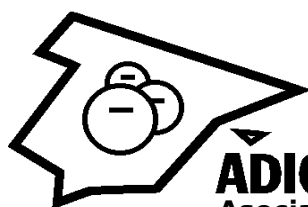


INFORME JURÍDICO-ECONÓMICO de ADICAE en respuesta al informe del BANCO DE ESPAÑA sobre CLAUSULAS SUELO

Octubre de 2010



ADICAE

Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	5
------------------------------	----------

2. Datos del informe del Banco de España y su falta de correspondencia con la realidad y con los datos obtenidos por ADICAE	6
--	----------

2.A- Los datos del informe del Banco de España están expresados en porcentaje, no dan una idea de la magnitud real del problema	7
--	---

2.B- Cifra media de suelos y techos impuestos por las entidades en los préstamos hipotecarios. Datos históricos del Euribor que confirman el abuso	11
--	----

2.C- Las entidades ya conocían que se iba a producir una bajada de tipos	13
---	----

2.D- Perjuicio económico para el consumidor con el establecimiento de las cláusulas suelo	15
--	----

2.E- Previsiones de subidas de tipos en los próximos años: el perjuicio continuará a pesar del alza de tipos	18
---	----

2.F- Beneficio ilegítimo de bancos y cajas derivado de la aplicación generalizada de cláusulas suelo	19
---	----

3. Inaceptables argumentos del Banco de España para justificar la utilización de estas cláusulas.

Estos argumentos, además, vulneran los más elementales principios del derecho civil y de consumo 20

4. Irregularidades y abusividad de la cláusula suelo desde el punto de vista jurídico 24

4.A- Cuestión previa: Préstamos hipotecarios como condicionados generales 24

4.B- Las cláusulas suelo suponen una modificación del coste del préstamo en perjuicio del consumidor 25

4.C- Vulneración de la información previa a consumidores sobre la existencia de estas cláusulas 26

4.D- Actuación unilateral de las entidades para convertir en la práctica los préstamos variables en préstamos de tipo fijo 27

4.E- Criterios para considerar esta cláusula como abusiva en base a la normativa de consumo..... 28

5. Un reciente y novedoso argumento jurisprudencial en favor de la abusividad de esta cláusula que “tumba” el principal argumento jurídico del Banco de España 32

6. Conclusión 35

INTRODUCCIÓN

El presente informe jurídico-económico se realiza por parte de ADICAE, Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros, como **respuesta al informe emitido por el Banco de España** a petición de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, realizada el 26 de enero de 2010, sobre la **existencia de cláusulas en los contratos de préstamos hipotecarios que limitan los derechos de los usuarios, determinan la falta de reciprocidad y sean desproporcionadas**. El informe, también debía pronunciarse sobre la efectiva traslación de los descensos del Euribor a las cuotas de las hipotecas. Dicha petición de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera vino motivada por la **moción aprobada en el Pleno del Senado, el 23 de septiembre de 2009 por la que se instaba al Gobierno a actuar frente a las prácticas abusivas** de las entidades de crédito en relación a la revisión de la cuota de sus hipotecas.

Como se demostrará, **el informe del Banco de España da una información sesgada e incorrecta a los parlamentarios**, consumidores y sus asociaciones representativas **con la única finalidad de amparar y tratar de legitimar una práctica abusiva** que pronto habrá de ser discutida en los Tribunales si no se adoptan a nivel legislativo las respuestas adecuadas.

2. Datos del informe del Banco de España y su falta de correspondencia con los datos obtenidos por ADICAE

El informe aporta de forma parcial e interesada una serie de datos tratando de justificar la escasa aplicación de esta cláusula. Sin embargo, estos datos son como mínimo discutibles desde un punto de vista de análisis del rigor que se espera del organismo supervisor cuando no abiertamente inexactos:

Algunas verdades, mentiras y “medias verdades” del informe del Banco de España

- ***La encuesta sobre la que parte son datos de 49 entidades de crédito a 30 de septiembre de 2009.*** Sin embargo no aclara el número de hipotecas (datos cuantitativos) sometidas a esta cláusula, algo que aunque fuese a modo de estimación es relativamente sencillo y más aún para un organismo como el Banco de España, de donde se puede deducir su escaso interés en poner sobre la mesa la realidad del alcance del problema generado por las “cláusulas suelo”.
- ***El 97% de los préstamos hipotecarios en España son variables.*** Algo que sólo agrava y amplía el volumen de familias a las que afectan las denominadas cláusulas suelo
- ***El Banco de España afirma que la media de suelos en las hipotecas está en el 3,12 y la media de techos está en el 13,56.*** Estos datos no se encuentran alejados de los obtenidos por ADICAE sobre la base de los cerca de 2.000 consumidores afectados por cláusulas suelo que se han incorporado a la Plataforma creada por la Asociación: Suelos medios del 3,56% y techos medios del 12,67%.
- ***La práctica más extendida es no introducir límites a la baja de tipos. 2/3 de la cartera no presenta límites a la variabilidad de tipos.*** El propio informe contradice esta afirmación, como más adelante se comprobará (ver página 9). El informe habla de que en 2004 el 30% del total de hipotecas tenían “suelos”, y que ahora ese dato es del 42%. Un

12% de aumento no parece un aumento insustancial cuando hablamos de millones de hipotecas y de una carga financiera que afecta a un bien como la vivienda

- ***El 72% de las hipotecas con suelos tienen techo y suelo. El 15% sólo para la bajada y el 13% sólo para la subida.*** No obstante resulta más que cuestionable la afirmación de que un 13% de las hipotecas con limitación a la variación de tipos sólo tienen techo a tenor del sentido, niveles y aplicación práctica de este tipo de cláusulas.

Una de las dificultades más evidentes a la hora de evaluar el impacto real de las cláusulas suelo la constituyen la ausencia de datos estadísticos exactos y globales sobre el número de hipotecas que incorporan esta clase de condición limitativa.

a) Los datos del informe del Banco de España están expresados en porcentaje, no dan una idea de la magnitud real del problema

¿Cuántos afectados hay realmente por las cláusulas suelo?

