Sra. Secretaria General de Consumo
Plaza Nueva, nº 4
41071 - Sevilla

Sevilla,
16 de mayo de 2013

Sra. Secretaria General:

Hemos recibido su informe, registrado de salida con número 378/5795 y fecha 6 de mayo de 2013, en relación con la queja que se tramita en esta Institución con la referencia arriba indicada, promovida de oficio a raíz de las denuncias recibidas de personas que han suscrito un contrato de hipoteca en el que se incluía la denominada cláusula suelo.

En su escrito nos traslada, respecto de la Recomendación que le habíamos dirigido instándole al ejercicio de la acción de cesación en vía judicial, que dicha petición ha sido elevada desde esa Secretaría General como consulta al Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, concluyéndose por este organismo que dicha iniciativa no resultaba viable ante la falta de unanimidad en las resoluciones de los tribunales en torno a la posible *abusividad* de las cláusulas suelo.

No obstante lo anterior, esa Secretaría General nos indica que estaría a la espera de conocer la sentencia del Tribunal Supremo en relación con las cláusulas suelo para tomar una decisión definitiva sobre esta cuestión.

Por lo que hace a la Recomendación que esta Institución formulara relativa a la utilización del arbitraje de consumo como vía extrajudicial para la solución del conflicto, se nos indica en el escrito recibido que dicha posibilidad deviene inviable ante la negativa o la falta de respuesta de las entidades financieras a los requerimientos instados desde la Secretaría General en tal sentido, siendo así que el arbitraje requiere para ser ejercido de la voluntaria aceptación por las partes.

A este respecto, nos trasladan que se habrían iniciado nuevos esfuerzos para lograr la adhesión de las entidades financieras al Sistema Arbitral de Consumo.

Una vez analizada la respuesta recibida, permítanos, en primer lugar, expresarle nuestra satisfacción y conformidad con las iniciativas emprendidas desde ese organismo en orden a la salvaguarda de las personas consumidoras y usuarias, como puedan ser la prevista elaboración de una Ley para la protección de sus derechos en el marco de la contratación hipotecaria o la aprobación de un Decreto que fije las indemnizaciones que pudieran derivarse de los procedimientos sancionadores incoados en materia de consumo.

Asimismo, apreciamos en la respuesta ofrecida a la Resolución formulada la buena acogida dispensada por esa Secretaría General a las propuestas realizadas por esta Institución en relación al problema de las cláusulas suelo y la disposición mostrada en orden a ejercer sus competencias de protección y defensa de las personas consumidoras en este asunto.

A este respecto, y tomando en consideración esta buena disposición, esta Institución considera oportuno trasladarle algunas consideraciones en relación con los aspectos debatidos en el presente expediente.

1.- Reflexiones en torno al alcance de la Sentencia del Tribunal Supremo.

Con la reciente publicidad del contenido íntegro de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo nº 241/2013, de 9 de mayo de 2013, hemos podido conocer a fondo los motivos por los que se ha declarado la nulidad de determinadas cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos entre consumidores y las entidades financieras demandadas (Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., Cajas Rurales Unidas, S.C.C. y NCG Banco, S.A.U.).

Así comprobamos que la Sentencia del Tribunal Supremo declara nulas las cláusulas suelo por haberse incluido en contratos hipotecarios sin haber cumplido adecuadamente los deberes de transparencia e información que hubieran permitido al consumidor en el momento de la firma del contrato conocer la existencia de dicha cláusula suelo, sus consecuencias y su trascendencia como elemento esencial del propio contrato.

En concreto se declara por el Tribunal la nulidad de las cláusulas suelo cuando concurran en las mismas las siguientes circunstancias:

a) Que se hubiera creado 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) Que falte información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

c) Que la cláusula suelo se inserte de forma conjunta con la cláusula techo y como aparente contraprestación de la misma.

d) Que la cláusula suelo se ubique entre una abrumadora cantidad de datos entre los que queda enmascarada y que diluyen la atención del consumidor.

e) Que no existan simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.

e) Que no haya información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad –caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

Dicha Sentencia condena a las entidades afectadas a eliminar dichas cláusulas de los contratos en que se insertan y a cesar en su utilización, declarando, sin embargo, el Tribunal Supremo la subsistencia de los contratos de préstamo hipotecario una vez eliminadas las cláusulas declaradas nulas.

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*».

De dicho expositivo cabe concluir que las cláusulas suelo que se encuentren en una situación idéntica a la descrita en la declaración de nulidad del Tribunal Supremo, y siempre que no se acredite que existen otras cláusulas que eliminen la insuficiencia de información descrita, deberían correr la misma suerte que las específicamente analizadas por el Tribunal y dejar de producir efectos desde que se compruebe su nulidad.

