



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

Sevilla,  
15 de febrero de 2013

Sra. Secretaria General:

Nos ponemos en contacto con Ud. en relación con la tramitación del expediente de queja arriba indicado, promovido de oficio por esta Institución a raíz de las quejas recibidas de personas que han suscrito un contrato de hipoteca con inclusión de la denominada cláusula suelo.

Una vez analizada la documentación aportada en las quejas formuladas y cuanta información hemos podido recabar, de conformidad con la posibilidad contemplada en el art. 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, consideramos conveniente formularle Resolución basada en los siguientes

#### **ANTECEDENTES**

Son muchas las quejas que esta Institución viene recibiendo de personas que nos trasladan la situación en que se encuentran debido a que la hipoteca que tienen concertada cuenta con la denominada cláusula suelo. En la mayoría de los casos añaden que desconocían la existencia de esta cláusula en su contrato y que se han enterado al denunciar a su entidad financiera que la cuota hipotecaria no bajaba pese a las bajadas del euríbor.

Estas personas denuncian el abuso que supone la cláusula al no poderse beneficiar de las bajadas de los tipos y tener que abonar mensualmente una cantidad excesiva en comparación con lo que abonarían de aplicárseles el tipo de referencia actual, aportando cálculos que ponen de manifiesto el pago de unas cantidades elevadas a favor de las entidades financieras o de crédito desde que comenzaron las bajadas de tipos a partir del año 2009.

Según las quejas recibidas, con la incorporación de esta cláusula, la variabilidad del tipo de interés pretendida en el contrato desaparece para convertir al préstamo en la práctica en una operación a interés fijo que se utiliza para lograr un incremento artificial del tipo de interés ante las tendencias bajistas del mercado hipotecario, en perjuicio de sus intereses como consumidores y correlativa ganancia de la entidad prestamista.

Algunos datos aportados reflejan que el euribor comenzó a bajar del 3,5% en enero de 2009, por lo que es a partir de este momento cuando el consumidor comienza a sufrir perjuicios (aproximadamente esa cifra constituiría la cláusula suelo media fijada en los préstamos hipotecarios). Además, que ya en octubre de 2008 el Banco Central Europeo comenzó a intervenir con bajadas de tipos, por lo que bancos y cajas eran conscientes de que el euribor comenzaría su descenso de forma paralela. En este contexto, nos denuncian que cualquier entidad que fijase una cláusula suelo del 3% o superior en los contratos suscritos a partir de esa fecha buscaba lucrarse a costa del consumidor.

Muchas de las personas afectadas se habrían dirigido a sus respectivas entidades financieras planteando la posibilidad de eliminar la cláusula suelo -al menos como solución a las dificultades que enfrentan para el abono puntual de las cuotas-, encontrándose con una respuesta negativa que ni satisface sus pretensiones ni permite ofrecer una solución a sus dificultades de pago.

En efecto, desde los Departamentos o Servicios de Atención al Cliente se limitan a señalar que no pueden intervenir ante las reclamaciones que les dirigen ya que se están aplicando condiciones previstas en la escritura de concertación del préstamo y que han sido debidamente aceptadas por la parte prestataria, remitiéndoles a la decisión de los Tribunales de Justicia para su posible anulación.

Tomando en consideración que no existe aun un pronunciamiento judicial definitivo que zanje el debate abierto en torno a esta cuestión y que no es previsible que el mismo se produzca a corto plazo, un número significativo de personas se han dirigido a esta Institución solicitándole su intervención ya que estiman injustificado tener que seguir sufriendo las consecuencias de unas cláusulas que consideran injustas y abusivas.

En muchos casos estamos hablando de personas y familias que, en el panorama de crisis económica al que nos enfrentamos, se han visto afectadas por el desempleo y/o reducidos sus ingresos familiares afrontando con mucha dificultad unas cuotas hipotecarias que se alejan mucho de las cantidades que podrían estar abonando en caso de no haberseles aplicado una cláusula de limitación al tipo de interés.

Estas personas, aún conociendo que podían acudir a los juzgados y tribunales para reclamar el amparo de sus derechos, argumentan los costes y dificultades de esta vía para justificar su petición ante esta Institución, exponiendo haber agotado sin resultado todas las vías de negociación posibles con las entidades financieras y no haber encontrado el amparo necesario en las instancias administrativas que deberían proteger sus derechos como consumidores.



En este sentido, debemos señalar que esta Institución ha tramitado algunas quejas en las que se denuncia la falta de repuesta administrativa a las reclamaciones formuladas ante el correspondiente Servicio de Consumo (servicios periféricos de la Consejería de Administración Local y Relaciones Institucionales).