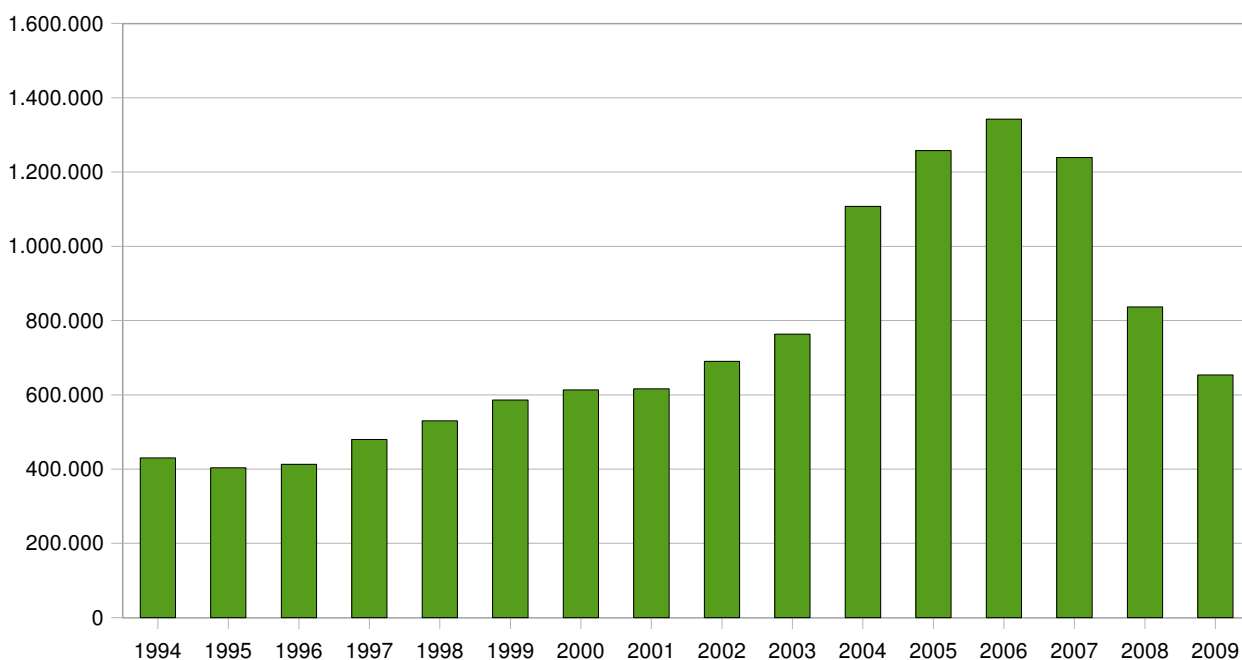
La primera cuestión a tener en cuenta es que **el informe del Banco de España habla de una encuesta cualitativa que en ningún momento recoge datos concretos** ni del número de hipotecas ni de consumidores que están afectados por estas cláusulas.

Por tanto, la afirmación del informe que recoge que en 2004, el 30% de las hipotecas tenían este tipo de cláusulas y en el 2008 el 42% debe ponerse en relación con el número de hipotecas vigentes en cada año, ya que precisamente en esos años se produjo un “boom” en su contratación:

Hipotecas constituidas (Viviendas)	
1994	429.873
1995	403.587
1996	412.982
1997	479.237
1998	529.565
1999	585.782
2000	612.852
2001	615.703
2002	690.230
2003	762.978
2004	1.107.664
2005	1.257.613
2006	1.342.171
2007	1.238.890
2008	836.419
2009	653.173

Fuente INE

Hipotecas constituídas 1994-2009 (viviendas)



Fuente: elaboración propia con datos del INE

Como se aprecia en el cuadro superior, en el periodo 2006 a 2009 (ambos ejercicios incluidos) se constituyeron un total aproximado de 4.070.653 nuevas hipotecas, de las que aproximadamente 3.948.533 lo fueron a tipo variable (mayoritariamente referenciadas al Euribor)

Estas hipotecas podrían ser las susceptibles de concentrar cláusulas suelo en mayor proporción si no fuera porque el informe habla del TOTAL DE HIPOTECAS VIGENTES EN ESE MOMENTO. Si damos por buenos los porcentajes que proporciona el informe (30% en 2004 y 42% en 2008) habría que calcular el número de hipotecas que existía en nuestro país en esos años (sólo teniendo en cuenta las contratadas desde 1994 ¹) y aplicar dichos porcentajes:

Año	Nº hipotecas a tipo variable constituidas (*)	% con cláusulas suelo según Informe BdE	Afectadas por Cláusulas Suelo
1994-2004	6.431.539	30,00%	1.929.462
2005-2008	4.534.840	42,00%	1.904.633
TOTAL			3.834.095

(*) Para 2004 se han considerado todas las hipotecas constituidas entre 1994 y 2004. Para 2008 se han tenido en cuenta las hipotecas constituidas entre 2005 y 2008 (ambos incluidos) En ambos casos (1994-2004 y 2005-2008) se ha tenido en cuenta que, como afirma el propio Banco de España, el 97% del total de hipotecas se constituyen a tipo de interés variable. En el cuadro se ha considerado que a día de hoy la mayoría de las hipotecas constituidas desde 1994 se encuentran en vigor y no han sido canceladas (en caso de subrogación normalmente se han mantenido las cláusulas suelo)

Fuente: elaboración propia con datos del INE y del Banco de España

*Según estos cálculos, y a pesar de que el Banco de España lo soslaya acudiendo en su informe únicamente a datos porcentuales sin traducirlos a la realidad cuantitativa, **más de 3.834.095 personas están afectadas en el año 2008 por cláusulas suelo, aunque esa cifra previsiblemente haya aumentado en el último año y medio***

¹ Según el INE el plazo medio de amortización de hipotecas oscila entre 20 y 22 años. Por tanto no se han considerado las hipotecas constituidas antes de 1994, puesto que en su mayoría se encontrarán ya canceladas.

Todas las entidades con un alto porcentaje de cuota de mercado han incluido cláusulas suelo en sus préstamos hipotecarios

Otro de los datos que, indirectamente, ayudan a corroborar la magnitud del problema en cifras alude al hecho de que todas las entidades con una mayor cuota de mercado, no sólo en el ámbito hipotecario, en el año 2008 utilizaban las cláusulas suelo:

ENTIDADES CON MAYOR CUOTA DE MERCADO	
ENTIDAD	CUOTA DE MERCADO 2008 (%)
La Caixa	15,6
BBVA	10,4
Caja Madrid	8
Santander	6,8
CAM	4,2
Bancaja	3,4
Banesto	2,8
Grupo Banco Popular	2,3
Grupo Banco Sabadell	1,2
TOTAL	54,7

Fuente: Elaboración propia

El resto de entidades que operan en el territorio español, se reparten en porcentajes menores al 1% el resto de la cuota de mercado (45,3%). De las 9 entidades que copan el mercado, en **ocho casos** existe constancia de la aplicación de cláusulas suelo. Únicamente en el caso de Bancaja no consta fehacientemente la utilización de estas cláusulas, aunque no pueda descartarse la aplicación de la misma.

De esta forma y a modo de mera aproximación (teniendo en cuenta que las cuotas de mercado relacionadas son de carácter general y no específicas del mercado hipotecario y que la muestra de entidades abarca en este caso algo más de la mitad del mercado) resulta que **entidades que, en conjunto, copan un 54,7% del mercado aplican cláusulas suelo.**

Casi el 55% de las hipotecas a tipo variable existentes en España podrían tener entre sus condiciones cláusulas suelo (lo que equivale a 6.345.176 hipotecas)

b) Cifra media de suelos y techos impuestos por las entidades en los préstamos hipotecarios. Datos históricos del Euribor que confirman el abuso.

