

CLÁUSULA SUELO Y SUS EFECTOS EN EL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Casto Páramo de Santiago

Fiscal (Fiscalía Provincial de Madrid)

EXTRACTO

La presencia de cláusulas suelo en los contratos de préstamos hipotecarios ha determinado numerosos procedimientos que tienen como base fundamental el considerar que se trata de una cláusula abusiva, y la declaración de nulidad de la misma como condición general de la contratación, resultando necesario para conseguir dichas declaraciones que se acrediten los requisitos legalmente exigibles de acuerdo con la legislación sobre la protección de los consumidores y usuarios, entre los que se pueden destacar aquí la condición de consumidor del prestatario y el defecto de información, que podría invalidar el consentimiento prestado.

Palabras claves: contratos bancarios, préstamo hipotecario, impugnación de cláusulas, consumidores y usuarios.

Fecha de entrada: 02-02-2014 / Fecha de aceptación: 03-02-2014

ENUNCIADO

Carmen, como consejera delegada de Arquitectura, SL (cuyo objeto social es, entre otros, la compraventa, promoción y arrendamiento de inmuebles, solares y viviendas de protección oficial y de renta libre, la construcción, planificación y ejecución de obras de arquitectura e ingeniería, y la construcción de obra civil en general, pública y privada), representada por su administrador solidario Luis, adquirió la finca hipotecada, piso tercero de la casa sita en Madrid y se subrogó en el préstamo hipotecario. Dicha finca le fue transmitida por Construcciones, SL, cuyo consejero delegado era Luis, que previamente concertó un préstamo garantizado con hipoteca con la Caja XXX destinado a financiar una promoción de viviendas de la prestataria por un total de 2.000.000 de euros a devolver en trescientas cuotas mensuales de 9.000 euros, importe que incluía un interés calculado al 2,50% anual durante los seis primeros meses; a partir de ese momento el tipo de interés será variable, revisable cada seis meses conforme al euríbor más un diferencial de 0,8 puntos. Se pactaba finalmente que el tipo de interés, revisado conforme a las reglas anteriores, no podrá ser superior al 9,00% nominal anual, ni inferior al 2,25% nominal anual, durante el periodo de carencia, ni ser superior al 11,00% nominal anual, ni inferior al 3,00% nominal anual, durante el periodo de amortización.

A Carmen, casada con Luis, le interesa que se declare nula dicha cláusula como abusiva.

Cuestiones planteadas:

1. Planteamiento. Cláusula suelo: condición general de la contratación y cláusula abusiva.
2. Consumidor y empresario.
3. Conclusión.

SOLUCIÓN

1. Planteamiento. Cláusula suelo: condición general de la contratación y cláusula abusiva.

La impugnación de los préstamos hipotecarios puede producirse mediante el ejercicio de la nulidad del contrato con base en la falta de los requisitos esenciales para su validez y que afecta

al contrato en su conjunto, y mediante el ejercicio de la nulidad de cláusulas concretas del mismo, ya se trate de cláusulas suelo o de otras cláusulas distintas, por entender que las mismas son nulas y abusivas, pero que no impiden que el contrato continúe existiendo, quedando solo afectadas las cláusulas concretas a las que se refiere la demanda, y que desde ese punto de vista sufriría modificaciones en relación con las obligaciones de las partes.

Son las cláusulas suelo unas de las cláusulas más discutidas en los tribunales cuando se ha planteado ante los mismos la abusividad de las mismas. La cláusula suelo es lícita aunque se puede declarar su abusividad por falta de transparencia apreciable de oficio, y ha de superar dos niveles: el primero referido a la claridad de la cláusula en sí misma y cómo se incorporó al contrato, y un segundo nivel referido al grado de conocimiento que tenía el cliente respecto a su incorporación y si conocía las consecuencias jurídicas y económicas que conllevaba su aceptación (STS de 9 de mayo de 2013).

Cualquier pretensión sobre este tipo de contrato debe partir de deficiencias en el derecho de información facilitada y recibida, lo que impediría el conocimiento de lo que firmaba, y cuya firma se basaría en la confianza en la entidad y en las personas que en ella trabajaban, así como de la falta de equilibrio de las prestaciones recíprocas desde el punto de vista económico, al comparar las cláusulas techo y suelo, lo que además resultaría contrario a la buena fe contractual. Además, sería consecuencia necesaria de la estimación de esos criterios en el caso concreto la reclamación de cantidad interesando el reintegro de las cantidades indebidamente cobradas (sería consecuencia de la nulidad en su caso de la cláusula suelo).

Debemos preguntarnos si las cláusulas suelo tiene la consideración de condiciones generales de la contratación de acuerdo con la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC). Constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes:

- a) Contractualidad: se trata de «cláusulas contractuales» y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.
- b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.
- c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes –aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario–, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento de su inclusión en el mismo.
- d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de

declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

De otro lado, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante:

- a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias.
- b) Que el adherente sea un profesional o un consumidor –la Exposición de Motivos de la LCGC indica que «la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual», y que «las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de estos con los consumidores».

El Tribunal Supremo, en Sentencias de 4 de noviembre de 2010 y 29 de diciembre de 2010, ha venido reconociendo el carácter de condición general de contratación a las estipulaciones incorporadas a las escrituras de préstamo hipotecario suscritas por las entidades financieras.

Por otro lado:

- a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.
- b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.
- c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.
- d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contratos dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores recae sobre el empresario.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 9 de mayo de 2013, reconoce cómo en nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal y, de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este. Cuestión distinta es determinar cuál es el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren a él.

Resulta claro que estamos ante una condición general de la contratación. Sin embargo, debemos preguntarnos si tiene carácter abusivo esa cláusula y, por tanto, si debe o puede declararse nula.

El artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE establece que «las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato».

