

5 LÍMITES A LA VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS —CLÁUSULA SUELO—
EN PRÉSTAMOS Y CRÉDITOS A INTERÉS VARIABLE. CRITERIOS DEL DCMR
APLICADOS EN LAS RECLAMACIONES Y DATOS DE LA ACTIVIDAD

ÍNDICE

5.1 DATOS DE LA
ACTIVIDAD 375

5.2 NORMATIVA REGULADORA
DE LOS LÍMITES A LA
VARIACIÓN DE LOS TIPOS
DE INTERÉS 376

5.3 DECLARACIÓN
DE ABUSIVIDAD DE
DETERMINADAS
CLÁUSULAS SUELO POR
EL TRIBUNAL
SUPREMO 378

5.4 CRITERIOS DEL DCMR
APLICADOS EN LAS
RECLAMACIONES 379

5.4.1 Préstamos nuevos 380

5.4.2 Préstamos subrogados (subrogación de deudor) con motivo de la
compraventa de la vivienda gravada 383

a. Entidad prestamista no compareciente 383

Entidad prestamista no compareciente, ni como parte ni en ningún
otro concepto, en el acto de otorgamiento de la escritura pública de
compraventa de vivienda con subrogación de préstamo 383

b. Entidad prestamista compareciente 384

Entidad prestamista compareciente en el acto de otorgamiento de la
escritura pública de compraventa con subrogación de deudor del
préstamo (subrogación simple), así como en el caso de que el futuro
prestatario solicite información de las condiciones de aquel 384

Entidad prestamista compareciente en el acto de otorgamiento de la
escritura pública de compraventa con subrogación de deudor y
novación modificativa de las condiciones financieras del
préstamo 385

Posible ineficacia de las bonificaciones 385

5 LÍMITES A LA VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS —CLÁUSULA SUELO— EN PRÉSTAMOS Y CRÉDITOS A INTERÉS VARIABLE. CRITERIOS DEL DCMR APLICADOS EN LAS RECLAMACIONES Y DATOS DE LA ACTIVIDAD

5.1 Datos de la actividad

Como se ha señalado en el capítulo 2, se ha producido un significativo aumento del volumen de expedientes de reclamaciones recibido en el DCMR, que representa un incremento anual del 142,1 % en el volumen de reclamaciones y quejas recibidas. Ello ha dado lugar a magnitudes hasta la fecha nunca alcanzadas en cuanto a volumen de reclamaciones anuales se refiere. Dicho incremento obedece, principalmente, al significativo aumento de las discrepancias de los prestatarios con la aplicación de los límites a la baja de tipo de interés —cláusulas suelo— previstos en muchos préstamos y créditos hipotecarios. Del total de reclamaciones presentadas en el ejercicio 2013 —34.645—, el 53,1 % —18.387— corresponden a reclamaciones por cláusula suelo.

El gráfico 5.1 muestra la evolución del número de reclamaciones recibidas sobre esta materia a lo largo del ejercicio 2013. En él puede apreciarse cómo durante los primeros meses del ejercicio se recibieron, mensualmente, volúmenes inferiores a las 1.000 reclamaciones, llegando, sin embargo, a superar el volumen de las 2.500 reclamaciones mensuales cada uno de los meses del último trimestre del ejercicio. Similar tendencia se aprecia en los primeros meses de 2014, si bien el número de entradas de reclamaciones parece remitir a partir del verano.

Para entender adecuadamente este gráfico conviene tener presente que hasta este ejercicio el cómputo total de reclamaciones por este concepto nunca había superado las 950 reclamaciones anuales.

