PUBLICACIONES JURÍDICAS
Jóvenes investigadores
www.uclm.es/centro/cesco

AHORA LOS DIFERENCIALES DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS SON ABUSIVOS POR CONSTITUIR CLÁUSULAS SUELO ENCUBIERTAS

AAP Madrid nº 247/2015, de 18 de septiembre de 2015 (JUR 2016\166942)

Alicia Agüero Ortiz
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Rocío Valera García
Máster de Acceso a la Abogacía
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 5 de septiembre de 2016

1. Supuesto de hecho

La entidad bancaria CAIXABANK S.A, como parte actora, interpuso demanda de ejecución hipotecaria ante el Juzgado de Primera Instancia Nº 5 de Leganés, contra un cliente-consumidor, por incumplimiento contractual del contrato de crédito hipotecario celebrado entre aquella y éste último.

En concreto, el producto contratado (en el año 2003) era la "Hipoteca Abierta" de la Caixa, una suerte de crédito hipotecario que permitía a sus contratantes obtener la financiación necesaria para la adquisición de una vivienda -que constituiría la garantía-, mediante una primera disposición de crédito, con la posibilidad de obtener subsiguientes disposiciones de crédito a lo largo de toda la vida del contrato, respecto a los importes que ya hubieran sido amortizados (para adquirir un vehículo[1], hacer frente a algún imprevisto, reservar unas vacaciones o cualquier otro fin deseado por el consumidor). Para ello se establecía dos precios según la disposición de que se tratase.

a) Así, para la primera disposición destinada a la adquisición de la vivienda se distribuía el método de pago en dos tramos: uno a plazo fijo[2], y acabado éste, un

[1] Finalidad seguida por la mayoría de los suscriptores de este préstamo, según manifiestan generalizadamente en los foros relativos a esta hipoteca.

[2] No se especifica en la sentencia ni el tipo ni el plazo de este tramo fijo.

segundo tramo a interés variable, resultante de añadir al Euribor el 1,30% de diferencial, o el 0,50% de aplicarse el índice de referencia sustitutivo. Hasta aquí el producto no difiere de las hipotecas ordinarias. Por ejemplo, la Hipoteca Joven de CCM en 2008 un primer tramo por el que el tipo quedaría fijado por el Euribor menos 0,20% durante los seis primeros meses de vida del préstamo hipotecario; y un segundo tramo desde el séptimo mes hasta el vencimiento del préstamo a un interés variable resultante de adicionar un 0,33% de diferencial al índice de referencia Euribor (adquiriendo un seguro de vida para los prestatarios, el seguro del hogar, un seguro de protección de pagos, una tarjeta de crédito para cada prestatario y domiciliando las nóminas). Asimismo, en el caso de la hipoteca abierta de la Caixa el diferencial del 1,30% podía reducirse en caso de contratar productos adicionales, tales como el seguro del hogar, seguro de vida de los prestatarios, tarjeta de crédito, etc.

b) Ahora bien, se establece un segundo precio para las segundas disposiciones de capital. Aquí el producto difiere de las hipotecas ordinarias de consumo, pues las hipotecas de uso común no prevén esta posibilidad de concesión de préstamos posteriores a los prestatarios. Es decir, la peculiaridad de este producto es que si se solicitaba un préstamo de 200.000 € para la adquisición de una vivienda y, transcurrido un tiempo se hubiera amortizado capital, por ejemplo, 10.000€, el prestatario podría solicitar esos 10.000€ sin la necesidad de contratar un préstamo personal. Cualquier otro consumidor, en caso de necesitar dicho importe y siendo titular de otra hipoteca ordinaria, habría tenido que dirigirse al mercado de crédito en busca de financiación, debiéndose tener en cuenta que los tipos de interés en los préstamos personales en el año 2003 según las estadísticas del BdE (sin tomar en consideración los posibles gastos adicionales como comisiones de apertura) rondaban el 8% y, en los préstamos hipotecarios, el 4%[3].