Independientemente del carácter abusivo de la cláusula, y en estrecha relación con el desequilibrio evidente que provoca entre los derechos de las partes, **los datos históricos del Euribor demuestran** lo que ADICAE sostiene en sus tesis: **que la cláusula suelo ha resultado de plena aplicación y ha beneficiado en exclusiva a las entidades** (en especial en los años posteriores a la firma de las hipotecas), **mientras que los denominados “techos” no tienen aplicación alguna ni por tanto beneficio para los consumidores**, por un amplio margen además.

En este sentido, las medias de tipos mínimos y máximos estimados por la Plataforma de afectados de ADICAE son las siguientes:

Tipo mínimo (medio)	3,56% ²
Tipo máximo (medio)	12,67%

Estos datos, contrastan y sorprenden si tenemos en cuenta los valores históricos del Euribor desde el año 2000 (fecha de su instauración como índice de uso generalizado para la referenciación de las hipotecas en España) hasta la actualidad. Estos datos demuestran que **el Euribor estuvo por debajo o**

² No obstante, cabe destacar que la disparidad de tipos es amplia y varía considerablemente en función de la entidad que las establece. Encontrando tipos mínimos que van desde el 2% al 5% (salvo casos aislados que superan el 5%) y tipos máximos que van desde el 7% hasta el 15% (salvo casos aislados que superan el 15%).

muy por debajo del nivel medio de suelos, desde el año 2004 durante 28 meses, mientras que históricamente, nunca el Euribor ha estado por encima del valor medio previsto para los techos, siendo el valor máximo que tomó el Euribor del 5,39% en Julio del 2008.

EVOLUCIÓN DEL EURIBOR			
Año	Tipo mínimo	Tipo máximo	Media anual
2000	3,94% (enero)	5,24% (agosto)	4,77%
2001	4,59% (febrero)	3,19% (noviembre)	4,08%
2002	3,96% (mayo)	2,87% (diciembre)	3,49%
2003	2,7% (enero)	2,01% (junio)	2,34%
2004	2,05% (marzo)	2,37% (septiembre)	2,27%
2005	2,1% (junio)	2,78% (diciembre)	2,33%
2006	2,83% (enero)	3,92%(diciembre)	2,83%
2007	4,06% (enero)	4,79% (diciembre)	4,45%
2008	5,39% (julio)	3,45% (diciembre)	4,81%
2009	2,62% (enero)	1,23% (noviembre)	1,62%
2010	1,19% (marzo)	1,37% (julio)	1,25%

Fuente: Elaboración propia con datos del Banco de España

Los suelos se han establecido garantizando su aplicación (en perjuicio del consumidor), mientras que los techos se han fijado en niveles inalcanzables, más de un 250% por encima del máximo histórico del Euribor

c) Las entidades ya conocían que se iba a producir una bajada de tipos

Pese a la incertidumbre que domina toda cuestión económica a la hora de realizar predicciones futuras, en general se hace evidente que las entidades de crédito, tanto por su acceso a datos como por su capacidad de análisis de los mismos, tienen una perspectiva bastante certera de los futuros movimientos financieros y económicos. Sólo así puede entenderse la seguridad con que emiten sus juicios y, en un análisis posterior, lo certero a grandes rasgos de los mismos. Esta cuestión es, por lo demás, perfectamente contrastable a la hora de hablar de los tipos de interés en el caso que nos ocupa.

Algunas declaraciones de analistas financieros pertenecientes a bancos de renombre, ya auguraban la bajada del euribor y su estancamiento durante un plazo dilatado de tiempo. Es decir, imponían cláusulas suelo a sabiendas de cuál sería su efecto, y empleaban las cláusulas techo como un gancho sabiendo que no serían aplicables:

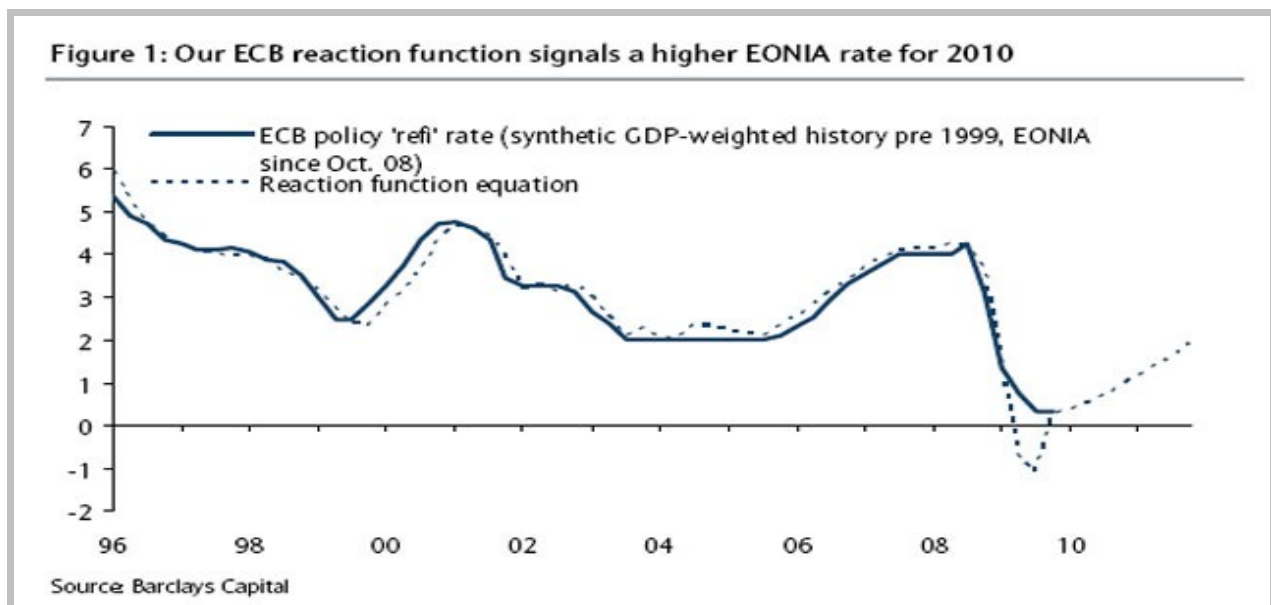
- **CITIGROUP- Giada Giani, economista de Citigroup en Londres y Jose Luis Martínez Campuzano estratega de Citigroup auguraban tipos en torno al 1% hasta finales de 2010** ³: *“Los analistas señalan que no será ni pronto ni de manera inmediata.” “No esperamos un aumento hasta finales de 2010. Entonces, quizás podríamos ver tipos al 1,25%, mientras que para 2011 manejamos tipos oficiales por debajo del 2%”,* explica José Luis Martínez Campuzano, estratega de Citigroup. Para Giani, *“la inflación todavía va a permanecer en niveles muy bajos durante un tiempo, por lo que no hay necesidad de endurecer la política monetaria cuanto antes. Más aún, los bancos europeos todavía están sufriendo por la crisis financiera: las inyecciones de liquidez del BCE*

³Texto extraído de la web de Cotizalia, Noticia del 8 de Octubre de 2008

http://www.cotizalia.com/cache/2009/09/18/noticias_38_empieza_cuenta_atras_espana_queda_antes_suban.html

les han ayudado de manera significativa, pero sus posiciones de capital todavía son débiles. No es probable que el BCE decida aumentar los tipos si la situación del sector bancario sigue siendo frágil".

