



**CONTROL DE TRANSPARENCIA, NORMAS DE TRANSPARENCIA EN EL
PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO Y
“VALIDEZ” DE LAS CLÁUSULAS SUELO Y DE GASTOS***

Manuel Jesús Marín López
Catedrático de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de Publicación: 15 de noviembre de 2017

Resumen: El Proyecto de Ley de contratos de crédito inmobiliario dedica dos preceptos (arts. 12 y 13) a regular la transparencia en la concesión de préstamos hipotecarios e inmobiliarios. La finalidad de estos preceptos es conseguir que el consumidor esté adecuadamente informado del significado y alcance de algunas de las cláusulas que más litigiosidad están dando. Este trabajo analiza el contenido de estas dos normas, su relación con el control de transparencia exigido por la doctrina del Tribunal Supremo, y hasta qué punto esta nueva regulación es adecuada para respetar este control de transparencia y sirve para “validar” la cláusula suelo y la cláusula de gastos.

Palabras clave: préstamo hipotecario, préstamo inmobiliario, control de transparencia, cláusula suelo, cláusula de gastos

* Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, “Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo”, dirigido por el prof. Ángel Carrasco Perera (ref. DER2014-56016-P).

I. Normas de transparencia en el Proyecto de Ley de contratos de crédito inmobiliario

Uno de los fines más evidentes que persigue el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, PLCCI), que el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados ha publicado el pasado 17 de noviembre de 2017, es corregir los déficits de información precontractual que tradicionalmente han sufrido los prestatarios hipotecarios, y que les han facultado, entre otras cosas, para solicitar la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia. Por eso, el Proyecto incluye un art. 12 cuya rúbrica es “normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios”.

Según el art. 12.1 PLCCI, el prestamista está obligado a entregar al prestatario o potencial prestatario, con una antelación mínima de siete días naturales a la firma del contrato, la siguiente documentación:

- a) La Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), que tendrá la consideración de oferta vinculante para la entidad durante el plazo pactado, que deberá ser al menos de siete días.
- b) Una Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) en la que se informará al prestatario o potencial prestatario de la existencia de las cláusulas o elementos relevantes, debiendo incluir, al menos, una referencia, en su caso, a los índices oficiales de referencia utilizados para fijar el tipo de interés aplicable, a la existencia de límites mínimos en el tipo de interés aplicable como consecuencia de la variación a la baja de los índices o tipos de interés a los que aquel esté referenciado, a la posibilidad de que se produzca el vencimiento anticipado del préstamo como consecuencia del impago y los gastos derivados de ello, a la distribución de los gastos asociados a la concesión del préstamo y que se trata de un préstamo en moneda extranjera,
- c) En caso de tratarse de un préstamo a tipo de interés variable, de un documento separado con una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el cliente en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés,
- d) Una copia del proyecto de contrato, cuyo contenido deberá ajustarse al contenido de los documentos referidos en las letras anteriores e incluirá, de forma desglosada, la totalidad de los gastos asociados a la firma del contrato, especificando los gastos estimados que corresponden al arancel notarial, a los



derechos registrales, al impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados y a los costes de labores de gestoría.

- e) Cuando el prestamista, intermediario de crédito o su representante, en su caso, requiera al prestatario la suscripción de una póliza de seguro en garantía del cumplimiento de las obligaciones del contrato de préstamo, así como la suscripción de un seguro de daños respecto del inmueble objeto de hipoteca y del resto de seguros previstos en la normativa del mercado hipotecario, deberá entregar al prestatario por escrito las condiciones de las garantías del seguro que exige,
- f) Cuando esté previsto que el préstamo se formalice en escritura pública, la advertencia al prestatario de la obligación de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario que elija el prestatario para la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo, sobre el contenido y las consecuencias de la información contenida en la documentación que se entrega conforme al art. 12 PLCCI.

Todos estos documentos deberán también ser remitidos por el prestamista al notario elegido por el prestatario (art. 12.1.II PLCCI).

