

RAZONES QUE AVALAN LA PETICIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ A LAS ENTIDADES FINANCIERAS DE SUPRESIÓN DE LAS CLÁUSULAS SUELO

Hace ya tiempo que esta Institución comenzó a recibir escritos de personas que exponían sus dificultades para hacer frente al pago de sus cuotas hipotecarias y solicitaban una mediación para conseguir que las entidades financieras aceptaran suprimir o, cuando menos, reducir las cláusulas suelo incorporadas a sus contratos hipotecarios que les impedían beneficiarse de las bajadas en el euribor que constituía su tipo de interés de referencia.

Este tipo de peticiones se incrementaron notablemente a partir de la difusión pública de algunas sentencias de Juzgados (Sevilla, Burgos) que ordenaban a las entidades financieras afectadas la supresión de las cláusulas suelo por considerar las mismas abusivas y contrarias a los derechos de los consumidores.

La inexistencia de una doctrina jurisprudencial clara en esta materia al no haberse pronunciado aun el Tribunal Supremo en relación a los recursos que le habían sido elevados por las partes, llevó a esta Institución, por razones de prudencia, a limitar su intervención a aquellos supuestos en los que de la petición recibida se deducía la existencia de un problema grave para afrontar el pago de las cuotas hipotecarias y un riesgo cierto de concluir con un proceso de ejecución hipotecaria y, muy probablemente, con el desahucio de las personas solicitantes.

En estos supuestos, nuestra intervención mediadora ante las entidades financieras se centró en conseguir de las mismas una refinanciación de la deuda existente que, en algunos casos, pasaba por la petición de supresión o reducción de la cláusula suelo cuando se estimaba que con ello sería suficiente para fijar unas cuotas asumibles por parte de la persona deudora.

Así las cosas, el 9 de mayo de 2013 se dictó por el Tribunal Supremo la Sentencia 241/2013, que no sólo dio respuesta a los concretos supuestos sometidos a su consideración y afectantes a una serie de contratos hipotecarios suscritos por tres entidades financieras españolas, sino que además fijó de forma clara la posición del Alto tribunal en relación a las cláusulas suelo.

De modo esquemático, podemos resumir el contenido del pronunciamiento del Tribunal Supremo en torno a las cláusulas suelo en los siguientes puntos:

1.- Las cláusulas suelo no son ilícitas, ni abusivas “per se”, ni siquiera cuando exista una gran diferencia entre la cláusula suelo y la cláusula techo o cuando no se incluya cláusula techo.

2.- Las cláusulas suelo son parte del “objeto principal” de un contrato hipotecario, ya que afectan al precio del mismo, por lo que necesariamente el consumidor deberá conocerlas antes de su firma.

3.- Para que las cláusulas suelo no se consideren abusivas deben haberse incluido en el contrato con transparencia, de modo que se garantice «que el consumidor esté en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa».

4.- Serán nulas, por abusivas, las cláusulas incorporadas a contratos con consumidores que no permitan un conocimiento suficiente de su trascendencia y alcance en el «desarrollo razonable del contrato».

A efectos aclaratorios nos parece oportuno desarrollar las ideas fundamentales expuestas, basándonos en las propias declaraciones del Alto Tribunal.

1. En relación con la **licitud de la inclusión de cláusulas suelo** en los contratos de préstamo hipotecario, se parte de la idea incuestionable de que se trata de cláusulas prerredactadas, destinadas por las entidades prestamistas a ser incluidas en una pluralidad de contratos, y que su inclusión es facultativa.

Si bien existe una normativa sectorial que expresamente las admite y regula, aclara el Alto Tribunal que esta normativa se limita a imponer determinados deberes de información sobre la incorporación de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario, pero no impone su existencia, ni, en defecto de pacto, supone su existencia, y tampoco indica los términos en los que la cláusula deba venir expresada en el contrato (parágrafo 174 del Fundamento Jurídico Noveno).

Asimismo viene a señalar los argumentos por los que este tipo de cláusulas resultan válidas en derecho y no son extrañas a los contratos de préstamo hipotecario. Acudimos a los que de modo resumido se incluyen en el Fundamento Jurídico Decimoséptimo (tratando sobre la irretroactividad de la sentencia):

«a) Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas.

b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas –el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero-.

c) No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España “[...] casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable”.

d) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado -su peso, afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera-.»

