



Nulidad de cláusula suelo en contrato suscrito por inmobiliaria

Adelaida Medrano Aranguren

Magistrada del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid

Extracto

El caso que se propone trata de llamar nuestra atención acerca de la posibilidad de que, en ocasiones, la abusividad de la cláusula suelo se halle desligada del carácter de consumidor o usuario de la parte que denuncia esta abusividad; en un contrato suscrito por una inmobiliaria la protección en relación con las cláusulas abusivas puede tener su origen en la protección otorgada por la normativa sobre condiciones generales de la contratación, al no resultar aplicable la propia de los consumidores o usuarios. Cláusula suelo nula por abusiva al ser contraria a la buena fe, causando un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes, pues la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación exige que la redacción de las cláusulas se ajuste a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. En este caso, la cláusula no supera el control de transparencia, pues el modo en que aparecen reflejadas las condiciones del préstamo puede dar pie a confusión ya que, de forma velada, se aclara que el cliente no podrá beneficiarse de todas las reducciones que sufra el tipo de referencia.

Palabras clave: préstamo hipotecario; cláusula suelo; nulidad; condiciones generales de la contratación; control de transparencia.

Fecha de entrada: 16-12-2019 / Fecha de aceptación: 27-12-2019



Enunciado

Una entidad bancaria y una inmobiliaria han celebrado un determinado contrato de préstamo, subrogándose en una garantía hipotecaria, en cuyo clausulado ha quedado integrado una cláusula de las denominadas «cláusulas suelo», que se contempla como decimotercera.2.3, y en la cual, bajo el título destacado en negrita «límite a la variación del tipo de interés aplicable», establece (ahora no en negrita): «No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente, por ambas partes, que el tipo de interés nominal mínimo aplicable en este contrato será del 4,00 %».

La empresa inmobiliaria considera que esta cláusula es claramente abusiva y se plantea iniciar una acción encaminada a lograr la declaración de nulidad de la cláusula suelo citada y para reclamar las cantidades que han sido percibidas en exceso por la prestamista. Tras acudir a un despacho de abogados, planteando esta cuestión, los propios letrados que estudian el caso encuentran que el hecho de que su cliente la prestataria no pueda ser considerada como una consumidora o usuaria, al tratarse de una empresa inmobiliaria, puede dejar sin posibilidad alguna el ejercicio de la acción.

Informemos sobre la cuestión y sobre la viabilidad del ejercicio de esta acción encaminada a lograr esta declaración de nulidad, analizando las opciones legales que permitan dar virtualidad a lo solicitado por la prestataria empresa inmobiliaria.

Cuestiones planteadas:

- Posibilidad de declarar la nulidad de una cláusula suelo, si la prestataria no tiene naturaleza de consumidor y usuario.
- Normativa aplicable para fundamentar la acción.
- Jurisprudencia actual en esta materia.

Solución

La cuestión jurídica que nuestro supuesto aborda y que se erige en el núcleo esencial del mismo nos debe llevar al examen y análisis de la aplicabilidad a nuestro caso de los artículos 2 y 3 del 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, aclarando como argumento esencial que la prestataria no ostenta la condición de consumidora, y siendo preciso realizar la correcta interpretación de la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo sobre control de transparencia de las cláusulas suelo.

Antes de cualquier otra consideración creemos oportuno dejar constancia de un dato fehaciente relevante para aclarar la aplicabilidad o no en el caso concreto de autos de la normativa europea y de ámbito nacional emanada en desarrollo de las directivas comunitarias para la defensa y protección de los consumidores y usuarios.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores a los efectos de la presente directiva se entenderá por «consumidor» toda persona física que, en los contratos regulados por la presente directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional. De otro lado, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, establece en su artículo 3 que a los efectos de dicha norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Tendrán también la consideración de consumidores a los efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

En el supuesto concreto de nuestro caso, como se desprende de la propia escritura de compraventa con subrogación en el préstamo con garantía hipotecaria otorgada por la entidad bancaria a favor de la sociedad inmobiliaria, nos situamos ante una operación concertada entre un profesional (entidad de crédito) y una persona jurídica (sociedad de responsabilidad limitada) que actúa en el tráfico jurídico con un propósito relacionado con su actividad comercial o empresarial.

Esta circunstancia determina que no sea aplicable en el caso concreto ninguna de las normas emanadas por la Comunidad Europea sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores (Directiva 91/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, o en la Directiva 2008/48 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los contratos de crédito al consumo en la que expresamente se excluye de su ámbito de aplicación, artículo 2.2, a «los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o garantía comparable sobre bienes inmuebles»).

Por efecto reflejo, tampoco lo sería el 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 y otras leyes complementarias, ni la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (dictada al objeto de incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2009/48 CEE).