Según el art. 13 PLCCI, el prestatario habrá de comparecer ante el notario por él elegido, durante ese plazo previsto en el art. 12.1 PLCCI (al menos, de siete días), para que le asesore presencialmente sobre el préstamo hipotecario que pretende celebrar. En particular, el notario deberá extender un acta (que puede denominarse “acta notarial de comprobación previa”), en la que, además de constatar que el prestamista entregó al prestatario todos los documentos mencionados en el art. 12.1 PLCCI, hará constar lo siguiente:

- a) El cumplimiento por el prestamista de los plazos legalmente previstos de puesta a disposición del prestatario de los documentos descritos en el art. 12 PLCCI.
- b) Las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado por el notario. A este respecto deberán recogerse las pruebas realizadas por el prestatario de entendimiento de diversos ejemplos de aplicación práctica de las cláusulas financieras, en diversos escenarios de coyuntura económica, en especial de las relativas a tipos de interés y en su caso de los instrumentos de cobertura de riesgos financieros suscritos con ocasión del préstamo.

- c) En todo caso, el notario deberá informar individualizadamente haciéndolo constar en el acta, que ha prestado asesoramiento relativo a las cláusulas específicas recogidas en la FEIN y en la FIAE, de manera individualizada y con referencia expresa a cada una, sin que sea suficiente una afirmación genérica. Igualmente, y en presencia del notario, el prestatario responderá a un test que tendrá por objeto concretar la documentación entregada y la información suministrada.
- d) La manifestación manuscrita y firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido, con una antelación mínima de siete días, los documentos descritos en el art. 12.1 PLCCI, así como que comprende y acepta su contenido y que entiende los riesgos jurídicos y económicos de la operación.

Si el notario no considera acreditado que el prestamista ha entregado al prestatario todos los documentos enumerados en el art. 12.1 PLCCI, o el prestatario no comparece ante el notario para recibir el asesoramiento descrito, el notario expresará esta circunstancia en el acta, y no podrá autorizar la escritura pública de préstamo (art. 13.4 PLCC). Por otra parte, el notario deberá comparecer ante el notario como muy tarde el día anterior al de la autorización de la escritura pública de préstamo (art. 13.3 PLCCI). Ello impide que el acta y la escritura pública puedan autorizarse el mismo día.

El acta no generará coste arancelario para el notario (esto es, será gratuita para el consumidor), y en la escritura pública de préstamo se insertará una reseña identificativa del acta (art. 13.6 y 7 PLCC).

Como se ha señalado, estas obligaciones que se imponen al prestamista y al notario tienen como objetivo conseguir que el prestatario esté adecuadamente informado del contenido y alcance de las cláusulas que más problemas han presentado en la práctica de los tribunales.

II. Control de transparencia y cláusula suelo, tras el Proyecto de Ley

En relación con la cláusula suelo, se requiere que la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FIAE) informe de la existencia de limitaciones a la baja a la variación del tipo de interés, esto es, es necesario que se informe al prestatario de que el préstamo tiene una cláusula suelo. Si el préstamo es a interés variable (con o sin cláusula suelo), el prestamista tiene que entregar al prestatario un documento separado con una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el cliente en diferentes



escenarios de evolución de los tipos de interés. Por su parte, el prestatario tiene que firmar ante el notario un documento en el que afirma que ha recibido del prestamista todos los documentos enumerados en el art. 12.1 PLCCI (entre ellos el documento relativo a las cuotas periódicas que debe abonar en función de los posibles escenarios de evolución del tipo de interés), que comprende y acepta su contenido y que comprende los riesgos económicos que resultan de la aplicación de esa cláusula. En el acta notarial de comprobación previa se harán constar, además, las pruebas realizadas por el prestatario de entendimiento de diversos ejemplos de aplicación práctica de las cláusulas financieras, en diversos escenarios de coyuntura económica, en especial de las relativas a tipos de interés. También se hará constar que el notario ha prestado asesoramiento relativo a las cláusulas específicas recogidas en la FEIN y en la FiAE, entre ellas, la cláusula suelo.

En definitiva, si todas estas obligaciones se cumplen, cabe considerar que el prestatario estará adecuadamente informado sobre el contenido y alcance de la cláusula suelo, y que por tanto la cláusula suelo supera el control de transparencia, en los términos que este control ha sido diseñado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en la STS de 9 de mayo de 2013 y en otras posteriores). La STS 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3088) considera que existe un doble filtro de transparencia en los contratos celebrados con consumidores: un primer control de transparencia documental, que rige para todas las condiciones generales, que superado permite la incorporación de las mismas al contrato. Y un segundo control de transparencia reforzado o específico para los elementos esenciales del contrato, que ha de permitir que el consumidor pueda conocer con claridad y sencillez tanto la “carga económica” del contrato (el “precio” que debe abonar) como la “carga jurídica” del mismo (la distribución de los riesgos que de él derivan).