- **BARCLAYS-** En 2008 sus analistas manejaban tipos en torno al 1% hasta finales de 2010: "El análisis de la curva de tipos tampoco ofrece cambios a corto plazo. Barclays observa una **convergencia plena entre el Eonia y los tipos oficiales en el 1% a finales de 2010 y en torno al 2% a finales de 2011.**"



- **BBVA-** El economista jefe de BBVA, José Luis Escrivá, auguró en su informe de fecha 3 de Junio de 2008, el recorte de tipos por parte del Banco Central Europeo: "El Banco Central Europeo recortará los tipos una vez la caída de la inflación y el crecimiento sean evidentes, a finales de 2008"

d) Perjuicio económico para el consumidor con el establecimiento de las cláusulas suelo

Simulación realizada para el período 2009-2010

Después de una época de subidas de tipos (2004-2008) el euribor bajó del 3,5% (cláusula suelo media) en **Enero de 2009**, por lo que es a partir de este momento cuando el consumidor empieza a sufrir perjuicio y comienza a pagar un exceso de intereses debido a esta cláusula suelo.⁴

Por ello, procedemos a hacer una estimación del **perjuicio que ocasiona al consumidor tener una cláusula suelo del 3,5% en su hipoteca**. Consideramos para el cálculo una hipoteca de 200.000 euros, constituida por un periodo de tiempo de 30 años y con revisión anual del tipo de interés.

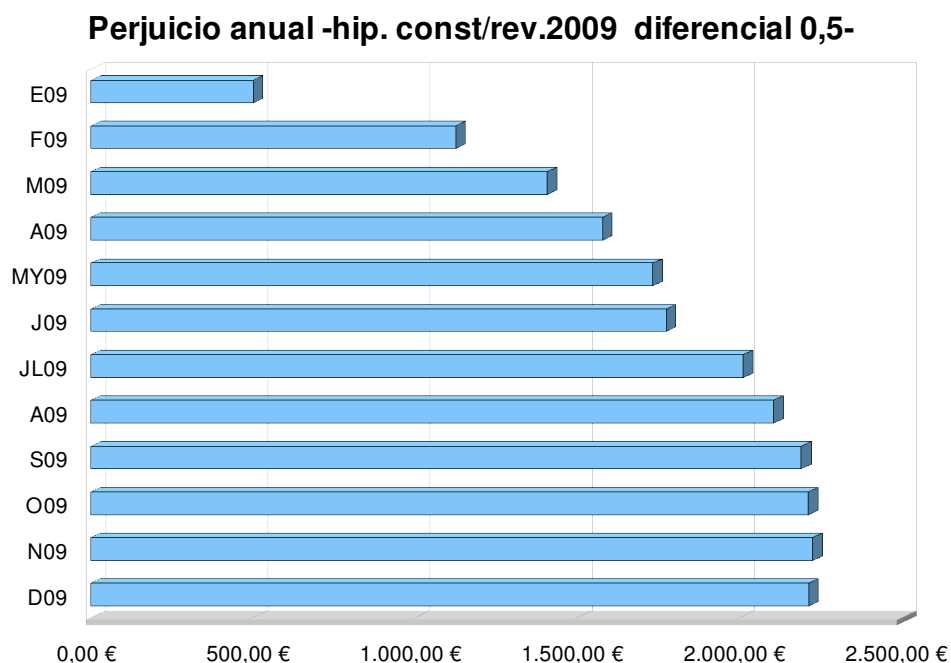
Los **consumidores que cuyas hipotecas se revisasen en Enero de 2009**, sufrirían perjuicio económico. En función del diferencial que tuviesen en su contrato hipotecario la cuantía sería menor o mayor. Para un diferencial de 0,5 el **perjuicio anual sería de 500,04 euros**; si el diferencial establecido es del 0,75 el **perjuicio anual sería de 170,76 euros**. Para diferenciales mayores no habría perjuicio.

Los usuarios que a los que la revisión de su hipoteca correspondiese en Febrero de 2009 (o contratasen su hipoteca en Febrero de 2009 con cláusula suelo), sufrirían **perjuicio económico** para todos los diferenciales que hemos considerado (0,5, 0,75, 1 y 1,25), siendo respectivamente **de 1.124,78, 806,88, 483 y 153,48 euros anualmente**.

A partir de Febrero de 2009 todo consumidor que revisase su cuota hipotecaria sufría perjuicio económico. Debido a la bajada continuada del euribor durante 2009, el perjuicio que sufre el consumidor va en ascenso. El perjuicio que sufre un consumidor que revisa su hipoteca en Diciembre de

⁴ Con el fin de no complejizar el estudio no hemos abordado los perjuicios que las cláusulas suelo hayan venido causando a los consumidores en el período 1994-2009

2009 asciende en función del diferencial que tenga establecido (0,5, 0,75, 1, 1,25) a **2.212,68, 1915,80, 1612,92 y 1304,16 euros**.