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, y ante la imposibilidad de intervenir directamente ante las entidades financieras y de crédito, por ser entidades jurídico privadas no sujetas a supervisión por parte de esta Institución a la que únicamente corresponde supervisar la actividad de las Administraciones Públicas de Andalucía, hemos estimado oportuno iniciar de oficio expediente de queja, de conformidad con el art. 10.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, y dirigir Resolución a esa Secretaría General de Consumo basada en las siguientes

### CONSIDERACIONES

#### **Primera.- De la posición del Banco de España.**

Las cláusulas suelo se definen como una cláusula de límite a la variación del tipo de interés aplicable, estableciendo un tipo de interés que actúa como suelo del tipo pactado que garantiza unos ingresos mínimos a la entidad que concede el préstamo, sea cual sea la coyuntura de tipos en los mercados. En algunos casos, esta cláusula limitativa se refiere al nivel mínimo del índice de referencia hipotecario utilizado en las revisiones del tipo de interés. A dicho índice mínimo se aplica entonces el diferencial pactado de forma que conduce a un resultado análogo<sup>1</sup>

En las Memorias anuales del Servicio de Reclamaciones del Banco de España se viene recogiendo la posición mantenida por dicho Servicio en los informes que emite en el curso de la tramitación de las reclamaciones planteadas frente a las respuestas ofrecidas por los Servicios de Atención al Cliente o Defensores del Cliente de las correspondientes entidades financieras. De modo resumido, podemos señalar que el Banco de España ha estimado que este tipo de cláusulas no serán contrarias a la normativa de aplicación siempre que resulten de un acuerdo expreso entre las partes y queden debidamente recogidas en el contrato de modo claro y comprensible.

Asimismo ha manifestado que estas cláusulas *“son admisibles como elemento de estabilización de los costes (desde el punto de vista del cliente) y de los rendimientos (desde la perspectiva de la entidad) de los préstamos a largo plazo”*<sup>1</sup>.

---

1 Informe del Banco de España sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, elaborado a petición del Senado y publicado en el B.O.C.G., Senado, Serie I, núm. 457, de 7 de mayo de 2010.

Por otra parte, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España ha señalado que excede de su competencia pronunciarse acerca del carácter abusivo de las cláusulas suelo, tanto se esgrima la falta de proporcionalidad entre los límites mínimo y máximo (cláusula suelo-techo) o su falta de reciprocidad (cuando sólo se fija un tipo mínimo), como per se. Esta cuestión *“en última instancia debe ser resuelta por los Tribunales de justicia y, en todo caso, requeriría un análisis individualizado de las concretas circunstancias de cada caso, ya que la proporcionalidad está vinculada al precio del producto y este viene determinado por un conjunto de elementos (índice, diferencial, frecuencia de las revisiones, plazo, vinculación exigida, etc...) diferentes para cada préstamo y relevantes en cada momento”*<sup>1</sup>.

Según viene reiterando el Banco de España, su tarea se limita a vigilar el cumplimiento por las entidades financieras de sus obligaciones respecto a la normativa de transparencia, debiendo acreditar haber informado a sus clientes de la existencia de este tipo de cláusulas antes del otorgamiento de escritura pública de formalización del préstamo. En caso contrario el Servicio de Reclamaciones emitirá un informe en el que se constate que la actuación de la entidad resulta contraria a las buenas prácticas y usos financieros, pero esto de poco servirá a quienes lo que pretenden es la aplicación de tipos de interés más bajos y ajustados a su situación económica actual ya que estos pronunciamientos del Banco de España no son vinculantes para la entidad financiera.

Debemos aclarar que la tramitación de este tipo de reclamaciones, una vez constatado su reflejo en el contrato de préstamo, se centra en la comprobación del debido cumplimiento de las obligaciones de información a cargo de la entidad financiera, en los términos de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (vigente hasta la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios).

Esta norma resulta de aplicación a los contratos de hipoteca concertados por personas físicas y cuyo importe no supere 150.253,03 euros, si bien el Banco de España ha hecho extensiva su aplicación a todos los préstamos hipotecarios desde el punto de vista de las buenas prácticas y usos bancarios (y la nueva regulación, por Orden EHA/2899/2011, así lo ha confirmado al no establecer límite cuantitativo alguno).

La normativa de transparencia regula la información que deben incorporar los préstamos hipotecarios y el deber de las entidades prestamistas de facilitar la información relativa a las condiciones financieras de la operación, entre ellas, las cláusulas por las que se limita la variación al tipo de interés.



Esta información debe constar a los clientes con anterioridad a la firma de los documentos contractuales, normalmente mediante la entrega de la correspondiente oferta vinculante. No existiendo previsión alguna respecto al plazo, el Banco de España ha establecido que, al menos, pueda ser conocida en los tres días hábiles anteriores a la formalización de la escritura pública, durante los cuales se tiene derecho a examinar el proyecto de escritura en el despacho del Notario.

La única excepción se produce en los supuestos de compraventa de vivienda con subrogación del deudor, cuando la entidad prestamista no comparece en el acto de otorgamiento de la escritura pública de formalización, trasladándose las obligaciones de información al vendedor de la vivienda (artículo 6 del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas).

Esta regulación es la que ha justificado la respuesta de muchos Servicios de Atención al Cliente, y su confirmación por el Banco de España, centrada en su propia previsión legal, la ausencia de una resolución judicial firme que obligue a las entidades a anular las cláusulas suelo y la constancia documental de que la cláusula de limitación a la variación del tipo de interés se refleja claramente en el documento contractual.

