

RECLAMACIÓN DE LA CLÁUSULA SUELO Y GASTOS HIPOTECARIOS

Miguel Ángel Toledano Jiménez

*Socio director de Curia Legis Abogados
Profesor del Área Jurídica. CEF-UDIMA*

EXTRACTO

Centramos el presente trabajo en la reclamación derivada de la nulidad de determinadas cláusulas del contrato de préstamo hipotecario: cláusula suelo y cláusula de gastos hipotecarios. Analizamos los dos supuestos, y la reclamación frente al banco en ambos casos, a luz de las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como del Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.

Palabras clave: cláusula suelo, nulidad de cláusula hipotecaria y gastos hipotecarios.

Fecha de entrada: 20-03-2017 / Fecha de aceptación: 29-03-2017

CLAIM OF THE «FLOOR CLAUSE» AND MORTGAGE EXPENSES

Miguel Ángel Toledano Jiménez

ABSTRACT

We centre the present work in the claim derived from the nullity of certain clauses of the contract of mortgage lending: «floor clause» and mortgage expenses we analyze both suppositions, and the claim opposite to the bank in both cases, immediately after the judgments of the Supreme Court and of Justitia's Court of the European Union, and of the Statutory order 1/2017, of January 20, of urgent measures of consumers' protection in terms of «floor clauses».

Keywords: «floor clause», nullity of clause mortgage and mortgage expenses.

Sumario

- I. Introducción
 - 1. Unas breves consideraciones sobre la hipoteca
- II. Nulidad y sentencias dictadas
 - 1. Nulidad de las cláusulas suelo
 - 2. Nulidad de las cláusulas de gastos hipotecarios
- III. Procedimiento de reclamación
 - 1. Plazo para reclamar
 - 2. Acumulación de acciones
 - 3. Juzgado competente y procedimiento a seguir

I. INTRODUCCIÓN

Tratamos, en el presente artículo, determinadas cláusulas contenidas en los contratos de préstamo hipotecarios inmobiliarios, es decir, relativos a hipotecas que recaen directamente sobre bienes inmuebles susceptibles de ser inscritos en el Registro de la Propiedad. Se trata, por tanto, de un derecho real accesorio que constituye una garantía en favor del acreedor hipotecario (el banco) y en pago de la deuda contraída por el deudor (cliente del banco cuando obtiene un préstamo hipotecario para comprar una vivienda). La hipoteca autoriza al acreedor, en caso de incumplimiento del deudor, a embargar y vender el inmueble en manos de quien se encuentre. La inscripción de la misma es constitutiva, y así lo viene a declarar el artículo 1.875 del Código Civil y la Ley Hipotecaria (LH).

No debe confundirse la obligación garantizada (préstamo o crédito) con la propia garantía (hipoteca) que es la que asegura la devolución del préstamo. Aunque vayan unidos, el préstamo hipotecario y la hipoteca son negocios jurídicos distintos. Así, con independencia del préstamo, siempre se podrá ejecutar y realizar su valor (venta forzosa) sin tener en consideración al dueño de la cosa hipotecada, o al titular del derecho real hipotecado.

1. UNAS BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA HIPOTECA

El término hipoteca proviene del latín *hypotheca*, término que tiene a su vez un origen griego (*hypotheke*).

No encontramos en el Código Civil (art. 1.874), ni en la LH (art. 104), una definición de hipoteca, su configuración se hace en función de los rasgos que la definen:

- Solo podrán ser objeto del contrato de hipoteca los bienes inmuebles y los derechos reales enajenables, con arreglos a las leyes, impuestos sobre bienes de aquella clase.
- Es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad.
- La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida.
- La hipoteca se extiende a las accesiones naturales, a las mejoras, a los frutos pendientes y rentas no percibidas al vencer la obligación, y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados, o en virtud de expropiación por causa de utilidad pública, con las declaraciones, ampliaciones y limitaciones establecidas por la ley, así en el caso de permanecer la finca en poder del que la hipotecó como en el de pasar a manos de un tercero.

- La forma, extensión y efectos de la hipoteca, así como lo relativo a su constitución, modificación y extinción y a lo demás que no sea regulado en el Código Civil, queda sometido a las prescripciones de la Ley Hipotecaria. Se trata de la Ley de 8 de octubre de 1946, cuya última modificación se efectuó el 6 de octubre de 2015, en sus artículos 104 y siguientes, que establece una regulación general de la hipoteca indicando, entre otras cosas, que:
 - La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida.
 - La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1.911 del Código Civil.
 - Podrán ser hipotecados: los bienes inmuebles susceptibles de inscripción, así como los derechos reales enajenables, con arreglo a las leyes, impuestos sobre los mismos bienes. También podrán hipotecarse los derechos contemplados en el artículo 107 de la LH.

No obstante, todo lo indicado y la regulación que efectúa el Código Civil y la Ley Hipotecaria, seguimos sin encontrar una definición de hipoteca.

Sobre la base de lo expuesto, podríamos decir que la hipoteca es un derecho real, y que es un derecho real inmobiliario registral, puesto que los bienes sobre los que recae han de ser inmuebles o derechos que puedan ser inscritos en el Registro de la Propiedad. Si bien, es cierto que no toda la doctrina está de acuerdo en considerar esta figura como un derecho real, al existir otras variantes como la llamada hipoteca mobiliaria, pero esta es otra cuestión.