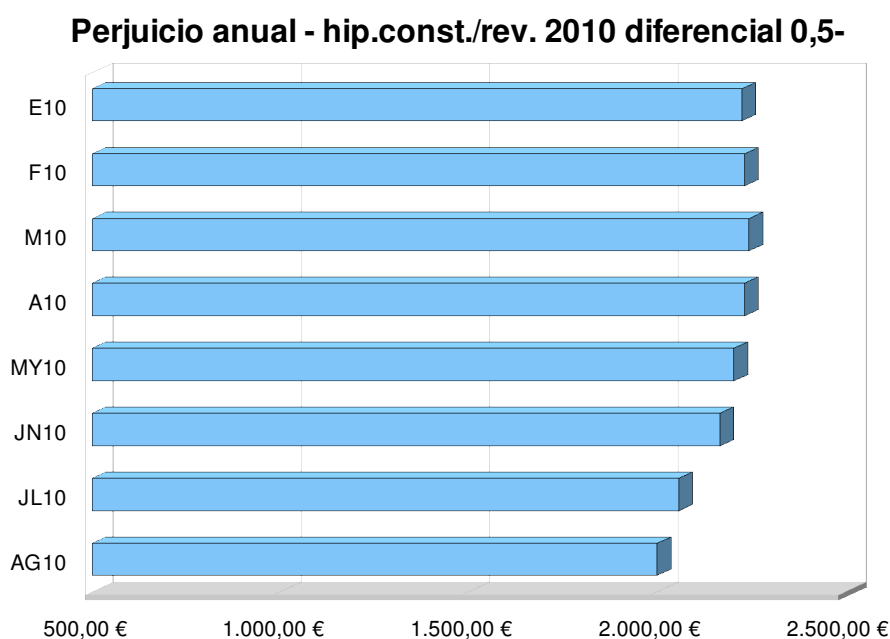
Fuente: Elaboración propia

En el año 2010 el perjuicio para el consumidor sigue en aumento

El consumidor cuya hipoteca fuese revisada en **Enero de 2010**, cuando el euribor se situaba en el 1,232%, **pagaría anualmente de más** debido a la aplicación de la cláusula suelo **2.224,44 euros** (para un diferencial del 0,5%), **1.927,80 euros** (para un diferencial del 0,75%), **1.625,16 euros** (para un diferencial del 1%), **o 1.316,64 euros** (para aun diferencial del 1,25%).

A día de hoy el consumidor sigue siendo víctima de la imposición de las cláusulas suelo. **Las hipotecas constituidas/revisadas en Julio de 2010** con una cláusula suelo media del 3,5%, **soportarán un perjuicio anual que oscila entre los 2.057,88 euros anuales para un diferencial del 0,5% y los 1.140 euros anuales para un diferencial establecido en el 1,25%.**

Debido a que los tipos siguen siendo bajos y las cláusulas suelo se mantienen en los mismos niveles, los consumidores van a seguir abonando más cantidad de la que les corresponde; de modo que las bajadas impulsadas desde el Banco Central Europeo siguen sin trasladarse a los consumidores, es decir, los bancos obtienen el dinero a un precio más barato y se lo prestan al consumidor a tipos altos, un negocio en toda regla si no se fundase en el abuso sobre la parte con menor capacidad de negociación.



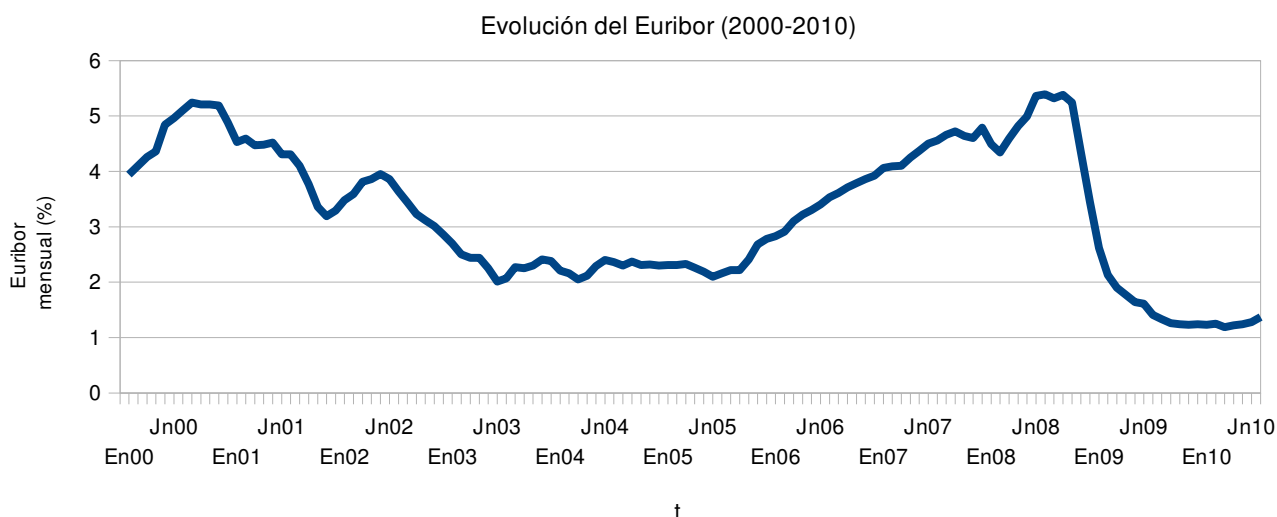
Fuente: Elaboración propia

Un consumidor con una hipoteca referenciada al Euribor + 0,5 cuya revisión se realice cada mes de enero estaría afrontando un perjuicio acumulado en 2009-2010 de 2.724,48 euros (500,01 en 2009 y 2.224,44 en 2010)

e) Previsiones de subidas de tipos en los próximos años: el perjuicio continuará para los afectados

Las previsiones anuncian que el Euribor finalizará el 2010 en torno al 1,7. En agosto llegaron las primeras revisiones alcistas (aunque leves) para el consumidor desde hace varios años.

Estos valores se alejan todavía mucho del valor medio de los suelos que ADICAE cifra en 3,56 a tenor de los datos que maneja la Plataforma de ADICAE de Afectados por esta cláusula. Por tanto, la tendencia es alcista pero a un ritmo muy lento que provocará que las cláusulas suelo sigan aplicándose y generando perjuicios anuales para millones de familias.



Fuente: Cotizalia

Las últimas subidas del Euribor y las previsiones acerca de la evolución del mismo no conllevan que los consumidores dejen de sufrir los perjuicios de las cláusulas suelo, dado que el Euribor se mantendrá en niveles inferiores a los que fijan estas cláusulas aún durante largo tiempo

f) Beneficio ilegítimo de bancos y cajas derivado de la aplicación generalizada de cláusulas suelo

Todo lo expuesto configura una situación en la que la aplicación de las cláusulas suelo conlleva que bancos y cajas perciban de los consumidores cantidades sensiblemente más elevadas que las que corresponderían a la aplicación del índice de referencia fijado y su correspondiente diferencial.