En alguna de estas respuestas hemos podido leer: “(...) *debemos significarles que el préstamo fue concertado libremente por Uds. después de negociar individualmente todas las condiciones que figuran recogidas en la escritura, entre las que se encuentra el referido tipo de interés (...)*” o que “*No se trata de una condición general pues no resulta impuesta al cliente sino negociada individualmente con el mismo, fruto del principio de libertad de pactos y por tanto potestativa. Pudiendo elegir otra oferta del mercado (...)*”.

Sin embargo, nos parece oportuno destacar que el cumplimiento formal de las obligaciones de información a cargo de las entidades prestamistas no viene a equiparar las posiciones de las partes que suscriben el contrato de hipoteca. Obviamente hay una posición de inferioridad en la parte prestataria por la que, en la práctica, podría hablarse de verdaderos contratos de adhesión cuando no cabe hablar de negociación más allá de pequeñas modificaciones al tipo de interés aplicable por la entidad.

En esta dirección entendemos que coincide el Banco de España en su informe sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, elaborado a petición del Senado, cuando analiza los datos recogidos en su estudio muestreado sobre restricciones a la bajada y/o subida de tipos de interés por parte de las entidades financieras en sus préstamos hipotecarios<sup>1</sup>:

*“Un análisis desagregado de estas prácticas muestra que la aplicación de este tipo de cláusulas es, en general, una práctica decidida, en cada momento, por cada una de las entidades para el conjunto de sus operaciones.*”

*Por otra parte, también se trata de una práctica que suele aplicarse por las entidades con bastante rigidez. Es decir, la decisión de aplicar o no estas cláusulas se adopta como política comercial de carácter general por la dirección central de cada entidad y se suele ligar a los productos hipotecarios con mayor distribución de cada una. De esta forma, los elementos finales de la cadena de comercialización del producto, normalmente los directores de sucursal, no tienen la facultad de alterar esa característica básica del producto. Aunque en algunos casos sí pueden modificar mínimamente alguna variable del mismo, lo mismo que ocurre con los diferenciales practicados sobre el índice de referencia correspondiente.”*

**Segunda.- Del estado de la cuestión en vía judicial.**

Los pronunciamientos judiciales en la materia – que son cada vez más numerosos- vienen siendo contradictorios, por cuanto algunas decisiones judiciales han sido favorables a los intereses de los denunciantes pero otras han dado la razón a las entidades financieras que habían sido denunciadas.

Entre las decisiones judiciales favorables para las entidades de crédito debemos citar las que defienden que la cláusula suelo no resulta abusiva puesto que el contrato refleja otras condiciones más favorables para el cliente; las que entienden que el contrato de préstamo no puede entenderse como de reciprocidad de prestaciones y que el precio no tiene por qué ser justo sino que se pacta libremente; o las que se remiten al derecho del consumidor a no contratar un producto que considere por debajo de sus expectativas económicas o cuyas condiciones considere puedan ser superadas por otro producto de las mismas características ofrecido por otra entidad competidora.

No obstante, también existen numerosas sentencias en favor de las personas afectadas, declarando el carácter abusivo de las cláusulas suelo y anulando las mismas por quiebra del principio de buena fe contractual o por falta de reciprocidad, e incluso obligando a la devolución de las cantidades repercutidas en virtud de dicha cláusula. Asimismo, en ocasiones se habría declarado el incumplimiento del deber de información referido a la existencia y alcance de este tipo de cláusulas en el contrato de préstamo hipotecario.

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla, de 30 de septiembre de 2010 es una de las que más se ha invocado por las personas afectadas, al tratarse de una acción colectiva promovida por una asociación de usuarios de servicios financieros contra varias entidades financieras para que se declarase la nulidad, por abusivas, de las cláusulas suelo impuestas por las mismas. Dicha sentencia las definió como condiciones generales de contratación, que coadyuvan a definir la remuneración del contrato pero no constituyen su esencia, y respecto de las que no cabe negociación sino que su aplicación responde a la política discrecional y unilateral de cada entidad.



Las declaró nulas por entender que sólo cubren el riesgo comercial de una parte: en los casos de existencia sólo de cláusula suelo consideró que tal pacto sería nulo por falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor y, de existir cláusulas suelo-techo consideró que faltaría a la reciprocidad si no hubiese una prudencial o razonable relación de equivalencia o semejanza, legalmente exigible, entre la limitación al alza y a la baja de la variación de los tipos de interés.

En los casos de los que conoció advirtió que las limitaciones al alza y a la baja no eran semejantes en la terminología de la Orden ministerial de transparencia sino que la relación era desproporcionada y señaladamente por el lado de la subida o techo, en relación al suelo.

Dicha Sentencia, sin embargo, fue revocada por la Audiencia Provincial de Sevilla, en sentencia de 7 de octubre de 2011, al entender que estas cláusulas no constituyen una condición general de la contratación sino que forman parte de las condiciones esenciales del contrato, el precio o interés mínimo que ha de satisfacer durante toda la vida del préstamo; por lo que su aceptación es libre y voluntaria, fruto de un previo examen, análisis y estudio de la oferta vinculante que puede contrastar con otras ofertas existentes en el mercado. Por otra parte, entiende que la normativa de transparencia aplicable en la concertación de préstamos hipotecarios asegura la libre formación de la voluntad del prestatario.