Desde esta primera sentencia, otras muchas posteriores han señalado cuál es el alcance de este control de transparencia. Según el Tribunal Supremo, el control de transparencia “supone que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen inopinadamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Es decir, que provocan una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación”¹.

¹ En este sentido, entre otras, las SSTS de 30 de junio de 2014 (RJ 3526), 8 de septiembre de 2014 (RJ 4660), 24 de marzo de 2015 (RJ 845), 25 de marzo de 2015 (RJ 735), 29 de abril de 2015 (RJ 2042) y 23 de diciembre de 2015 (RJ 5714).



Según el Tribunal Supremo, la falta de transparencia sobre el objeto principal del contrato –precio y contraprestación– puede causar un perjuicio al consumidor, que consiste en la alteración inesperada del valor de la oferta, tal y como legítimamente se la había representado a partir de la información proporcionada por el empresario. Por eso, para que la cláusula sea transparente se exige al predisponente el suministro de una información cualificada, con el fin de conseguir que el adherente pueda conocer con sencillez la carga económica del contrato y así adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de causa.

Las exigencias informativas impuestas al prestamista y notario en el PLCCI son tales que cabe concluir que el prestatario conoce la carga económica del contrato, pues la existencia de la cláusula suelo no ha pasado desapercibido, ni puede afirmarse que existe una alteración subrepticia de lo que razonablemente el prestatario podía esperar en cuanto al objeto principal del contrato (precio).

Según el PLCCI, el cumplimiento de los requisitos informativos de los arts. 12 y 13 PLCCI lleva consigo que la cláusula suelo supere el control de transparencia. Así resulta del art. 13.5 PLCCI, según el cual “conforme al artículo 17 bis apartado 2.b) de la Ley del Notariado y el artículo 319 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el contenido del acta se presumirá veraz e íntegro, y hará prueba del asesoramiento prestado por el notario y de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos, a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material”. En consecuencia, el prestatario no podrá acreditar que, pese a que prestamista y notario han cumplido las exigencias informativas contenidas en estos preceptos, él no conocía el alcance económico y el significado de la cláusula suelo.

De este modo nuestro derecho “consagrará” la validez de la cláusula suelo, que será inatacable por el prestatario.

En una versión anterior del texto (Anteproyecto de marzo de 2017), se establecía que el acta notarial constituía una presunción *iuris tantum* de cumplimiento de las exigencias informativas derivadas del control de transparencia. Se admitía, pues, prueba en contrario por el prestatario. Si se tiene en cuenta, además, que el acta notarial podía emitirse el mismo día de la formalización notarial en escritura pública del préstamo, cabía sostener que, efectivamente, podría haber casos en que no se cumplieran los requisitos del control de transparencia. Porque como el Tribunal Supremo ha señalado, la información previa que el notario suministra al prestatario minutos antes de que se formalice el préstamo no es suficiente para considerar superado el control



de transparencia. Como afirma la STS de 8 de junio de 2017 (RJ 2017, 2509), y reitera la reciente STS de 15 de noviembre de 2017 (JUR 2017, 281937), la labor informativa del notario “no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir. Cuando se ha facilitado una información precontractual adecuada, la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo, pero no puede por sí sola sustituir la necesaria información precontractual, que la jurisprudencia del TJUE ha considerado fundamental para que el consumidor pueda comprender las cargas económicas y la situación jurídica que para él resultan de las cláusulas predispuestas por el empresario o profesional”.

Conforme al PLCCI, la comparecencia del prestatario ante el notario, para que éste le asesore y pueda extender el acta, no puede tener lugar el mismo día del otorgamiento de la escritura pública de préstamo. Debe celebrarse, como poco, un día antes. Esta antelación, aunque pequeña, puede quizás considerarse suficiente para “salvar” las prevenciones contenidas en la jurisprudencia citada. En cualquier caso, más allá de la previsión legal respecto al cumplimiento de los requisitos de la transparencia material, parece razonable pensar que el juez que conozca del conflicto deberá cerciorarse de que, efectivamente, el prestatario recibió la información suficiente y adecuada para que ese control de transparencia se considere satisfecho.