En consecuencia con lo anterior, **resulta admisible la existencia de contratos hipotecarios en los que opere una cláusula suelo, aun existiendo desequilibrio con la cláusula techo o incluso no existiendo esta última.**

No obstante, **resulta primordial que el consumidor esté perfectamente informado de su existencia, alcance y consecuencias**, de modo que cuando decida aceptar el contrato tenga conocimiento cierto de cómo va a influir la cláusula suelo ante las fluctuaciones del índice de referencia pactado. Precisamente la condena del Tribunal a cesar en el uso de las cláusulas impugnadas y a eliminarlas por abusivas no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos sino en su falta de transparencia:

«256. Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.

257. 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-.

258. Más aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un

factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo.

259. En definitiva, corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados –lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención-. Sin perjuicio, claro está, de complementarla con aquellos que permitan el control de su ejecución cuando sea preciso.»

2.- Esta idea se hila con la caracterización de las cláusulas suelo como un elemento esencial del contrato, que debe ser conocido de antemano con objeto de definir el comportamiento económico del consumidor. Ello sin perjuicio de que nos encontremos ante cláusulas predispuestas de modo que sólo cabe «acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar» (fenómeno del “take it or leave it”).

Precisamente por la falta de negociación de las cláusulas predispuestas entiende el Tribunal que nos encontramos ante condiciones generales de la contratación. De este modo la sentencia inserta las cláusulas suelo en el ámbito de protección de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, cuyo objeto primordial es restablecer el equilibrio de posiciones entre profesional y consumidor.

La normativa y jurisprudencia sobre condiciones generales de la contratación limita el control jurisdiccional de abusividad, excluyendo el control del equilibrio de las prestaciones. «Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone» (parágrafo 197).

3.- Respecto a la transparencia a efectos de incorporación al contrato de las cláusulas enjuiciadas, señaló el Tribunal Supremo que «(...) la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor.» (Fundamento Jurídico Undécimo).

En relación con las cláusulas incorporadas a contratos con consumidores, el Tribunal Supremo también se refería a la necesidad de superar un control de transparencia «como parámetro abstracto de validez de

la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del “error propio” o “error vicio”, que se identifica como un control de contenido o «control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato».

De este modo, el control de transparencia «cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato 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.» (Fundamento Jurídico Duodécimo).

Sobre este control de transparencia es sobre el que se pronuncia en términos ya sobradamente conocidos, entre los que podemos destacar:

«211. (...) Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.»

«212. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante.»

4.- Bajo estas premisas se inserta el pronunciamiento de nulidad por falta de transparencia de las concretas cláusulas examinadas por el Tribunal, al no permitir la «comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato». La sentencia se aparta así del criterio seguido por el Juzgado de 1ª Instancia, que centraba la declaración de nulidad, por abusivas, en el desfase apreciado en relación a las cláusulas techo.

En el momento en que analiza el juzgador, queda demostrado que, pese a que en los contratos se ofrecía un tipo de interés variable, en la práctica se convertían en tipo fijo variable exclusivamente al alza por aplicación de la cláusula suelo. En consecuencia se revela como una oferta engañosa, en la que no se ha explicitado la información necesaria sobre el juego de la cláusula en el conjunto del contrato, lo que impide al consumidor valorar adecuadamente la oferta y compararla con otras para adoptar la oportuna decisión de contratación:

«217. Las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia.»

218. La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de transcendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor.

219. Máxime en aquellos supuestos en los que se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo.»

«224. Lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo –recordemos que el BE indica que “estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas”-, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza.»

De este modo, el Tribunal Supremo concluye que las cláusulas analizadas no son transparentes por los concretos motivos que fundamentan su declaración de nulidad y que se vienen reiterando hasta la saciedad (apartado Séptimo del Fallo):

a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.

b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.

d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA.

e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.

f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.»

Respecto de la posible extensión de esta Sentencia a otros contratos no analizados en la misma, el Tribunal Supremo en su Fundamento de Derecho Decimonoveno, «efectos de la declaración de nulidad», señala lo siguiente: «la demandante, pese a que interesó la declaración de nulidad indiscriminada de las cláusulas suelo de los préstamos a interés variable celebrados con consumidores, no interesó su eficacia ultra partes, lo que, unido al casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de la información, nos obliga a ceñirlos a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos».

Si quiere consultar el texto íntegro de la Sentencia del Tribunal Supremo puede hacerlo en el siguiente enlace:

http://www.defensordelpuebloandaluz.es/sites/default/files/STS_clausulas_suelo_0.pdf

La Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013 tuvo una primera consecuencia directa para las entidades financieras que habían sido partes en el proceso al declarar la nulidad de las cláusulas suelo analizadas y ordenar su eliminación de los contratos hipotecarios en que venían incluidas.