En este sentido, consideró que la existencia de escrituras de préstamos de las entidades demandadas que contenían pactos de limitación del interés y otras que no, pondría de manifiesto la posibilidad de una negociación efectiva, así como prueba de que no son contrarios a la buena fe.

En cuanto a la falta de reciprocidad alegada, concretada en el desequilibrio en los derechos y obligaciones del contrato por falta de equivalencia entre la limitación a la baja y al alza, entendió que esta cuestión afecta al contenido económico de la operación. Por contra, el equilibrio al que se referiría la definición legal de las cláusulas abusivas afecta al contenido jurídico obligacional y que, en el contrato de préstamo, la única obligación a cargo de la entidad prestamista sería la entrega del dinero.

De interés también nos parece citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, de 24 de abril de 2012, por la que se estimó una acción colectiva contra las cláusulas suelo impuestas por determinada entidad financiera. Entendía dicha Sentencia que nos encontramos ante condiciones generales de la contratación impuestas y que la normativa sobre transparencia no puede excluirlas del ámbito de aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación al tener por último objeto el control administrativo del Banco de España y no poder incidir en la tutela jurisdiccional civil de los contratos de consumidores.

En este caso, concluía el Tribunal que las cláusulas son redactadas e impuestas por la entidad bancaria «lo que significa que si el cliente quiere obtener el correspondiente contrato de préstamo hipotecario, necesariamente tiene que aceptar las cláusulas cuya nulidad se postula, además de otro tipo de obligaciones, como la contratación de seguros de muy diversa naturaleza etc.».

Asimismo recuerda la Sentencia que la Orden de 5 de mayo de 1994 también se refiere a las cláusulas de redondeo y el Tribunal Supremo ha considerado que se trataría de condiciones generales de la contratación (Sentencias de 20 de diciembre de 2010 y 2 de marzo de 2011).

Igualmente invoca las Sentencias del Tribunal Supremo por las que se remite a la Sentencia del TJCE de 3 de junio de 2010, según la cual, «un tribunal nacional puede apreciar en cualquier circunstancia el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera al objeto principal de ese contrato, incluso cuando esa cláusula ha sido redactada de antemano por el profesional de una manera clara y comprensible. El TS ha declarado que es indiferente que la cláusula se refiera a un elemento esencial del contrato como es el precio a efectos de considerar su carácter abusivo. Es decir, aunque la cláusula se refiera al precio mismo del contrato (elemento esencial, por tanto), ello no impide que podamos estar ante una condición general no negociada individualmente, y deberemos estar a cada caso concreto.»

Concluía la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres afirmando que «esas cláusulas limitativas que la entidad de crédito podía incluir en el contrato, no eran negociadas ni percibidas ni contempladas por el consumidor medio como parte integrante del precio. Las percibía, en su caso, como una imposición o condición accesoria, ya que o bien la aceptaba, o bien no recibía el préstamo, de tal modo que no pueden ser calificadas de "elemento esencial". La forma de incluir estas cláusulas limitativas, que suponen un evidente acotamiento de techos y suelos e influyen de manera indubitada en el coste final del préstamo, se firmaban por los clientes de la entidad bancaria como accesorias al contrato y no como parte sustancial del precio mismo.»

En cuanto a la consideración del carácter abusivo de las cláusulas suelo-techo por resultar desproporcionadas o carentes de reciprocidad, entendía el tribunal que existe desproporción ya que en los casos analizados se imponía un "límite suelo" excesivamente alto en beneficio de la entidad de crédito, mientras que el "límite techo" se fijaba en intereses absolutamente inimaginables tanto en la fecha en que se firmaron como en la actualidad.

Por todo ello confirmaba la sentencia de instancia mediante la que se declaraba la nulidad de las cláusulas limitativas del tipo de interés incorporadas a los contratos de préstamo a interés variable de la entidad apelante, condenándola a eliminarlas y abstenerse de su empleo en el futuro.



Actualmente, es el Tribunal Supremo quien habrá de pronunciarse sobre los recursos de casación en interés de ley interpuestos frente a las sentencias dictadas en segunda instancia, lo que pudiera orientar finalmente el estado de la cuestión.

***Tercera.- De la posición de esta Institución.***

Ya en nuestro Informe Anual al Parlamento de Andalucía correspondiente al ejercicio 2010 manifestábamos que, aunque por razones competenciales no podíamos intervenir en las quejas que denunciaban por abusivas las cláusulas suelo contenidas en préstamos hipotecarios, considerábamos que estas prácticas bancarias parecen estar muy próximas a los que podríamos considerar como cláusulas abusivas, por lo que podrían ser contrarias a derecho.

Asimismo, en nuestro último Informe Anual, recordábamos que las normas también han de ser interpretadas de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas y que los organismos públicos no sólo deben velar por el mantenimiento del equilibrio y buena salud del sistema financiero sino que debieran tener muy en cuenta la sociedad que pretendemos construir y si las decisiones que adoptan coadyuvan a ello.

Como hemos expuesto, la realidad actual es que un número significativo de personas se han dirigido a esta Institución solicitándole su intervención ya que estiman injustificado tener que seguir sufriendo las consecuencias de unas cláusulas que consideran injustas y abusivas mientras se produce un pronunciamiento judicial definitivo que zanje el debate abierto en torno a esta cuestión.