Por otra parte, conforme al artículo 82, se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, añadiendo en su apartado 3 que «el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa». En concreto, el apartado 4, letras B), C) y D), especifica que son cláusulas abusivas las que «b) limiten los derechos del consumidor y usuario; c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato y e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato (...)». En estos supuestos, tal como dispone el artículo 83.1, tales cláusulas se declararán nulas y se tendrán por no puestas.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 31 de enero de 1998, señala que han de distinguirse las cláusulas «redactadas previamente» de las cláusulas «abusivas» y entendiendo que no basta que el consumidor no haya influido sobre el contenido de una concreta cláusula, sino que, para que pueda reputarse abusiva, se exige, además, que no haya podido eludir su aplicación, viéndose compelido a adoptar una postura pasiva (ver también SAP de Málaga, Sección 5.ª, de 6 de marzo de 2008).

Por tanto, toda cláusula o estipulación general contenida en un contrato debe cumplir los requisitos de «buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones», lo que hace excluir las denominadas «cláusulas abusivas», entendiendo por tales las que perjudican de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios, considerándose que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, transfiriendo a quien afirme que una cláusula ha sido negociada individualmente la asunción plena de la carga probatoria. El control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula no se extiende al del equilibrio de las «contraprestaciones» –que identifica con el objeto principal del contrato– a las que se refería la Ley de consumidores y Usuarios en el artículo 10.1 c) en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio. Insistiendo posteriormente la referida sentencia, tras recordar la licitud de las cláusulas suelo, que no es preciso que exista equilibrio «económico» o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo –máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite–.

Debemos tener en cuenta que el Tribunal Supremo ha declarado que la cláusula suelo forma parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, y por tanto define el objeto principal del contrato.

2. Consumidor y empresario.

El artículo 3 de la LCGC contiene una definición legal según la cual «a los efectos de dicha Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional». La Sentencia de la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 26 de enero de 2012, dice que son «consumidores aquella persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros». Además, el artículo 8.2 de la mencionada ley circunscribe la nulidad de las condiciones generales que sean abusivas, a los contratos celebrados con un consumidor, y debe mencionarse el artículo 82 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, que considera cláusulas abusivas a todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Y en este sentido la Exposición de Motivos de la LCGC explicaba que: «El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual. Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará 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. Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas». A tenor del artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007:

1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.
2. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva.

Los artículos 3 y 4 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, definen a consumidores y usuarios y dicen que son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, y empresarios toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada.

Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de estas, argumentando que es viable la opción de examen de oficio de la cláusula abusiva, en supuestos en que no se discuta la condición de consumidor del firmante.

Para que una persona jurídica pueda ser conceptuada como consumidora debe reunir los mismos requisitos que el consumidor persona física y, por ello, será necesario que se trate de una persona jurídica que no tenga por objeto o que no realice de hecho una actividad de producción o de comercialización de bienes o servicios para el mercado. Es decir, ha de tratarse de una persona jurídica sin finalidad de lucro. Circunstancia que, evidentemente, no es de apreciar en una sociedad que, por otra parte, se encuadraba e incardinaba la actividad comercial litigiosa, cuyos efectos y resultados se destinaban a su incorporación al proceso productivo de la entidad.

3. Conclusión.

La solución del caso ha de partir de dos cuestiones importantes: la relación personal y empresarial de la demandante, Carmen, y del administrador de la sociedad, Luis, que adquirió para aquella el inmueble en cuestión, y que previamente había pactado la hipoteca en la que se subrogó; en segundo lugar, el hecho de que la empresa de la demandante tiene su objeto social referido a la compraventa, promoción y arrendamiento de bienes inmuebles.

Estamos en presencia de una subrogación realizada entre profesionales de la misma esfera de actividad, a los que no puede alcanzar con la misma fuerza la protección que la legislación otorga a los consumidores que intervienen en este tipo de operaciones. No pueden ser considerados como consumidores, porque, si bien son personas jurídicas y estas no quedan excluidas del concepto de consumidor, es lo cierto que realizan una serie de operaciones que se entroncan con la esfera de actividad profesional a la que se dedican, Carmen, que compra y se subroga, y Luis, que vendió la finca hipotecada a Carmen, su cónyuge, que se subrogó en la hipoteca sin manifestar nada en relación con las condiciones pactadas en su día por Luis.

La hipoteca en la que se subrogó fue pactada por Luis con la entidad crediticia en su consideración de empresario dedicado a un objeto social referido a la promoción de bienes inmuebles; y sobre esta hipoteca se subrogó Carmen, que no puede desconocer la existencia de la obligación garantizada con la hipoteca que ha de figurar en el registro de la propiedad, que es público por parte de quien adquiere, voluntariamente el bien hipotecado y se subroga en la hipoteca, por lo que tuvo la oportunidad de conocer la existencia de la hipoteca así como sus condiciones.

Quien concierta un préstamo hipotecario en el ejercicio de su actividad empresarial no merece una protección tan extensa como el consumidor o persona física en los contratos sobre viviendas en la regulación de los derechos de información y transparencia por parte de las entidades bancarias. Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda

existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual.

En el presente caso no puede hablarse de falta de información, de falta de transparencia ni de cláusula abusiva.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- SSTs de 31 de enero de 1998, 4 de noviembre de 2010, 29 de diciembre de 2010 y 9 de mayo de 2013.
- SSAP de Málaga de 6 de marzo de 2008, y de Barcelona de 26 de enero de 2012.
- Ley 7/1998 (Condiciones Generales de la Contratación), arts. 3 y 8.2.
- RDLeg. 1/2007 (Defensa de Consumidores y Usuarios), arts. 3, 4, 82 y 83.
- Directiva 93/13/CEE (cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores), art. 3.1.
- Código Civil, art. 1.258.