



<http://www.uclm.es/centro/cesco/>

## UNA VISIÓN ALTERNATIVA SOBRE LA CLÁUSULA SUELO EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS A INTERÉS VARIABLE<sup>1</sup>

M<sup>a</sup> del Carmen González Carrasco

Profesora Titular de Derecho Civil. UCLM

([maria.gonzalez@uclm.es](mailto:maria.gonzalez@uclm.es))

### 1-. Antecedentes.

Hace apenas dos años, nadie podía pensar que el índice de referencia basado en el "Europe Interbank Offered Rate" (EURIBOR) caería tan bruscamente y de una forma tan rápida hasta quedar por debajo del valor medio de los "suelos" establecidos como límite a la variación de los tipos de interés en los contratos de préstamo hipotecario. De hecho, los suelos hipotecarios previstos en los préstamos hipotecarios a tipo de interés variable (el 97% de los contratados en España responden a esta modalidad) nunca se cuestionaron por abusivos hasta que, con la llegada de la crisis económica y las turbulencias de los mercados financieros, se alcanzaron los mínimos históricos actuales. El Euribor pasó del 5,3% vigente en julio de 2009 al 1,226% con el que se cerró el mes de febrero del año siguiente, habiendo remontado únicamente en la actualidad hasta el 1,540%. A septiembre de 2009, el 53% de

---

<sup>1</sup> Estudio realizado en el marco del Proyecto "HIPOTECA, PRENDA DE CRÉDITOS, GARANTÍAS FINANCIERAS Y DERECHO FORAL SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS: UNA REFLEXIÓN SOBRE LOS PILARES DE LAS GARANTÍAS REALES Y LAS INCERTIDUMBRES DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS"

Referencia: DER2008-01746

MINISTERIO DE CIENCIA E INNOVACION (SECRETARIA DE ESTADO DE UNIVERSIDADES-SECRETARIA DE ESTADO DE INVESTIGACION).



<http://www.uclm.es/centro/cesco/>

los saldos de las operaciones con limitaciones a la bajada del tipo de interés se habían visto afectados por primera vez por la aplicación del tope al descenso de tipos. Sólo entonces (hasta dicho momento los suelos habían permanecido por debajo del tipos medios de mercado y por supuesto del Euribor) las asociaciones de consumidores repararon en las consecuencias prácticas de la cláusula hasta entonces incuestionada en relación con el principio de reciprocidad.

Desde entonces hasta ahora la inocente y reiterada cláusula ha sido objeto de una Moción parlamentaria, un extenso Informe del Banco de España recabado por el Senado y por la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, 3.776 comentarios en internet, y una comentadísima decisión judicial hoy en trámite de apelación a la que, en un sentido estimatorio de la nulidad pretendida todavía incierto, seguirán muchas otras (de hecho, el pasado día 10 de noviembre se interpuso una acción colectiva por parte de ADICAE contra varias entidades bancarias) – durante los próximos meses.

Desde el primer momento tuve la sensación de que los medios de comunicación se habían precipitado al echar las campanas al vuelo en virtud de una sentencia aún susceptible de recursos (uno de ellos, el de apelación, en curso), dictada en relación a un asunto sobre el que caben matizaciones fundadas y dignas, en todo caso, de una reflexión exenta de la pasión por la mayor y mejor defensa del consumidor a la que se deben las asociaciones de usuarios de la banca.

El objetivo de las siguientes líneas es, pues, analizar la sentencia declarativa de la nulidad de tal cláusula dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla a la luz de los datos que arroja el informe que emitió el



<http://www.uclm.es/centro/cesco/>

Banco de España con el fin de dar cumplimiento a los requisitos de la moción presentada por el Grupo popular en el Senado, en especial, la información que incorpora sobre las prácticas seguidas por las entidades en relación con el establecimiento de cláusulas contractuales limitativas del tipo de interés en la financiación hipotecaria de viviendas libres contratada con tipos variables. Para ello, comenzaremos fijando el concepto de cláusula suelo y sus consecuencias económicas, analizaremos los criterios de abusividad que subyacen a la motivación de la decisión judicial citada, las resoluciones del Servicio de Reclamaciones del BE sobre la cláusula en cuestión y las consideraciones del informe elaborado por el BE a petición del Pleno del Senado (23 de septiembre de 2009) y de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera (26 de enero de 2010).