Roca SASTRE define la hipoteca como un «derecho real de realización de valor, en función de garantía de una obligación pecuniaria, de carácter accesorio e indivisible, de constitución registral, que recae directamente sobre bienes inmuebles, ajenos y enajenables que permanecen en la posesión del propietario».

Siguiendo la definición de la «enciclopedia libre» de internet por antonomasia (Wikipedia):

«La hipoteca inmobiliaria es una hipoteca sobre un inmueble y por tanto un derecho real de garantía, para asegurar el cumplimiento de la obligación de pago del crédito hipotecario. La hipoteca inmobiliaria es la hipoteca por antonomasia y se formaliza mediante un contrato por el que se adquiere una obligación y se consigue un crédito con el que hacer frente al pago del precio de la vivienda más los correspondientes intereses, estableciendo como garantía el inmueble hipotecado –vivienda, local, edificación– cuyo valor responde en todo o en parte del riesgo del impago ante el acreedor –habitualmente el banco–, lo que depende en todo caso de la legislación hipotecaria de cada país y en concreto de la regulación de la dación en pago, en cuyo caso la deuda, de existir, quedaría completamente cancelada con la entrega de la vivienda».

El portal del consumidor de la Comunidad de Madrid define el préstamo hipotecario de la siguiente forma:

«Es el contrato por el que una entidad financiera concede a una persona una cantidad de dinero para la adquisición de una vivienda, a cambio del compromiso de devolver ese dinero más unos intereses, en un plazo determinado y mediante pagos periódicos (cuotas).

La principal característica de estos préstamos es que la devolución del dinero a la entidad financiera queda garantizada con la vivienda. Así, en caso de impago, la entidad de crédito puede solicitar el embargo y vender posteriormente el inmueble con el fin de recuperar la cantidad que se haya quedado pendiente de pagar. En el caso de que el dinero obtenido por la venta no sea suficiente para cubrir la cantidad pendiente, el cliente responde también con sus bienes presentes y futuros».

El Banco de España, en su página web (<http://www.bde.es/bde/es/utiles/glosario/glosarioGen/indexP.html>), define el préstamo hipotecario como «el préstamo cuyo pago está garantizado por el valor de un inmueble. En caso de impago, el prestamista se hace con la propiedad del bien hipotecado».

Entre otras definiciones, destacamos la que facilita por la Asociación Hipotecaria Española (<http://www.ahe.es/bocms/sites/ahenew/documentos-guia-hipotecaria/conceptos-basicos/prestamo-hipotecario/>).

Definición

«Un préstamo hipotecario es un producto financiero, generalmente bancario, mediante el cual una parte (el prestamista) entrega una cantidad de dinero a la otra parte (el prestatario), que asume la obligación de restituirla y pagar unos intereses de acuerdo con las condiciones y el calendario que libremente pacten ambas partes. Su principal característica, y de ahí el nombre de hipotecario, es que, además de la garantía personal, el inmueble queda afectado como garantía del pago del préstamo».

Préstamo vs. crédito hipotecario

«Finalmente, cabe mencionar que, aunque en nuestro país la financiación hipotecaria se otorga normalmente mediante la figura del préstamo hipotecario, también cabe que la financiación se otorgue a través del llamado crédito hipotecario. En el préstamo, la disposición del dinero se hace normalmente de una vez y se restituye según el calendario pactado, sin posibilidad de reutilizar las cantidades restituidas. Por el contrario, en el crédito hipotecario se pone a disposición del deudor, aquí llamado acreditado, un importe máximo del que dispone y luego restituye según sus necesidades, mediante una relación de cuenta corriente, cabiendo reutilizar las cantidades previamente restituidas».

Establecidas unas breves líneas sobre el concepto de hipoteca y de préstamo hipotecario, analizamos a continuación algunas de las cláusulas contenidas en el mismo, y que están dando

lugar a numerosas reclamaciones, no solo por parte de particulares (consumidores) sino también por parte de empresarios que solicitaron dinero utilizando esta vía de financiación; nos estamos refiriendo concretamente a las denominadas cláusula suelo y cláusula de gastos hipotecarios.

Cláusula suelo

Podríamos definir las como aquellas cláusulas o estipulaciones que se recogen en los contratos de préstamo hipotecario con el objeto de limitar la bajada de los tipos de interés, de tal manera que, cuando el tipo de interés estipulado es variable y se sitúa por debajo de un porcentaje concreto, el prestatario no puede beneficiarse del mismo, porque la cláusula fija un tope mínimo, que de ordinario suele ser superior al 3 %.

Según el artículo 2 del Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materias de cláusulas suelo, se entiende por la misma «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».

El tipo de interés de referencia variable más utilizado en España es el euríbor, estableciéndose diferenciales en torno al mismo. Ejemplos de cláusulas suelo, que habrá que analizar junto con el resto de cláusulas, podrían ser los siguientes:

«Las condiciones de interés variable de esta operación se han de pactar entre prestataria y prestadora con el condicionante aceptado expresamente por la primera, que el tipo de interés que resulte de la revisión no podrá ser, en ningún caso, inferior al 3 % nominal anual».

«Límites a la variación del tipo de interés: el tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 12,00 % ni inferior al 3,00 % anual» (en este caso existe techo y suelo).

«Límites a la variación del tipo de interés: en todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 3 %, este valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente (diferencial), para cada supuesto, determinará el tipo de interés vigente en el periodo de interés».

