

Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: mire bien por dónde pisa

Catalina Cadenas de Gea, Marina Pareja Sánchez y José María Casasola Díaz

Resumen: La llamada cláusula suelo, esto es, el pacto limitativo del tipo de interés mínimo que debe pagar el prestatario ante una eventual caída del índice de referencia en un préstamo generalmente garantizado con hipoteca, supone para la economía de un importante segmento de la población española un coste adicional, toda vez que la reducción de los tipos de interés no se ve traducida en la disminución de la cuota en un préstamo hipotecario suscrito. Por otro lado, este pacto vinculante es, para la entidad financiera, un activo consolidado que protege sus márgenes ante la contingencia prevista. A lo largo de este artículo se va a analizar la más reciente jurisprudencia en relación a la cláusula suelo y las soluciones a las que han llegado los Tribunales españoles, así como las diversas alternativas a plantear una contienda judicial.

Palabras clave: Préstamo hipotecario; cláusula suelo; condiciones generales.

Códigos JEL: K11; H8; P16

“Ciertamente, no se puede valorar como feliz y próspera una sociedad donde la mayoría de sus miembros están reducidos a la pobreza y la miseria. Lo justo, no obstante, exige que aquellos que alimentan, visten y dan hogar a todo el cuerpo de la nación, tengan, en el producto de su propio trabajo, una parte suficiente para poder alimentarse, vestirse y encontrar vivienda por sí mismos”.

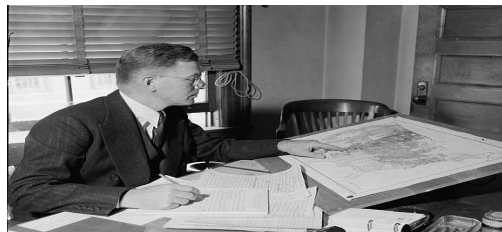
Adam Smith, La riqueza de las naciones, 1776

La adquisición de ciertos bienes de gran valor no sería posible para un importante segmento de la población sin acudir a instrumentos de crédito, frecuentemente préstamo mercantil garantizado mediante derecho de prenda o hipoteca. Tal vez, el paradigma de la actuación descrita sea la adquisición de vivienda por parte de consumidores y usuarios, acudiendo para su financiación a entidades de crédito y garantizando el cumplimiento mediante constitución de derecho real de hipoteca inmobiliaria.

A pesar de que el actual Código de Comercio en su articulado no lo establezca como elemento constitutivo necesario, la práctica comercial hace de esencia en el contrato de préstamo mercantil, independientemente de si éste posee garantía real de algún tipo, el pacto de término y de tipo de interés, reputándose como tal toda prestación estipulada a favor del acreedor¹. Resultaba asimismo frecuente pactar una cláusula que se añade al condicionado del préstamo para limitar el tipo de interés mínimo que debería pagar el prestatario ante una eventual caída del índice de referencia, situando como contrapartida el pacto de un interés máximo. Y decimos

resultaba frecuente puesto que, a consecuencia del dictado de la sentencia de fecha 30 de septiembre del 2010 del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla, la mayor parte de las entidades financieras expulsaron de su condicionado dicha cláusula. En cualquier caso, y dado que cuantitativamente el tipo mínimo se situaba entre un 2 y un 3 por ciento más diferencial, no fue hasta 2002 cuando la cláusula suelo tuvo virtualidad, ya que a partir de dicha fecha, el Euríbor comenzó a reducirse, partiendo desde un 3,5 por ciento en enero de dicho año, hasta situarse en el 2,9 por ciento en diciembre, para, con excepción del periodo comprendido entre enero de 2007 hasta noviembre de 2008, permanecer por debajo del 4 por ciento.

En cuanto a la duración media de los préstamos con garantía hipotecaria², si bien ésta se situó en agosto de 2012 en 21 años para las hipotecas constituidas a favor de los Bancos y 22 años para el caso de las Cajas de Ahorros, con anterioridad a estas fechas la duración media era muy superior (gráfico 1).



¹ Art. 315 Código de Comercio.

² INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, en nota de prensa, de 22 de octubre de 2012, por la que se hacen públicos los datos provisionales de la estadística de hipotecas. Puede ser consultado el texto íntegro en <http://www.ine.es/daco/daco42/daco426/h0812.pdf>, en la que llama poderosamente la atención el mantenimiento de la división Bancos-Cajas de Ahorros.