## 2-. ¿Qué es la cláusula de “suelo”?

Se trata de una cláusula limitativa a la variación de los tipos de interés en préstamos a interés variable. Las cláusulas por las que se limita la variación del tipo de interés -lo que vulgarmente se denomina 'suelo y techo'-, son muy habituales en los préstamos hipotecarios, e incluso, como el propio Servicio de Reclamaciones del Banco de España ha insistido en resaltar desde las primeras reclamaciones formuladas por los clientes<sup>2</sup>, están previstas expresamente en la normativa de transparencia que regula la información que deben incorporar los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés en los préstamos hipotecarios a tipo variable. Dichos préstamos están expresamente regulados en el artículo 19 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, que se remite, en cuanto a la información a proporcionar sobre los mismos, a las normas de ordenación y disciplina dictadas al amparo del artículo

---

<sup>2</sup> Memoria del Servicio de Reclamaciones 2009, pág. 115.

48 de la Ley 26/1988, de Disciplina e Intervención de las entidades de crédito, y más en concreto, en concreto, la OM 5 de mayo de 1994, que regula la transparencia en operaciones que por su finalidad (vivienda) e importe (no superior a 150.253 euros), merecen una mayor protección, (cláusula 3ª bis anejo II). Es de resaltar que en dicha norma no sólo se prevén expresamente las limitaciones recíprocas suelo-techo sino también, en contra de lo que afirma la Sentencia, las que afectan únicamente al mínimo<sup>3</sup>. También están expresamente contemplados en el art. 18 de la Ley 2/2009, *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*<sup>4</sup>, para establecer el deber notarial de informar al

---

<sup>3</sup> 3. Límites a la variación del tipo de interés aplicable.- Cuando se establezcan límites máximos y mínimos a la variación del tipo de interés aplicable al préstamo, se expresarán dichos límites:

a) En términos absolutos, expresándose en forma de tipo de interés porcentual los citados límites máximo y mínimo.

*Esta forma de expresión se utilizará obligatoriamente cuando puedan expresarse dichos límites en términos absolutos al tiempo del otorgamiento del documento de préstamo.*

b) De cualquier otro modo, siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a Derecho.

4. Umbral mínimo de fluctuación y redondeos del tipo de interés aplicable.- Si se pactara un umbral mínimo para la variación del tipo de interés (de forma que éste permanezca inalterado cuando la fluctuación del índice de referencia no alcance, en más o en menos, cierto umbral), se expresará dicho umbral en fracciones de punto.

<sup>4</sup> Art. 18: Deberes notariales y registrales: "1. En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley".

2. En particular, los notarios informarán al consumidor del valor y alcance de las obligaciones que asume y, en cualquier caso, deberán: ...b) En el caso de préstamo o crédito a tipo de interés variable, advertir expresamente al consumidor cuando se dé alguna de las siguientes

consumidor y advertir a las partes de la desigualdad al alza y a la baja, haciendo constar dicha circunstancia en la escritura.

La práctica de establecer límites a dicha variabilidad, que alcanza casi a un tercio de la cartera de préstamos hipotecarios, no es reciente. Su peso, según el informe del BE<sup>5</sup>, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera. También es una práctica que ha experimentado pocas alteraciones, dado que, salvo en 2009 (año en el que se ha producido una significativa elevación de las operaciones con límites a la subida y a la bajada de tipos, lo que ha elevado la importancia de estas operaciones en 10 puntos porcentuales hasta situarlas por encima del 40%), se había venido situando en torno a un tercio de las operaciones.

Un ejemplo de cláusula suelo tipo podría ser el siguiente:

*“En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de la aplicación sea inferior al 3.00%, este valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el*

---

*circunstancias:...3º) Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés. En particular, 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, salvo que resultara de aplicación lo dispuesto en el artículo 84 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, en cuyo caso procederá conforme lo indicado en dicho precepto”.*

<sup>5</sup> Según el Informe realizado por el BE para la DGT y PF, remitido asimismo al Pleno del Senado, el 71% de la cartera encuestada no tiene restricciones a la bajada de tipos de interés, frente al 29% que sí tiene limitaciones al descenso, aunque de esta parte de la cartera, el 82% también tiene limitaciones a la subida; en sentido contrario, el 28% de la cartera tiene un techo o cap que limita la subida del tipo de interés, en un 85% de los casos unido a un suelo o floor.