Cláusula de gastos hipotecarios

Dentro de las cláusulas de los préstamos hipotecarios, en el apartado de cláusulas financieras, junto a las cláusulas que regulan el devengo y cálculo de los intereses, aparecen también las cláusulas relativas a los gastos hipotecarios, incluso, parece tan claro que los gastos hipotecarios «deben» ser asumidos en su totalidad por el prestatario, que lo habitual es encontrar una cláusula que literalmente indica: «gastos a cargo de la parte prestataria» y no encontrar, sin embargo, una cláusula que indique «gastos a cargo del banco».

Este tipo de cláusulas puede ser del siguiente tenor:

«Serán a cargo de la parte prestataria cuantos gastos se deriven del otorgamiento de esta escritura, así como los que puedan producirse en su caso, a consecuencia de la cancelación, modificación y ejecución de la hipoteca, así como los gastos extrajudiciales y costas que se ocasionen al Banco.

En consecuencia, serán de cuenta y cargo de la parte prestataria los gastos, ya devengados o que puedan devengarse en el futuro, por los siguientes conceptos:

- a) Gastos de tasación del inmueble y de comprobación registral de la finca.
- b) Aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca, comprendidos los de primera copia de la presente escritura para la entidad prestamista.
- c) Impuestos.
- d) Gastos de tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la Oficina Liquidadora de impuestos.
- e) Los derivados de la conservación del inmueble hipotecado, así como del seguro de daños del mismo.
- f) Los derivados del seguro de amortización del préstamo o de la vida de la parte prestataria, si se hubiera suscrito.
- g) Los gastos extrajudiciales y costas judiciales que se ocasionen al banco derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago.
- h) Cualquier otro gasto que corresponda a la efectiva prestación de un servicio, relacionado con el préstamo, que no sea inherente a la actividad del Banco dirigida a la concesión y administración del préstamo».

Qué duda cabe de que el hecho de contener una cláusula denominada «gastos a cargo del prestatario» nos da a entender que el Banco no contempla, en ningún caso, un reparto de los gastos del préstamo hipotecario, algo que ya de por sí nos parece abusivo e injusto, exento de toda proporcionalidad, sobre todo si tenemos en cuenta que se trata del «negocio del Banco», y que es precisamente al banco al que le interesa tener la escritura de préstamo inscrita en el Registro de la Propiedad, siendo de todo punto una cláusula nula y abusiva, como ya ha declarado el Tribunal Supremo (TS) en más de una ocasión, así como otros tribunales menores.

II. NULIDAD Y SENTENCIAS DICTADAS

Establecidos y definidos los dos tipos de cláusulas (suelo y de gastos hipotecarios), que abordamos en este trabajo, pasamos a continuación a analizar la abusividad y nulidad de las mis-

mas, declaradas por numerosas sentencias de nuestras Audiencias Provinciales, por el TS y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

Recordemos, en primer lugar, cuatro normas fundamentales en la materia:

- La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que dispone que los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismo términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas. Lo que nos lleva a entender que solo procedería la nulidad de determinadas cláusulas, pero seguiría manteniéndose la validez del resto.
- La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, de obligada aplicación en el ámbito no solo bancario, sino de seguros y contratos de adhesión en general.
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) y otras leyes complementarias. Hacemos especial mención al concepto general de consumidor establecido en el artículo 3 (personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, así como las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que actúan sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial); y al título II de la norma, que regula las denominadas condiciones generales y cláusulas abusivas.
- Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de los préstamos hipotecarios, que en su exposición de motivos señala que su finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes conciertan préstamos hipotecarios, prestando especial atención a la fase de información previa, de tal manera que la entidad de crédito debe entregar obligatoriamente un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos.

1. NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUELO

Empezaremos, en primer lugar, por la nulidad de las cláusulas suelo.

La STS (Sala de lo Civil) 241/2013, de 9 de mayo de 2013 (NCJ057740), aborda esta cuestión. Se trataba de una demanda interpuesta por la Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo), contra el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, Cajamar, Sociedad Cooperativa de Crédito (hoy Cajas Rurales Unidas) y Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra (hoy NCG banco S.A.U.).

En esta demanda se ejercitaba una acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación en defensa de los intereses de consumidores y usuarios, solicitando expresamente que se declarase «la nulidad, por tener el carácter de cláusulas abusivas, de las condiciones generales de la contratación descritas en los hechos primero, segundo y tercero de la presente demanda, es decir, de las cláusulas de los contratos de préstamos a interés variable, celebrados con consumidores o usuarios, que establecen o un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia». Asimismo, se solicitaba, entre otras peticiones, la condena a eliminar estas condiciones generales de la contratación de sus contratos de préstamo hipotecario. Es una extensa sentencia, de 93 páginas, que merece ser leída.

Esta STS establece que los préstamos hipotecarios a interés variable son préstamos concedidos por bancos y entidades financieras a consumidores (destacamos el término consumidores), garantizados por hipoteca, tratándose de 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 oscila a lo largo del tiempo y se fija, básicamente, mediante la adición de dos sumandos: a) el tipo o índice de referencia, que es un tipo de interés, oficial o no, que fluctúa en el tiempo (el más frecuente el euríbor) a un año; y b) el diferencial o porcentaje fijo que se adiciona al tipo de referencia.

Precisamente, para limitar los efectos de las eventuales oscilaciones del interés de referencia, continúa diciendo el TS, 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 beneficiario y que este pueda beneficiarse de las mismas.