De esta forma, y en una estimación aproximativa, resultan los siguientes datos:⁵

TOTAL HIPOTECAS CON CLAUSULA SUELO		3.834.095				
DIV ENTRE 12		319.508 (Media de hipotecas que se revisan cada mes)				
	Perjuicio individual	Diferencial considerado	Perjuicio global revisiones (Beneficio ilegítimo banca)	Perjuicio individual	Diferencial considerado	Perjuicio global revisiones (Beneficio ilegítimo banca)
PERJUICIO REVISION ENERO 2009	500,04 €	Dif 0,5	159.766.738,65 €	0,00 €	Dif 1,25	0,00 €
PERJUICIO REVISION FEBRERO 2009	1.124,78 €	Dif 0,5	359.376.114,51 €	153,48 €	Dif 1,25	49.038.075,05 €
PERJUICIO REVISION MARZO 2009	1.407,36 €	Dif 0,5	449.662.661,60 €	451,56 €	Dif 1,25	144.276.994,85 €
PERJUICIO REVISION ABRIL 2009	1.577,40 €	Dif 0,5	503.991.787,75 €	631,44 €	Dif 1,25	201.750.078,90 €
PERJUICIO REVISION MAYO 2009	1.732,44 €	Dif 0,5	553.528.295,15 €	795,24 €	Dif 1,25	254.085.475,65 €
PERJUICIO REVISION JUNIO 2009	1.773,60 €	Dif 0,5	566.679.241,00 €	838,92 €	Dif 1,25	268.041.581,45 €
PERJUICIO REVISION JULIO 2009	2.011,44 €	Dif 0,5	642.671.003,90 €	1.090,80 €	Dif 1,25	348.519.235,50 €
PERJUICIO REVISION AGOSTO 2009	2.104,08 €	Dif 0,5	672.270.217,30 €	1.189,08 €	Dif 1,25	379.920.473,55 €
PERJUICIO REVISION SEPTIEMBRE 2009	2.190,24 €	Dif 0,5	699.799.019,40 €	1.280,40 €	Dif 1,25	409.097.936,50 €
PERJUICIO REVISION OCTUBRE 2009	2.211,48 €	Dif 0,5	706.585.367,55 €	1.302,96 €	Dif 1,25	416.306.035,10 €
PERJUICIO REVISION NOVIEMBRE 2009	2.225,52 €	Dif 0,5	711.071.258,70 €	1.317,84 €	Dif 1,25	421.060.312,90 €
PERJUICIO REVISION DICIEMBRE 2009	2.212,68 €	Dif 0,5	706.968.777,05 €	1.304,16 €	Dif 1,25	416.689.444,60 €
TOTALES, EUROS			6.732.370.482,56 €			3.308.785.644,05 €

Fuente: elaboración propia

La aplicación de cláusulas suelo ha supuesto que en 2009 los bancos y cajas que las aplican hayan ingresado en su conjunto **entre 3.300 y casi 7.000 millones de euros más de lo que correspondía**

⁵ En el "Total hipotecas" se han considerado todas las que, según lo expresado en la página 9 del presente informe, tienen cláusulas suelo. Para simplificar la estimación se ha dividido ese total entre 12 meses a fin de aproximar las hipotecas que cada mes del año son sometidas a revisión (si bien en la práctica el mayor volumen de revisiones se concentra en el segundo semestre del año). Para el cálculo del exceso de ingresos de bancos y cajas como consecuencia de la aplicación de cláusulas suelo se ha multiplicado el perjuicio individual por el número de hipotecas sometidas a revisión. Se trata de datos estimados, y se desconoce qué porcentaje de hipotecas tienen un diferencial del 0,5%, el 0,75%, el 1% o el 1,25%, respectivamente.

3. Inaceptables argumentos del Banco de España para justificar la utilización de estas cláusulas. Estos argumentos, además, vulneran los más elementales principios de derecho civil y derecho de consumo

A continuación se relatan los argumentos que recoge el informe del Banco de España para justificar la existencia de esta cláusula:

- **Libertad de contratación:** *“La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de 12 de diciembre de 1989 dispone que los tipos de interés de operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito serán las que libremente se pacten.”.*

Bajo un teórico pacto entre partes, que en realidad no existe, se justifica la existencia del abuso, soslayando interesadamente el hecho de que en el ámbito del crédito es la entidad financiera la que impone las condiciones.

- **Evitar costes de producción y mantenimiento a las entidades:** *“Mantener un rendimiento mínimo de los activos (préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones (depende del coste del dinero, que procede de depósitos a la vista y a plazo, y de los gastos de estructura de las entidades)”*

Banco de España: todo vale con tal de mantener o mejorar los márgenes de bancos y cajas de ahorros

- ***“La finalidad de estas cláusulas es proporcionar estabilidad a los resultados de la entidad”***
- **Aumentar los beneficios de las entidades superando los problemas del coste del dinero** (*“Evitar los perjuicios de la caída y encarecimiento del mercado mayorista”*).

Para el Banco de España es legítimo y legal justificar el abuso a millones de consumidores con el fin de salvar los balances y cuentas de resultados del sector financiero. Es decir, las cláusulas abusivas en el ámbito bancario son permisibles si con ello se coopera a mejorar la solvencia de las entidades

- ***Reciprocidad y proporcionalidad: El juego suelos-techos.*** Sólo en último término, el informe del Banco de España argumenta que estas cláusulas obedecen también a una combinación de los intereses de la entidad (poner un suelo para obtener rendimientos en épocas de tipos muy bajos) y los del cliente (asegurarse un límite en épocas de fuertes subidas).

No obstante hay que hacer constar que el propio informe en su página 15 reconoce que los techos son muy altos (media del 13,56) y que por tanto no se aplicarán en la práctica. Por tanto ni hay reciprocidad ni proporcionalidad, negando así lo que afirma en su propio informe

El Banco de España abandona su papel de supervisor y se convierte en representante de los intereses del sector financiero, ninguneando a los usuarios por cuyos derechos en teoría también debe velar

Por otro lado, en su encarnizada defensa “a capa y espada” de la cláusula suelo, el Banco de España llega a utilizar “respuestas” facilitadas por representantes de las entidades financieras sometidas a la encuesta que fundamenta este informe. Las afirmaciones son gratuitas, contravienen incluso la buena fe entre los contratantes y demuestran la posición de superioridad que ostentan las entidades frente al consumidor de servicios financieros, que les permiten imponer este tipo de cláusulas y sostenerlas en base a argumentos como éstos:

- *Los usuarios se centran en la cuota inicial a pagar. Como cuando firmaron el préstamo el suelo no afectaba a estas cuotas, la cláusula suelo “no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios”.*

Evidencia la falta de información facilitada a los consumidores

- *El riesgo del tipo de interés no es un elemento esencial de la información precontractual española.*

Pero resulta uno de los elementos principales del contrato de los que se reconoce no se advierte

- *Los suelos medios aún no han pasado al IRPH.*

Resulta interesado y tendente a ocultar la realidad una comparación con el IRPH, tipo de referencia en creciente desuso por su alejamiento de la realidad del mercado del dinero

- *La conflictividad ante el Defensor al Cliente no ha sido muy alta.*

No parece lo más adecuado recurrir a esta clase de argumentos cuando los sistemas de reclamación extrajudicial en el sector financiero desoyen todas las recomendaciones de la Unión Europea

4. Irregularidades y abusividad de la cláusula suelo desde el punto de vista jurídico

a) Cuestión previa: Préstamos hipotecarios como condicionados generales

Para considerar una cláusula abusiva de acuerdo al artículo 82.1 del Real Decreto Ley 1/2007 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, debe tratarse, entre otras consideraciones que veremos posteriormente, de “estipulaciones no negociadas individualmente” por incluir “condiciones generales de la contratación” que configuran una contratación “por adhesión”, es decir una aceptación de tales condiciones respecto de las cuales el consumidor se limita a prestar su conformidad sin posibilidad alguna de negociarla de forma individualizada atendiendo a sus intereses.