Estas denuncias se refieren, de un lado, a la falta de información relativa a la consignación de cláusulas de limitación a la variación del tipo de interés estableciendo unos mínimos y, de otro, a su carácter abusivo.

a) Sobre la falta de conocimiento de la existencia de cláusula suelo incorporada al contrato de hipoteca.

De acuerdo con el artículo 7.3 de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia en las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, el Notario que asista al acto de otorgamiento de la escritura de formalización del contrato de préstamo a tipo de interés variable debe advertir expresamente al prestatario cuando se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés. En particular, señala el mismo precepto, «cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes».

Esta previsión contrasta con los datos obtenidos de las quejas recibidas a las que se adjuntaron la escritura de otorgamiento de hipoteca en la que se recogían limitaciones al tipo de interés con importante desproporción entre el suelo y el techo: Hasta la fecha, no hemos encontrado en ninguno de los documentos examinados expresa consignación de la circunstancia legalmente prevista por parte del Notario.

Este dato nos lleva a dar por ciertas las afirmaciones vertidas en muchas de las quejas recibidas donde se insiste en que no hubo tiempo para leer las escrituras (e incluso que no se les llegó a facilitar la oferta vinculante) y que en ningún momento se les advirtió expresamente, ni por personal de la entidad financiera o de crédito, ni por el Notario, de la existencia de cláusulas de limitación a la variación del tipo de interés y/o de la incidencia que pudiera tener este tipo de cláusulas.

Nos parece oportuno hacer mención a la regulación contenida en el artículo 18 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, de aplicación a los préstamos hipotecarios suscritos con empresas que no sean entidades de crédito.

En este caso, la normativa de protección de consumidores introduce una salvedad en relación con los deberes notariales de advertencia expresa de la existencia de límites a la variación del tipo de interés que no sean semejantes al alza y a la baja. Así, cuando se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, se remite a lo previsto en el artículo 84 del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLDC). En tal supuesto el Notario no autorizará el negocio jurídico, siendo recurrible esta decisión ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Esta regulación específica nos hace suponer que ya en la mente del legislador rondaba la posibilidad de que las cláusulas de limitación al tipo de interés aplicable al préstamo hipotecario pudieran ser declaradas abusivas.

#### b) Sobre el carácter abusivo de las cláusulas suelo.

Aunque no corresponda a esta Institución hacer un pronunciamiento sobre el posible carácter abusivo de estas cláusulas de modo que pueda surtir efectos en la esfera jurídica de las personas afectadas, consideramos que el ejercicio de nuestras competencias de protección de los derechos de la ciudadanía nos permite emitir nuestro propio juicio al respecto que sirva para justificar la petición que se dirige a la Administración interpelada.



El artículo 82.1 del TRLDC define las cláusulas abusivas como «todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato». Añade en su punto 3 que: «El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa».

El artículo 87 TRLDC recoge supuestos concretos que tendrán la consideración de cláusulas abusivas por falta de reciprocidad. Si bien no están contempladas específicamente las cláusulas suelo (al igual que no lo estaban las cláusulas de redondeo al alza, introducidas por Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de consumidores y usuarios), debe advertirse que no se trata de una lista exhaustiva.

Las cláusulas abusivas se consideran nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas, correspondiendo al Juez que declare su nulidad disponer de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario (artículo 83 TRLCD).

Como hemos podido comprobar en las quejas recibidas, y en contra de las afirmaciones relativas a la adecuación a la legalidad de las cláusulas suelo siempre que resulten de un acuerdo expreso entre las partes y se encuentren recogidas en el contrato, podemos sostener que, aunque en los documentos formalizados hayan quedado recogidas, esta circunstancia no supone necesariamente su conocimiento por el prestatario, y mucho menos que hayan podido negociarse.

Coincidimos plenamente con los pronunciamientos judiciales e institucionales que ponen de manifiesto que en el momento de suscribir el préstamo hipotecario quienes se encuentran en situación de desventaja no tienen opción alguna de negociación sobre cláusulas aplicadas con carácter general como política comercial de la entidad prestamista.

Es más, podemos llegar a afirmar que en muchos de los casos en que se formalizó el contrato habiendo dado lectura completa a todas las cláusulas incorporadas al mismo, la parte prestataria ni siquiera tendría conciencia del alcance que la cláusula discutida podía llegar a tener.

Además, lo más probable es que no se hubiera contado con información suficiente sobre las cuotas periódicas que se tendrían que satisfacer atendiendo a diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés. Así, no ha sido hasta la aprobación de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, cuando específicamente se ha regulado la obligación de las entidades de crédito de presentar al menos tres cuotas de amortización, calculadas mediante

el empleo de los niveles máximos, medios y mínimos que los tipos de referencia hayan presentado durante los últimos quince años o el plazo máximo disponible si es menor. La aportación de estos estudios junto con la oferta vinculante a quienes ahora denuncian la aplicación de las cláusulas suelo habría dado una pista bastante significativa de hacia donde se orientaban los tipos de referencia y de la distancia que pronto se pondría de manifiesto por aplicación del tipo de interés mínimo incorporado al contrato.