El Tribunal Supremo, en la sentencia citada, acaba concluyendo que procede la condena de las entidades demandadas a eliminar de sus contratos las cláusulas abusivas en la forma y modo en que se utilizan, que procede la condena a las demandadas para que se abstengan de utilizar este tipo de cláusulas en lo sucesivo y, acuerda, que, con respecto a los contratos en vigor, seguirán siendo obligatorios para las partes en los mismos términos, pero sin las cláusulas abusivas citadas.

Entre las consideraciones que hace el TS, destacamos las siguientes:

- La naturaleza de las cláusulas referidas a la variación de los tipos de interés son condiciones generales de la contratación.
- Las cláusulas analizadas, si bien superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, no superan el control de claridad exigible en las cláusulas –generales o particulares– de los contratos suscritos con consumidores. En definitiva, las cláusulas analizadas no son transparentes.
- Las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo están sometidas a control de su carácter eventualmente abusivo. Ofrece la sentencia información detallada

sobre los requisitos necesarios para que las cláusulas incorporadas a los contratos con consumidores y usuarios sean calificadas como abusivas.

- Las cláusulas suelo son lícitas, pero siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos.
- La nulidad parcial de los contratos: nulidad de algunas cláusulas y plena eficacia del resto.
- Eficacia no retroactiva de la sentencia ya que «la retroactividad generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico».
- El apartado séptimo del fallo establece expresamente la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos con consumidores descritas en los apartados 2, 3 y 4 del antecedente de hecho primero de la misma.

Así las cosas, el TJUE, con fecha 21 de diciembre de 2016, en el asunto C-154/15 (NCJ061848), estableció la improcedencia de limitar en el tiempo las cantidades que habrán de ser objeto de devolución, indicando lo siguiente:

«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 (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C 173/09, EU:C:2010:581, apartados 29 a 32; de 19 de abril de 2016, DI, C 441/14, EU:C:2016:278, apartados 33 y 34; de 5 de julio de 2016, Ognyanov, C 614/14, EU:C:2016:514, apartado 36, y de 8 de noviembre de 2016, Ognyanov, C 554/14, EU:C:2016:835, apartados 67 a 70).

De todas las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, 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».

A raíz de esta resolución del TJUE, el TS adaptó su jurisprudencia a la del mismo, y con fecha 24 de febrero de 2017 (NCJ062113), el Pleno de la Sala de lo Civil dictó sentencia mediante la que adaptó su jurisprudencia a los pronunciamientos del TJUE en materia de devolución de las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula suelo, estableciendo, en el fundamento de derecho quinto, entre otras consideraciones, las siguientes:

- Que la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el TS acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, se opone al artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y 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 en virtud de la cláusula suelo durante el periodo anterior al 9 de mayo de 2013.
- Que dicha jurisprudencia nacional solo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo; y tal protección 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 artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE.
- Que si bien la sentencia recurrida se ajustaba a lo que ha venido a resolver posteriormente la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (NCJ061848), el recurso de casación ha de ser desestimado, ya que, aunque en su momento lo planteado en dicho recurso era acorde con la jurisprudencia de esta sala, no lo es una vez que la misma ha de acomodarse a lo resuelto por el TJUE.

Posteriormente, hemos conocido otras STS (Sala de lo Civil), como la 171/2017, de 9 de marzo de 2017 (NCJ062142), en la que dos particulares interpusieron demanda contra la entidad Caja Rural de Teruel, solicitando que se declarase nula de pleno derecho una de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario, suscrito entre los particulares y la entidad; concretamente era la estipulación tercera, bis, dos del préstamo, relativa a los límites a la valoración del tipo de interés. La cláusula era la siguiente: «El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios de acuerdo con lo establecido en los párrafos anteriores no podrá ser, en ningún caso superior al 8,00 % nominal anual, ni inferior al 3,00 % nominal anual». Como vemos, se trata nuevamente de una cláusula suelo.

En este caso, el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Teruel desestimó la demanda interpuesta por los particulares contra la entidad bancaria, y la sentencia fue recurrida en apelación. La Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Teruel, mediante sentencia dictada el 27 de mayo de 2014, desestimó nuevamente las pretensiones de los demandantes y confirmó la sentencia de primera instancia con imposición de costas.

Los demandantes interpusieron recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Teruel, en el que alegaron infracción de la jurisprudencia contenida en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 (y a la que hemos hecho referencia), y en concreto se alegó vulneración de los parámetros fijados por dicha sentencia para realizar el control de transparencia. La Audiencia tuvo por interpuesto el recurso de casación y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, que, tras los trámites oportunos, admitió el recurso de casación interpuesto.

Esta sentencia desestima el recurso de casación planteado, y en el fundamento de derecho segundo expone detalladamente las razones de la desestimación.

La Sentencia del Tribunal Supremo viene a indicar que la cláusula cuya nulidad se pretende cumple los requisitos de transparencia exigidos por la sala, en la medida en que, como declaró el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de mayo de 2013, «la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago, y tener un conocimiento real y razonable completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato».

La STS indica que los demandantes conocían con precisión el alcance y las consecuencias de la aplicación de la referida «cláusula suelo», que negociaron individualmente y terminaron por aceptar en uso de su autonomía negocial.

Expresamente indica, en su fundamento de derecho 2.º 7:

«No cabe variar la valoración jurídica realizada por la Audiencia sin alterar los hechos probados de los que parte, que muestran claramente que el prestatario conocía la existencia y el alcance de la cláusula suelo litigiosa, incluso se afirma que fue negociada individualmente.

La cláusula cumple los requisitos de transparencia exigidos por la sala, en la medida en que, como declaramos en la Sentencia 241/2013, de 9 de mayo, "la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago, y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato".