*"tipo de interés vigente" en el "período de interés". Igualmente, el tipo aplicable al devengo de intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 12,000% nominal anual".*

Así, en una hipoteca de 150.000 euros a 25 años, con un tipo de interés de Euribor a un año + 0,75% –contando con el Euribor del pasado enero de 2010, 1,232% según el Banco de España–, la cuota mensual sería de 634,47 euros – 7.613,64 euros al año–, si no tuviera ‘cláusula de suelo’. En este caso, la TAE sería del 2,089%. En cambio, las consecuencias prácticas de la anterior cláusula suelo del 3,00% en el mismo préstamo serían decepcionantes para el consumidor, ya que éste pasaría a tener una cuota mensual de 711,32 euros – 8.535,84 euros al año–, esto es, 922,20 euros más al año.

Según AUSBANC, la asociación de consumidores demandante vencedora en el proceso cuyas conclusiones vamos a analizar, es una cláusula que afecta al equilibrio de las posiciones de las partes en el contrato porque, mientras que el límite mínimo de variabilidad se alcanza de hecho, impidiendo al consumidor la variación a la baja del interés inicial pactado, el límite máximo ('techo') no es susceptible de servir de cobertura al riesgo de una elevación proporcional a aquélla en contra de la entidad acreedora. Y es que la media de suelo que aplican las entidades es del 3,56%, la del techo -el máximo al que calculan que puede llegar el Euribor- está en el 12,67%, un nivel muy difícil de alcanzar. En definitiva, según la asociación ADICAE, las entidades bancarias podrían haber percibido 7.000 millones de euros durante 2009 en virtud de la operatividad de esta cláusula.

Pero, aun suponiendo que la sentencia dictada por el Juzgado alcance firmeza, no todas las cláusulas limitativas de la variación de tipos de interés afectan de igual forma al equilibrio de las posiciones contractuales de las partes. Por ello, se hace necesario analizar el supuesto de hecho de la



<http://www.uclm.es/centro/cesco/>

sentencia dictada contra BBVA, CAJAMAR Y CAIXA GALICIA y posteriormente analizar la motivación sobre la que se asienta la estimación de la demanda.

### **3-. La doctrina de la Sentencia 246/2010 de 30 de septiembre del Juzgado número 2 de lo Mercantil de Sevilla<sup>6</sup>.**

En lo que se refiere a la naturaleza y función contractual de la limitación objeto de la estipulación controvertida<sup>7</sup>, la Sentencia realiza dos afirmaciones fundamentales:

La primera es la relativa a la posibilidad de aplicar el control de abusividad a la fórmula de determinación de los intereses establecidos como remuneración del préstamo. Según la Sentencia, las cláusulas objeto de la demanda no son cláusulas de intereses, sino pactos accesorios a aquellos que tienen por objeto su delimitación y que constituyen condiciones generales de la contratación, carácter al que no obsta el hecho de la libertad de negociación del cliente con otras entidades dentro de la variedad de ofertas bancarias existentes en un sector tan competitivo como el sector.

---

<sup>6</sup> [www.ausbanc.es/medios/notasprensa/detalle/.../20101018\\_sentencia.pdf](http://www.ausbanc.es/medios/notasprensa/detalle/.../20101018_sentencia.pdf)

<sup>7</sup> Uno de los puntos más polémicos de la Sentencia, sobre el que no vamos a entrar en este trabajo, es el que resuelve que AUSBANC tiene legitimación activa para la acción colectiva interpuesta. Su consideración procesal de asociación “suficientemente representativa de los intereses de los consumidores y usuarios” en el sentido del artículo 11 LEC es más que discutible. Baste decir que el TRLCU en su artículo 24.2 ha eliminado la insuficiencia de rango de la normativa anterior, normalmente utilizada como argumento por los tribunales civiles para permitir la interposición de demandas colectivas a cualesquiera asociaciones de consumidores y hoy niega claramente la legitimación activa de aquellas que no forman parte del Consejo de Consumidores y Usuarios (al que AUSBANC no pertenece, estando pendiente de recurso la denegación) para litigar por sustitución.