En ejecución de la Sentencia estas entidades financieras procedieron en los meses siguientes a anular las cláusulas suelo con efectos desde la fecha del dictado de la Sentencia del Tribunal Supremo, efectuando un nuevo cálculo de las cuotas hipotecarias. Esta decisión reportó un inmediato beneficio para las personas afectadas por estos contratos que vieron sustancialmente reducida su cuota hipotecaria al aplicárseles los tipos de interés fijados en el contrato que estaban referenciados al euríbor más un determinado diferencial.

El problema surgió en relación al resto de entidades financieras que no habían sido parte en el proceso, al establecer el Tribunal Supremo que habría que analizar caso por caso para determinar si las cláusulas suelo incorporadas a sus contratos hipotecarios cumplían adecuadamente con los estándares de transparencia e información fijados en la propia Sentencia.

Esto implicaba que las personas que tenían concertados contratos hipotecarios con entidades financieras no afectadas directamente por la Sentencia del Tribunal Supremo, sólo se beneficiarían de los efectos de dicha

Sentencia si la entidad aceptaba revisar las cláusulas suelo incorporadas a los mismos y anular las que incumplieran los requisitos de transparencia e información fijados por el Alto Tribunal.

Para conseguir este propósito, las personas afectadas debían requerir a las entidades financieras para que efectuasen dicha revisión y, en su caso, anulasen las cláusulas suelo que resultasen ser abusivas con arreglo a los criterios establecidos por el Tribunal Supremo.

Muchas personas realizaron este requerimiento a sus entidades financieras, pero la información que tiene esta Institución es que la mayoría de estas peticiones fueron desestimadas por los servicios de atención al cliente aduciendo la absoluta licitud de sus cláusulas suelo y rechazando que las mismas estuviesen afectadas por las causas de nulidad establecidas por el Tribunal Supremo.

Ante esta respuesta, las únicas opciones que les quedaban a aquellas personas que tenían la convicción de que sus cláusulas suelo estaban viciadas de nulidad era, o bien acudir en reclamación al Banco de España o bien dirigirse directamente a los Tribunales de Justicia pidiendo una declaración de nulidad.

La opción de poner una reclamación al Banco de España, aunque podía clarificar las dudas de los reclamantes sobre la licitud o ilicitud de la cláusula suelo, no garantizaba una solución definitiva del problema ya que los informes del Banco de España no son vinculantes para las entidades financieras. Esto implica que en aquellos casos en que el dictamen es favorable al reclamante dicho pronunciamiento no es de obligado cumplimiento para la entidad financiera, pudiendo la misma –como de hecho así ha ocurrido en gran número de casos- negarse a aceptar el dictamen y mantener vigente la cláusula suelo.

De este modo, la única alternativa real que la Sentencia del Tribunal Supremo había puesto en manos de los ciudadanos para conseguir la nulidad efectiva de una cláusula suelo abusiva era la de acudir a los Tribunales de Justicia, con todas las consecuencias que ello implica por la complejidad, costes y dilaciones que son inherentes a la vía judicial

Ante esta tesitura, muchas personas optaron por dirigirse en queja a esta Institución demandando una actuación mediadora ante las entidades financieras que les evitase tener que recurrir a los Tribunales de Justicia para conseguir la eliminación de sus contratos hipotecarios de una cláusula que consideraban nula y abusiva.

El elevado número de quejas recibidas y lo razonable de la petición contenida en las mismas, llevó a esta Institución a considerar necesario dirigir un escrito a todas las entidades financieras radicadas en Andalucía

solicitándoles que accedieran a revisar todas las cláusulas suelo incorporadas a sus contratos hipotecarios, procediendo, en aquellos casos en que las mismas resultasen viciadas de nulidad con arreglo a la Sentencia del Tribunal Supremo, a anular de inmediato las mismas.

En dicho escrito indicábamos a las entidades financieras que *“la lectura de la sentencia del Tribunal Supremo y el relato de muchas de las quejas recibidas, nos llevan a pensar que la situación de falta de información clara, suficiente y comprensible acerca del alcance y consecuencias de la cláusula suelo y de su incidencia sobre un elemento esencial del contrato como es el precio o contraprestación podrían haberse reproducido en los préstamos hipotecarios suscritos por quienes han formulado su queja ante el Defensor del Pueblo Andaluz”*.

En base a estas premisas, indicábamos a las entidades financieras que resultaría oportuno que *“realizasen de oficio una tarea de revisión de sus modelos de contratos”*, señalando que si de dicha revisión resultase algún incumplimiento de los deberes de transparencia e información ello *“debiera suponer, consecuentemente, la eliminación de la cláusula suelo”*.