   Pues bien, para estas disposiciones posteriores no destinadas necesariamente a la adquisición de la vivienda, se establecía que el interés sería variable desde el primer momento (sin existir dos tramos), siendo el resultado de adicional un 2,5% en concepto de diferencial al Euribor, o un 1,250% en caso de aplicarse el índice de referencia sustitutivo. Es decir, si el Euribor estuviera al 2,5 (año 2003) el consumidor podría obtener un préstamo personal al 5% de interés; de hallarse el Euribor en el 5%, como ocurrió en el año 2008 en el que los intereses a los préstamos al consumo alcanzaban el 9%[4], el consumidor disfrutaría de una suerte

[3] http://www.bde.es/clientebanca/es/areas/Tipos_de_Interes/entidades/2003_49894edbf541a41.html

[4] http://www.bde.es/clientebanca/es/areas/Tipos_de_Interes/entidades/

de préstamo personal al 7,5%; y si el Euribor estuviera al 0% o en negativo, como en la actualidad, dispondría de un *pseudo* préstamo personal al 2,5% cuando los intereses a los préstamos al consumo en 2016 oscilan entre el 8,72% y el 9,52%[5].

En este contexto la parte demanda formuló escrito de oposición a la ejecución solicitada por la entidad-parte demandante, alegando la existencia de cláusulas abusivas que deberían conllevar el sobreseimiento de la ejecución. Entre estas cláusulas, considera el demandado que la escritura contiene una cláusula suelo encubierta, en particular, alegó que la cláusula que establece que el diferencial a pagar para la segunda y subsiguientes disposiciones de capital en el 2,5% constituye una cláusula suelo encubierta pues nunca podría beneficiarse de los descensos del Euribor. La cláusula litigiosa, que hemos introducido anteriormente, rezaba: "*Tipo de interés variable. Segunda Fase el tipo de interés pactado es variable, siendo dicho interés el resultado de la suma del denominado "índice de referencia, o Euribor" - que es el publicado por el Banco de España con periodicidad mensual- y del "diferencial"*". Dicho diferencial es definido como "*una magnitud porcentual invariable durante la vigencia del contrato, que para la primera disposición es de 1,30 puntos cuando resulte aplicable el Índice de Referencia Adoptado, y de 0,50 puntos cuando el aplicable sea el Sustitutivo (el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de las cajas de ahorros cuando no se hubiere publicado durante más de dos meses el índice de referencia), mientras que para las restantes disposiciones el diferencial es de 2,50 puntos y de 1,250 puntos respectivamente*".

Esta oposición fue desestimada por el Juzgado mediante Auto de 27 de septiembre de 2013, ordenándose la continuación de la ejecución contra el demandado-ejecutado. En relación con la cláusula objeto de comentario, el Juzgado rechazó su abusividad por dos razones: por un lado, por entender que el Banco de España permite que las entidades crediticias establezcan un interés variable a partir de determinado momento, siempre que se pueda calcular sobre la base de un índice de referencia; y por otro lado, porque conforme a la STS de 9 de mayo de 2013, la "cláusula suelo" cuya abusividad pretende que se declare la parte demandada, es lícita por su carácter trasparente, al ser fácilmente identificable por el consumidor, como definidora del contrato, permitiéndosele conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos de interés.

Ante la disconformidad con el fallo contenido en la resolución judicial, se procede por parte de la representación procesal del ejecutado a recurrir la misma en apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, solicitándose la nulidad de actuaciones del citado proceso, así como todas las posteriores al mismo, declarándose como cláusulas abusivas

[5] http://www.bde.es/clientebanca/es/areas/Tipos_de_Interes/entidades/

aquellas que obran en la escritura del préstamo hipotecario, entre otras, la presunta cláusula suelo.

