

SEGUNDA SENTENCIA SOBRE LA CLÁUSULA SUELO EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS A INTERÉS VARIABLE¹

M^a del Carmen González Carrasco
Profesora Titular de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha
maria.gonzalez@uclm.es

La [Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de León](#) nº 1, de fecha 11 de marzo de 2011 recaída en los autos de juicio verbal 65/2010, ha estimado parcialmente la demanda interpuesta por AUSBANC declarando nula por abusiva la condición general incorporada a *aquellos contratos de préstamo a interés variable celebrados con consumidores o usuarios que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia, que no contemplen como contrapartida un tipo máximo que proteja eficazmente al prestatario del riesgo de subida, en todo caso inferior al 12% recogido en los contratos suscritos por la demandada*. El argumento principal de la sentencia es que la cláusula de techo no responde a la realidad (al establecer un 12 % de “techo” siendo así que el Euribor – pero no así el MIBOR – nunca ha superado el 6 %), mientras que el suelo fijado perjudica al prestatario al no permitirle beneficiarse las bajadas de los tipos de interés. Se reitera así el argumento de la falta de reciprocidad que ha orientado las anteriores decisiones judiciales recaídas sobre este tema en los últimos meses. En este caso, la sentencia se dicta contra Caja España y Caja Duero y es la segunda tras la dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla contra BBVA, Caixa Galicia y Cajamar, si bien el pasado mes de febrero, el Juzgado de lo Mercantil número 11 de Madrid aceptó a trámite la mayor demanda colectiva

¹ 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).

presentada en España contra 45 entidades financieras por la aplicación de las llamadas ‘cláusulas suelo’ de las hipotecas por una demanda presentada por Adicae².

En dos anteriores trabajos publicados por CESCO³ he comentado las particularidades de las anteriores resoluciones. En la sentencia de León que ahora se dicta, llama particularmente la atención el tratamiento de la legitimación activa de AUSBANC, así como la fijación de los criterios de abusividad en un techo del 12% cuando se establece de forma conjunta con un suelo del 3%. También resulta de interés analizar los motivos por los que la demanda se estima solo parcialmente, y el grave problema de congruencia que ello plantea. Comencemos por la segunda cuestión.

I. Criterios de abusividad. El juez (Ilmo. Sr. Pablo Arraiza Jiménez) considera que *«la condición general contenida en los préstamos hipotecarios a interés variable celebrados con consumidores establece un tipo de interés o un tipo mínimo de referencia y no contempla como contrapartida un tipo máximo que proteja eficazmente al prestatario del riesgo de subida del referencial»*, considerando que el artículo 82.3 TRLCU, al remitir para la determinación del carácter abusivo de una cláusula a *“todas las circunstancias” concurrentes en el momento de la celebración del contrato, obliga a tener en cuenta el presente marco contextual financiero. En este sentido, la sentencia considera que un tipo de interés máximo del 12% para las hipotecas «es ajeno a la realidad» y beneficia a las entidades en mayor medida que el interés mínimo del 3% fijado, un tope por el que el consumidor no se ha podido aprovechar de las bajada de los tipos de interés”*. Las consecuencias a la que conduce esta argumentación basada en la reciprocidad son perversas, ya que si la entidad bajase el techo podría subir el suelo reduciendo igualmente las posibilidades de obtención de una ventaja real por parte del prestatario (por lo que el daño existiría igualmente) pero, lo que es peor, el carácter abusivo o no dependerá en realidad de cuán bajo sea el suelo y cuán alto sea el techo, sino que se hará depender de un elemento ajeno al control de las entidades en el dilatado plazo para el que se contratan los productos hipotecarios, cual es la fluctuación del referencial.

² Con la incorporación de la Caixa, Banco Sabadell, Banco de Andalucía, Banco de Castilla, Credifirmo, Caja Rural de Extremadura, Caja Rural de Burgos y UNNIM se ha elevado a 53 el número de bancos y cajas demandados, en una demanda que, según la asociación iniciadora del proceso, acabará implicando a “la práctica totalidad” de entidades financieras españolas.

³ “Una visión alternativa sobre la cláusula suelo en los préstamos hipotecarios a interés variable” (<http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/3%20Noviembre%202010.pdf>) y “Sobre la demanda colectiva de nulidad y daños y perjuicios contra la cláusula suelo en préstamos hipotecarios a interés variable” <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/2%20Febrero%202011.pdf>.