<http://www.uclm.es/centro/cesco/>

La Sentencia afirma además que dichas limitaciones, aunque coadyuvan a la determinación de la remuneración del préstamo, no forman parte de su esencia y pueden ser objeto de control de contenido, con atención, además, a la posibilidad, declarada por el TSJCE (S. 3 de junio de 2010) de que en nuestra legislación interna se lleve a cabo un control de contenido en relación con los elementos esenciales del contrato y en relación a la adecuación precio-contraprestación.

La segunda es la caracterización de las cláusulas objeto de la demanda como abusivas en atención al desfase existente entre ambas y a la improbabilidad de que la variación del índice de referencia, incluso una vez añadido el diferencial, llegue al techo establecido en favor del consumidor (del 10% de la Caixa hasta el 15% de Caja Mar y 12%-15% de BBVA), resultando inane a los efectos de asegurarle el riesgo de la elevación del tipo de interés que sí quedaría sin embargo asegurado para la entidad en el caso de un bajada de los tipos de interés como la ocurrida en el presente (con límites mínimos que oscilan del 2,75 de LA CAIXA, 3,25 de CAJA MAR Y 3,25-3,50% de BBVA).

#### **4-. Las razones del sector bancario: el Informe del BE remitido al Senado y a la DGT y PF.**

Con fecha 23 de septiembre de 2009, el Pleno del Senado aprobó una moción por la que se insta al Gobierno a actuar contra las prácticas abusivas que algunas entidades de crédito vienen realizando con sus clientes en relación a la revisión de la cuota de sus hipotecas, promoviendo las siguientes medidas:

«Exigir el cumplimiento del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que establece la definición de cláusulas abusivas.

Mejorar la protección de los consumidores y usuarios de servicios financieros procediendo a solicitar al Banco de España la elaboración y remisión en el plazo de tres meses de un informe en relación a los siguientes extremos:

a) La existencia de cláusulas en los contratos de préstamos hipotecarios que: 1. Limiten los derechos de los usuarios. 2. Determinen la falta de reciprocidad. 3. Sean desproporcionadas; y b) Establecer la efectiva traslación de los descensos del Euribor a las cuotas de las hipotecas.»

Por su parte, la Dirección General del Tesoro y Política Financiera solicitó al Banco de España, el 26 de enero de 2010, la elaboración de un informe sobre los extremos mencionados en las letras a) y b) precedentes.

Analicemos los razonamientos del informe.

a) Como expresamente reconoce el Banco de España (BE), *la cláusula sólo es aplicable si resulta de un acuerdo expreso entre las partes y se encuentra debidamente recogida en el contrato, si bien las entidades deben poder acreditar que los clientes conocían su existencia con anterioridad a la firma del contrato*. Eso es tanto, o tan poco como decir que la imposición de la cláusula en cuestión no constituye una mala práctica bancaria si cumple lo dispuesto en el artículo 60 TRLCU<sup>8</sup>, que en el ámbito bancario, y a los efectos de evitar los

---

<sup>8</sup> Información previa al contrato.

1. Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y

problemas derivados de una negociación verbal, se resume en el cumplimiento de las obligaciones de transparencia exigidas por la OM de 5 de mayo de 1994 (necesaria inclusión de estas cláusulas en las ofertas vinculantes que las entidades deben entregar obligatoriamente a los solicitantes de préstamos hipotecarios de cuantía inferior a 150.253,03 euros y que el Servicio ha hecho extensivo como criterio de buena práctica bancaria a todos los préstamos hipotecarios cualesquiera sea su cuantía).

b) El artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, establece que «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.

Según el informe emitido por el BE, este precepto obliga a considerar que las estipulaciones que componen el núcleo obligacional del contrato no son, en general, susceptibles de ser catalogadas como abusivas, porque el legislador entiende que respecto a ellas deben jugar la libre autonomía de las partes y las reglas del mercado. Es decir, que los prestatarios habrían consentido libremente estas cláusulas (sean de «suelo y techo» o sólo de «suelo» o «techo») al suscribir el contrato de préstamo hipotecario, si bien, si hubiera mediado algún tipo de vicio del consentimiento, como el error, la parte

---

*suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo.*

*2. A tales efectos serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y normas que resulten de aplicación (...).*

perjudicada puede acudir a los tribunales de justicia.

La Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 2 de Sevilla considera que no estamos ante una cláusula que contenga un elemento esencial del contrato, sino que es “meramente accesorio” del precio.

Disentimos de ambas opiniones. Los intereses, variables o no, de un préstamo hipotecario no son indemnizatorios, sino remuneratorios del capital prestado. Y dentro de ese carácter, no son accesorios, sino determinantes del precio final, sujeto en su determinación a múltiples variables en función del riesgo para la entidad. Por lo tanto, es cierto que, como afirma el BE, forman parte del precio de la operación que, como elemento esencial del contrato, está en principio excluido del control de contenido previsto por el art. 4.2 Directiva 93/13/CEE. Y también lo es que la Ley 26/1988 de disciplina e intervención de las entidades de crédito establece la libertad de fijación de precios de los servicios bancarios siempre con sujeción a las normas sobre transparencia bancaria emanadas de dicha ley<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> En consonancia con la legislación comunitaria, la normativa española en materia de fijación de los tipos de interés de las operaciones bancarias se inspira, asimismo, en el principio de libertad de pactos. En este sentido, el número primero de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989 dispone que:

*«Los tipos de interés de las operaciones activas y pasivas de las Entidades de crédito serán los que libremente se pacten, cualquiera que sean la modalidad y plazo de la operación y la naturaleza del sujeto con el que se concierten...»*

Más concretamente, en materia de préstamos hipotecarios es de especial relevancia la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, aplicable a los préstamos con personas físicas en los que la garantía hipotecaria recaiga sobre una vivienda, cuya cuantía no rebase los 150.253,03 € (sin perjuicio de que dicha Orden, al menos en materia de información al cliente, sea aplicada habitualmente

---

por las entidades con carácter general a las operaciones de préstamo hipotecario, aunque rebasen esa cuantía).

Cuando el tipo pactado en un préstamo hipotecario es variable, la citada Orden Ministerial establece que el correspondiente contrato deberá incluir necesariamente una cláusula con el contenido obligatorio siguiente:

*«Límites a la variación del tipo de interés aplicable. Cuando se establezcan límites máximos y mínimos a la variación del tipo de interés aplicable al préstamo, se expresarán dichos límites: En términos absolutos, expresándose en forma de tipo de interés porcentual los citados límites máximo y mínimo.*

*Esta forma de expresión se utilizará obligatoriamente cuando puedan expresarse dichos límites en términos absolutos al tiempo del otorgamiento del documento de préstamo. De cualquier otro modo, siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a Derecho.» Anexo II, cláusula 3.bis de la Orden.*

De esta cláusula puede tener conocimiento el prestatario al menos en dos ocasiones: con anterioridad a la firma de la escritura, con motivo de la oferta vinculante exigida por el artículo 5 de la Orden, y en los 3 días anteriores a la firma de la escritura, al ejercer el derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario, que le reconoce el art. 7.2 d OM.

Por su parte, el artículo 7.3.2 letra c) de la Orden, impone al notario, como fedatario público que interviene el documento, la obligación de advertir expresamente al prestatario cuando «... se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés. En particular, 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.» En el marco de la normativa a la que nos acabamos de referir, se considera que las cláusulas que nos ocupan son válidas siempre que resulten de un acuerdo entre las partes y resulten expresamente reflejadas en el contrato con arreglo a lo requerido en la Orden de 5 de mayo de 1994.

La referencia de esta última a que el Notario deberá advertir expresamente de la existencia de tales límites, especialmente cuando los mismos no sean semejantes al alza y a la baja, confirma de manera inequívoca, según el informe del BE, que dichas cláusulas se encuentran perfectamente admitidas en nuestro ordenamiento.

Pero este argumento no es defendible en la actualidad para determinar la validez de la cláusula. Desde luego, en nuestro Ordenamiento existen otros criterios que permiten considerar abusiva una cláusula incluida por la entidad en el contrato de préstamo hipotecario con independencia del cumplimiento de cualesquiera obligaciones de información previa y de los requisitos de inclusión exigidos por el art. 80 TRLCU (concreción, claridad, sencillez, posibilidad de comprensión directa, accesibilidad y legibilidad) y del carácter esencial o no de los elementos contractuales objeto de descripción en la cláusula discutida.