Aparte de esta petición de revisión formulada con carácter general, se pedía a las entidades financieras que revisasen con especial detenimiento los contratos hipotecarios de aquellas personas que se habían dirigido en queja a esta Institución y cuya relación facilitábamos.

Puede ver el texto completo de este escrito a través del siguiente enlace:

[http://www.defensordelpuebloandaluz.es/sites/default/files/Escrito_entidades cl%C3%A1usulas suelo.pdf](http://www.defensordelpuebloandaluz.es/sites/default/files/Escrito_entidades_cl%C3%A1usulas_suelo.pdf)

La intención de esta petición no era otra que evitar a la ciudadanía el tener que acudir necesariamente a los Tribunales de Justicia para conseguir que se anulase una cláusula que podría ser abusiva. Se partía de la consideración de que las entidades financieras debían aplicar directamente la Sentencia del Tribunal Supremo revisando sus contratos hipotecarios sin esperar a que existiese un pronunciamiento judicial que les obligase a ello. Y hacíamos esta petición desde la convicción de que este proceder era el exigible desde la buena praxis bancaria y el mas acorde con los principios de responsabilidad social corporativa que deben presidir la actuación de las entidades financieras.

Lamentablemente, la respuesta obtenida a la petición cursada por esta Institución ha estado muy lejos de satisfacer las expectativas generadas y ha defraudado las esperanzas de muchas personas que confiaban en obtener por mediación del Defensor del Pueblo Andaluz una solución rápida y equitativa

a un problema que para muchos no sólo es una cuestión de justicia, sino una necesidad imperiosa dada la precariedad de su situación económica.

La mayoría de las respuestas recibidas de las entidades financieras interpeladas se han limitado a destacar que la Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013 sólo afecta a las entidades que han sido parte en dicho proceso por lo que no se sienten directamente concernidas por la misma, resaltando que las cláusulas incorporadas a sus contratos hipotecarios respetan absolutamente la legalidad vigente y los principios de transparencia e información establecidos por el Alto Tribunal por lo que consideran que no procede acceder a la petición de revisión de los contratos hipotecarios cursada por el Defensor del Pueblo Andaluz.

Sirva a modo de ejemplo la respuesta ofrecida por la entidad CajaSur cuando señala que *“la reciente sentencia del Tribunal Supremo establece clara y rotundamente que carece de eficacia ultra partes, es decir que tan solo afecta a las entidades implicadas y que han sido partes en ese proceso judicial, entre las que no se encuentra CajaSur”*. Añadiendo que *“el contenido de nuestras cláusulas es significativamente diferente de las declaradas nulas en la sentencia de dicho Tribunal”*.

Aun más rotunda es la afirmación con la que concluye CajaSur su misiva: *“esta entidad ha respetado, respeta y respetará las normas que existan en cada momento relativas a transparencia en las operaciones hipotecarias, y entendemos que es evidente que en ningún caso se dan las mismas circunstancias descritas por el Tribunal Supremo en su sentencia”*. Una afirmación cuya rotundidad, como veremos más adelante, ha quedado gravemente entredicho a la vista de los pronunciamientos judiciales dictados con posterioridad en relación a las cláusulas suelo de esta entidad.

También resulta significativa la respuesta obtenida de la entidad Banco Popular, que resulta ser además la destinataria de un porcentaje bastante elevado de las quejas recibidas en esta Institución. Esta entidad comienza glosando resumidamente la Sentencia del Tribunal Supremo, destacando que la misma establece que *“no ha lugar a declarar, con carácter general, la nulidad de las cláusulas suelo ”* y recalcando que la entidad *“no ha sido parte”* en dicho proceso.

A continuación, resalta la trascendencia de los requisitos sobre transparencia y protección del cliente establecidos en la legislación vigente, afirmando en relación a estos requisitos que *“nuestra entidad procura observar con el mayor cuidado”*, lo que le lleva a concluir que *“a día de hoy no vemos motivos fundados para cuestionar la subsistencia en nuestras escrituras de la cláusula la que nos venimos refiriendo y en la que se centra su solicitud”*.

Las respuestas recibidas han sido todas del mismo tenor y no difieren en demasía de las que los ciudadanos están recibiendo de los distintos

servicios de atención al cliente cuando presentan su reclamaciones. Unas respuestas que, a nuestro juicio, demuestran claramente la voluntad de las entidades financieras no afectadas directamente por la Sentencia del Tribunal Supremo de obviar los contenidos de la misma y remitir a la clientela insatisfecha a los Tribunales de Justicia si desean obtener satisfacción a sus pretensiones.