Como afirma ALFARO AGUILA REAL en su comentario⁴ a esta sentencia “*no es bueno que los jueces se sientan libres para hacer afirmaciones sobre cuestiones, no ya de Micro, sino de Macroeconomía. La sentencia contiene, al menos, dos. Una, que es irreal que en 30 años los tipos puedan estar al 12 %. Y, dos, que tal nivel de tipos no sería sostenible porque la gente no podría pagarlos. Bueno, parece que ni siquiera los Estados pueden pagar más de un 7 % pero que las Cajas y los Bancos están pagando un 9 y un 10 % por los fondos que les presta el propio Estado o el mercado*”.

En definitiva, no parece razonable que una decisión tan incisiva en la economía nacional se decida en un procedimiento verbal y menos aún que se decida una ejecución provisional que no tiene en cuenta los tremendos costes de de una posible revocación por el órgano superior ante el que está apelada. Cuando la Unión Europea entre de lleno en la regulación de las acciones colectivas cual es su propósito, debería reflexionarse huyendo de demagogias proconsumeristas sobre todas estas cuestiones.

II. Como segunda cuestión relevante en la sentencia del Juzgado núm. 1 de lo Mercantil de León aparece la cuestión de la legitimación de Ausbanc para ejercitar una acción colectiva que persiga el interés difuso de los consumidores y usuarios

Los problemas comienzan por la caracterización de la actora como asociación de defensa de los consumidores y usuarios, condición de la que, de forma objetiva, carece AUSBANC, no sólo en cuanto al carácter representativo que exige el artículo 24 TRLCU en relación con el artículo 11.3 LEC, sino incluso en cuanto al carácter asociación de consumidores y usuarios legalmente constituida exigido por el artículo 11.1 LEC en relación con el artículo 24.1 TRLCU. En efecto, uno de los puntos más polémicos de la Sentencia que comentamos, como también lo fue en la dictada anteriormente por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de los de Sevilla también a a favor de AUSBANC es el que resuelve que la asociación actora tiene legitimación activa para la acción de cesación interpuesta. Su consideración procesal de asociación de consumidores legalmente constituida en el sentido del artículo 11.1 LEC no puede sostenerse a día de hoy, tras confirmarse su exclusión del Libro-Registro de Asociaciones de Consumo por sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de septiembre de 2010, (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta). Esta cuestión, que se opuso sin éxito en ambos procesos por las entidades demandadas, puede determinar el fracaso de la acción en ulteriores instancias, ya que, conforme al apartado sexto del artículo 21.3 de la Ley 26/1984, introducido por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios “la resolución de exclusión del

⁴ <http://derechomercantilesmana.blogspot.com/2011/03/la-sentencia-del-juzgado-de-lo.html>.

Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores determinará la pérdida de esta condición, en todo caso, y por un período no inferior a cinco años desde la fecha de la exclusión, sin perjuicio del mantenimiento de su personalidad jurídica con arreglo a la legislación general de asociaciones o cooperativas”. No siendo AUSBANC una asociación de consumidores legalmente constituida a los efectos del TRLCU, hasta una nueva inclusión en el Libro-Registro sólo podría actuar en juicio en defensa de los intereses de sus asociados (legitimación representativa o sustitutoria) o de la propia asociación, pero no de los intereses generales de los consumidores y usuarios (arts. 11.1 y LEC y 24.1 TRLCU). En la actualidad, el TRLCU, en su artículo 24.1 ha eliminado la insuficiencia de rango de la normativa anterior, todavía utilizada como argumento (v. Auto AP Cáceres 23.3.2011) para permitir la interposición de demandas colectivas a cualesquiera asociaciones con independencia de su consideración específica como asociaciones de consumidores.

La anterior reflexión no está siendo compartida por todos los Juzgados.