El rasgo diferenciador del contrato de adhesión con condiciones generales frente al convencional es que en aquellos desaparece por completo la “libertad de negociación” del consumidor. Pues bien, pese a intervenir un fedatario público y existir una fase previa de información (protocolizada en los derechos recogidos para los consumidores en la Orden de 5 de mayo de 1994), no cabe duda de que una escritura de préstamo hipotecario constituye un contrato de esta naturaleza. Así lo ponen de manifiesto algunas sentencias (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1996: “*la negociación bilateral es mínima, imponiendo el Banco Hipotecario condiciones y privilegios*”), calificándolos de contratos de adhesión.

Por otro lado, aunque se defienda la negociación individual por parte de las entidades no hay que menospreciar el valor probatorio de las más de 2.000 personas afectadas por las cláusulas suelo que hay en la Plataforma de ADICAE que pueden testificar la forma en que les fue comercializada tanto previamente como en el momento de la firma.

Ello permite concluir que la cláusula suelo, por mucho que haya sido incluida en escritura pública, no ha sido negociada individualmente y es una condición general de la contratación, primer requisito para su posible consideración como abusiva

b) Las cláusulas suelo suponen una modificación del coste del préstamo directa o indirectamente en perjuicio del consumidor

De acuerdo a la Norma Sexta, número 7 segundo párrafo de la Circular 8/1990 del Banco de España “*en ningún caso, el coste total de las operaciones activas podrá ser modificado en perjuicio del prestatario, a no ser que esté previsto en acuerdo mutuo de las partes formalizado por escrito.*”. Es evidente que la operativa de estas cláusulas suelo produce un perjuicio a los legítimos intereses económicos de los consumidores, un perjuicio que no cabe justificar simplemente, como continúa el mencionado artículo, basándose en el “*acuerdo mutuo de las partes*” ya que en sede de “contratos de adhesión” no es posible hablar sin más de “acuerdo” de voluntades (que darían origen al nacimiento de las obligaciones entre las partes, artículos 1254, 1258 y 1261 del Código Civil), sino de una adhesión incondicionada del consumidor a las condiciones unilateralmente predispuestas por el prestamista, por lo que habría que aplicar todas las consideraciones y prevenciones que sobre condiciones generales, y en particular sobre cláusulas abusivas, establece la legislación, ya que no hay posibilidad de negociación de tales cláusulas y por tanto la capacidad de negociación, y por tanto de “acuerdo” entre las partes, queda severamente limitada para el adherente-consumidor.

No hay en la práctica negociación ni acuerdo entre partes para la inclusión en los contratos de cláusulas suelo, tratándose de una imposición de las entidades que modifica el coste del préstamo en perjuicio del consumidor, vulnerando lo establecido en la Circular 8/1990 del Banco de España

c) Vulneración de la información previa a consumidores sobre la existencia de estas cláusulas

Si bien la posibilidad de pactar máximos y/o mínimos a la variación del tipo de interés aplicable en préstamos hipotecarios está prevista expresamente en la normativa de transparencia exigible a las entidades de crédito⁶, no es menos cierto que tal posibilidad exige a las entidades *“que informen previamente a sus clientes de la existencia y alcance de estas cláusulas en la medida en que vayan a incorporarse a sus contratos”*, como reconoce el Servicio de Reclamaciones del Banco de España.⁷

El propio Banco de España exige un plus de información para la fijación de máximos y mínimos a la variación del tipo de interés

No obstante, este derecho de información no es absoluto ya que no convalida por sí mismo cualquier estipulación limitativa de los intereses económicos de los consumidores, como refleja el apartado 3 del anexo II de la Orden de 5 de mayo de 1994 en su letra b), cuando refiere que la posibilidad de pactar mínimos y máximos debe recogerse *“De cualquier otro modo, siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y **sea conforme a Derecho**”*.

Tal conformidad a derecho debe ser entendida en atención al artículo 1255 del Código Civil, y en concreto en términos de sometimiento del contenido de tal cláusula a la normativa protectora de los derechos de los consumidores y, en particular, en lo que se refiere a las cláusulas abusivas.

⁶ Apartado 3 del anexo II de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre Transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios

⁷ Ver Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España del año 2008, página 286.

d) Actuación unilateral de las entidades para convertir en la práctica los préstamos variables en préstamos de tipo fijo

La aplicación de una cláusula limitativa de esta naturaleza (“suelo”) se convierte prácticamente en un préstamo de tipo fijo encubierto durante el periodo en el que los índices de referencia aplicables se sitúan por debajo de los estipulados en el contrato de préstamo.

El consumidor, al contratar un préstamo a tipo variable lo hace con el convencimiento de asumir un riesgo de subida, pero también con la expectativa de beneficiarse de la bajada en los tipos de interés. La actuación unilateral de las entidades de crédito al fijar suelos “defrauda las expectativas” de los consumidores, y constituye por tanto una condición abusiva para sus derechos.

Según la Norma Sexta número 7 cuarto párrafo de la Circular 8/1990, “*Cuando se trate de los préstamos a que se refiere el artículo 6.2 de la Orden sobre préstamos hipotecarios, las entidades únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones:*

- *Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella, en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades.*
- *Que los datos que sirvan de base al índice sean agregados, de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.”*

La elección del tipo aplicable como suelo o techo queda en manos de la entidad predisponente de tales cláusulas. La imposición de esta cláusula suelo y la fijación de su porcentaje concreto ha sido unilateralmente impuesta por voluntad de las entidades prestamistas, careciendo por tanto de la necesaria

objetividad que exige la normativa. Este hecho pone de manifiesto en toda su amplitud la posición de dominio de la entidad de crédito que puede servirse deliberadamente de sus Servicios de Estudio y Análisis financiero y económico para sus propios intereses, lo que ahonda el desequilibrio entre las partes, rompe el principio de buena fe que debe presidir toda relación contractual y exige, por tanto, su corrección.

Por tanto, estas cláusulas vinculan el contrato a la voluntad del empresario por la determinación no objetiva del tipo aplicable, establecido en interés de una de las partes, la entidad de crédito predisponente, y en base a su superior posición en la relación negocial.

e) Criterios para considerar esta cláusula como abusiva en base a la normativa de consumo

El art. 82 -en relación con el 80- del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, Ley de Consumidores y Usuarios, señala que:

“1. Se considerarán cláusulas ABUSIVAS 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. (...). 4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son ABUSIVAS las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive:

- a) Vinculen el contrato a la voluntad del empresario,*
- b) limiten los derechos del consumidor y usuario,*
- c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,*

- d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,*
- e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o*
- f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable”.*

Aplicado a las cláusulas suelo, estas exigencias se traducen en:

Falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes: Una apariencia de equilibrio que esconde una desproporción entre derechos y obligaciones de entidad y consumidor. Tal y como se ha demostrado en la parte económica del presente informe, el escenario para que opere el tipo predeterminado para la cláusula “suelo” resultaba objetiva y económicamente más factible que el fijado para el tipo en la cláusula “techo”, dada la coyuntura económica y en el marco de un pacto de estabilidad financiera y una política macroeconómica y monetaria europea cuyo objetivo y razón de ser precisamente es esa estabilidad de tipos.