El Auto del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2008, con ocasión de un recurso de casación interpuesto en un procedimiento en el que dilucida la validez de las cláusulas de «redondeo» plantea al TJCE si sería compatible con los artículos 2, 3.1g) y 4.1 del Tratado una interpretación de los artículos 8 y 4.2 de la Directiva 93/13/CEE que permita a un Estado miembro un control judicial del carácter abusivo de las cláusulas (redactadas de manera clara y comprensible) que, en los contratos celebrados por los consumidores, definan el objeto principal del contrato o la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha admitido que la ley española puede legítimamente establecer un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales referidas a la descripción de “elementos esenciales” aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible (Sentencia de 3 de junio de 2010, que la Sentencia del Juzgado ya aplica en su motivación, si bien como *obiter dicta* ya que no considera que la limitación forme parte del elemento esencial del precio del préstamo). En virtud de dicha posibilidad, cabría declarar el carácter abusivo de la cláusula a pesar de que las directrices de información impuestas por la normas sobre transparencia bancaria referidas a la limitación de los tipos de interés

resultantes fuesen cumplidas, siempre que la cláusula no hubiera sido negociada individualmente o la práctica no hubiera sido expresamente aceptada y 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.

5-. A continuación se exponen **algunas reflexiones propias a modo de conclusión**:

1ª) La cláusula suelo puede ser nula si, ofertándose el préstamo a interés variable, el suelo coincide con el Euribor (más el diferencial) del momento en el que se firmó la hipoteca, porque entonces la información previa constituye una publicidad engañosa que no responde a la variabilidad de interés ofrecida a favor del consumidor, sino tan sólo de la entidad prestamista. Existiría una variabilidad engañosa que induciría a error en el cliente en cuanto al precio.

2ª) En otro caso, cláusula debería ser considerada abusiva sólo si el suelo no fuese excepcionalmente bajo en comparación con la excepcionalidad altura del techo. Esta idea se entiende muy bien si se analiza en relación a la escasa conflictividad suscitada por la cláusula en cuestión antes de la excepcional bajada de los tipos de interés a que nos hemos referido con anterioridad. Ninguna de las demandadas tenía en su cartera suelos superiores al 3,50 (especialmente llamativa resulta la desproporcionalidad señalada en relación con La Caixa, que operaba con limitaciones 2,75%/10%).

3ª) Para que exista desequilibrio habría que demostrar que la TAE de estas operaciones, en periodos de tipos relativamente bajos, será superior a la de un tipo fijo o mixto, frustrando las expectativas del cliente en la bajada. Pero la experiencia demuestra que aún en períodos de interés bajo, el tipo de interés resultante de la limitación sigue siendo más bajo que los tipos fijos medios del mercado. Por lo tanto, el beneficio buscado por el cliente sigue existiendo,

aunque en menor medida en función del precio mínimo que la entidad bancaria puede legítimamente garantizarse. Luego la reducción del coste de medio del crédito sigue operando y no se entiende muy bien porqué la introducción de un elemento de aleatoriedad en el contrato ha de afectar a las contraprestaciones de ambas partes. Es como decir que la lotería nacional es abusiva porque la Hacienda Pública siempre gana mientras que el ilusionado jugador sólo tiene una remota posibilidad de hacerlo.

4ª) A nuestro parecer, a las demandadas no les falta razón en relación a la clarísima falta de reciprocidad que denuncia la actora. Existe una duda razonable sobre la inanidad del techo aplicable a estas operaciones. Según se establezca como media de plazo de amortización de este tipo de préstamos la de veinticuatro años o, sin embargo, se opte por establecer una media superior (avalada por la pericial aportada por la parte demandada al proceso que culminó con la comentada Sentencia del Juzgado núm. 2 de los Mercantil de Sevilla), nos encontramos que con referencia en el anterior MIBOR existieron subidas excepcionales (igual de excepcionales que la brutal bajada experimentada en la actualidad) hasta llegar al tipo de interés del 16%. En el caso de las cláusulas que fijan simultáneamente límites a la subida y a la bajada de tipos, la función es combinar los intereses de la entidad (obtener un rendimiento mínimo en épocas de tipos muy bajos) con los del cliente (asegurarse un límite en épocas de fuertes subidas). Desde el momento en que ninguna de las dos posibilidades ha descartarse a priori, quién sabe si la eliminación de las cláusulas limitativas de la variación hasta el punto de hacerlas coincidir con la fluctuación real de los tipos de interés (que habría de aplicarse de forma recíproca tanto a las cláusulas suelo como a las cláusulas techo) podría deparar todavía desagradables sorpresas.