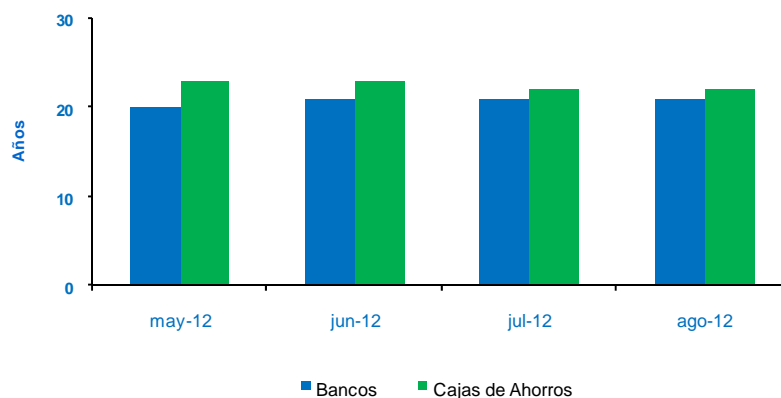
Así, extrapolando datos del estudio de una influyente empresa del sector inmobiliario³, a partir de 2004, la inmensa mayoría de las hipotecas firmadas tenían una duración superior a treinta años, llegando a su culmen en 2007, en el que 55 por ciento de las hipotecas tuvieron una duración pactada de hasta 40 años; en torno a un 13 por ciento entre 30 y 35 años; un 23 por ciento tuvieron duración pactada de 25 a 30 años; y sólo un 9 por ciento se hicieron a menos de 25 años. Así, es claro que en la horquilla situada entre 2004 y 2010, la hipoteca media que se firmaba en España obligaba a una muy duradera relación entre ambos contratantes. A pesar de que las condiciones firmadas pueden ser alteradas mediante la novación, lo más común es que permanezca el clausulado original respecto al suelo y se pacten carencias o ampliación del importe prestado. Así, el escenario desde el que partimos es de una gran cantidad de hipotecas firmadas desde 2004, con una duración bastante prolongada y que tienen incluida la cláusula suelo, habiendo adquirido virtualidad la misma por la bajada de los tipos de interés.

síntesis, con el siguiente argumentario, que será posteriormente desarrollado con detalle.

En primer lugar, es un contrato bancario de adhesión, y, por tanto, nos movemos en lo concerniente a las normas que regulan las condiciones generales de la contratación. El artículo 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación⁶ cobra especial importancia, sancionando la nulidad de pleno derecho de las condiciones generales que son abusivas. Ello a su vez, en relación con la normativa relativa a consumidores y usuarios⁷, con el plus de protección jurídica que ello conlleva, en especial, frente a cláusulas abusivas.

A lo que hay que añadir, para ver el cuadro completo, que esas cláusulas no se han negociado individualmente, con lo cual lo convenido beneficia exclusivamente a la entidad bancaria, por lo que no existe reciprocidad y se torna claramente desequilibrado en sus prestaciones.

Gráfico 1: Duración media de los préstamos hipotecarios



Por parte del segmento poblacional a que hacíamos referencia al comenzar estas líneas, y agotada una negociación que en gran parte de las ocasiones será infructuosa, no queda otra vía directa para suprimir la virtualidad de la cláusula suelo que acudir a los Tribunales, concretamente, a la jurisdicción especializada mercantil⁴ y por los trámites del juicio ordinario⁵.

La acción ejercitada, en la mayoría de los casos es la acción de nulidad de la cláusula suelo, y ello, a modo de

Lo anterior hay que ponerlo en conexión con las normas de transparencia en las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, contenidas, en el período señalado, en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994⁸. Esta norma impone, en concreto, a las entidades bancarias, el deber de facilitar al consumidor con antelación de tres días a la firma en la notaría un borrador de la escritura, así como la obligación de entregar una oferta vinculante que recoja las condiciones

³ Tecnocasa. Informe sobre el mercado de la vivienda del primer semestre de 2012.

⁴ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Artículo 86 *ter*.

⁵ Ley 1/2000 de 7 de Enero de Enjuiciamiento Civil. Artículo 249.1.5º.

⁶ Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

⁷ 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.

