

LA CLÁUSULA SUELO-TECHO EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO Y LA PRUEBA DE SU NEGOCIACIÓN INDIVIDUAL¹

Análisis de algunos pronunciamientos judiciales recientes previos a la Sentencia del Tribunal Supremo sobre cláusulas suelo

Lourdes García Montoro

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

La posible abusividad de las cláusulas suelo-techo que se introducen en muchos contratos de préstamo hipotecario está siendo objeto de numerosos pronunciamientos por parte de los órganos judiciales nacionales. A la espera de que el Tribunal Supremo sienta doctrina al respecto, es necesario estudiar los casos concretos de forma individualizada.

Las cláusulas suelo – techo y la mala fe del empresario

Es conocida la práctica utilizada por las entidades bancarias consistente en imponer un límite mínimo (suelo) y otro máximo (techo) al tipo de interés del préstamo hipotecario, tomando como índice de referencia el Euribor. La finalidad de estas cláusulas es evitar que la entidad bancaria registre pérdidas como consecuencia de las fluctuaciones del mercado financiero.

Las entidades bancarias, conectoras del sector financiero en el que desarrollan su actividad, pueden objetivamente prever subidas y bajadas en el tipo de interés variable fijado como índice de referencia para el préstamo. El consumidor que firma el préstamo conoce la situación actual del mercado financiero en la medida en que puede acceder a la información pública y a la que le es facilitada por parte del banco. Sin embargo, es difícil que un consumidor, ajeno al sector en el que la

¹ Trabajo realizado con la ayuda del proyecto "Grupo de investigación y centro de investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo" concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, DER 2011-28562 (Resolución de 23 de diciembre de 2011)

entidad bancaria realiza su actividad, pueda prever en la misma medida que ésta las futuras fluctuaciones del mercado. Es por eso que el consumidor parte de una situación de inferioridad y merece una protección especial.

En el caso resuelto por la **Sentencia 217/2012, de 19 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Vitoria-Gasteiz**, la cláusula suelo fijaba el límite mínimo en un 2,50% + 0,40 y el límite máximo establecido por la cláusula techo quedaba en el 18%. Tengamos en cuenta que el máximo alcanzado por el índice de referencia fue el 5,5%. El prestatario decidió interponer reclamación ante la actuación de la entidad bancaria, por considerar que *“las cláusulas por las que la entidad ha puesto límites al tipo de interés son abusivas, ya que existe una gran desproporción entre el suelo y el techo”*.

La misma argumentación utilizó el demandante en la **Sentencia 59/2013, de 7 de marzo, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao**, en la que las cláusulas suelo y techo del contrato analizado quedaban fijadas en un 3% y un 15% respectivamente.

En ambos casos, el diferencial entre cláusula suelo y techo supera el 12%, y los consumidores afectados por la inclusión de estas cláusulas en sus contratos de préstamo hipotecario han podido comprobar que el índice de referencia no ha superado el 6% en los últimos 10 años, lo cual hace muy poco probable que el tipo máximo vaya a entrar en juego durante la vida del préstamo, y es por eso que solicitan la declaración de esta cláusula como abusiva.

Sobre hechos similares se pronuncia la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1ª, de 19 de junio de 2012**, la cual afirma que *“La entidad financiera sabe, desde que predispone la cláusula suelo que la misma entrará en funcionamiento, sin duda alguna, como aquí ha sucedido y, al tiempo, reviste de falso ropaje recíproco dicha cláusula, con el establecimiento de otra, supuestamente beneficiosa para el consumidor y perjudicial para la entidad, que impide la subida de tipos de interés a partir de un hecho absoluta y totalmente irreal [...]. De ese modo, disimula la cláusula que se quiere predisponer, con otra que sabe que nunca tendrá virtualidad práctica, todo ello en un acto de clara contradicción con la buena fe; en un acto claramente abusivo y que, por tanto, debe provocar la nulidad de la cláusula.”*

Cláusulas abusivas: negociación individual

La argumentación que habitualmente la entidad bancaria sostiene en su favor es la imposibilidad de tachar la cláusula suelo-techo como abusiva, al haber sido individualmente negociada. Efectivamente, según el artículo 82.1 TRLGDCU *“Se considerarán abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente [...] 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”*.

El Juzgado de Vitoria insiste en que debe ser el empresario quien pruebe el hecho de que la cláusula en cuestión ha sido negociada individualmente, según recoge el artículo 82.2 del TRLGDCU en su segundo párrafo. En este sentido, la entidad

bancaria alega haber negociado individualmente con el cliente la cláusula suelo-techo, puesto que no se incluye en contratos de la misma índole celebrados con otros clientes, sin llevar a cabo mayor actividad probatoria. Simplemente queda probado que la cláusula controvertida se incluyó en la oferta vinculante que se entregó al prestatario con anterioridad a la firma de la escritura del préstamo, cláusulas de cuyo examen se deriva que son preredactadas por la entidad financiera e incluidas en el contrato que se oferta al consumidor. La entidad bancaria redactó la cláusula en cuestión y se la presentó al cliente, sin que éste pudiera influir en la misma, no quedándole más opción que aceptarla y adherirse al contrato si realmente quería el servicio, a pesar de la claridad y comprensibilidad con que pudiera estar redactada. Por lo tanto, el manifiesto desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, y la falta de reciprocidad en el contrato, además de la mala fe que preside la actuación de la entidad bancaria al imponer un instrumento de cobertura de riesgo irreal, deriva en la consideración como abusiva de la cláusula examinada por el Juzgado.

