

El jardín de las cláusulas suelo

Fernando Zunzunegui
Universidad Carlos III

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 sobre los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo, rectificando el criterio del Tribunal Supremo, ha abierto un interesante debate sobre la relación banco-cliente. Porque de eso estamos hablando, de operaciones de crédito con garantía inmobiliaria en condiciones predispuestas por la banca. A veces nos olvidamos de que el problema no está en la garantía hipotecaria sino en la oferta de créditos hipotecarios. Las reglas de la hipoteca son claras. Nadie las discute. Lo que se cuestiona es la forma y el contenido de la operación de crédito en la que la hipoteca es sólo una más de las garantías. En este tipo de operaciones, una a una se van impugnando las condiciones generales predispuestas por la banca. La cláusula suelo es la que más revuelo está causando. Es el fruto maduro de esta revisión. Pero solo es la punta del iceberg. Hay sentencias que consideran abusivas otras condiciones, como las relativas a los gastos hipotecarios, el vencimiento anticipado, la venta extrajudicial, la imputación de pagos, los intereses moratorios o la comisión de descubiertos. El doctor Carlos Ballugera, registrador de la propiedad, mantiene un [listado](#) actualizado de cláusulas declaradas abusivas por los tribunales agrupadas en 78 categorías. Más allá de las cláusulas suelo conviene preguntarse cómo es posible que la mayor parte de las cláusulas predispuestas por la banca sean objeto de impugnación, con graves consecuencias para la seguridad jurídica.

Hay quien busca culpables. Aplica la dialéctica de buenos y malos para concluir que la banca no puede ser considerada culpable de esta situación. Parte de lo obvio, nadie conoce el futuro. Desde esta posición se critica por sesgo retrospectivo a quienes pretenden hacer responsable a la banca de la situación de crisis en que nos encontramos. Los problemas surgen por la brusca caída de los tipos de interés. El sistema español de crédito hipotecario ha permitido acceder a la vivienda en buenas condiciones. La banca [denuncia](#) ser objeto de un ataque judicial promovido por abogados que buscan el lucro. Cargan la culpa sobre los notarios, quienes debían avisar a los clientes de las condiciones en que contrataban.

Pero no se trata de buscar culpables. Lo importante es analizar de forma serena la situación en la que nos encontramos, las razones de haber llegado a esta situación y reflexionar sobre cómo superarla.

La situación en la que nos encontramos

Nos encontramos ante una industria bancaria con un grave problema reputacional como consecuencia de sus malas prácticas. Lo que genera el problema son las prácticas que tienen lugar tras la crisis *subprime* de 2007. No puede haber sesgo retrospectivo. Hay decenas de miles de sentencias que analizan caso por caso y condenan a las entidades por malas prácticas en tiempos de crisis. Tienen un común denominador. Ante la llegada de la crisis, la banca decide trasladar a sus clientes el riesgo que ella misma debía afrontar, reforzando sus recursos propios con participaciones preferentes y otros híbridos financieros, cubriendo su cartera de valores con productos estructurados o protegiendo su margen con cláusulas suelo o swaps. La banca no sabía que los tipos de interés se iban a desplomar, pero sí era perfectamente consciente de la llegada de la crisis. En tal situación resulta contrario al interés del cliente trasladarle riesgos sin avisarle de las consecuencias. Desde 2003 los bancos tenían la obligación [legal](#) de ofrecer a los clientes que iban a contratar un préstamo hipotecario una cobertura frente a la subida de los tipos de interés. Pero durante años no cumplieron con esta obligación. Fue a partir de 2007 cuando generalizan en los préstamos hipotecarios la inclusión de suelos al interés variable. Es la banca quien decide dejar de comercializar préstamos a interés fijo y ofrecerlos a interés variable con cláusula suelo.

Es la banca quien decide trasladar el riesgo de la crisis a sus clientes incluyendo cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios. Estas circunstancias son relevantes y deben ser valoradas a la hora de enjuiciar la transparencia en que fueron contratados los préstamos hipotecarios.

Los responsables de haber llegado a esta situación

Los principales responsables de la situación en la que nos encontramos son los bancos comercializadores de los productos y diseñadores de su contenido. Los bancos cuentan con asesores legales internos y externos que han debido verificar la legalidad de las condiciones generales incluidas en la contratación. A su vez, el riesgo legal que crean las condiciones abusivas debía haber sido identificado por las auditoras. Por lo demás, al Banco de España le corresponde formular y vigilar el cumplimiento de las buenas prácticas bancarias. Conoce, a través de las miles de reclamaciones que presentan los clientes, los problemas que surgen en la contratación bancaria.