Es fácil deducir que la fijación de una “cláusula techo” opera con una apariencia de “equilibrio” con su respectiva “cláusula suelo”, más que en respuesta a una posición justa y razonable como límite a una eventual subida (improbable en los porcentajes impuestos)

Es una cláusula contraria a la buena fe (artículos 7.1 y 1258 del Código Civil), en cuanto constituye un pacto que impone a una de las partes una especial onerosidad que carece de causa. Esta ausencia de buena fe radica en la existencia de un desequilibrio contractual importante para el consumidor y ello porque

en virtud de tal cláusula, siempre que exista bajada de tipos de interés (que razonablemente son muy probables en un porcentaje de estimación considerable) será la entidad prestamista la que obtenga un beneficio, sin que en contrapartida y con el mismo criterio razonable y proporcional el consumidor se vea beneficiado del tope fijado en contrato, cuando existe (“cláusula techo”), irrealmente fijado a sabiendas para un escenario de alza de tipos que no guarda proporción en cuanto a su posibilidad de cumplimiento con el establecido para determinar la “cláusula suelo”.

Por tanto, esta cláusula “suelo/techo” supone un desequilibrio importante, desproporcionado o no equitativo de los derechos y obligaciones de las partes del contrato de préstamo en perjuicio del consumidor prestatario, favoreciendo o beneficiando, en términos económicos, exclusivamente a la entidad financiera.

Lo que perjudica al consumidor prestatario, causándole un perjuicio objetivo, repercute a favor de la entidad financiera de una manera doble: por un lado acrecentando su margen de beneficio; y, en segundo lugar la entidad de crédito no va a dejar de percibir ingresos pese al alza de tipos, salvo hasta la llegada de un techo-tope, cuyo porcentaje límite carece de la razonable proporcionalidad con respecto de su cláusula suelo que sirve de contraparte. Bajo este mismo razonamiento, si el objeto y causa de la inclusión de esta cláusula es la de evitar un impacto patrimonial en el consumidor prestatario de un alza de tipos (y así fue comercializada), podrá comprobarse fácilmente cómo el incremento de apenas 3 ó 4 puntos en el tipo de interés variable pactado, es suficiente para provocar tal perjuicio en la capacidad de pago del consumidor. Por ello, establecer tan elevados tope desvirtúa y deja sin causa la inclusión de esta cláusula.

La redacción actual de tales cláusulas, con límites tan descompensados entre sí, hace que de hecho, estas cláusulas no desplieguen su eficacia sino con una única finalidad: la de favorecer en exclusiva los intereses económicos de una de las partes, la entidad de crédito que ha predispuesto unilateralmente esta cláusula y la ha impuesto al consumidor.

5. Un reciente y novedoso argumento jurisprudencial en favor de la abusividad de esta cláusula que “tumba” el principal argumento jurídico del Banco de España

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas contradice al Banco de España: la cláusula suelo aunque se considerase como parte del precio también puede ser cláusula abusiva

Uno de los argumentos que utiliza el Banco de España, de nuevo de forma parcial e interesada en su informe, es que, según normativa comunitaria, *“la apreciación del carácter abusivo de una cláusula no puede referirse a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre el precio y retribución”*.

Cita para ello el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores que viene a decir lo siguiente:

“2. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”

El Banco de España, **trata de aferrarse a este artículo para defender que, como la cláusula suelo afecta o se refiere a la adecuación entre precio y retribución, no puede ser en ningún caso considerada cláusula abusiva.**

Al margen de la “ligereza jurídica” con la que el Banco de España da carpetazo en su informe a una cuestión tan importante como ésta, basándose en un artículo de una Directiva (normativa marco que únicamente adquiere fuerza

vinculante por su no trasposición en un tiempo concreto en los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales), **esta teoría ha sido completamente desmontada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas** que remite toda la cuestión de nuevo a la legislación española, en concreto al ya mencionado art. 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios del año 2007 .

De esta forma el Tribunal Europeo afirma que en el caso español pueden ser consideradas abusivas las cláusulas referidas al objeto principal del contrato y a la adecuación entre precio y calidad, incluso aunque hubieran sido redactadas de forma clara

En concreto **el Tribunal prevé que** como en España no se incorporó el citado artículo 4.2 a su ordenamiento jurídico, **la legislación española somete el contrato en su conjunto a dicha apreciación sobre la abusividad**. Es decir, que el art.4.2 no tiene virtualidad y no es aplicable en España, donde existe un régimen más beneficioso para el consumidor en el citado art. 82.

El sistema de protección establecido por la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en capacidad negociadora como en nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional. Por tanto, la Directiva sólo ha realizado una armonización parcial y mínima de las legislaciones nacionales relativas a cláusulas abusivas, si bien **reconociendo a los Estados Miembros la posibilidad de garantizar al consumidor una protección más elevada** que la prevista por la Directiva, tal y como prevé el art. 8 de la misma.

Incluso puede apreciarse la abusividad de una cláusula aunque haya sido redactada por el profesional de forma clara y comprensible, cuestión ésta que también resultaría de máximo interés para el caso que nos ocupa.

En consecuencia, el argumento esgrimido por el Banco de España para defender la legalidad de las cláusulas suelo (imposibilidad de considerarla abusiva por referirse al objeto principal del contrato y al precio del mismo) queda puesto en evidencia, clarificando la Unión Europea que dado el nivel actual de protección de los consumidores en España este tipo de cláusulas y condiciones pueden ser declaradas como abusivas.

6. Conclusión

De todo lo expuesto **se deduce tanto el carácter abusivo de las denominadas “cláusulas suelo” como su enorme impacto en millones de economías familiares**, quedando de manifiesto que **los argumentos y datos contenidos en el informe elaborado por el Banco de España no son válidos o directamente reafirman la amplia y preocupante realidad del problema**, sin que de dichos argumentos pueda deducirse en modo alguno ni la legalidad de la cláusula ni la imposibilidad de la declaración de la misma como abusiva por cuestiones formales.

De esta forma, creemos que **se plantea de forma más urgente e intensa que nunca la regulación de este tipo de condiciones**, y que la propuesta de proposición de Ley planteada por ADICAE al conjunto de los grupos parlamentarios encuentra sustento claro y unívoco, por lo que los compromisos e interés públicamente manifestados por los grupos parlamentarios del Senado en el debate que tuvo lugar relativo a las cláusulas suelo en el mes de julio de 2010 se ven dotados de aún mayor impulso para su traducción en iniciativas legislativas de protección efectiva de los millones de consumidores y usuarios perjudicados por las abusivas “cláusulas suelo” en sus hipotecas.