Tampoco quedó acreditada por el Banco Guipuzcoano, demandado en el caso resuelto por el Juzgado de Bilbao el pasado 7 de marzo de 2013, *"la realidad de la negociación, al no aportarse soportes documentales concretos"*. El Juez considera que, de haberse ofrecido una eventual posibilidad de negociación con el cliente, deberían constar documentos promocionales con distintas ofertas, folletos o información de cualquier tipo que pudiera acreditar este extremo. De nuevo, queda patente la imposibilidad de la entidad bancaria de demostrar la negociación individual de la cláusula controvertida, no quedando más remedio que presuponer que la cláusula viene impuesta en el contrato, y que el cliente no tiene más remedio que decidir entre firmar o no el contrato que incluye dicha cláusula.

¿Cláusula sobre elemento esencial del contrato como condición general de la contratación?

El TJUE, en sus Sentencias de 3 de junio de 2010 y de 4 de noviembre de 2010, confirmó la facultad que ostentan los tribunales nacionales para apreciar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales, incluso cuando las mismas se refieran al objeto principal del contrato. Se trata de extender la aplicación de la Directiva 93/13, de cláusulas abusivas, a los elementos esenciales del contrato con respecto a los cuales pudiera suscitarse abusividad, pues no tendría sentido excluir a estos elementos del control de contenido². Según se pronunció el TJUE, son susceptibles de ser sometidas a control jurisdiccional sobre su posible abusividad *"las cláusulas contractuales no negociadas individualmente, incluso las relativas a elementos esenciales del contrato, como es el precio."*

Numerosa jurisprudencia enumerada por el Juzgado de Vitoria-Gasteiz en su sentencia sostiene que las cláusulas limitativas de los tipos de interés variable son verdaderas condiciones generales de la contratación, que son declaradas nulas por

² CARRASCO PERERA, A., "Las administraciones de consumo no pueden sancionar como cláusulas abusivas precios usurarios en el negocio de compra/recompra de oro", CESCO, <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/28/2012/compraOro.pdf>

abusivas³. De este modo, la cláusula suelo – techo, aún pudiendo considerarse como elemento esencial del contrato por ser decisiva en el precio, debe ser sometida a control por el Juzgado a fin de determinar su posible abusividad.

Una vez declarada abusiva, según STJUE de 14 de junio de 2012, el contenido de la cláusula no puede modificarse para poderse integrar de nuevo en el contrato, sino que deberá eliminarse y conservarse el resto⁴, en contra de lo que dispone el artículo 83.2 del TR 1/2007 de la LGDCU.

Al anularse la cláusula suelo, ¿deberá devolverse lo cobrado indebidamente en base a la misma?

En el caso resuelto por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao, de 7 de marzo de 2013, se condena al demandado a reintegrar *“al actor todas las cantidades cobradas en aplicación del tipo mínimo por encima del interés variable más el diferencial fijado, con sus intereses legales desde la fecha de cobro”*, tras haber declarado la nulidad de la condición general de la contratación que fijaba el tipo mínimo y máximo de referencia en el interés variable.

Sin embargo, parece ser que el Tribunal Supremo, tal y como se ha adelantado en el comunicado de prensa emitido el 20 de marzo de 2013⁵, se inclina por considerar que la declaración de nulidad de la cláusula suelo en contratos de préstamo hipotecario, como consecuencia de su falta de transparencia, no comportará *“la devolución de las cantidades ya satisfechas.”*

¿Seguirán los tribunales pronunciándose en este sentido con respecto a las cláusulas suelo-techo?

A la espera de que el Tribunal Supremo se pronuncie oficialmente sobre la anulación de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario, cabe destacar que los juzgados y tribunales inferiores se han decantado de forma mayoritaria por la nulidad de las cláusulas suelo-techo, dado que la introducción de cláusulas abusivas en contratos con consumidores, y así se han considerado éstas, están prohibidas por el TRLGDCU en el artículo 82 y deben ser eliminadas del contrato. Los argumentos que sustentan la eliminación de las cláusulas suelo-techo, podrían resumirse en los siguientes:

³ Sentencias del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla de 30 de septiembre de 2010; Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Cáceres, de 12 de enero de 2012 y 18 de octubre de 2011; Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de León, de 11 de marzo de 2011; Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Málaga y Mercantil núm. 7 de Barcelona.

⁴ CARRASCO PERERA, A., “Las cláusulas abusivas se eliminan, sin más: no cabe reducirlas, moderarlas ni modificarlas”, CESCO,
http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/28/2012/LAS_CL%C3%81USULAS_ABUSIVAS_SE%20ELIMINAN_SIN_M%C3%81S.pdf

⁵

<http://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpi/menuitem.0cb0942ae6fbda1c1ef62232dc432ea0/?vgnextoid=6a9153a06c78d310VqnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnnextchannel=3f99c38cb605c210VqnVCM100000cb34e20aRCRD&vgnnextfmt=default>

- Desproporción entre suelo y techo y mala fe del empresario: la entidad bancaria introduce la cláusula techo con la intención de crear una falsa impresión de reciprocidad, pero el tipo de interés que se fija como máximo probablemente no se alcanzará nunca. El consumidor sale perjudicado, pues el tipo de interés mínimo establecido en la cláusula suelo ha entrado en vigor en varias ocasiones durante la vida del contrato, algo que no sucederá con el techo, de ahí el desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes y la mala fe del empresario que, conocedor de este extremo, introduce en el contrato una cláusula de cobertura del riesgo irreal.
- Cláusulas no negociadas individualmente: ausencia de acreditación suficiente por parte del empresario de haber negociado individualmente con el cliente la cláusula controvertida, según lo requiere el artículo 82.2 TRLGDCU.