2. Argumentación adoptada por la Audiencia Provincial de Madrid en la resolución del recurso de apelación

Contra el recurso de apelación alegó CAIXABANK S.A que no existe tal cláusula suelo encubierta por la apariencia de una limitación compensatoria, sino que simplemente se trata de la aplicación de un diferencial invariable, algo normal y habitual en todas las financiaciones hipotecarias.

Mediante Auto nº 247/2015 de 18 de septiembre de 2015, la Audiencia Provincial declaró la abusividad de la cláusula controvertida estimando que, efectivamente, se trataba de una cláusula suelo encubierta contenida en la escritura de concesión de préstamo hipotecario celebrado entre la parte demandante-ejecutante y la parte demanda-ejecutada, y todo ello en base, como se extrae de la argumentación contenida en el Fundamento Jurídico quinto del citado Auto, a la falta evidente de trasparencia. Falta de transparencia que la Audiencia justifica en que dicha fórmula es de difícil comprensión, oscura y por ende con una absoluta falta de trasparencia; entendiéndose por consiguiente, que en el presente caso, la cláusula cuya declaración de abusividad se persigue, no sólo lo es por aplicación de apartado 225 de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Septiembre de 2013 (apartado que recoge las condiciones o características para calibrar la falta de trasparencia), sino que además, dicha ausencia no puede quedar salvada por el hecho de que los prestatarios hubieran tenido a su disposición con antelación suficiente el contrato para examinarlo, ni con el hecho de que el Sr. Notario, antes de la firma, leyera el contenido del mismo.

Dentro de todo este análisis de la AP de Madrid, y de la declaración por parte de la misma de la abusividad, y carácter encubierto de la cláusula suelo contenida en el contrato de préstamo celebrado entre las partes litigantes, declaró que la estimación de la abusividad no comporta ni la nulidad total del préstamo, ni la procedencia de devolución de las cantidades como consecuencia de la misma, tal como se recoge en la Sentencia del TS de 2013; por lo que la exclusión de la "cláusula suelo" en este proceso afectara sólo a la liquidación hecha, no a las sumas ya pagadas por la prestataria. Siendo el recalculo en relación con la cantidad que se reclama por cuotas impagas, comprensivas de amortización, y de intereses ordinarios, que se calcularon con arreglo a la cláusula suelo prevista en la escritura, y declarada nula, y que ha de tenerse por no puesta, esto es, las cuotas desde la de vencimiento hasta el cierre. Es decir, el recalculo para excluir lo reclamado por operación de la cláusula suelo, se habrá de referir sólo a

los pendientes de pago; careciendo, como señala la STS de 2013, de efectos retroactivos "*los intereses ya satisfechos o los declarados por resolución firme, aunque sólo sea por el problema de orden socioeconómico que se crearía con la postura contraria, y aunque el argumento no parece muy consistente, es lo cierto que dicha Sentencia por porvenir de un Tribunal Superior debe ser acatada".*

Así pues, la AP estimó parcialmente el recurso de apelación, confirmando la sentencia de instancia salvo en lo referido al recalculo de la deuda por la nulidad de la cláusula suelo sobre la cantidad reclamada por cuotas impagadas.

