

# Control de transparencia de la cláusula suelo en un préstamo hipotecario

Comentario a la STS de 26 de junio de 2019<sup>1</sup>

**Casto Páramo de Santiago**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid*

## Extracto

El control de transparencia solo es posible respecto de las cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores; la inclusión de una cláusula suelo en la novación del préstamo hipotecario fue consecuencia de la negociación que precedió a dicha novación. El efecto de la nulidad es el que adelantábamos: que la cláusula se tenga por no puesta y, por lo tanto, que no produzca efectos; debe impedir que el consumidor, en el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad, libremente y con conocimiento de lo que hacía, fruto de una negociación, convenga con el empresario la sustitución de aquella cláusula (nula por falta de transparencia) por otra que ya no adolece de ese defecto, ni consta sea fruto de un consentimiento viciado.

**Palabras clave:** préstamo hipotecario; nulidad cláusula suelo; control de transparencia; novación modificativa.

Fecha de entrada: 13-07-2019 / Fecha de aceptación: 31-07-2019

---

<sup>1</sup> Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com/> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 16 de julio al 31 de agosto de 2019).

La cuestión que se suscita en esta sentencia es la posibilidad de que una cláusula abusiva por falta de transparencia afecte a la novación realizada por las partes, que, de acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad, pactan un interés o negocian un tipo más bajo, y, por tanto, si la existencia de aquella cláusula impide o no que las partes pudieran pactar con posterioridad un límite inferior distinto, más bajo.

En resumen, los hechos se circunscriben a lo siguiente: se nova el contrato inicialmente pactado con la entidad bancaria, del que forma parte una cláusula afectada por la falta de transparencia, y se acuerda una modificación de su contenido, ampliando el importe del principal prestado, cambiando el tipo de interés variable y elevando el tipo suelo del 3 % al 3,50 %, dinámica que en sí misma muestra una negociación. Este nuevo pacto modificativo ¿impide que la inicialmente no negociada sino impuesta por el banco extienda sus efectos a esta nueva?, o ¿excluye directamente la impuesta por el banco y afectada por la falta de transparencia en la cláusula suelo que constaba en el préstamo inicialmente?

Los prestatarios, siendo concededores de la existencia de la cláusula suelo y de sus efectos, puesto que durante las anualidades 2009 a 2012 la cláusula desplegó sus efectos e impidió que el interés bajara del 3 %, negociaron una novación del préstamo hipotecario en el que, como contrapartida a una ampliación del capital prestado y a la concesión de un periodo de carencia, se elevaron tanto el diferencial como el tipo del suelo.

El artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y el artículo 82.1 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU), disponen:

[...] la apreciación del carácter abusivo de una cláusula comporta su nulidad de pleno derecho, y, por tanto, su expulsión del contrato de préstamo, sin que proceda moderación ni integración de ninguna clase, de manera que bajo ningún precepto pueda vincular al deudor, sin que sea posible, confirmación alguna de la cláusula por novación –artículo 1310 del Código Civil.

Conviene advertir que la demanda pidió la nulidad de la cláusula suelo insertado en la escritura de ampliación del préstamo de 22 de febrero de 2008, por entender que era abusiva por falta de transparencia. Con lo que solo se cuestionaba la validez de esta cláusula y por esa razón.

Deben hacerse inicialmente las siguientes consideraciones:

La protección al consumidor despliega sus efectos en el préstamo hipotecario suscrito para la satisfacción de sus necesidades, y la entidad bancaria le impone una cláusula suelo que se encuentra previamente establecida en un clausulado general. Esa falta de transparencia, unida a la imposibilidad de negociación, ha de provocar la nulidad de dicha cláusula.

Sin embargo, la situación cambia cuando el consumidor negocia con la entidad bancaria una variación en porcentaje, cuantía, plazos... La existencia de esa negociación, a instancia del consumidor, para modificar los efectos de aquella supone una modificación negociada, siendo a partir de ese momento la que regirá y sin que los efectos de la falta de transparencia puedan desplegarse sobre la negociada entre ambas partes.

Distinta sería la situación si fuera la entidad bancaria la que ha solicitud del prestatario realizara una modificación de la que figuraba en el contrato, para asimilarla a otras existentes, más ventajosas para el consumidor. En esta modificación unilateral del banco, ausente de toda negociación, provocaría la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia.

En el presente supuesto, la cláusula cuestionada se insertó en un contrato de ampliación del préstamo hipotecario al que no resulta de aplicación la normativa protectora de consumidores, porque quien contrata con el empresario no tenía la condición de consumidor, en la medida en que la ampliación del préstamo iba destinada a la adquisición de la mitad del capital social de una sociedad mercantil.

Conforme a la jurisprudencia, para que resultara de aplicación el pretendido control de transparencia sobre la cláusula cuestionada, sería necesario que el prestatario tuviera la condición de consumidor en el contrato de ampliación del préstamo al que se incorporó la cláusula (Sentencias 367/2016, de 3 de junio; 30/2017, de 18 de enero; 41/2017, de 20 de enero; 57/2017, de 30 de enero; 587/2017, de 2 de noviembre; 639/2017, de 23 de noviembre, y 414/2018, de 3 de julio).

En la Sentencia 356/2018, de 13 de junio, en relación con el concepto de consumidor, alude a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de enero de 2018, C-498/16 (asunto Schrems). De acuerdo con esta doctrina, el concepto de «consumidor» debe interpretarse en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras. De tal forma que, solo a los contratos

celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido para la protección del consumidor como parte considerada económicamente más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional.