Una advertencia adicional: esta regla únicamente opera en los préstamos a los que resulte de aplicación el PLCCI, pero no a los que quedan fuera del mismo, por no entrar dentro de su ámbito de aplicación objetivo o subjetivo.

III. Control de transparencia y cláusula de gastos, tras el Proyecto de Ley

Las reflexiones anteriores no valen para otras cláusulas del préstamo, como son las de vencimiento anticipado y la que impone al prestatario el pago de todos los gastos de constitución del préstamo hipotecario (cláusula de gastos). Las exigencias informativas previstas en los arts. 12 y 13 PLCCI también se extiende a estas cláusulas. Como ya se ha indicado, en la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) debe informarse que es posible que se produzca el vencimiento anticipado del préstamo como consecuencia del impago de cierto número de cuotas, y de la distribución de los gastos asociados a la concesión del préstamo. El prestamista tendrá que entregar al prestatario una copia del contrato, que “incluirá, de forma desglosada, la totalidad de los gastos asociados a la firma del contrato, especificando los gastos estimados que corresponden al arancel notarial, a los derechos registrales, al impuesto

de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados y a los costes de labores de gestoría” [art. 12.1.d)]. También el notario deberá informar de la existencia de la cláusula de gastos, y en su caso, prestar asesoramiento sobre la misma.

La información previa por prestamista y notario de la cláusula de gastos no “válida” esta cláusula. Pues la cláusula de gastos no está sometida a control de transparencia, sino a control de contenido. Y la cláusula será abusiva si no supera el control de contenido, al margen de la información previa que haya recibido el prestatario.

En efecto, el control de transparencia únicamente procede cuando la cláusula se refiere a la definición del objeto principal del contrato, o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra.

La jurisprudencia del TJUE ha establecido cómo debe interpretarse la expresión “objeto principal del contrato”. La STJUE de 20 de septiembre de 2017 (asunto C-186/16) expone el estado actual de esta doctrina:

“El Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 establece una excepción al mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores que establece la Directiva 93/13, por lo que dicha disposición debe ser objeto de interpretación estricta (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 42, y de 23 de abril de 2015, Van Hove, C-96/14, EU:C:2015:262, apartado 31). Por otra parte, los términos «objeto principal del contrato» y «adecuación entre precio y retribución, por una parte, [y] los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra», que figuran en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, normalmente deben ser objeto, en toda la Unión Europea, de una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate (sentencia de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 50)

En lo que respecta a la categoría de cláusulas contractuales incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato», a efectos del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, el Tribunal de Justicia ha declarado que esas cláusulas deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales del contrato y que, como tales, lo caracterizan (sentencias de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, apartado 34, y de 23 de abril de 2015, Van Hove, C-96/14, EU:C:2015:262, apartado 33).

En cambio, las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte del concepto de «objeto principal del contrato», a efectos de la citada disposición (sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 50, y de 23 de abril de 2015, Van Hove, C-96/14, EU:C:2015:262, apartado 33)”.



Hechas estas consideraciones, procede ahora analizar si la cláusula de gastos recae sobre el “objeto principal del contrato”. La respuesta ha de ser negativa, porque esta cláusula no versa sobre la prestación esencial del contrato. En efecto, la prestación esencial es la concesión de un capital en concepto de préstamo y su restitución junto a unos intereses remuneratorios. La cláusula de gastos impone al prestatario el abono de otras partidas económicas, que no son esenciales al contrato de préstamo, sino accesorias, en el sentido de que esas partidas pueden existir o no.

Si la cláusula de gastos no contempla el objeto principal del contrato, no está sometida a control de transparencia.