Esto es, a la postre, lo verdaderamente relevante. No que en el análisis del control de transparencia la Audiencia tenga que mencionar todos y cada uno de los parámetros empleados por la Sentencia 241/2013, de 9 de mayo, para poder concluir, en aquel caso, que las cláusulas enjuiciadas superan el control de transparencia. En cada caso pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia».

De hecho, la Sentencia 241/2013, de 9 de mayo, no puede olvidarse que fue objeto de aclaración por auto de 3 de julio de 2013, en el sentido apuntado.

Termina indicando en su fundamento de derecho 2.º 8:

«En el presente caso, ninguna de las partes ha cuestionado que la cláusula suelo hubiera sido predispuesta por el banco y por lo tanto no negociada. Bajo esta premisa, en la instancia se llevó a cabo el juicio de transparencia y ahora en casación lo que se ha cuestionado es que ese enjuiciamiento respetara la jurisprudencia sobre esta materia.

Hemos resuelto, en los apartados anteriores, que el juicio realizado en la instancia sobre la transparencia de la cláusula suelo controvertida se adecuaba a nuestra jurisprudencia.

Pero al revisar el razonamiento de la sentencia recurrida no podemos dejar de realizar una aclaración complementaria, para evitar equívocos. La Audiencia, para remarcar el conocimiento que el cliente tenía de la cláusula suelo antes de la firma del contrato, llega a afirmar que «existe(n) en el procedimiento elementos probatorios que revelan que el establecimiento de dicha cláusula fue negociado individualmente entre los actores y la entidad demandada, hasta el punto de que la misma aplicó un "suelo", inferior al tipo usual aplicado por dicha entidad [...]». Si no fuera por el respeto debido a lo que ha sido objeto de debate entre las partes, este hecho declarado probado por la Audiencia hubiera permitido que nos cuestionáramos en qué medida en este contrato la cláusula suelo no había sido predispuesta por el banco, al haber sido negociada, y si por ello no resultaba de aplicación la normativa y la jurisprudencia sobre cláusulas abusivas, al quedar en entredicho la propia cualidad de condición general de la contratación de la cláusula litigiosa.

No podemos, por lo tanto, olvidar que debe existir una falta de transparencia, una falta de negociación individual y una falta de conocimiento real y razonable de lo que ha firmado el particular, no siendo válida la ecuación: préstamo hipotecario firmado por particulares = cláusula suelo abusiva siempre y en todo caso.

En cuanto a la aplicación a los empresarios de la jurisprudencia sobre cláusulas suelo, también se ha pronunciado en alguna ocasión el TS. No olvidemos que el empresario no tiene el carácter de consumidor tal y como lo define la LGDCU.

La STS 367/2016 (Sala de lo Civil) de 3 de junio de 2016 (NCJ061316), en el caso del empresario con cláusula suelo en su préstamo hipotecario, excluyó a las empresas del denominado control de transparencia que sí se aplica al consumidor, si bien es cierto que la sentencia abre la puerta para reclamar en aquellos supuestos donde las cláusulas se hayan firmado produciendo un desequilibrio entre las partes, en contra del principio de buena fe, así como el hecho de que la cláusula sea predispuesta y no negociada. Tampoco debemos olvidar en esta sentencia el voto particular del magistrado don Francisco Javier Orduña, quien destacó que «no se puede eliminar con carácter general el control de transparencia para pequeños y medianos empresarios».

Esta STS trataba sobre el recurso de casación interpuesto por una persona física pero que solicitaba la nulidad de la cláusula suelo incorporada al préstamo hipotecario que suscribió para financiar la compra de un local para instalar una farmacia.

En definitiva, el TS, si bien entiende que el control de incorporación de las condiciones generales de la contratación se extiende a cualquier cláusula contractual que tenga dicha naturaleza, sea o no consumidor el adherente, sin embargo, el control de transparencia solo está reservado, tanto en la legislación comunitaria como en la nacional, a los contratos suscritos con consumidores, y el empresario no lo es. El párrafo de la sentencia es el siguiente:

«Ni el legislador comunitario, ni el español han dado el paso de ofrecer 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 correspondiendo 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».

Insistimos, no obstante, en la lectura detallada que debe hacerse del voto particular emitido por el magistrado señor don Francisco Javier Orduña Moreno, quien no se muestra conforme con la solución ofrecida en relación con la exclusión del control de transparencia a los empresarios.

Habrà que estar atentos a la evolución en esta materia, ya que seguro que darà mucho juego. Por ejemplo, la Sentencia 63/2017 de la Sección 9.^a de la Audiencia Provincial de Valencia de 7 de febrero de 2017, en una demanda interpuesta por dos farmacéuticos contra Bancofar (luego Bankia), entiende que los demandantes no intervienen en calidad de consumidores en ninguna de las tres operaciones de préstamo hipotecario que suscriben, e indica que «la cita por la parte apelante de la STS de 3 de junio de 2016 resulta irrelevante porque ni la Juzgadora ni esta Sala han hecho una revisión del control de transparencia material del pacto que es lo que no está permitido para contrato entre profesionales, sino el control de su correcta incorporación».