Por todo lo cual lo que resulta claro es que al contrato de ampliación del préstamo de 22 de febrero de 2008 no se aplica el pretendido control de transparencia.

Aunque no se pidió la nulidad de la cláusula suelo insertado en el originario contrato de préstamo, se hace referencia a ella para negar validez a un posterior contrato que, al ampliar el préstamo, modificó también el límite inferior a la variabilidad del interés. Conviene advertir que reconocer la validez de la cláusula suelo insertada en el contrato de ampliación del crédito no supone convalidar la eventual nulidad de la cláusula suelo del contrato de préstamo originario, razón por la cual ni se infringe el artículo 1.310 del Código Civil ni el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE.

El efecto de la eventual nulidad de la cláusula suelo del primer contrato sería que la cláusula se tuviera por no puesta y, por lo tanto, que no produjera efectos. En consecuencia, si se hubiera aplicado ese límite inferior a la variabilidad del interés, el prestatario consumidor de aquel contrato originario tendría derecho a la restitución de lo cobrado mediante tal aplicación indebida (lo que no ha sido objeto de este pleito).

Esta nulidad, sin perjuicio de que la cláusula afectada se tenga por no puesta y, por lo tanto, que no llegue a producir efectos, no debe impedir que el prestatario pueda pactar en un posterior contrato de ampliación del préstamo en el que no actúa como consumidor otro límite inferior a la variabilidad del interés, que no adolezca del vicio de nulidad por falta de transparencia ni sea fruto de un consentimiento viciado. Con ello, no se merma el principio de efectividad del artículo 6.1 de la directiva, pues la cláusula originaria afectada por el defecto de falta de transparencia se tendría en todo caso por no puesta. La única que puede operar es la cláusula posterior, negociada por las partes y en la que el prestatario no ostenta la condición legal de consumidor.

Por otra parte, como establece la Sentencia 489/2018, de 13 de septiembre, «la modificación del límite inferior a la variabilidad del interés aplicable a la obligación de devolución del préstamo hipotecario no es propiamente una novación extintiva, sino una modificación de un elemento que incide en el alcance de una relación obligatoria válida», razón por la cual no se ve afectado por el artículo 1.208 del Código Civil.

Es importante destacar la Sentencia del pleno del Tribunal Supremo 205/2018, de 11 de abril, ya que en relación con esta cuestión expone que la referencia contenida en el artículo 1.816 del Código Civil al efecto de cosa juzgada de la transacción no es del todo exacta. Como cualquier otro negocio jurídico, lo convenido por las partes tiene eficacia

vinculante entre ellas en tanto no se justifique su nulidad. Como en el caso resuelto en la Sentencia 344/2017, de 1 de junio, en que no se apreció la nulidad de la transacción por error vicio en el consentimiento.

En consecuencia, en tanto no se acredite alguna causa de nulidad del acuerdo, las partes quedan vinculadas en los términos transigidos y, por tanto, con renuncia al ejercicio de acciones a cambio de una rebaja en el suelo, lo que impide en un principio enjuiciar la situación previa a la transacción precisamente porque las partes quedan vinculadas por lo transigido. Como afirma la Sentencia 751/2009, de 30 de noviembre:

La transacción extrajudicial es un contrato (artículo 1.809 del Código Civil; sentencias, entre otras, de 30 de octubre de 1989, 6 de noviembre de 1993 y 30 de julio de 1996), por lo que genera un vínculo obligacional cuyo cumplimiento está sujeto a las reglas generales de los contratos.

En este sentido es como la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha interpretado el efecto de cosa juzgada previsto en el artículo 1.816 del Código Civil, que se contiene, entre otras, en la Sentencia 41/1999, de 30 de enero:

En relación con la eficacia de cosa juzgada que el artículo 1.816 del Código Civil atribuye a la transacción entre las partes, declaró la sentencia de 26 de abril de 1963 que «ha de entenderse e interpretarse en el sentido de que una vez acordada la transacción, no será lícito exhumar pactos o cláusulas, vicios o defectos, posiciones o circunstancias afectantes a las relaciones jurídicas cuya colisión o incertidumbre generó el pacto transaccional, sino que será este, y solo él, quien regule las relaciones futuras insitas en la materia transigida, bien integren esta la ratificación, modificación o extinción de todas o alguna parte de aquellas o la creación de otras distintas, y por ende, los efectos de la cosa juzgada se manifestarán en el absoluto respeto a la nueva situación y en el escrupuloso cumplimiento de las obligaciones fijadas en la transacción, pero sin que esto quiera decir que tales obligaciones, en orden a su cumplimiento o incumplimiento, se rijan por normas distintas a las establecidas con carácter general, ya que eso requeriría un precepto legal de excepción que la ley no establece, ni se deduce de sus preceptos», doctrina reiterada en sentencias de 20 de abril de 1989, 4 de abril y 29 de noviembre de 1991 y 6 de noviembre de 1993.

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

Por tanto, debe concluirse que la novación del préstamo hipotecario, la modificación del límite inferior a la variabilidad del interés aplicable a la obligación de devolución del presta-

mo, no es propiamente una novación extintiva, sino una modificación de un elemento que incide en el alcance de una relación obligatoria válida, y en la medida en que es producto de una negociación entre las partes y, por tanto, no ha sido preestablecida por el banco como condición general de contratación, sin defecto de transparencia, y, por tanto, sí que puede ser declarada nula por ese motivo, como ocurrió con la fijada en el préstamo hipotecario original que sí fue declarada nula por dicho defecto de transparencia.