⁸ Orden Ministerial hoy día relevada por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre.

esenciales del contrato de préstamo hipotecario. Y ello con la única finalidad de que el usuario tenga conocimiento de lo que firma.

Junto a la solicitud de nulidad de la cláusula se suele pedir en la demanda la condena a la entidad bancaria demandada a eliminarla de su articulado, es decir, se solicita al juzgador que obligue a la entidad a hacer desaparecer la cláusula de su articulado contractual.

Y, por último, y no por ello menos importante, los consumidores suelen solicitar en el *petitum* de su demanda, junto a las mencionadas anteriormente, la condena de restitución. Petición que se articula de una manera doble: por un lado, se pide la condena a la entidad demandada, de volver a calcular las cuotas del préstamo hipotecario como si la cláusula suelo nunca hubiera existido. Y, por otro lado, se solicita se condene a devolver el exceso de las cuotas hipotecarias que hayan sido abonadas por la demandante, con lo cual se recupera el dinero que el consumidor ha estado pagando a consecuencia de la aplicación contractual de la cláusula de la que se pide nulidad.

Las excepciones planteadas por las entidades de crédito parten del principio de conservación de los contratos, incidiendo en la reciprocidad, puesto que suele incluirse como contrapartida la fijación de un tipo de interés máximo en la negociación individualizada de la misma. De nuevo nos encontramos en la pugna entre el *rebus sic stantibus* y el *pacta sunt servanda*.

A lo largo de la jurisprudencia menor, y con una gran proliferación en los últimos años y, especialmente desde la sentencia de fecha 30 de septiembre del 2010 del Juzgado de los Mercantil número 2 de Sevilla, encontramos fundamentos para avalar, tanto la tesis que da por válidamente introducida y eficaz la cláusula suelo, como aquella que consagra su purga respecto del contrato.

Las sentencias estimatorias de las demandas que pretenden la nulidad de la denominada cláusula suelo hacen los siguientes razonamientos:

1. Estamos ante una condición general de la contratación, ya que están presentes los elementos de predisposición y generalidad.
2. Existe ausencia de negociación que no queda suplida por la intervención de Notario, ya que los borradores de escritura son elaborados por las entidades financieras, sin intervención de los clientes, quienes comparecen ante los fedatarios para firmar lo que ya

está redactado de antemano por la entidad de crédito.

3. No constituye un elemento esencial del préstamo —por formar parte del precio—, sino que se trata de un pacto accesorio que puede que no se aplique nunca, o sólo en determinados periodos de vigencia. Aun en el caso de entender que estamos ante un elemento esencial del contrato, habremos de tener en cuenta el contenido de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2010, que establece que el artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que una normativa nacional autorice el control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, por lo que las cláusulas contractuales no negociadas individualmente, incluso las relativas a elementos esenciales del contrato como es el precio, también son susceptibles de ser sometidas a control jurisdiccional sobre su posible abusividad.

4. La cláusula adolece de falta de reciprocidad y causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que se derivan del contrato por la nula eficacia protectora del cliente por los altos niveles que alcanzan los techos, pero sí opera como protección al prestamista frente a descensos importantes del Euríbor.

5. Existe quiebra de la buena fe, al romperse la relación de confianza del cliente, porque encubre una situación ventajosa sólo para la entidad, máxime cuando ésta, al disponer de mayor información financiera, conoce mejor cuál va a ser la evolución futura del Euríbor.



Todo esto se desprende de los razonamientos jurídicos de las siguientes resoluciones:

- Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª. 13/09/12.
- Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1ª. 23/05/12.
- Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª. 23/03/12.
- Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª. 08/05/12.
- Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4ª. 21/12/11.
- Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz. 21/12/11.
- Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla. 30/09/10.
- Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Palma de Mallorca. 02/02/12.
- Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona. 12/09/11.
- Juzgado de lo Mercantil nº 1 de León. 11/03/11.
- Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga. 20/12/11.
- Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cáceres. 18/10/11.

Por el contrario, las sentencias que desestiman las demandas contienen los siguientes razonamientos:

1. No estamos ante una condición general de la contratación, al no reunir la característica de la imposición.
2. No son cláusulas abusivas, toda vez que están amparadas por la libertad contractual.
3. No son cláusulas accesorias, sino que forman parte del precio, que es un elemento esencial del contrato.
4. No existe falta de reciprocidad, ya que el contrato de préstamo es real y unilateral, perfeccionándose por la entrega del dinero por el prestamista, asumiendo obligaciones sólo el prestatario. El pacto de limitación de la variabilidad es un medio de control del riesgo y no se corresponde a ninguna contraprestación del prestamista, por lo que no existe desequilibrio entre las partes.