A tal objeto, consideramos que lo más oportuno sería que las entidades financieras que incluyan cláusulas suelo entre las condiciones generales de sus contratos de préstamo hipotecario con consumidores realizasen de oficio una tarea de revisión de sus modelos de contratos, con objeto de valorar si pudiera haberse producido una 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, procediendo, en tal caso, a la inmediata eliminación de la cláusula suelo de dichos contratos.

Sin embargo, en previsión de que estas iniciativas no se lleguen a acometer por las entidades financieras o se hagan sin la necesaria celeridad, estimamos oportuno requerir la intervención de esa Administración a fin de trasladar formalmente a las entidades financieras radicadas en Andalucía la oportunidad, conveniencia y necesidad de acometer con la mayor diligencia y sin dilaciones estas actuaciones de comprobación de la adecuación a derecho de sus cláusulas suelo.

2.- En cuanto al ejercicio de acciones judiciales.

Como se ha señalado anteriormente, la Sentencia limita los efectos directos de su declaración de nulidad a los casos expresamente analizados por la misma, referidos únicamente a tres entidades financieras y a tres supuestos concretos de cláusulas suelo. En cuanto al resto de contratos con cláusulas suelo el Tribunal se limita reseñar que *"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".*

Dicho de otra forma, el Tribunal considera que habría que analizar caso por caso para ver si las cláusulas suelo son nulas en función que cómo se hayan cumplido los deberes de información y transparencia cuando se celebró el contrato.

Ante la esperable negativa por parte de las entidades financieras a acometer por propia iniciativa la revisión de las cláusulas suelo incorporadas a sus contratos hipotecarios, las personas afectadas vendrán obligadas a ejercitar acciones individuales en defensa de sus derechos ante las entidades financieras que, muy probablemente, concluirán sin el necesario acuerdo y obligarán a estas personas a tener que optar entre acudir a una vía judicial que se presume larga y costosa, o renunciar a satisfacer su derecho.

Teniendo en cuenta que para muchas personas la vía judicial se presenta como un obstáculo insalvable, tanto por lo limitado de sus recursos económicos (está sujeta al pago de tasas), como por la dificultad y complejidad que presenta esta vía para personas sin una adecuada formación jurídica, es de prever que sean muchas las personas que se vean forzadas a renunciar a sus derechos y tengan que seguir soportando el pago de unas cuotas hipotecarias lastradas por unas cláusulas suelo que podrían ser nulas.

Ante esta tesitura, debemos insistir ante esa Secretaria General en la oportunidad de ejercitar ante los Tribunales una acción civil de cesación colectiva basada en la posible nulidad de las cláusulas suelo en aquellos supuestos en que concurran las circunstancias que, según la Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, supondrían que la entidad financiera no hubiera cumplido con su deber de facilitar al consumidor una información clara, suficiente y comprensible acerca del alcance y consecuencias de la citada cláusula y de su incidencia sobre un elemento esencial del contrato.

Esta acción de cesación colectiva tendría por objeto extender el pronunciamiento del Tribunal Supremo acerca de la nulidad de las cláusulas suelo hacia otros supuestos y otras entidades que no hayan sido objeto del pronunciamiento especifico del alto Tribunal contenido en la sentencia 241/2013.

A tal fin, se podrían agrupar las reclamaciones de las personas consumidoras que deseen sumarse a esta acción por entidades financieras y por tipos o modelos de contratos hipotecarios, evaluar la adecuación de las cláusulas suelo contenidas en dichos contratos a los requisitos de transparencia e información determinados por el Tribunal Supremo y, posteriormente, ejercitar la acción de cesación en vía judicial ante aquellas entidades y en relación a aquellos tipos o modelos de contratos que incluyan cláusulas viciadas de nulidad.

Estimamos que, tomando como base la Sentencia del Tribunal Supremo, se incrementarían notablemente las posibilidades de éxito de una acción colectiva y se conseguiría extender los beneficios de la declaración de nulidad contenida en dicha Sentencia a una amplia variedad de supuestos y personas sin obligar a las mismas a tener que soportar los costes y cargas que ineludiblemente se derivarían de la defensa individual de sus derechos como consumidores.

3.- En cuanto al sistema arbitral de consumo.

A nadie se le escapa que los procesos judiciales que pudieran instarse por los particulares o por esa Administración con objeto de extender los efectos de la Sentencia del Tribunal Supremo, además de resultar costosos, se prolongarían en el tiempo retrasando la solución de un problema que para muchas personas no admite demora y exige de una intervención inmediata.

En efecto, la coyuntura socio-económica actual, y en particular la de muchas familias afectadas por el desempleo y la disminución de ingresos, determinan graves problemas para afrontar puntualmente el cumplimiento de las obligaciones de pago que derivan de los contratos hipotecarios, lo que coloca a estas familias ante un riesgo cierto de caer en situaciones de mora e impago que podrían traducirse en la pérdida de sus viviendas. Unas situaciones de riesgo que se verían claramente mitigadas con la posible eliminación de la cláusula suelo de su préstamo hipotecario, que podría suponer una rebaja sustancial de la cuota hipotecaria.