5ª) Creo que precipitarse en generalizar la consideración de abusiva a toda limitación desigual de la variación de los tipos de interés en préstamos a interés

variable implica desconocer la naturaleza jurídica y la función contractual de la cláusula en cuestión. En principio, el “techo” cumple una función similar a la de instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés a que se refiere el art. 19 de la Ley 36/2003 de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica<sup>10</sup>. También lo es que las acotaciones al alza, no tienen, en general, según reconoce el BE en su Informe, virtualidad como mecanismo de protección real y efectiva frente a incrementos de tipos de interés. De hecho, según se expresa en el mismo, muchas de las entidades que aplican límites simultáneos, también ofrecen a la clientela otros productos específicos para la cobertura de este riesgo. Sin embargo, la imposición de un techo más bajo agravaría sin duda el préstamo reduciendo el período de amortización y aumentando el montante de las cuotas sin que el riesgo de una subida de los tipos de interés a medio plazo compense al consumidor de las desventajas que ello supone a corto plazo. Y en definitiva, acabará con la modalidad de interés variable, eliminando las

---

<sup>10</sup>«1. Las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos, productos o sistemas de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles. La contratación de la citada cobertura no supondrá la modificación del contrato de préstamo hipotecario original.

2. Las entidades a que se refiere el apartado anterior ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento, producto o sistema de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés. Las características de dicho instrumento, producto o sistema de cobertura se harán constar en las ofertas vinculantes y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativas a la transparencia de préstamos hipotecarios, dictadas al amparo de lo previsto en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito.

Lo dispuesto en este apartado será de aplicación a las ofertas vinculantes previstas en el artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.»

ventajas que para el consumidor reporta la misma (interés inferior, plazos de amortización mayores y un menor coste en su eventual amortización anticipada).

6ª) Antes de afirmar precipitadamente que las cláusulas de limitación de las variaciones de los tipos de interés en préstamos de interés variable son abusivas, hemos de preguntarnos si existe una causa razonable para la diferencia de distancia del suelo y del techo con respecto del tipo medio de interés fijo. Esto es, si es necesaria para mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones. Estos costes están integrados en dos grandes grupos:

-El coste del dinero, que en el caso de nuestras entidades está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero;

-Los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero.

De hecho, diversas entidades de las 49 encuestadas por el BE para la emisión de su informe, también indicaron que el reforzamiento de esta política (la de establecer suelos) en 2009 se ha visto influido por el aumento registrado en esos costes a causa, por un lado, de la caída y encarecimiento del mercado mayorista (que llegó a ser importante para nuestras entidades, especialmente por la vía de la emisión de cédulas hipotecarias), y de otro, por la de la reducción del negocio, con lo que ello implica de mayores costes unitarios por unidad de producto, por el mayor peso relativo de los costes fijos procedentes de mantener la misma estructura.



<http://www.uclm.es/centro/cesco/>

En este sentido, no es despreciable la argumentación de la demandada CAJA MAR cuando afirma que la misma limitación a la variabilidad se aplica a las propias entidades cuando acuden a obtener dinero del mercado interbancario, no sólo para prestarlo posteriormente, sino también para mantener las reservas obligatorias en relación con las operaciones de activo.

7ª) En este contexto, es razonable reflexionar sobre la advertencia del informe del BE en el sentido de que la supresión de la cláusula podría provocar un aumento del coste del crédito y la reducción del plazo de las operaciones. O lo que es lo mismo, sería conveniente cuestionarse si la superprotección de los consumidores hasta el punto de considerarnos contratantes incapaces de comprender los riesgos de las operaciones que suscribe y compararlos con las desventajas de un interés fijo (válido) superior, con plazos de amortización inferiores y un mayor coste en su eventual amortización anticipada nos compensa hasta el punto de asumir el encarecimiento de los préstamos o la desaparición de los préstamos a interés variable.

Mª Carmen González Carrasco