Esta tesis ha sido seguida por algunas sentencias. Así, la SAP Pontevedra (Secc. 1^a) 175/2014, de 14 de mayo de 2014 (JUR 2014, 145294) también aborda la aplicación del control de transparencia a la cláusula de gastos, a mi juicio de la manera más correcta. Frente a la petición de nulidad de varias cláusulas esgrimida por el prestatario, la parte demandada aduce, bien que con referencia a la cláusula suelo aunque luego extiende el razonamiento al resto de cláusulas sin mayor argumentación, que estamos ante un elemento esencial del contrato y, por tanto, no cabe control de contenido sobre ellas, de conformidad con el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE. Frente a ello, la sentencia establece que “el argumento no se comparte porque, cualquiera que fuere la interpretación que se haga de *“la definición del objeto principal del contrato”* (o, si atendemos al considerando décimo noveno de la Directiva, a cláusulas *“que describan el objeto principal del contrato”*), ni la concreción del tipo de interés de demora, ni la imputación del pago de gastos accesorios ni la facultad de resolución anticipada del contrato, definen el objeto del contrato, singularizado por el principal objeto del préstamo, el interés remuneratorio o precio y las condiciones de tiempo y forma de la devolución. No estamos ante elementos principales o que estén directamente vinculados con el objeto del contrato o formen parte inescindible del mismo, ya sea del importe principal que se entrega o del que se dispone o del precio a pagar, sino ante extremos de naturaleza accesorias que no cumplen una función delimitadora o descriptiva esencial y que, en consecuencia, están dentro del ámbito de aplicación de la Directiva y sometidos al control de abusividad, administrativo o judicial”.

Según esta sentencia, la cláusula de gastos no versa sobre el “objeto principal del contrato”, cualquiera que sea la interpretación que se haga de esta expresión. Por eso no cabe control de transparencia, y sí el típico control de abusividad de los arts. 82 y ss. TRLGDCU.



En el mismo sentido se expresa la SAP Navarra 35/2017 (Secc. 3ª), de 27 de enero de 2017 (JUR 2017, 137982). En relación con la cláusula de gastos, y con otras que se examinan, establece que “ninguna de las cláusulas controvertidas es definitoria del objeto del contrato (art. 4 DCE 93/13)”, de donde deduce que están sometidas al control de abusividad (control de contenido), y no a un hipotético control de transparencia.

Muy clarificadora es la SAP Valencia 405/2015 (Secc. 9º), de 25 de noviembre de 2015 (JUR 2016, 129434). No se aplica el control de transparencia. “Se rechaza que las imputaciones de determinados conceptos al prestatario formen parte del precio, en el sentido del objeto esencial del contrato de préstamo. Claro está que toda estipulación "suma" o "resta" y el conjunto de todas ellas determinará una mayor o menor reciprocidad el contrato, pero ello no significa que toda estipulación que colabore a ello deba evaluarse mediante el control de transparencia” (FJ 4º).

También es correcta la doctrina sentada en la sentencia 138/2017, del Juzgado de Primera Instancia nº 37 de Barcelona, de 31 de mayo de 2017. En un caso en el que se solicita la nulidad de varias cláusulas del préstamo, establece que “hay que empezar por señalar que a la cláusula suelo, por constituir el objeto principal del contrato, le es de aplicación el control de transparencia y, a las demás cláusulas que no constituyen el objeto principal del contrato, les es de aplicación el control de abusividad en sentido estricto”. Por lo tanto, se entiende -con buen criterio- que la cláusula de gastos no está sometida al control de transparencia, por no recaer sobre el objeto principal del contrato.

Es igualmente adecuada la doctrina sentada en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 bis de Santander, de 26 de julio de 2017 (JUR 2017, 201947). “Ante todo conviene comenzar aclarando que como es una cláusula incidental, no es, como la cláusula suelo, parte del *essentialia negotii*, no es relevante su transparencia” (FJ 3º). Y más adelante insiste en la misma idea: “como es una cláusula accidental, no *essentialia negotii*, es irrelevante si hubo transparencia”. Según la sentencia, como la cláusula no versa sobre un elemento esencial del contrato (a diferencia de la cláusula suelo), no cabe someterla al control de transparencia, sino al genérico control de contenido del art. 82 y ss. TRLGDCU.

