 mayo 2013 con la Sentencia, también del Pleno de la Sala 1ª del TS, de 25 marzo 2015.

Diversas Audiencias plantearon cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que fue resuelta por la Sentencia de 21 diciembre 2016, que declara que es contraria al art. 6.1 Directiva 93/13 una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los

efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

Con ello rechaza la declaración de irretroactividad contenida en las sentencias del TS.

Dice la STJUE de 21 diciembre 2016, que la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la STS Sala 1 Pleno de 9 mayo 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.

De esta manera, la protección del consumidor resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el art. 7.1 Directiva 93/13.

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, la STJUE de

21 diciembre 2016 ordena a dichos órganos jurisdiccionales 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 STS Sala 1 Pleno de 9 mayo 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión.

En definitiva, con la STJUE de 21 diciembre 2016 queda eliminada la limitación de restitución de las cantidades pagadas indebidamente con anterioridad a 9 de mayo de 2013, y, por aplicación del art.1303 CC, debe restituirse todo lo indebidamente cobrado.

## Procedimiento extrajudicial de devolución de cantidades indebidamente satisfechas

Con el objeto de establecer medidas que faciliten la devolución de las cantidades satisfechas indebidamente por los consumidores a las entidades de crédito, en aplicación de cláusulas suelo abusivas contenidas en contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria, se aprobó el RDL 1/2017.

Las medidas previstas en el mismo se aplican a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria que incluyan una cláusula suelo cuyo prestatario sea un consumidor. Se entiende por consumidor cualquier persona física que reúna los requisitos previstos en el art. 3 LGDCU, si bien se habilita para regular la extensión del ámbito de aplicación a otros consumidores relacionados con el prestatario de contratos de préstamo o crédito

garantizados con hipoteca inmobiliaria. Por cláusula suelo se entiende cualquier estipulación incluida en un contrato de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria a tipo variable, o para el tramo variable de otro tipo de préstamo, que limite a la baja la variabilidad del tipo de interés del contrato.

En el plazo de un mes, las entidades de crédito tienen la obligación de implantar un sistema de reclamación previa a la interposición de demandas judiciales, para atender a las peticiones que los consumidores formulen en el ámbito del RDL. Deben disponer además, de un departamento o servicio especializado que tenga por objeto atender las reclamaciones presentadas, y deben poner a disposición de sus clientes, en todas las oficinas abiertas al público, así como en sus páginas web, la información siguiente:

- la existencia del departamento o servicio encargado de la resolución de las reclamaciones, con indicación de su dirección postal y electrónica;
- su obligación de atender y resolver las reclamaciones presentadas por sus clientes, en el plazo de tres meses desde su presentación en el departamento o servicio correspondiente;
- referencias a la normativa de transparencia y protección del cliente de servicios financieros;
- la existencia del procedimiento extrajudicial, con una descripción concreta de su contenido, y la posibilidad de acogerse a él para aquellos clientes que tengan las cláusulas suelo a que se refiere el RDL incluidas en sus contratos.

El sistema extrajudicial del RDL 1/2017 tiene carácter voluntario y gratuito para el consumidor. Los gastos de formalización de escritura pública e inscripción registral que, en su caso, puedan derivarse del acuerdo entre la entidad financiera y el consumidor, devengan exclusivamente los derechos arancelarios notariales y registrales correspondientes, de manera respectiva, a un documento sin cuantía y a una inscripción mínima, cualquiera que sea la base.

Para los procedimientos judiciales en curso a la entrada en vigor del RDL, se prevé que las partes, de común acuerdo, puedan solicitar la suspensión del proceso y someterse al procedimiento extrajudicial.

Mientras se está sustanciando la reclamación previa, las partes no pueden ejercitar entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con el objeto de ésta. Si se interpone demanda con anterioridad a la finalización del procedimiento y con el mismo objeto que la reclamación, se produce la suspensión del proceso en el momento en que se tenga constancia reclamación previa, manteniéndose la suspensión hasta que se resuelva la reclamación.

El procedimiento que establece el art.3 RDL 1/2017 es el siguiente:

1. Las entidades de crédito deben comunicar este sistema a todos los consumidores que tengan incluidas cláusula suelo en su préstamo hipotecario. La norma no establece la norma un procedimiento concreto, pero sí la obligación de estas entidades de garantizar que el sistema de reclamación es conocido por los consumidores afectados (art.3.1 RDL 1/2017 de 20 enero 2017 ).

2. El consumidor se dirigirá al banco reclamando la cantidad indebidamente satisfecha.

3. Recibida la reclamación, la entidad de crédito debe efectuar un cálculo de la cantidad a devolver y remitir una comunicación al consumidor desglosando dicho cálculo. Necesariamente debe incluir las cantidades que correspondan en concepto de intereses.