Como consecuencia de la confirmación de la exclusión de AUSBANC del Libro Registro del INC por SAN de 29 de septiembre de 2010, (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta), el Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Badajoz (Sentencia de 15 de febrero de 2011) estimó la excepción de falta de legitimación activa de AUSBANC CONSUMO para la tutela de intereses colectivos. La mencionada asociación había ejercitado una acción colectiva de cesación de condiciones generales de contratación en defensa de los intereses de consumidores y usuarios en contra de la incorporación de cláusulas de suelo por Caja Badajoz. Sin embargo, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Cáceres ha dictado un auto por el que afirma que Ausbanc tiene legitimación activa para emprender una acción colectiva contra Caja Extremadura con el fin de anular la cláusula suelo. Ante la oposición de Caja Extremadura alegando que esta asociación carece de legitimidad al no estar inscrita en el Libro Registro del Instituto Nacional de Consumo, el Fundamento Cuarto del citado auto señala que “si la ley sólo exige válida constitución, el reglamento no puede imponer otros criterios”, y que el artículo 5 de la Ley Orgánica del derecho de asociación recoge que “las asociaciones se constituyen mediante acuerdo de tres o más personas físicas o jurídicas legalmente constituidas, que se comprometen a poner en común conocimientos, medios y actividades para conseguir unas finalidades lícitas, comunes, de interés general o particular, y se dotan de los Estatutos que rigen el fundamento de la asociación”. Por tanto, el auto dictado por el Juzgado de Cáceres recoge que “con el acta fundacional la asociación goza de personalidad jurídica y, por tanto, de capacidad para ser parte. La necesidad de inscripción sólo recoge una previsión constitucional cual es que se inscriban a los solos efectos de publicidad”.

Sin embargo, la anterior argumentación (a todas luces contraria a Derecho) no es la que lleva a la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de León de 11.3.2011 a desestimar la excepción de falta de legitimación activa opuesta por las demandadas. Lo que la Sentencia que comentamos arguye es que, a pesar de la suficiencia de rango normativo actual que se puso de manifiesto al comienzo de estas líneas, y a pesar incluso de la confirmación por la Audiencia Nacional de la exclusión de Ausbanc del Libro Registro de asociaciones de Consumidores y Usuarios, dicha exclusión estaba a la fecha de interposición de la demanda cautelarmente suspendida, por lo que el levantamiento posterior de dicha suspensión a la fecha de dictarse la sentencia no puede ser tenido en cuenta para decidir sobre el extremo de la legitimación, por imperativo del principio de litispendencia recogido en el artículo 410 LEC.

El Juzgado hace suyos los argumentos de la STS núm. 861/2010 de 29 diciembre (RJ\2011\148)⁵ que casi tres meses después de la firmeza de la comentada expulsión, declaró que AUSBANC estaba legitimada a interponer una acción de cesación de cláusula abusiva denominada de redondeo al alza que se inserta en contratos bancarios de préstamo a interés variable ofertados a consumidores y usuarios. El Tribunal señaló: a) que este caso se refería a una tutela de intereses colectivos caracterizados en la configuración legal por la nota de ser los perjudicados por el hecho dañoso un grupo de consumidores o usuarios fácilmente determinables lo que excluye la exigencia de que la asociación tenga que estar representada en el Consejo de Consumidores y Usuarios. Y eso es así, ya que los mismos pueden ser fácilmente identificados *mediante el sistema informático* y el hecho de que se trate de una acción de cesación no la convierte en difusa “por mucho que pueda trascender - indirectamente- al mercado”; b) en relación a la expulsión de AUSBANC del Libro Registro, el Tribunal rechaza los argumentos de la entidad bancaria limitándose a señalar que la expulsión estaba suspendida cautelarmente en el proceso contencioso-administrativo que se seguía al respecto en la fecha de la interposición de la demanda (“perpetuatio iurisdictionis”, que impide que el Juzgador pueda tener en cuenta acontecimientos históricos posteriores a aquél en que se constituyó la relación jurídica procesal en primera instancia).

III. Estimación parcial

⁵ V. comentario de Iuliana Raluca en CESCO:
(<http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/asociacionesconsumidores/practicas/1.pdf>)

Como el mismo “Informe jurídico-económico emitido por la asociación ADICAE en respuesta al informe del BANCO DE ESPAÑA sobre cláusulas suelo”⁶ reconocía, *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%)*. Por otra parte, como ya se afirmé en otro trabajo de CESCO⁷, al que nos remitimos para argumentar sobre la razonable posibilidad de una demanda desestimatoria o sólo parcialmente estimatoria, no todas las cláusulas limitativas de la variación de tipos de interés que se introducirán en el proceso afectan de igual forma al equilibrio de las posiciones contractuales de las partes, ni, como se argumentó en aquel lugar, puede decirse a priori que toda cláusula suelo sea abusiva ni, como pretende la demanda, unilateralmente dispuesta sin negociación individual.