Ahora bien, el hecho de que no sean aplicables al caso concreto planteado las normas que establecen una especial protección al consumidor que contrata con un profesional, no excluye que pueda lograrse esa tutela por el cauce de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación dictada con objeto de trasponer la Directiva 93/13/CEE, intentando dar respuesta a las exigencias de la buena fe y equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

La jurisprudencia ya se ha pronunciado en ocasiones precedentes destacando el carácter *sui generis* de las condiciones generales de los contratos de adhesión, como resultado y exigencia de la contratación en masa, cuya principal peculiaridad se centra en estar excluidas de la discusión precontractual de las partes, a diferencia de las condiciones particulares que se pueden adaptar a las circunstancias de cada cliente y redactarse de común acuerdo, viniendo aquellas preestablecidas por una parte del contrato, bajo el control o inspección del Estado, imponiéndose al cliente sin posibilidad de ser modificadas por este; y si bien hace que las mismas participen de las características del Derecho objetivo o normado, no desvirtúa su naturaleza esencialmente contractual, cuya eficacia, vinculante solo para las partes, nace de la adhesión y, en definitiva, del consentimiento del aceptante, al no tener tampoco el carácter de una declaración unilateral obligatoria; y de ahí que el contenido de las condiciones no impida la aplicación a ellas de las normas generales de los contratos, y en particular de los artículos 1.254 y 1.261-1.º del CC, como ha declarado una reiterada jurisprudencia, que viene aplicando a estas cláusulas de adhesión los preceptos relativos a la interpretación de los contratos, y en particular la regla de que la interpretación de las cláusulas oscuras no debe favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad (art. 1.288 CC), que en este caso sería el predisponente (SSTS de 31 de marzo de 1973, 3 de febrero de 1989 y 4 de julio de 1997).

Por otro lado, esta materia ha sido objeto de regulación específica mediante Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Dicha ley surge como resultado de la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, vinculada al esfuerzo de proteger la igualdad de los contratantes como presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales, representando un imperativo de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica, según reza el propio preámbulo de la misma.

En este contexto, las exigencias de la buena fe y el justo equilibrio que debe presidir el desenvolvimiento de la relación contractual (en el que sus condiciones generales están pre-dispuestas e incorporadas al contrato por una de las partes), está reñida con la introducción, por el proponente del contrato, de cláusulas lesivas o abusivas prevaliéndose de su posi-

ción dominante, especialmente cuando suponen un claro desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes o pueden determinar un perjuicio desproporcionado para la otra.

El efecto que la ley anuda a este tipo de condiciones es la nulidad cuando el contrato haya sido celebrado con un consumidor, pero también juega un papel esencial la figura de la «no incorporación» al contrato si el adherente no ha tenido oportunidad real de conocerlas de manera completa al tiempo de la celebración o no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos previstos en el artículo 5 de la misma.

Señala el preámbulo de la Ley 7/1998, de 13 de abril que «la protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales. Se aclara igualmente que una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes. Se pretende distinguir entre condiciones generales y cláusulas abusivas, siendo estas últimas aquellas en las que en contra de las exigencias de la buena fe se causa, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales. Aunque el concepto de cláusula contractual abusiva adquiere un significado propio en el ámbito de la contratación con los consumidores, ello no significa que en las condiciones generales entre profesionales no puedan existir abuso de una posición dominante, pero en ese caso la apreciación de ese posible desequilibrio injustificado se sujetará a las normas generales de la contratación, sin que nada impida que judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general abusiva por ser contraria a la buena fe que claramente cause un desequilibrio especialmente significativo en los derechos y obligaciones de las partes.

Tomando como referencia la legislación relativa a las condiciones generales como marco para llevar a cabo el control de los requisitos exigidos en la Ley 7/1998, de 13 de abril, para que una condición general pueda pasar a formar parte del contrato, es condición o exigencia esencial que la redacción de la cláusula se ajuste a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

Dicha cláusula descrita del contrato objeto de nuestro caso, en abstracto, cumple las exigencias de claridad, concreción y sencillez en su redacción, si bien el control de transparencia debe venir asociada a un examen específico de las circunstancias anteriores y coetáneas a la firma de la escritura.

En circunstancias normales la entidad de crédito debe informar al cliente, que pretende subrogarse en el préstamo hipotecario, de las condiciones esenciales de la subrogación, lo cual podrá lograrse poniendo a disposición de la misma, con suficiente antelación, el borrador o proyecto tipo. Por otro lado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 23 de la citada ley sobre condiciones generales de la contratación, debemos presumir que el notario (que intervino en el otorgamiento de la escritura de compraventa y subrogación en el préstamo hipotecario) veló por el cumplimiento, en el documento que autorizaba, de los requisitos de incorporación a los que hacen referencia los artículos 5 y 7 de esta ley.