4. El consumidor debe manifestar si está de acuerdo con el cálculo.

a) Si lo está, la entidad de crédito acordará con el consumidor la devolución del efectivo. En este caso, la entidad de crédito tiene que informar a sus clientes de que las devoluciones acordadas pueden generar obligaciones tributarias. Asimismo, tienen que comunicar a la Agencia Estatal de Administración Tributaria la información relativa a las devoluciones acordadas.

El consumidor y la entidad de crédito pueden acordar la adopción de una medida compensatoria distinta de la devolución del efectivo. En este caso la entidad de crédito debe suministrar al cliente una valoración que le permita conocer el efecto de la medida compensatoria y darle un plazo de quince días para que manifieste su conformidad.

Para que sea válida la aceptación de una medida compensatoria, es necesario que el consumidor reciba información suficiente y adecuada sobre:

- la cantidad a devolver,
- la medida compensatoria,

- el valor económico de esa medida.

En cuanto a la forma, la aceptación de una medida compensatoria debe hacerse de forma manuscrita y en documento aparte en el que también quede constancia del cumplimiento del plazo de tres meses.

b) Si no lo está y rechaza el cálculo de la cantidad a devolver o declina, por cualquier motivo, la devolución del efectivo e interpone posteriormente demanda judicial, el art.4.1 RDL 1/2017 establece que, si obtiene una sentencia más favorable que la oferta recibida de la entidad de crédito, la condena en costas se impone a ésta. No hay condena en costas de la entidad de crédito si la sentencia mantiene la cantidad.

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 es de tres meses a contar desde la presentación de la reclamación. El art.3.4 RDL 1/2017 de 20 enero 2017 considera que el procedimiento extrajudicial ha concluido sin acuerdo en los siguientes casos:

a) Si la entidad de crédito rechaza expresamente la solicitud del consumidor. El rechazo expreso puede deberse a que la entidad de crédito estima que la devolución no es procedente porque considere que:

- la cláusula en cuestión no es abusiva por cumplir con los requisitos de transparencia de la STS de 9 mayo 2013;

- el cliente no tiene la condición de consumidor que a estos efectos contempla el art.2.2 RDL 1/2017.

En este caso, tiene que comunicar al consumidor las razones en que motiva su decisión, y se da por concluido el procedimiento extrajudicial.

b) Si transcurre el plazo de tres meses desde la presentación de la reclamación, sin que la entidad de crédito realice comunicación alguna al consumidor reclamante. Es decir, sin que expresamente rechace la reclamación ni le comunica el cálculo de la cantidad a devolver. Se trata de un rechazo tácito.

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.

Si el consumidor interpone demanda frente a una entidad de crédito sin haber acudido a este procedimiento extrajudicial, el art.4.2 RDL 1/2017 de 20 enero 2017 establece las siguientes reglas especiales en materia de costas:

- en caso de allanamiento de la entidad de crédito antes de la contestación a la demanda, se considera que no concurre mala fe procesal, a efectos del art.395.1 LEC segundo párrafo, por lo que no procede imponerle las costas;

---

El pago de los gastos y las cláusulas suelo.

Dos cuestiones conflictivas en relación con los préstamos hipotecarios

- en caso de allanamiento parcial de la entidad de crédito antes de la contestación a la demanda, si consigna la cantidad a cuyo abono se compromete, solo se le puede imponer la condena en costas si el consumidor obtiene una sentencia cuyo resultado económico es más favorable que la cantidad consignada.

## NUEVO EL DERECHO CONTRATACIÓN INMOBILIARIA



## TODA LA INFORMACIÓN QUE NECESITAS EN MATERIA DE CONTRATOS INMOBILIARIOS



EL DERECHO CONTRATACIÓN INMOBILIARIA  
LEFEBVRE · EL DERECHO

La única obra del mercado que le ofrece toda la información jurídica que necesita en materia de contratos inmobiliarios. Todas las materias son objeto de un minucioso y completo estudio por medio de comentarios doctrinales desarrollados por prestigiosos autores, que se complementan con jurisprudencia, legislación, doctrina administrativa, formularios, modelos y supuestos prácticos.

- Mayor interrelación de contenidos.
- Mejora de acceso a la consulta, sugerencias de búsqueda y documentos.
- Nuevos sistemas de acotación, nube de etiquetas, sentencias seleccionadas por el Gabinete Técnico del Tribunal Supremo y sentencias que establecen nuevo criterio doctrinal.
- Innovador centro de ayuda, siempre cerca del cliente.
- Ahorro de tiempo, con la interconexión entre Mementos.

PRUÉBALO GRATIS LLAMANDO AL 91 210 80 00