Esta Institución no puede mostrarse conforme con las respuestas recibidas que proclaman, sin mas, la absoluta licitud de todas las cláusulas suelo incluidas en los contratos hipotecarios. Y no puede hacerlo porque, como ha quedado acreditado en el análisis realizado anteriormente sobre la Sentencia 241/2013, el Tribunal Supremo ha condicionado la validez de las cláusulas suelo al cumplimiento por las entidades financieras de un cúmulo tan amplio y variado de requisitos en materia de transparencia e información, que resulta muy poco probable que exista entidad financiera alguna en España que pueda acreditar fehacientemente haber cumplido con todos y cada uno de estos requisitos, en todos y cada uno de los contratos hipotecarios celebrados en los últimos años y que aun permanezcan vigentes.

Por ello, nos resulta imposible hacer una valoración positiva de la actitud de unas entidades financieras que rechazan de plano cualquier posible ilicitud en sus cláusulas suelo, sin acreditar que previamente han realizado una revisión en profundidad de sus contratos hipotecarios. Es evidente que estas entidades han optado por dejar que sean los Tribunales quienes solventen el problema, conscientes de que serán pocos los ciudadanos que puedan o estén dispuestos a llegar hasta las instancias judiciales.

Mención especial merece la respuesta facilitada por la entidad CaixaBank, ya que, aunque en el fondo reproduce argumentos similares a los ofrecidos por el resto de entidades, cuando menos en su contestación hace un encomiable esfuerzo por argumentar con cierto detenimiento la posición adoptada por la entidad y además, y esto nos parece lo mas relevante, acepta la petición de revisión de los contratos hipotecarios, particularmente por lo que concierne a los clientes incluidos en el listado facilitado por esta Institución, manifestando su voluntad de llegar a acuerdos con los mismos en relación con las cláusulas suelo.

Por lo que se refiere a la argumentación de la posición sostenida por la entidad en relación a las cláusulas suelo, CaixaBank reproduce los aspectos esenciales de la Sentencia del Tribunal Supremo, haciendo hincapié en la licitud de la cláusula suelo y en la utilidad práctica de la misma para *“facilitar la reducción del coste del crédito y el incremento de los plazos de amortización”*.

Sentadas estas premisas, la entidad se acoge a lo manifestado por el Servicio de Reclamaciones del Banco de España que considera que las cláusulas suelo *“son aplicables siempre que resulten de un acuerdo expreso entre las partes y se encuentren debidamente recogidas en el contrato”*.

Argumento que, trasladado a los contratos hipotecarios de CaixaBank, les permite concluir afirmando taxativamente que *“las cláusulas están redactadas con claridad, concreción y sencillez, cumpliendo con los criterios de transparencia enunciados por el Tribunal Supremo en la citada sentencia y sujetándose a la regulación vigente en el momento de formalización del contrato”*.

Tal y como hemos manifestado anteriormente, estas afirmaciones tan taxativas y rotundas, cuando no vienen avaladas por una revisión exhaustiva de los contratos hipotecarios en vigor, pueden llegar a considerarse como presunciones temerarias si tenemos en cuenta el enorme volumen de contratos hipotecarios concertados por esta entidad y valoramos además la circunstancia de que CaixaBank es el resultado de la fusión de varias entidades financieras entre las que se incluyen varias antiguas Cajas de Ahorro andaluzas que fueron las responsables a lo largo de bastantes años del concierto de la mayoría de las cláusulas suelo ahora cuestionadas.

En todo caso, pese a rechazar este posicionamiento de CaixaBank, debemos valorar positivamente el compromiso asumido por esta entidad para revisar los casos trasladados desde esta Institución y agradecer la disposición mostrada para *“atender de forma personalizada todas las quejas que se reciban por discrepancias con la cláusula suelo”*.

No obstante, esa disposición que, según indica la entidad, se ha concretado en entrevistas y negociaciones con los clientes incluidos en los listados remitidos por esta Institución, se ha limitado a formular a los mismos propuestas de acuerdo, sin que parezca que se haya efectuado previamente una revisión de la legalidad de las cláusulas suelo, o partiendo de la premisa de que son todas lícitas.

Las propuestas que están haciendo a sus clientes, según ha podido conocer esta Institución, consisten en ofertar la suspensión o reducción temporal de la cláusula suelo, normalmente por un periodo de un año, a cambio de la retirada de las reclamaciones presentadas ante cualquier organismo o instancia administrativa o judicial y el compromiso de no presentar nuevas reclamaciones durante el plazo de vigencia del acuerdo.