En cuanto a la discusión acerca del equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes que suscriben el contrato de préstamo hipotecario, nos parece oportuno recordar la posición del Tribunal Supremo respecto a la cláusula de redondeo del tipo inicial.

Así, en la sentencia de 2 de marzo de 2011 señalaba que esta cláusula provocaba un desequilibrio importante en las prestaciones de las partes, pues «la posición del Banco queda reforzada mediante la recepción de unos ingresos sin contraprestación, y contrariamente se debilita la posición del prestatario que se ve obligado a pagar siempre un exceso sin recibir nada a cambio. Tal desequilibrio, provocado por el banco, solo puede calificarse de contrario a la buena fe (...)».

Por similitud, entendemos que se produce este desequilibrio cuando se incorporan estipulaciones no negociadas que establecen una limitación al tipo de interés variable sólo mediante la fijación de un tipo mínimo o cuando existe desproporción entre la limitación mínima y la máxima.

Bien es verdad que la prudencia exige poner de manifiesto que la incorporación de estas cláusulas pudo resultar determinante para la concesión del crédito y que, en otro caso, las condiciones pudieran haberse endurecido ya fuese mediante el aumento del coste del crédito o mediante la reducción del plazo de la operación.

Señalaba el Banco de España en su informe al Senado que la falta de reciprocidad o de proporcionalidad de estas cláusulas habría de ser valorada en función de muy diversas circunstancias vinculadas al precio del producto, respecto del que resultaba relevante la fecha de formalización del contrato, pues de este dato dependían las expectativas que existiesen sobre la evolución y volatilidad del correspondiente índice y esas expectativas, además, son continuamente cambiantes.

Pero estas mismas manifestaciones nos sirven para destacar la denuncia que se nos traslada en las quejas recibidas respecto a la evolución de los tipos de interés, con tendencias bajistas que se vislumbraban en el contexto de crisis financiera. Asimismo, se nos denuncia de modo reiterado que se aprovechó la novación del contrato, realizada ante las dificultades de pago de las cuotas por la crisis económica, para incorporar este tipo de cláusulas cuando inicialmente no estarían previstas.

Por contra, el propio Banco de España citaba en el reiterado informe al Senado que *“las acotaciones al alza, pese a alcanzar una parte significativa de*



*la cartera, no tienen, en general, virtualidad como mecanismo de protección real y efectiva frente a incrementos de tipos de interés. De hecho, muchas de las entidades que aplican límites simultáneos, también ofrecen a la clientela otros productos específicos para la cobertura de este riesgo”.*

Entendemos que esta cita pone de manifiesto la irrealidad de que las dos partes en el contrato compartan los riesgos derivados de la coyuntura de tipos en los mercados, cuando sólo se establece una limitación para una de las partes o cuando la limitación fijada al alza sea de improbable ejecución.

Por último nos parece oportuno poner de relieve cómo la cruda realidad actual ha puesto de manifiesto la concreción de unos hechos que hace dos años y medio se estimaban “excepcionales”. Así, señalaba el tantas veces mencionado informe del Banco de España, en cuanto a la activación de suelos y la ausencia de especial conflictividad por esta causa (mediada en relación al número de reclamaciones ante el defensor del Cliente):

*“Otra de las razones de esa escasa conflictividad puede ser la percepción generalizada de que un Euribor por debajo del 2%, como sería el determinante de una aplicación amplia de los suelos, es excepcional (como lo es la profundidad de la crisis a que se vincula dicho nivel del índice) y, por tanto, que la aplicación del suelo también lo es, o está justificada.”*

Lamentablemente, si se extrapolan estos datos a nuestros días con datos del euribor bajo mínimos, podemos concluir que la aplicación de las cláusulas suelo estaría teniendo una incidencia importante en el conjunto de préstamos hipotecarios suscritos y que, lo que se consideraba excepcional y justificado, se ha convertido en la rutina contra la que a diario luchan quienes no tienen suficiente poder como para imponer sus decisiones.

**Cuarto.- De la defensa y protección de las personas consumidoras a cargo de la Administración autonómica.**

El artículo 27 del Estatuto de Autonomía para Andalucía garantiza los derechos de las personas consumidoras a asociarse y a la información, formación y protección, remitiendo a la ley su regulación.

De acuerdo con el artículo 58.2.4º del propio Estatuto de Autonomía, corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía la competencia exclusiva en materia de defensa de los derechos de los consumidores.

En relación con el contenido de los derechos garantizados estatutariamente, nos parece oportuno acudir a la vigente Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de defensa y protección de los consumidores y usuarios de Andalucía (en adelante LDCA), destacando los que se podrían esgrimir en relación con la aplicación de cláusulas suelo y las medidas que la ley encomienda a las Administraciones para su debida garantía:

Art. 4.2.- «La protección, reconocimiento y realización de sus legítimos intereses económicos y sociales».

Art. 4.3.- «La indemnización y reparación efectiva de daños y perjuicios producidos en los bienes, derechos o intereses que esta Ley tutela, de conformidad con la legislación vigente».