Con relación a la cláusula suelo concertada entre empresarios y la entidad financiera, hacemos mención también a las SSTs de 18, 20 y 30 de enero de 2017, indicando, por ejemplo, esta última, que la sociedad mercantil que actúa en su ámbito empresarial en ningún caso tiene la condición de consumidor; y la de 20 de enero, cuando indica que no es aplicable el control de transparencia a contratos con no consumidores («siendo evidente que la cláusula supera el control de incorporación, en cuanto a su comprensibilidad gramatical, la sentencia recurrida no considera probado que hubiera un déficit de información, ni que la prestataria diera su consentimiento de manera viciada, por lo que no puede anularse la condición general controvertida por vicio del consentimiento»).

2. NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS DE GASTOS HIPOTECARIOS

Analicemos, a continuación, la nulidad de las cláusulas de gastos hipotecarios:

Ya hemos hecho referencia a este tipo de cláusulas y a su incorporación en el contrato de préstamo hipotecario, de tal manera que la totalidad de gastos se cargan única y exclusivamente al prestatario. Veamos qué han dicho los tribunales al respecto.

En este sentido, nos parece sumamente importante la STS (Sala de lo Civil) de 23 de diciembre de 2015, Sentencia número 705/2015 (NCJ060752), que, entre otros pronunciamientos, se cuestionaba la abusividad de la cláusula de gastos del préstamo hipotecario.

Le llama la atención al TS la extensión de este tipo de cláusulas que pretenden atribuir al consumidor todos los costes derivados de la contratación del préstamo, «supliendo y, en ocasiones, contraviniendo normas legales con previsiones diferentes al respecto».

Considera este tipo de cláusulas como abusivas y hace mención del artículo 89.3 del TRLGDCU. En el fundamento de derecho quinto analiza la sentencia el recurso de casación del BBVA, ocupándose precisamente el séptimo motivo del recurso, de la cláusula de gastos del préstamo hipotecario.

En resumen, la sala considera:

- Que la cláusula que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato contraviene normas legales con previsiones diferentes al respecto, resultando llamativo la extensión de dicha cláusula. Hace referencia al artículo 89 del TRLGDCU.
- Considera que la decisión de la Audiencia, al declarar la abusividad de dicha cláusula, no vulnera ninguna norma legal, y, recuerda, que 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 (arts. 1.875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). Indica expresamente: «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 expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGDCU)».
- También hace mención esta sentencia a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, recalcando que la cláusula en cuestión no hace distinción alguna y recordando lo indicado en el artículo 8 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados cuando dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: «En las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el artículo 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y

anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Pero el artículo 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el artículo 28 que será 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».

Resulta, por tanto, evidente, que la entidad bancaria prestamista no queda al margen de los tributos que pueden devengarse, sino que, al menos en los que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, a la expedición de las copias, actas y testimonio que interese, y que la carga que se hace del impuesto al prestatario resulta indebida.

En definitiva, en esta STS de 23 de diciembre de 2015 se declara abusiva la cláusula de gastos del BBVA por considerar que traslada al prestatario (consumidor) determinados gastos que por naturaleza corresponden al banco, tales como gastos de notaría, registro e impuesto de actos jurídicos documentados; asimismo, la declara abusiva por limitar los derechos del consumidor en cuanto a los gastos procesales y pre-procesales también incluidos en la cláusula. No obstante, esta sentencia sí entendió que los gastos de contratación del seguro de daños podían repercutirse íntegramente al prestatario, lo cual tampoco parece del todo lógico (con todos los respetos al TS), puesto que tanto prestamista como prestatario tienen interés en que el inmueble resulte debidamente protegido, por ejemplo, en el supuesto de un incendio que pueda proceder a su destrucción total o parcial; ambos, insistimos, tienen interés.

La mayoría de las sentencias de los Juzgados de lo Mercantil, posteriormente, de los Juzgados de Primera Instancia, y de las Audiencias Provinciales, coinciden en declarar abusivas las cláusulas de gastos hipotecarios, con excepción de las cláusulas que repercuten al prestatario los gastos de la tasación del inmueble y del seguro de daños o del seguro de vida (amortización del préstamo en caso de muerte del prestatario).

Si bien, es cierto que hay alguna sentencia, como la de la Audiencia Provincial de Girona 55/2016, de 10 de marzo, que considera abusiva la cláusula por la que el prestatario debe asumir los gastos de tasación del inmueble, argumentando que es el banco el interesado en conocer si la vivienda cubrirá o no el importe del préstamo que se pretende autorizar. Cuestiones distintas serían las de que exista o no obligación de efectuar la tasación con el agente o tasador que propone el banco, o incluso suscribir el seguro de daños con la compañía mediada por el mismo (en este sentido parece claro que, si bien es posible que el banco pueda imponer la contratación de un seguro de daños, no lo es tanto que pueda imponer la entidad aseguradora). Recordemos, con relación al seguro de daños, el artículo 8 de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario, los artículos 109 y 117 de la Ley Hipotecaria, y el artículo 10 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario (obligatoriedad del seguro de daños para ramos de incendio y otros daños a los bienes con excepción del robo).

También se han pronunciado sobre la cuestión la Audiencia Provincial de Pontevedra en Sentencia de 31 de marzo de 2016 y la Audiencia Provincial de Logroño en la Sentencia de 16 de junio de 2016.

III. PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIÓN

En realidad, tanto en lo referente a las cláusulas suelo, como en lo referente a las cláusulas de gastos hipotecarios, estamos reclamando cantidades: en las primeras, las cantidades indebidamente pagadas de intereses (su restitución conforme a la liquidación que se presente), en las segundas, estamos reclamando las cantidades que ha abonado el prestatario en concepto de gastos hipotecarios y que debería haber abonado la entidad bancaria en todo o en parte. Si bien es cierto que esta reclamación de cantidad debe ir acompañada de un requisito y reclamación previos: solicitar la nulidad de la cláusula o cláusulas, del préstamo hipotecario que regulan la materia, de tal manera que el suplico de la demanda debe incluir primero una petición de nulidad de la cláusula en cuestión y a continuación, como consecuencia de lo anterior, la devolución de unos intereses o la devolución de unos gastos previamente abonados.

Analicemos diversas cuestiones en torno al procedimiento de reclamación.

1. PLAZO PARA RECLAMAR

En nuestro estudio, hemos contrastado opiniones diversas sobre esta cuestión, dependiendo de cómo se hubiera planteado la demanda de nulidad, así, por ejemplo, hemos llegado a leer que si lo que se solicita es la nulidad de la cláusula por un error o vicio del consentimiento, con aplicación del artículo 1.301 del Código Civil, el plazo sería de 4 años para reclamar la nulidad de la cláusula, comenzando dicho plazo a contar desde la consumación del contrato.

No estamos de acuerdo con este tipo de argumentos y entendemos que la nulidad de la cláusula suelo o de la cláusula de gastos hipotecarios debe ampararse, no en una anulabilidad, que sería a la que se aplicaría el artículo 1.301 del Código Civil, sino en una nulidad, entendiendo que esta es insubsanable y por lo tanto la acción para exigirla es imprescriptible.

Así, por ejemplo, la STS de 18 de octubre de 2005 indica que la nulidad es perpetua e insubsanable (también STS de 4 de noviembre de 1996), y que el contrato viciado de nulidad absoluta no puede ser objeto de confirmación ni de prescripción.

Entendemos, por tanto, que la acción es imprescriptible y que debemos basarla en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), si bien es cierto, como apuntó el TJUE y el artículo 10 de la LCGC, que la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si este puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia. En concreto, el artículo 8 de la LCGC establece la nulidad de pleno derecho de las condiciones gene-

rales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en la LCGC o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, y, en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la LGDCU, hoy en día, la referencia sería al texto refundido de la LGDCU de 16 de noviembre de 2007, artículos 82 y siguientes (concretamente el art. 83 hace referencia a las cláusulas abusivas indicando que serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas).

Incluso, el propio TS, en la conocida y ya mencionada Sentencia de 9 de mayo de 2013, indicó que no estamos ante un vicio en el consentimiento.

2. ACUMULACIÓN DE ACCIONES

No vemos ningún problema en acumular la acción de nulidad de la cláusula suelo, con la acción de nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios, solicitando en ambos casos, una vez concedida la nulidad de cada cláusula, los intereses pagados en exceso (su restitución) y los gastos hipotecarios indebidamente abonados.

Es decir, en el suplico de la demanda se solicitaría la nulidad de la cláusula suelo, la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios, y una vez establecidas las mismas, la reclamación de cantidad que fuera pertinente por uno y otro concepto.

Recordemos que el artículo 71 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) permite la acumulación de acciones con el efecto de que podrán discutirse todas en un mismo procedimiento y resolverse en una sola sentencia, de tal manera que el demandante podrá acumular en la demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, incluso aunque provengan de diferentes títulos (que no sería el caso), siempre que aquellas no sean incompatibles entre sí. Entendemos que no habría incompatibilidad puesto que no se excluyen mutuamente ni son contrarias, ya que la elección de una no impide o hace ineficaz el ejercicio de la otra. Nos remitimos a lo preceptuado en los artículos 71 y siguientes de la LEC.

Se trataría, por lo tanto, de una acumulación de acciones: la acción declarativa de nulidad (podría ser sobre las dos cláusulas: suelo y gastos), y de reclamación de cantidad (también podría versar la petición sobre las dos cuestiones: intereses y gastos hipotecarios).

3. JUZGADO COMPETENTE Y PROCEDIMIENTO A SEGUIR

No parece una cuestión complicada la de establecer el juzgado competente tras la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) (1 de octubre de 2015). El artículo 86 ter, apartado 2, establecía la competencia de los Juzgados de lo Mercantil sobre las cuestiones competencia del orden jurisdiccional civil y respecto de las acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre la materia.

A raíz de la reforma de la LOPJ, a partir del 1 de octubre de 2015, el juzgado competente será el Juzgado de Primera Instancia y no el Juzgado de lo Mercantil, ya que el artículo 86 ter, apartado 2, ha quedado modificado, en el sentido de que solo las acciones colectivas seguirán viéndose por el Juzgado de lo Mercantil, pero no las acciones individuales que interpongan los usuarios o consumidores, que se verán por el Juzgado de Primera Instancia que corresponda.

La competencia, en el caso de consumidores o usuarios, vendría establecida por el artículo 52.1.14 de la LEC (competencia territorial) y por el artículo 85 de la LOPJ (competencia objetiva), tras la modificación del artículo 86 ter, como ya hemos indicado.

El artículo 86 ter 2. D) de la LOPJ ha quedado como sigue:

«2. Los Juzgados de lo Mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de:

d) Las acciones colectivas previstas en la legislación relativa a condiciones generales de la contratación y a la protección de consumidores y usuarios».

Establecida la competencia, veamos el procedimiento a seguir.

Una vez conocida la STJUE de 21 de diciembre de 2016, el Gobierno se apresuró a aprobar el Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, si bien, este real decreto no afecta a las reclamaciones de gastos hipotecarios.