Por ello, mantenemos la conveniencia, e incluso la obligación ineludible, de que esa Administración despliegue los esfuerzos que sean necesarios para conseguir que las solicitudes de arbitraje presentadas a las entidades financieras en relación con los conflictos derivados de las cláusulas suelo puedan llegar a buen fin, evitándose así las perjudiciales consecuencias que se derivarían para todas las partes implicadas de la judicialización de estos casos

A este respecto, y a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo, consideramos que las Juntas Arbitrales pueden ofrecerse como cauces idóneos para valorar, en cada caso concreto, si se producen las circunstancias de falta de transparencia acerca del alcance y consecuencias de la cláusula suelo que, de conformidad a lo determinado por el Alto Tribunal, conllevarían la nulidad de la citada cláusula y la obligación de dejar sin efecto la misma.

Por ello, creemos que los esfuerzos de esa Administración debieran centrarse en promover entre las partes esta vía arbitral como fórmula de resolución del conflicto, ya sea redoblando las gestiones de cara a conseguir la adhesión de las entidades financieras al Sistema Arbitral de Consumo, o bien planteando el establecimiento de un procedimiento de arbitraje *ad hoc* dirigido específicamente a la resolución de los conflictos relacionados con las cláusulas suelo.

En este último caso, y salvando algunas deficiencias de planteamiento, creemos que podrían seguirse fórmulas arbitrales parecidas o similares a las creadas específicamente para resolver el conflicto de las participaciones preferentes comercializadas por entidades financieras sujetas a intervención pública.

4.- Del ejercicio de la potestad sancionadora

Este aspecto no había sido desarrollado en nuestra Resolución por las dudas que existían en torno al carácter abusivo de la cláusula suelo, no obstante, dado que se ha hecho referencia a esta posibilidad en su informe, estimamos oportuno añadir nuestra posición al respecto.

El pronunciamiento del Tribunal Supremo entendemos que no despeja las posibles dudas que pudieran existir en cuanto al posible ejercicio de la potestad sancionadora en este asunto, ya que aunque determina el carácter abusivo de las cláusulas suelo, relaciona dicha *abusividad*, no con el contenido o fines de dicha cláusula, sino con el incumplimiento de los deberes de transparencia e información hacia el consumidor en el momento de su inclusión en el contrato.

Partiendo de esta consideración, estimamos que el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración de consumo únicamente podría encontrar su fundamento en las normas que tipifican como infracciones los incumplimientos de las obligaciones de información hacia las personas consumidoras en relación con la comercialización de este tipo de productos.

No obstante, teniendo en cuenta que las precisiones acerca de cual sea exactamente el alcance y extensión de estas obligaciones de información se ha producido muy recientemente, al hilo de la publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo, estimamos que podría resultar bastante controvertida la imposición de sanciones a las entidades financieras basadas en incumplimientos de estas obligaciones ocurridos mucho tiempo antes de que las mismas quedaran fijadas con el dictado de esta Sentencia.

Sin embargo, creemos que nada impide que, a partir de esta Sentencia, esa Secretaría General, ya sea en el curso de la tramitación de las reclamaciones presentadas por las personas consumidoras o bien ejercitando sus competencias inspectoras, realice actuaciones ante las entidades financieras tendentes a la comprobación de si se ha respetado la transparencia exigible en la incorporación de la cláusula suelo en los contratos hipotecarios, procediendo, cuando no fuese así, al dictado de las oportunas resoluciones requiriendo a las entidades financieras a dejar sin efecto con carácter inmediato dichas cláusulas..

En aquellos supuestos en que se produjera una desatención injustificada de estas resoluciones, consideramos que resultaría justificada una actuación sancionadora por parte de esa Administración amparada en las disposiciones de la Ley 13/2003.

El posible ejercicio de estas acciones sancionadoras podría coadyuvar a convencer a las entidades financieras de la oportunidad de encontrar fórmulas que posibiliten el acuerdo con las personas consumidoras en este asunto.

De acuerdo con lo anterior, consideramos oportuno instarle a que exprese formalmente el criterio de ese organismo ante la Resolución que le ha sido dirigida y las consideraciones añadidas a la misma que le trasladamos en el presente escrito, a fin de poder valorar finalmente el grado de colaboración de ese organismo en la conclusión del asunto y dar cumplida cuenta de todas las actuaciones desarrolladas.

En espera de recibir la contestación legalmente requerida y rogándole que la presente petición pueda ser cursada de manera preferente y urgente, le saluda atentamente,

Carlos del Barco Galvan
Adjunto al Defensor del Pueblo Andaluz