En parecidos términos se expresa la SJPI nº 11 de Bilbao, de 6 de septiembre de 2017 (JUR 2017, 237230). No cabe control de transparencia. “Dado que las cláusulas impugnadas no se refieren “a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra” (art. 4.2 Directiva



93/13/CEE), lo que no se ha discutido en el presente proceso (véanse las STS 705/2015 de 23 de diciembre 364/2016 de 3 de junio), son susceptibles de ser enjuiciadas en su contenido desde la perspectiva de la abusividad, sin que para ello deba valorarse si su redacción es “*clara y comprensible*” o si superan el doble control de transparencia fijado por nuestra jurisprudencia. Por tanto, teniendo en cuenta que el hecho de que las cláusulas se encuentren redactadas de manera clara y comprensible y de que el prestatario hubiera sido informado de la existencia y contenido de las mismas con carácter previo a aceptar su imposición, no constituye una circunstancia que excluya, por sí sola, la consideración como predispuestas de dichas estipulaciones, a la luz de la jurisprudencia citada y, en consecuencia, debe concluirse que ambas son susceptibles de quedar bajo el control de abusividad de los artículos 82 y siguientes del TRLGDCU”.

Muy interesante resulta la SJPI nº 5 de San Sebastián, de 14 de junio de 2017 (JUR 2017, 154282). Aborda el tema de forma correcta. Sostiene la parte demandada que la estipulación, además de constar en la oferta vinculante y en el propio contrato de préstamo, era realmente conocida por los prestatarios con carácter previo a suscribir el préstamo hipotecario. Por tanto nada pueden reclamar. Al respecto señala la sentencia que “al respecto del conocimiento concreto sobre cómo iba a repercutir patrimonialmente una cláusula como la del caso, esto es, si se hubiera transmitido oportuna y debidamente a los actores; los perfiles de ambos; la efectividad real del cumplimiento de los deberes de información objetivos; y las condiciones de la lectura del contrato público en la notaría, son aspectos de hecho muy interesantes, pero no se corresponden con el objeto de este proceso” (FJ 1º). Y es que, efectivamente, “no es la suficiencia o no del consentimiento informado lo que se ha de estudiar aquí, sino el contenido de lo impuesto, como informado, y para ser consentido”.

La sentencia establece, acertadamente, que la cláusula de gastos no está sometida al principio de transparencia, pues no versa sobre un elemento esencial del contrato. “No es un caso en que proceda analizar si hubo la necesaria y suficiente información precontractual (conocimiento de las condiciones de la oferta vinculante en relación con el pago de todos los gastos por los prestatarios) y contractual (conocimiento del Pacto quinto del préstamo firmado en la Notaría), sino de que derechamente genera en perjuicio de los actores un serio desequilibrio de las prestaciones, el cual determina la abusividad”.

“El carácter abusivo de la cláusula sobre gastos se fija en un desequilibrio en abstracto o *per se*, puesto que no forma parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, definiendo el objeto principal del contrato, como por el contrario ocurre - o por lo menos, es la tesis firme de la jurisprudencia- con la famosa cláusula suelo



(limitativa de la variación de intereses remuneratorios). En la cláusula suelo, que tampoco se negocia individualmente, no cabe un control directo de abusividad sino el de incorporación y el de transparencia, mientras que con la cláusula sobre gastos, que no describe o se refiere a la definición del objeto principal del contrato, directamente puede y debe aplicarse el control judicial ex arts. 82 y 89.3 TRLGDCU” (FJ 3º).

“En nuestro asunto, puede admitirse que se haya cumplido formalmente con la regulación sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, en cuanto a la observancia de los requisitos exigidos en art. 80 TRLGDCU (comprensibles, suficientemente sencillas en su redacción, y accesibles y legibles previamente a contratar), al objeto de la incorporación de la cláusula de asignación de los gastos. En la oferta vinculante documentada aparece especificado. Aunque sabido que, incluso si se supera este filtro de inclusión en el contrato, sería preciso examinar que además supera el control de transparencia, en el caso presente no consiste la *litis* en fiscalizar si el consumidor pudo tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo la cláusula incorporada puede jugar en la economía del contrato. Directamente tiene por objeto el control de abusividad de una condición general del contrato. Esto es, no hace falta progresar hacia la evaluación de transparencia, puesto que la cláusula provoca, contra de exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato (i); y el desequilibrio perjudica al consumidor (ii)”.