3. Conclusiones: todas las hipotecas tienen cláusulas suelo encubiertas

¿Qué diferencia existe entre el diferencial para las primeras disposiciones del 1,30% del diferencial previsto para las segundas disposiciones del 2,5%? ¿Qué diferencia el diferencial del 0,33% de la antigua hipoteca joven de CCM del diferencial del 2,5%? ¿Es más transparente uno que otro? No, la única diferencia es que el diferencial del 2,5% es más elevado que los otros. Si un diferencial del 2,5% constituye una cláusula suelo encubierta por no permitir que el prestatario se beneficie de las bajadas del Euribor, ¿no lo es también un diferencial del 1,3% o del 0,33%? Si estamos dispuestos a sostener que un diferencial del 2,5% -cuya elevada cuantía se explica por el hecho de que servirá para financiar futuras operaciones del consumidor diferentes a la adquisición de la vivienda, es decir, por asemejarse a un préstamo de consumo, a largo plazo pudiendo variar el Euribor al alza o a la baja hasta el vencimiento- constituye una cláusula suelo encubierta porque el consumidor siempre pagará como mínimo un 2,5% aunque el Euribor se sitúe en el 0%, entonces debemos estar dispuestos a sostener que un diferencial del 1,3% o del 0,33% constituye una cláusula suelo encubierta, pues estos consumidores no se beneficiarán de las bajadas del Euribor cuando éste se sitúe por debajo del 1,3% o del 0,33% respectivamente.

Por lo tanto, ¿cuándo podríamos sostener que no existe cláusula suelo encubierta? Únicamente cuando no se imponga diferencial y se preste a precio de Euribor, es decir, al precio en que las principales entidades financieras se prestan dinero en el mercado interbancario. He aquí el absurdo al que conduce la resolución. ¿Qué incentivo tendrá una entidad para prestar dinero a los consumidores, asumiendo un mayor riesgo, en lugar de prestar dinero a otra entidad financiera si el precio a percibir es el mismo? Ninguno. Y si esto así, ¿cómo accederá el consumidor a la vivienda si no existen entidades dispuestas a prestar a beneficio cero? De ninguna forma. Esto es lo que

consiguen resoluciones pretendidamente *pro consumatore*: el encarecimiento[6] y cierre del mercado de crédito a los consumidores en su conjunto. Esta es la conclusión más evidente de la resolución, pero si nos adentramos en el estudio de la supuesta falta de transparencia de la cláusula, notaremos que tampoco existe.

Si el ejecutado solicita la nulidad de la cláusula para evitar que se le aplique un diferencial del 2,5%, diferencial solo aplicable a ulteriores disposiciones de capital, es porque efectivamente había realizado subsiguientes disposiciones de capital –respecto a lo que la AP no se pronuncia-. Si el consumidor conocía que podía efectuar segundas disposiciones de capital, pues de hecho las hizo, ¿cómo puede sostenerse que la cláusula no era transparente porque no había forma de que el prestatario comprendiera aquello de las "restantes disposiciones" y su diferente carga económica?, ¿cómo se puede sostener que se comprende o es transparente que para la primera disposición el 1,30%, pero que no se comprende o no es transparente que para las restantes disposiciones el 2,50%? Esto sería sostenible en el caso de que el consumidor no hubiera comprendido o no hubiera sido informado claramente de la posibilidad de efectuar posteriores disposiciones (lo que, por lo demás, no espera ningún prestatario hipotecario ordinario) pero, ¿puede mantenerse en caso de conocer esta posibilidad y de haberla ejecutado efectivamente? En otras palabras, si la cláusula no es transparente y el prestatario no pudo conocer o comprender su contenido, significa que el deudor no pudo voluntariamente activarla (como sucede en el caso de la cláusulas suelo en cuyo caso la activación es automática), lo que rotundamente no sucede cuando –confirmando su consentimiento- conoce que puede efectuar subsiguientes disposiciones y las efectúa. ¿Cómo pudo efectuar subsiguientes disposiciones quien no conocía esta posibilidad ni su precio por ser el clausulado no transparente?

[6] Como señala ADICAE, el crédito al consumo en España es un 72% más caro que la media de la zona euro http://laeconomiadelosconsumidores.adicae.net/index.php?articulo=3281. Por su parte, respecto a los préstamos hipotecarios, se encarecen los diferenciales y se fomentan las hipotecas a tipo fijo –más caras que las hipotecas a interés variable en los tiempos en que el Euribor conoce sus mínimos históricos- http://laeconomiadelosconsumidores.adicae.net/index.php?articulo=3274. ¿Serán estos tipos fijos también considerados cláusulas suelo encubiertas?