Según la información recabada por esta Institución, estas propuestas han sido aceptadas por algunos clientes pero han sido rechazadas por la mayoría de aquellos a los que se les ha ofertado por considerarlas insuficientes o inaceptables.

Esta Institución, valora positivamente la iniciativa de CaixaBank de ofrecer soluciones negociadas a los clientes afectados por cláusulas suelo, ya que demuestra una voluntad por parte de esta entidad de encontrar soluciones para los casos planteados. No obstante, debemos decir que consideramos que

las ofertas presentadas podrían y deberían ser mejoradas sustancialmente y, en ningún caso, deberían estar condicionadas a renunciaciones de derechos.

Hubiera sido deseable que CaixaBank hubiera adoptado en relación con las cláusulas suelo una actitud proactiva similar a la mostrada en relación al problema de las participaciones preferentes que permitió dar solución a muchos de los casos planteados ante esta Institución. De hecho, aun confiamos en que sea posible lograr un cambio de parecer de esta entidad y conseguir de la misma una respuesta al problema de las cláusulas suelo mas acorde con los principios de responsabilidad social corporativa.

A modo de conclusión, debemos decir que las respuestas obtenidas de las entidades financieras a la propuesta realizada por el Defensor del Pueblo Andaluz para la revisión de los contratos hipotecarios con cláusulas suelo no han satisfecho las expectativas de esta Institución ya que, por regla general, se han limitado a defender, sin matices, la legalidad de sus cláusulas suelo y la adecuación de las mismas a las exigencias de transparencia e información establecidas por el Tribunal Supremo en la Sentencia 241/2013.

Una defensa a ultranza de la legalidad de las cláusulas suelo que resulta cada vez más insostenible ya que la misma está viéndose refutada por la sucesión de pronunciamientos judiciales que vienen produciéndose desde la publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo y que mayoritariamente están resolviendo a favor de los denunciados y en contra de las entidades financieras, declarando nulas las cláusulas suelo enjuiciadas por incumplimiento de los deberes de transparencia e información.

Así, podemos citar la Sentencia 91/13 de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección nº 3), de 21 de mayo de 2013, a raíz del ejercicio de una acción colectiva de cesación, que desestima el recurso de apelación interpuesto por BBK Bank CajaSur S.A.U. contra la sentencia de Instancia. Ello ha motivado un Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Córdoba ordenando la ejecución provisional de su decisión, antes de que el Supremo resuelva el recurso de casación interpuesto por la entidad financiera. Esta Sentencia, según informaciones de prensa, podría suponer la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas a mas de 40.000 contratos hipotecarios de esta entidad.

También podemos citar la sentencia 242/2013 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección nº 28), de 26 de julio de 2013, por la que, entre otras, se declara la nulidad de la cláusula sobre límites a la variación del tipo de interés incluidas en contratos de préstamo hipotecario de Banco Popular Español S.A. y BBVA S.A.

Igualmente, como consecuencia de procesos individuales instados por particulares, podemos citar algunas sentencias recientes que declaran la nulidad de la cláusula suelo y condenan a las entidades demandadas incluso a la devolución de las cantidades cobradas indebidamente:

- Sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres (sección 1ª) que declaran nula la cláusula suelo inserta en el contrato de préstamo: sentencias 140/2013, de 3 de junio de 2013; 161 y 162/2013, de 18 de junio de 2013, afectantes a la entidad Liberbank; y Sentencia 168/2013, de 20 de junio de 2013 afectante al Banco de España de Inversiones, Salamanca y Soria S.A.U.. Estas Sentencias no imponen la obligación de devolución de cantidades.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca 209/2013 (sección 1ª), de 30 de julio de 2013, confirmando la decisión del Juzgado de Instancia y declarando la nulidad de la cláusula inserta en los contratos suscritos por los demandantes y obligando a la entidad Banco de Castilla La Mancha a la devolución de cantidades.

- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao, de 21 de octubre de 2013, por la que se declara la nulidad, por tener el carácter de abusiva por falta de transparencia, de la cláusula suelo empleada por la entidad Kutxa Rural (actual Caja Laboral Popular S.C.C.) y condena a la devolución de las cantidades cobradas indebidamente.

- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Santander, de 18 de octubre de 2013 (juicio ordinario 423/2012), siendo parte demandada Liberbank S.A. y condenándose a la devolución de cantidades cobradas indebidamente por aplicación de la cláusula declarada nula.

- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona, de 18 de junio de 2013 (juicio ordinario 46/13 D-2), siendo parte demandada el Banco Mare Nostrum S.A., aunque la declaración de nulidad no afecta a los pagos ya realizados.

- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Murcia, de 15 de mayo de 2013, en demanda de juicio ordinario contra Banco Pastor, por la que se condena a la entidad a la eliminación de su cláusula suelo en el contrato suscrito con la parte demandante, sin eficacia retroactiva.

Pero no son sólo los Tribunales los que con sus Sentencias están poniendo en cuestión la taxativa afirmación de las entidades financieras de que la totalidad de sus cláusulas suelo son lícitas y respetan escrupulosamente los requisitos de transparencia e información fijadas por el Tribunal Supremo. También el Banco de España, a través de los dictámenes de su Servicio de Reclamaciones está dejando en evidencia la temeridad de tales afirmaciones.

Así, algunas personas nos han trasladado copia de los informes emitidos por el Banco de España en el curso de las reclamaciones interpuestas contra la negativa de su entidad financiera a anular la cláusula suelo, que concluyen dando la razón al reclamante y poniendo de manifiesto el quebrantamiento por las entidades financieras de lo dispuesto por la normativa

de transparencia o de las buenas prácticas y usos financieros en relación con los deberes de información previa a la suscripción del contrato.

El criterio del Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España en relación con las cláusulas suelo es considerar que son válidas siempre que resulten de un acuerdo expreso entre las partes, y queden recogidas expresamente en el contrato, «extremando las cautelas que aseguran el conocimiento de su existencia por parte de los clientes con anterioridad a la firma de los documentos contractuales y al otorgamiento de escritura pública».

Este Departamento centra su valoración en la información previa facilitada para permitir el conocimiento de la inclusión de la cláusula, exigiendo a las entidades financieras la acreditación de la entrega al cliente de la oferta vinculante con la debida antelación (mínimo 3 días antes de la formalización en escritura) y con los requisitos establecidos en la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia en las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (que el Banco de España hace extensibles desde el punto de vista de las buenas prácticas y usos bancarios a las hipotecas de importe superior a la cuantía fijada en dicha norma con carácter obligatorio).

A modo de ejemplo podemos citar algunos pronunciamientos del Servicio de Reclamaciones del Banco de España en supuestos en los que no se observaron las exigencias legales, como es el caso de una reclamación interpuesta contra Unicaja, en la que se concluye que se habría producido un “quebrantamiento de la normativa de transparencia y las buenas prácticas y usos bancarios, al no constar que hubiera informado de las nuevas condiciones financieras -entre ellas, la cláusula suelo- con antelación a la escritura de novación de préstamo, mediante la entrega de oferta vinculante u otro documento análogo, faltando de esta manera a la transparencia informativa exigible”.

También en una reclamación contra el Banco Popular concluía el informe del Banco de España diciendo que “la actuación de la entidad debe considerarse contraria a las buenas prácticas y usos bancarios, al no haber acreditado la entrega de la preceptiva oferta vinculante, en la que debiera haberse hecho constar la denunciada cláusula de limitación a la variación del tipo de interés, lo que, debido a la cuantía del préstamo, inferior a 150.253,03 euros, constituiría también un quebrantamiento de lo dispuesto en la citada Orden de 5 de mayo de 1994.”

Del mismo modo se pronunciaba el Banco de España en una reclamación frente a Caja Granada-Banco Mare Nostrum ante la falta de firma de la oferta vinculante:

“(...) la entidad ha aportado al expediente ‘Certificado de Concesión’ emitido en relación a dicho préstamo (...). No obstante, en dicho documento no

consta la firma del reclamante, por lo que no puede verificarse que efectivamente recibiera dicho documento, y por ende, que la entidad cumpliera con las obligaciones de información previa que eran exigibles de conformidad con las buenas prácticas y usos financieros.

En este sentido, a través del acto de la firma, además de acreditar la identidad de quien ha recibido dicho documento, también se expresa tanto la conformidad con el contenido del documento como con la fecha que en él consta.”

A mayor abundamiento, en algunos casos se daba la circunstancia de que se habrían pactado bonificaciones a cambio de la contratación de determinados productos que, posteriormente, quedan sin efecto por aplicación de la cláusula suelo en los casos en que el tipo de referencia más diferencial llegan a descender por debajo del mínimo impuesto. En estos supuestos recuerda el Banco de España que la entidad debe advertir expresamente al cliente acerca de su inoperancia e, incluso, cuando sea posible en atención a su naturaleza, está obligada a facilitar al cliente una cancelación de los productos contratados sin penalización.