5. No se trata de cláusulas de adhesión, toda vez que se pactan libremente tras el examen, análisis y estudio de la preceptiva oferta vinculante que se hace al consumidor.

Principalmente, estas posturas se extraen de las resoluciones que a continuación se citan:

- Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª. 02/02/12.
- Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5ª. 07/10/11.
- Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19ª. 13/07/12.
- Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª. 30/05/11.
- Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante. 21/02/12.
- Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Jaén. 25/04/12.
- Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Alicante. 23/06/11.
- Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid. 03/02/12.
- Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Donostia. 09/05/12.

Así las cosas, y partiendo de que la cláusula suelo, aunque pudiera ser declarada abusiva, es legal en nuestro país, los consumidores tienen distintas vías.

La primera es la negociación. Contratar los seguros necesarios, abrir un plan de pensiones, invertir nuestros ahorros en un depósito, domiciliar la nomina y los recibos. Podrá el consumidor acudir a la entidad financiera donde tenga su hipoteca y así tener un arma de negociación a cambio de la desaparición de la cláusula o bien una rebaja en la misma. Si la vía de la negociación no da ningún resultado, sería conveniente buscar solución en otras entidades de crédito.

La segunda, la subrogación. Ante la situación actual de los mercados, las entidades financieras idean soluciones competitivas que excluyen la cláusula suelo en los préstamos, si bien hay que analizar la oferta con detalle, puesto que suelen tener un diferencial algo alto. Del mismo modo, hay otros factores a tener en cuenta si se quiere utilizar esta vía; lo ideal sería hacer un «estudio de mercado» de los distintos productos hipotecarios que ofrecen las entidades de crédito. Habrá que estudiar la comisión de subrogación y comparar las condiciones

que se le exigen. Y después de hacer los correspondientes cálculos, solicitando en todos ellos una oferta vinculante. Después, volver a la entidad con la que tenga suscrito nuestro préstamo y negociar; o bien, optar por la subrogación en la entidad y en los términos que más convengan.

También existe la posibilidad de presentar una queja ante el Banco de España. Todas las entidades de crédito están obligadas a tener un Servicio de Atención al Cliente al que hay que acudir con carácter previo para poder presentar reclamación ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España. Se podrá, por tanto, presentar la queja al Servicio de Reclamaciones, solicitando que se emita un informe, lo que se debe hacer por escrito, con todos los datos de filiación y exponiendo la queja, haciendo constar expresamente la entidad bancaria, y la sucursal donde se han producido los hechos objeto de la reclamación. El escrito debe hacer constar el abuso en concreto y que no existe un procedimiento judicial en términos idénticos. El Banco de España desde su página web posibilita realizar las consultas y quejas telemáticamente, y recoge toda la información del procedimiento a seguir. Una vez concluido el procedimiento, el Banco de España emitirá un informe que, aunque no es vinculante, puede servir como un elemento más de negociación.

La cuarta vía es acudir a los Tribunales, lo cual puede hacerse individualmente o de manera colectiva (suele ser la opción más económica). Durante el año 2011 y lo que va de 2012, muchos consumidores han interpuesto demandas individuales y colectivas y han ganado. Actualmente, una organización de consumidores ha interpuesto una demanda frente a 56 entidades de crédito y ha sido admitida a trámite, estando pendiente de juicio y sentencia. Con lo que existe la oportunidad de esperar a ver qué ocurre con este procedimiento y con su resultado actuar; o, si no se quiere usar la vía colectiva, demandar de manera individual.

Pero a la hora de acudir a los Tribunales individualmente tenemos que valorar igualmente los costes. El procedimiento a seguir, como se dijo anteriormente, es el juicio ordinario y ante el juzgado de lo mercantil, lo que obliga a comparecer representado por procurador y asistido de letrado. Así, a modo de conclusión, y respecto de esta última vía, teniendo en cuenta que la jurisprudencia acerca de la cláusula suelo es muy controvertida, habrá que esperar a que estos procedimientos se resuelvan y que nuestro Tribunal Supremo se pronuncie al respecto.