Art. 4.5.- «La información veraz, suficiente, comprensible, inequívoca y racional sobre las operaciones y sobre los bienes y servicios susceptibles de uso y consumo, de acuerdo con la normativa vigente».

Art. 4.7.- «La especial protección en aquellas situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión en que puedan encontrarse individual o colectivamente».

Estos derechos se concretan y desarrollan en la propia LDCA, especificando normativamente su alcance y contenido.

Así, por lo que se refiere al derecho contenido en el art. 4.2. la LDCA especifica que para la consecución de la **máxima satisfacción y respeto de los derechos e intereses legítimos de los consumidores**, la Administración de la Junta de Andalucía comprometerá su política social y económica (art. 10 LDCA).

Con tal objetivo, los órganos competentes de la Administración de la Junta de Andalucía adoptarán, entre otras, las medidas de protección precisas para «asistir a los consumidores en el ejercicio de su libre acceso a los bienes y servicios del mercado, en condiciones de equilibrio e igualdad, especialmente, en caso de posición de dominio en el mercado» (art. 11.b LDCA).

Igualmente, corresponde a los órganos de defensa del consumidor desarrollar sistemas de control e inspección que coadyuven a «la efectiva aplicación y estricto cumplimiento de las disposiciones vigentes referentes a la elaboración, distribución, información, publicidad, promoción, oferta y venta de bienes y servicios» (art. 12.i LDCA), entre otros objetivos.

En cuanto a lo dispuesto en el art. 4.3., la LDCA aclara que para la efectividad del **derecho a la indemnización y reparación de daños a los consumidores**, los órganos de defensa del consumidor adoptarán aquellas medidas que puedan promoverlo, incluyendo los procedimientos voluntarios de resolución de conflictos (art. 14 LDCA).

A los efectos de dar protección jurídica al **derecho de información** contemplado en el art. 4.5. señala la Ley que las Administraciones Públicas de Andalucía adoptarán medidas eficaces dirigidas a: «Asistir a los consumidores frente a las prácticas, métodos y sistemas de publicidad, promoción o comunicación que atenten contra la libre y racional elección entre las ofertas concurrentes en el mercado, sin perjuicio de la aplicación de la normativa vigente» (art. 16.b LDCA).



Asimismo, en defensa de los intereses colectivos de los consumidores, el artículo 17 LDCA impone obligaciones de información a los sujetos responsables de la comercialización, distribución y venta de bienes o prestación de servicios: «están obligados a ofrecer una información veraz, suficiente y comprensible sobre las características de los mismos, los procedimientos de contratación y todo aquello que afecte a su uso y consumo».

Por último, y en lo referente al derecho contenido en el art. 4.7, el artículo 36 LDCA encomienda a los órganos de defensa del consumidor que promuevan las medidas adecuadas para remediar las **situaciones de desventaja** de los consumidores en el mercado, por razón de edad, discapacidad, deficiencias de formación, desigualdad con las empresas, o cualquier otra análoga.

Los preceptos transcritos puestos en relación con los hechos denunciados referentes a la aplicación de cláusulas suelo ponen de manifiesto posibles vulneraciones de los derechos que asisten a las personas consumidoras, que reclaman una actuación consecuyente de la Administración a la que se ha encomendado su defensa y protección.

Así, esta Institución entiende que, con independencia del pronunciamiento que puedan realizar los Tribunales, no cabe olvidar que las personas afectadas por las cláusulas suelo tienen la condición de personas consumidoras en su relación con las entidades financieras y de crédito, por lo que las Administraciones que ostentan competencias de tutela de sus derechos debieran valorar la conveniencia de intervenir en relación con las denuncias planteadas por el posible carácter abusivo de dichas cláusulas.

Apreciamos que dicha actuación debiera dirigirse a la protección de los derechos de las personas consumidoras afectadas, propugnando en su caso la anulación de las cláusulas que se estimen abusivas e interesando la indemnización y reparación efectiva de los perjuicios producidos como consecuencia de la aplicación de dichas cláusulas.

En especial consideramos que debe atenderse a la situación de desventaja que se plantea entre las entidades prestamistas y quienes suscribieron sus contratos de hipoteca con las mismas, debiendo declarar que, como consecuencia de tal desventaja, las condiciones del préstamo hipotecario que ofrecían las entidad financieras o de crédito no eran negociables, convirtiéndose su firma en un mero acto de adhesión, en muchos casos sin que quien firmaba tuviese pleno conocimiento de todas sus implicaciones.

Estamos hablando de muchas personas y familias que como consecuencia de la crisis económica se ven actualmente imposibilitadas de hacer frente al pago de las cuotas hipotecarias y podrían por ello verse inmersas en procedimientos de ejecución hipotecaria que conllevaran la pérdida de sus hogares. Un riesgo que desaparecería o se minoraría en gran medida si las entidades financieras aceptasen dejar de aplicar las cláusulas suelo y devolver las cantidades cobradas en exceso como consecuencia de su aplicación.

Al menos desde el ámbito de la negociación sería aconsejable llegar a acuerdos con las entidades financieras que incorporen cláusulas suelo no negociadas individualmente a sus contratos de préstamo hipotecario, con objeto de aplicar medidas compensatorias a quienes encuentran graves dificultades en el pago de las cuotas, con riesgo de concluir en un proceso de ejecución hipotecaria.