La sentencia que comentamos estima solo parcialmente la demanda interpuesta, considerando que *“No toda cláusula suelo es tributaria de un pronunciamiento de abusividad, sino, de acuerdo con lo razonado y en particular con los criterios legales de desequilibrio entre las estipulaciones de las partes y la falta de reciprocidad, aquellas que no se vean compensadas con límites superiores (techos) que protejan efectiva y adecuadamente a los prestatarios del riesgo de subida del índice tomado, condiciones que sin duda no se dan en la condición general incorporada por la demandada a las escrituras de préstamo hipotecario en las que interviene, en las que se fija un límite superior del 12% que de acuerdo con lo razonado anteriormente no puede considerarse potencialmente real, de manera que a falta de la acreditación por la actora de cuál sea el límite de realismo de los acotamientos al alza, y en aras al cumplimiento del deber judicial de congruencia, la declaración de nulidad habrá de concretarse a aquellos contratos de préstamo a interés variable celebrados con consumidores o usuarios que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia, que no contemplen como contrapartida un tipo máximo que proteja eficazmente al prestatario del riesgo de subida, en todo caso inferior al 12% recogido en los contratos suscritos por la demandada”*.

La anterior afirmación suscita algunas dudas de congruencia entre lo pedido por AUSBANC y la declaración de nulidad del fallo. Nótese que en el *petitum* de la demanda no se articulaba nulidad alguna de los “techos”, por altos que se fijasen o irreales que se mostrasen. Es cierto que la argumentación en torno a la nulidad de la

⁶ De fecha 10 de octubre de 2010. Puede consultarse en:

http://colectivos.adicae.net/colectivos/admin/archivos/contrainforme_definitivo_ultimo6.pdf

⁷ “Una visión alternativa sobre la cláusula suelo en los préstamos hipotecarios a interés variable” (www.uclm.es/centro/cesco/pdf/investigacion/2010/44.pdf).

cláusula suelo (única declaración solicitada) se apoya en la demanda en la falta de reciprocidad con los techos establecidos. Pero la sentencia declara nulas las cláusulas (que según la misma son condiciones generales de la contratación) de suelo del interés variable única y exclusivamente cuando se den determinadas condiciones, esto es, serán nulas siempre y cuando no exista la contrapartida de un techo y también cuando, existiendo, éste sea inferior al 12%. Esta decisión comporta algunas consecuencias que habrían aconsejado su impugnación mediante la vía de recurso de apelación no sólo a las entidades bancarias afectadas (que ya lo tienen por preparado, seguramente por otras razones de fondo) sino también a la entidad actora. Y ello porque si las entidades bancarias bajan a partir de ahora el techo de los préstamos hipotecarios a interés variable por debajo del 12% podrán subir el suelo *reduciendo mucho más las posibilidades de obtención de una ventaja real por parte del prestatario, cuando es que el techo, por irreal, ni siquiera fue considerado por dicha parte a la hora de contratar.*

En segundo lugar, la sentencia, en su deber de integración de los contratos afectados, debería bajar el techo y no eliminar el suelo, según sus propios razonamientos, demostrándose con ello que la demanda habría sido objeto de una desestimación en cuanto al fondo de lo realmente pedido, lo cual no sólo tiene efectos sustantivos, sino también en cuanto a las costas causadas por la demanda.

Finalmente, dejamos simplemente apuntada una cuestión que originará no pocos problemas de ejecución: en la demanda se solicita la nulidad de las cláusulas de suelo incluidas en los contratos de préstamo suscritos por consumidores y usuarios y en la sentencia se declara en los términos expuestos la nulidad de dicha cláusula incluida únicamente en un tipo de contrato de préstamo (el hipotecario) cuando el prestatario es un *consumidor o usuario*. ¿Cuándo puede decirse que lo es el cliente de la parte demandada? ¿Determina el destino del préstamo la condición de consumidor?