El objeto del real decreto ha sido establecer medidas que faciliten la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor a las entidades de crédito en aplicación de determinadas cláusulas suelo contenidas en contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria.

Destacamos los siguientes aspectos:

- El prestatario debe ser un consumidor (remisión al art. 3 TRLGDCU).
- Las entidades de crédito deben establecer un sistema de reclamación previa a la interposición de demandas judiciales, que tendrá carácter voluntario para el consumidor y cuyo objeto será atender las peticiones de estos.
- La entidad de crédito, una vez recibida la reclamación, deberá efectuar un cálculo de la cantidad a devolver y remitir al consumidor dicho cálculo desglosando necesariamente las cantidades que correspondan en concepto de intereses. Si considerara que no procede la devolución de intereses, también se lo comunicará al consumidor, junto con las razones que motiven dicha decisión.
- El consumidor debe manifestar si está o no de acuerdo con el cálculo. Si lo estuviera, la entidad acordará con el consumidor la devolución del efectivo debido.

- El plazo máximo para llegar al acuerdo, y que se ponga a disposición el efectivo, será de tres meses a contar desde la presentación de la reclamación.
- Se entenderá que el procedimiento extrajudicial ha concluido sin acuerdo en los supuestos del artículo 4.
- Solo si el consumidor rechaza el cálculo de la cantidad a devolver o declina, por cualquier motivo, la devolución del efectivo e interpusiera posteriormente demanda judicial en la que obtuviese una sentencia más favorable que la oferta recibida del banco, se impondrán costas al mismo.
- Asimismo, se regulan los supuestos en los que el consumidor interpusiera demanda frente al banco sin haber acudido al procedimiento extrajudicial, en el artículo 4.2:

«Si el consumidor interpusiere una demanda frente a una entidad de crédito sin haber acudido al procedimiento extrajudicial del artículo 3, regirán las siguientes reglas:

a) En caso de allanamiento de la entidad de crédito antes de la contestación a la demanda, se considerará que no concurre mala fe procesal, a efectos de lo previsto en el artículo 395.1 segundo párrafo, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

b) En el caso de allanamiento parcial de la entidad de crédito antes de la contestación a la demanda, siempre que consigne la cantidad a cuyo abono se comprometa, solo se le podrá imponer la condena en costas si el consumidor obtuviera una sentencia cuyo resultado económico fuera más favorable que la cantidad consignada».

Lo expuesto nos hace plantearnos las siguientes vías de reclamación:

1. Si reclamamos gastos hipotecarios o restitución de intereses, siempre podremos acudir al procedimiento extrajudicial consistente en la reclamación ante el servicio de atención al cliente o defensor del cliente del banco. Esta reclamación estaría amparada por la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y defensor del cliente de las entidades financieras (publicada en el BOE de 24 de marzo de 2004). El expediente deberá finalizar en el plazo máximo de dos meses, contado a partir de la fecha en que la queja o reclamación fuera presentada. En ausencia de resolución, el cliente del banco podrá acudir a los Servicios de Reclamaciones del Banco de España, asimismo, si hubiera resolución, y el cliente no fuera conforme con la misma, podrá acudir también a los servicios indicados. Las visitas a las páginas web de las entidades de crédito donde se encuentran los reglamentos internos de los servicios de atención al cliente y defensor del cliente se hacen obligadas en estos casos, así como el estudio de la Orden ECO citada.

2. En el caso de reclamación de restitución de intereses por cláusula suelo, el cliente podrá acudir también al procedimiento extrajudicial ya mencionado del Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero
3. Siempre y en cualquier caso, el cliente podrá acudir a los juzgados y tribunales de justicia, puesto que las otras vías no son preceptivas, si bien habrá que tener muy en cuenta lo establecido sobre costas procesales en el artículo 4 del citado real decreto para el caso de que el consumidor rechazara la cantidad a devolver por el banco y para el caso de no interposición de reclamación previa. Parece evidente que la intención del Gobierno ha sido que en los supuestos de cláusulas suelo, se agote este procedimiento extrajudicial, por lo que el consumidor/cliente deberá sopesar detenidamente la opción de no acudir al mismo y acudir directamente a la vía judicial; lo aconsejable es agotar la vía extrajudicial al objeto de no encontrarnos con indeseables pronunciamientos en materia de costas procesales.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- Código Civil, arts. 1.301, 1.874, 1.875 y 1.911.
- Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), arts. 85 y 86 ter.
- Ley Hipotecaria de 1946, arts. 2.2, 104, 107, 109 y 117.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, arts. 8 y 10.
- Ley 1/2000 (LEC), arts. 52.1, 71, 517 y 685.
- Real Decreto-Ley 1/2007, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, arts. 3 y 4.
- Real Decreto Legislativo 1/2007 (TRLGDCU), arts. 82 y 89.3.
- STJUE de 21 de diciembre de 2016, asunto C-154/15.
- SSTs (Civil) de 18 de octubre de 2005; 241/2013, 9 de mayo de 2013; 23 de diciembre de 2015; 3 de junio de 2016; 18, 20 y 30 de enero de 2017; 24 de febrero y 9 de marzo de 2017.
- SAP de Teruel (Sección 1.ª) de 27 de mayo de 2014.
- SAP de Gerona 55/2016, de 10 de marzo.
- SAP de Pontevedra de 31 de marzo de 2016.
- SAP de Logroño de 16 de junio de 2016.
- SAP de Valencia (Sección 9.ª) de 7 de febrero de 2017 (número 63/2017).