**Quinto.-** *De las posibles medidas para la defensa y protección de las personas consumidoras.*

Pretendemos ofrecer el amparo normativo que pudiera justificar la actuación de la Administración con competencias en materia de defensa de los derechos de los consumidores, en los términos que ha sido expuesto:

#### 1.- Procedimientos judiciales.

En el caso particular de las personas afectadas por la aplicación de cláusulas suelo esta vía tendría especial importancia, dado que el único remedio que actualmente se les ofrece es acudir individualmente a la lenta y costosa vía judicial para la declaración de nulidad de sus respectivas cláusulas de limitación al tipo de interés variable y la devolución de las cantidades abonadas de más junto con los correspondientes intereses.

A este respecto, el artículo 54.1 y 3 TRLDC establece que los órganos de las Comunidades Autónomas competentes en materia de defensa de consumidores y usuarios están legitimados para ejercitar la acción de cesación frente a las conductas contrarias a lo dispuesto en materia de cláusulas abusivas y frente al resto de conductas contrarias al TRLDC que lesionen intereses colectivos o intereses difusos de los consumidores y usuarios.

Asimismo, podrán personarse en los procesos promovidos por cualquiera de las entidades a las que dicha norma atribuye la misma legitimación, si lo estiman oportuno para la defensa de los intereses que representan (art. 54.2 TRLDC).



Dicha acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura (art. 53.1 TRLDC) o a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz (art. 12.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, en adelante LCGC).

De acuerdo con este último precepto, a la acción de cesación podrá acumularse, como accesoria, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones.

En este caso, la legitimación de los órganos de las Comunidades Autónomas competentes en materia de defensa de los consumidores viene recogida en el artículo 16.4 LCGC. Igualmente, el inciso final de este precepto establece la posibilidad de personación en los procesos promovidos por otras entidades que ostentan legitimación.

## 2.- Procedimientos extrajudiciales.

El sistema extrajudicial de resolución de conflictos a través de arbitraje nos parece una medida especialmente adecuada para la posible solución individualizada a las situaciones particulares.

El sistema arbitral establece la posibilidad más ágil, informal y económica que la vía judicial, de alcanzar un acuerdo entre las partes a través de la mediación o bien terminar en el correspondiente laudo que, con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, resuelve la correspondiente reclamación (aunque su efectiva ejecución haya de ser instada en vía judicial).

Particularmente de interés pudiera resultar el artículo 56 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, mediante el que se establece la posibilidad de desarrollar un arbitraje de consumo colectivo. Éste tiene por objeto resolver en un único procedimiento arbitral de consumo los conflictos que, en base al mismo presupuesto fáctico, hayan podido lesionar los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, afectando a un número determinado o determinable de éstos.

Por todo ello, consideramos que una medida de arbitraje podría encontrar una respuesta positiva por parte de las entidades financieras ya que posibilitaría la adopción de soluciones alternativas a quienes actualmente se ven obligados a pagar cantidades excesivas en comparación con las que abonarían si resultara de aplicación el tipo de interés de referencia.

En este sentido, incluso desde los Servicios de Atención al Cliente de las entidades financieras se ha remitido a quienes reclamaban a que negociasen con su respectiva sucursal al tratarse de una facultad discrecional de la entidad

respecto de la que no les correspondía posicionamiento alguno.

Por todo lo anterior, y de acuerdo con la posibilidad contemplada en el art. 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, se formula a la Secretaría General de Consumo la siguiente

## RESOLUCION

RECOMENDACIÓN: Que se ejerzan medidas de protección y defensa de las personas consumidoras y usuarias afectadas por la aplicación de cláusulas suelo abusivas en sus contratos de préstamo hipotecario y, en particular:

- el ejercicio de la acción de cesación de conductas contrarias a lo dispuesto en materia de cláusulas abusivas y que lesionen intereses colectivos o intereses difusos de los consumidores y usuarios o bien relacionadas con las condiciones de contratación impuestas por las entidades prestamistas en el ámbito territorial de Andalucía, sumada a la de devolución de las cantidades abonadas en exceso.

- supletoriamente, la personación en los procesos judiciales promovidos por otras entidades que ostentan legitimación para ello, como pueden ser las organizaciones de defensa de los derechos de consumidores y usuarios.

- el arbitraje de consumo como vía extrajudicial para la solución de un problema que afecta a un número importante de personas en Andalucía.

Esperamos confiadamente que, de conformidad con lo dispuesto en el apartado primero del artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, en el plazo no superior a un mes nos facilite respuesta escrita a la presente Resolución donde ponga de manifiesto la aceptación de la Recomendación formulada o, en su caso, exponga las razones que estime oportunas para no aceptarla.

Sin otro particular, reciba un cordial saludo.

A circular blue stamp of the Defensor del Pueblo Andaluz. The text around the perimeter reads "EL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ" with a small star at the bottom. In the center, there is a logo depicting a person sitting at a desk with a scale of justice. A blue ink signature is written over the stamp.

José Chamizo de la Rubia  
Defensor del Pueblo Andaluz en funciones