Pese a contar con estos pronunciamientos claros y contundentes del Banco de España, y dado el carácter no vinculante del informe emitido así como la limitación de su alcance competencial, la respuesta ofrecida a las personas afectadas por parte de las entidades financieras no es otra que su negativa a retirar la cláusula suelo y la invitación a acudir a los Tribunales de Justicia si quieren hacer valer su pretensión.

Como puede verse, tanto las resoluciones judiciales que se han dictado tras la publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo, como los pronunciamientos del Banco de España, ponen de manifiesto que una mayoría de las cláusulas suelo incorporadas a contratos hipotecarios adolecen de vicios de nulidad.

Lamentablemente, la negativa de las entidades financieras a reconocer esta realidad está dejando a la ciudadanía con la única alternativa de acudir a los Tribunales para conseguir que se respeten sus derechos como consumidor, y aunque las Sentencias dictadas hasta la fecha parecen avalar la idoneidad de esta vía judicial para solventar el problema, lo cierto es que la misma únicamente están beneficiando al pequeño número de personas que se encuentran en condiciones de afrontar los gastos e inconvenientes derivados de un proceso judicial, dejando desamparadas a una mayoría de personas y familias que, por desconocimiento o por falta de recursos, no hacen uso de esta vía judicial para defender sus derechos.

No podemos olvidar que el coste de acceder a la vía judicial se ha incrementado notablemente tras la aprobación de las nuevas tasas judiciales y que, a estas tasas hay que sumar los costes, siempre elevados, de abogado y

procurador. Por no mencionar el dispendio que supone un proceso judicial en el caso, mas que probable, de que la decisión adoptada en primera instancia sea recurrida por las entidades financieras ante instancias superiores.

Sin olvidar, por otro lado, que la actual saturación de los órganos jurisdiccionales provoca unas dilaciones en la consecución efectiva de la tutela judicial que muchas personas no están en condiciones de soportar porque necesitan soluciones inmediatas a sus dificultades para afrontar el pago de las cuotas hipotecarias.

Desde esta Institución se entiende y defiende el derecho de las entidades financieras a asegurarse una remuneración justa y suficiente por sus servicios de préstamo hipotecario, pero igualmente considera que la coincidencia de unas cláusulas que fijaban tipos de interés elevados con una prolongada coyuntura de tipos de interés de referencia especialmente bajos, ha posibilitado la obtención por las entidades financieras de unos rendimientos por los préstamos en vigor que con seguridad han superado sus previsiones por tal concepto.

Asimismo, debemos recordar los esfuerzos y sacrificios que la ciudadanía ha realizado para sostener y sanear con sus impuestos el sector financiero español. Un saneamiento que ha comportado un coste muy elevado para las arcas públicas, constituyendo una de las causas que justifican los recortes que están afectando a algunos de los derechos esenciales que conforman nuestro estado del bienestar, afectando especialmente a las personas y los colectivos sociales mas desfavorecidos y mas precisados de amparo y protección.

No se puede olvidar, tampoco, que la presente situación de crisis económica, con su correlato de destrucción de empleo y riqueza, está golpeando de forma especialmente dura a muchas personas y familias que se ven ahora incapaces de afrontar con suficiencia el pago de las deudas contraídas en épocas de mayor bonanza, entre ellas las derivadas de préstamos hipotecarios, viéndose por ello en riesgo de caer en situaciones de insolvencia e impago que puedan concluir con el drama de la pérdida de la propia vivienda.

Ante esta situación y por todas las razones que han sido expuestas, el Defensor del Pueblo Andaluz considera que sería una medida justa y acertada que por parte de todas las entidades financieras radicadas en Andalucía se procediera, sin mas dilación, a dejar sin efecto las cláusulas suelo incorporadas a sus contratos hipotecarios.

Esta petición se realiza apelando a principios de equidad y justicia, y desde la convicción de que la pervivencia de estas cláusulas suelo comporta una profunda injusticia para ese amplio sector de la población andaluza que, por carecer de los conocimientos o los medios necesarios para defender

adecuadamente sus derechos ante los Tribunales de Justicia, se ve obligado a afrontar con sus menguados recursos el pago mensual de unas cuotas hipotecarias posiblemente abusivas.

Si desean conocer con mas profundidad las actuaciones realizadas por el Defensor del Pueblo andaluz en relación a las cláusulas suelo pueden hacerlo en el siguiente enlace:

<http://www.defensordelpuebloandaluz.es/content/investigaci%C3%B3n-sobre-las-hipotecas-con-clausula-suelo>