En su caso, una vez confeccionado en proyecto específico de escritura de compraventa con subrogación en el préstamo hipotecario, debería el subrogado disponer de un plazo razonable de tiempo previo a su otorgamiento para poder comprobar las posibles concordancias o no entre la información facilitada por la entidad de crédito y las condiciones reflejadas en el proyecto.

Finalmente, el hecho de que la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios no sea obligatoriamente aplicable al supuesto que se propone (al no concurrir simultáneamente en el tiempo de otorgamiento de la escritura de subrogación en el préstamo hipotecario las circunstancias, previstas en el artículo 1.1 de la citada orden ministerial), no excluye que los usos y buenas prácticas bancarias se cumplan de forma diligente y leal, primando el deber profesional de facilitar a cualquier cliente, tenga o no tenga la condición de consumidor, una información clara, completa y transparente de las condiciones del préstamo con garantía hipotecaria vinculado al contrato de compraventa del inmueble que desea consumarse.

Habitualmente dicha información es conveniente facilitarla en formato normalizado, incluyendo las circunstancias y advertencia apropiadas sobre las condiciones esenciales de la operación, aclarando personalmente cualquier duda o aclaración, salvo que el perfil socioeconómico de su cliente permita considerar al mismo como un profesional con experiencia en el ámbito de la actividad de la compraventa de inmuebles con subrogación en préstamos hipotecarios.

Consideramos que este tipo de cláusulas (bajo el paraguas de una serie de argumentos, también razonables, que representan el principio de libertad de pactos en la contratación y por ello en la determinación del tipo de interés o la necesidad de favorecer la estabilidad financiera del conjunto de las entidades de crédito, así como la accesibilidad de los profesionales y consumidores al mercado financiero y por ende al mercado inmobiliario), encierran un efecto no deseado que se traduce en un desequilibrio en la posición que ocupa cada una de las partes en función de la capacidad y fuerza de que disponen para negociar las condiciones reales, olvidando que esa igualdad real constituye un imperativo de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica.

En este sentido, debemos nuevamente subrayar que, con independencia de la prestación del consentimiento por el prestatario y su reflejo en la escritura pública, el orden y modo en el que aparecen reflejadas las condiciones de la novación modificativa del préstamo hipotecario puede dar pie a confusión, pues la lectura del punto 2 (Modificación del tipo de interés) hace referencia desde un principio a la variación del tipo de interés inicial, aludiendo a la adición al «tipo de interés de referencia» de un margen de 0,75 puntos porcentuales fijando como tipo de interés de referencia al tipo interbancario a un año (euríbor) publicado mensualmente en el BOE, para más tarde reflejar en el punto 2.3 que «se acuerda y pacta expresamente por ambas partes que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 4 %». Aunque el título de este apartado aparece desta-

cando en negrita «Límite a variación del tipo de interés aplicable», no lo está, sin embargo, el referente al pacto expreso sobre el tipo de interés nominal mínimo aplicable a este contrato, que sería del 4 %.

El deber de transparencia que debe observar la entidad de crédito se traduce en garantizar que el cliente tiene la posibilidad real de conocer el alcance de esa limitación y, en tal caso, la forma lógica de redactar dicha cláusula debería comenzar su enunciado advirtiendo al cliente que, en todo caso, se pacta de manera expresa un tipo de interés mínimo anual del 4 % y, aclarada esa circunstancia esencial en la concreción del tipo de interés, desarrollar todas las condiciones en las que puede variar el interés. Traducido en palabras, de forma sibilina se aclara solo al final y de forma velada que el cliente no podrá beneficiarse de todas las reducciones que sufra el tipo de referencia (euríbor). Se logra captar la atención del cliente en la posibilidad de optar por un tipo variable inferior pero que, como consecuencia de la limitación fijada (cláusula suelo), lo sería a un tipo superior durante la vida del contrato que cualquier otra oferta a tipo variable real o puro, con un diferencial superior pero que permita también ser aprovechado por el cliente cuando se produzca una bajada en el tipo de referencia.

Por la entidad bancaria se ha querido destacar (usando la negrita en el contrato) una parte del clausulado, pero queriendo deliberadamente ocultar (dejando de usar la negrita) el contenido de la cláusula suelo redactando la misma en un lugar marginal, lo que permite plantearse para nuestro caso la posibilidad de emprender la acción judicial por parte de la inmobiliaria.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- RDLeg. 1/2007 (TRLGDCU), arts. 2 y 3.
- Directiva 93/13/CEE (Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores), art. 2.
- SAP de Toledo de 18 de noviembre de 2016.