Hay deficiencias legales. Los contratos bancarios son atípicos. Es cierto que contamos con una buena Ley hipotecaria, pero no existe una ley sobre el préstamo hipotecario como operación financiera. Salvo una regulación parcial de los servicios de pagos, la ley no fija los derechos y obligaciones en la contratación bancaria y financiera. Hay normas administrativas de transparencia que no se dirigen a regular la validez y el contenido de los contratos. Es una laguna deliberada. La banca siempre se ha considerado con poder suficiente para determinar unilateralmente el contenido de los contratos bancarios. El Banco de España nunca ha cuestionado esta discrecionalidad. Hasta la materialización de los riesgos tras el agravamiento de la crisis era raro que un cliente ganara un pleito a un banco. Existía cierta presunción de buen

funcionamiento de la banca, como si prestara un servicio público y formara parte de la administración.

Esta laguna fue advertida por la Comisión General de Codificación, que incluyó en su propuesta de [Código Mercantil](#) un título dedicado a los contratos financieros. Pero la ponencia se encargó a juristas vinculados a la banca que no tenían ninguna intención de reconocer los derechos del cliente bancario y abordar su problemática. La propuesta no aborda ninguno de los problemas que ahora se están planteando. La ponencia funcionó bajo la presidencia de Enrique Piñel, abogado del Estado, consejero de Banca March y ex-asesor jurídico de la Asociación Española de Banca, con la participación activa como vocales de Sebastián Sastre Papiol, director de la asesoría jurídica de La Caixa hasta su nombramiento como magistrado del Tribunal Supremo el 29 de noviembre de 2012, y de José Antonio Alepuz Sánchez, abogado del Estado, ex-secretario general del Banco de España, secretario del consejo de Criteria Caixaholding.

En suma, el principal y directo responsable, y quien debe asumir las consecuencias de su conducta, es el banco que diseña y predispone el contenido de los contratos. También es responsable de la situación en que nos encontramos el Banco de España encargado de velar por la estabilidad de las entidades y la protección del cliente bancario. Es cierto que identificó el problema en su informe al Senado en mayo de 2010, pero se equivocó en su planteamiento. Pensó que lo mejor era no hacer nada y dejar que la banca siguiera cobrando de más por los préstamos hipotecarios con cláusula suelo, criterio que el Senado dio por bueno.

Quien no es responsable de la situación es el cliente que contrató el préstamo hipotecario en esas circunstancias. Fue la banca quien decidió ofrecer préstamos a interés variable con cláusula suelo en lugar de préstamos a interés fijo como era lo habitual en el resto de Europa. La entidad prestamista era quien tenía el deber profesional de verificar la solvencia y evitar el sobreendeudamiento. El cliente es el perjudicado, quien contrata sin la información suficiente para decidir con conocimiento de causa y lo hace bajo las condiciones predispuestas por el banco.

¿Qué hacer para salir de esta situación?

La banca tiene que asumir su responsabilidad y [cambiar de cultura](#). En lo sustancial, el Tribunal Supremo acierta al exigir que la empresa financiera se asegure de que el consumidor comprenda las implicaciones financieras del préstamo hipotecario. Por esta razón, exige que la entidad informe al cliente con “simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar” o que advierta sobre el “coste comparativo con otros productos de la propia entidad”. El suelo cumple la función de una opción a favor del banco y es lógico que las exigencias informativas sean similares a las que se exigen al contratar derivados. Existe una reiterada y constante jurisprudencia en materia de swaps útil a estos efectos.

En la situación de grave deterioro en la contratación bancaria en que nos encontramos, con gran inseguridad jurídica, se hace necesario codificar los contratos bancarios y financieros. No basta con una mejora de la transparencia hipotecaria, ni con reforzar la independencia de las

autoridades financieras. Hay que completar las soluciones que ofrece el Derecho del consumo con las que puede ofrecer la regulación financiera. Por ejemplo, para el reparto de los gastos en la hipoteca, conviene analizar la operación de préstamo hipotecario como una operación unitaria. Las soluciones pueden ser distintas si desgajamos la operación de préstamo de la operación de garantía. Lo que el cliente contrata es un préstamo hipotecario, operación en la que el préstamo y la garantía real son inescindibles. Los contenciosos bancarios se están abordando desde la perspectiva del Derecho del consumo sin tener en cuenta su naturaleza financiera. Desde esta perspectiva queda desprotegido el cliente no consumidor cuando en muchos casos estaría justificada la protección. Como anticipa el magistrado Orduña en sus votos particulares, las exigencias de comprensión de las implicaciones financieras de lo que se contrató deberían aplicarse a todo tipo de clientes minoristas, aunque sean empresarios. A su vez, se protege al consumidor por el hecho de serlo, cuando hay consumidores, como un catedrático de economía financiera, que no deberían ser protegidos como consumidores financieros.