Pero también hay sentencias que argumentan de otro modo. Así, por ejemplo, la SAP Pontevedra 125/2017 (Secc. 6ª) de 15 de marzo de 2017 (JUR 2017, 106794). La sentencia desestima la demanda, al sostener que la cláusula de gastos supera el doble control de transparencia, y por eso es válida. Aunque no se explicita, parece que la demanda fundamenta la nulidad en la no superación del control de transparencia. Por eso la AP analiza la validez de la cláusula desde ese prisma. Está acreditado que los demandantes firmaron una oferta vinculante en la que, entre otras cosas, aparecía la información relativa a que todos los gastos notariales, registrales e impuestos correrían a cargo de los prestatarios. Así se indica también en la escritura pública del préstamo hipotecario, e incluso en la posterior escritura de novación del préstamo del año 2003. “Tales hechos evidencian que la misma no pasó inadvertida para los consumidores accionantes, pues éstos, es evidente que en varias ocasiones e incluso por su propia iniciativa estuvieron en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba, consideraciones que conllevan el rechazo del recurso de apelación y la confirmación del pronunciamiento desestimatorio de la demanda”. Estos argumentos no pueden compartirse, pues la cláusula de gastos no está sometida al control de transparencia, al no recaer sobre el objeto principal del contrato de préstamo.



Tampoco es muy adecuado el razonamiento empleado en la SAP Alicante 132/2014 (Secc. 8ª), de 12 de junio de 2014 (AC 2014, 1136). En un caso en el que el prestatario no es consumidor, se denuncia que la cláusula de gastos no supera el control de incorporación por falta de transparencia. La sentencia establece que “de conformidad con lo establecido en la STJUE 30 de abril de 2014 (TJCE 2014, 105) (asunto C-26/13), la transparencia significa que el adherente pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo. A su vez, la STS 9 de mayo de 2013 señala que el control de transparencia tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo. La cláusula arriba transcrita no supera el control de transparencia porque su falta de concreción y de claridad impide conocer cuáles son los específicos gastos o tributos que habrán de soportar los adherentes. Así pues, habrá que declarar su no incorporación” (FJ 3º).

Esta sentencia acierta cuando vincula la falta de concreción de la cláusula a la no superación el control de incorporación. Esto permite anular la cláusula (o más exactamente, la parte de la cláusula que adolece de falta de concreción), incluso aunque el adherente no sea consumidor, pues el control de incorporación rige para cualquier adherente (empresario o consumidor). Sin embargo, no parece correcta la alusión a la falta de transparencia, pues los gastos no constituyen el elemento principal del contrato, y aunque lo fueran, la falta de transparencia habría que relacionarla con la abusividad, y no con el control de incorporación, según doctrina consolidada del Tribunal Supremo.

Conforme a lo expuesto, si la cláusula de gastos no versa sobre el objeto principal del contrato, el único deber de transparencia exigible a la cláusula de gastos es el derivado del control de incorporación o inclusión. Superado ese control “formal”, la única vía para anular la cláusula de gastos es su consideración como abusiva, en el marco del control de contenido, y a esos efectos carece de trascendencia si el consumidor sabía o no que su contrato incluía una cláusula que le impone el coste de todos los gastos de formalización del préstamo hipotecario. El Tribunal Supremo ha expresado esta idea con claridad: “el control de transparencia, tal y como ha sido configurado por esta Sala desde su Sentencia 241/2013, de 9 de mayo, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se refiere a las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato. [...] Para el resto de las



cláusulas, [...], respecto de la que cabe el control de contenido, los deberes de transparencia exigibles son los previstos en el art. 5 LCGC para su incorporación. De tal forma que, superado este control de inclusión, el posible carácter abusivo de la cláusula no dependerá de la información previa o de cómo se haya presentado, sino de su carácter objetivamente desequilibrado en perjuicio del consumidor” (SSTS 1ª Pleno 483/2016, de 14 de julio de 2016, RJ 3399, y 29 de abril de 2017).

IV. Conclusiones

La conclusión es la siguiente: por muy bien informado que esté el prestatario antes de celebrar el contrato de préstamo hipotecario sobre la cláusula de gastos, la cláusula no ha de considerarse válida. Para eso tendrá que superar el control de contenido, en los términos previstos en los arts. 82 y ss. TRLGDCU. Por lo tanto, el cumplimiento de los deberes de información impuesto a prestamistas y notarios por los arts. 12 y 13 PLCCI no “valida” la cláusula de gastos.