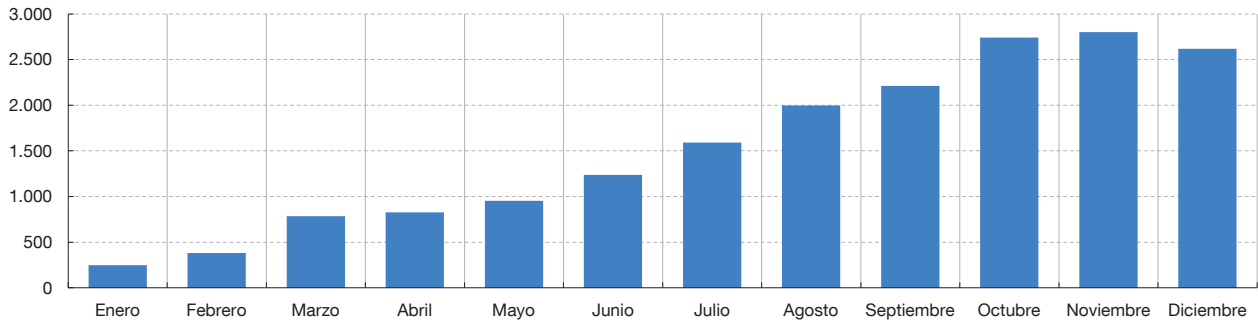
El gráfico 5.2 refleja la forma en que el DCMR ha resuelto los expedientes presentados en este ejercicio sobre la materia. Se pueden distinguir, en primer lugar, los casos en los que a través de la intervención del DCMR se logró un resultado favorable a los intereses del reclamante (un 82,1 % de los casos), frente al 18 % de los casos en los que se emitió un informe favorable al proceder de la entidad.

Dentro del primer grupo señalado (aquellos expedientes que finalizaron con una resolución a favor de los intereses del reclamante) se pueden distinguir los expedientes en los que resultó necesaria la emisión de un informe motivado por parte del Departamento con un pronunciamiento contrario al proceder de la entidad —un 45,9 % de los casos— por no haberse ajustado esta a las normas de transparencia y protección a la clientela, o bien a las buenas prácticas y usos financieros, de aquellos en los que no fue necesario terminar el procedimiento de reclamación a través de un informe motivado, por haberse logrado un acuerdo antes de la terminación del procedimiento —36,2 %—, a través de allanamientos de la entidad, por haberse resuelto la cuestión ante los tribunales de justicia, por desistimiento del reclamante al haber visto satisfecha su pretensión ante la entidad, etc.

En el cuadro 5.1 se puede apreciar, desglosado por entidad, el total de las reclamaciones resueltas por el DCMR (bien con informe, bien antes de la terminación del procedimiento), así como el sentido de los informes en aquellos casos en los que fue necesario emitirlo, respecto a un grupo seleccionado de entidades que incluye, por un lado, las 15 entidades contra las que se presentó un mayor número de reclamaciones sobre esta cuestión y, por otro, las tres a las que les resultó de aplicación inmediata la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo n.º 241/2013, de 9 de mayo.

RECLAMACIONES PRESENTADAS, POR MESES

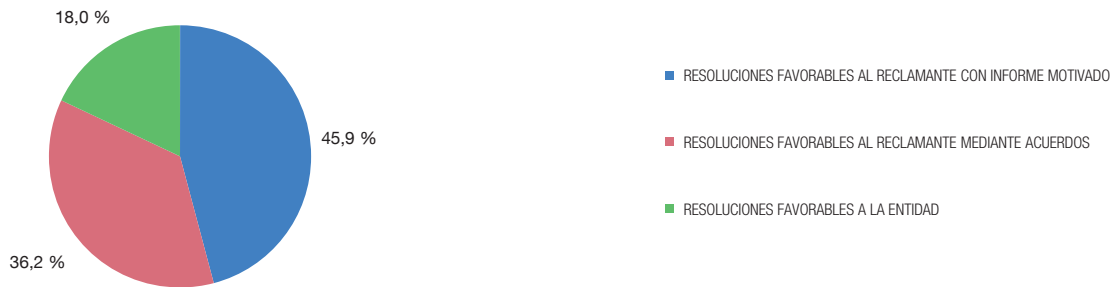
GRÁFICO 5.1



FUENTE: Banco de España.

RESOLUCIONES EMITIDAS

GRÁFICO 5.2



El cuadro incluye una columna en la que se presentan, en porcentaje ordenado de menor a mayor, el nivel de acuerdos singulares alcanzados por cada una de las 18 entidades con sus clientes. Esta columna refleja, de algún modo, las diferentes y legítimas estrategias seguidas por las entidades para abordar el incremento de este tipo de reclamaciones —que, recuérdese, pasan por los servicios de atención al cliente antes de llegar al DCMR— y satisfacer las expectativas de sus clientes. El abanico de estrategias es muy amplio, yendo desde la adopción de acuerdos generalizados para la retirada de las cláusulas suelo hasta la determinación de llevar los conflictos singulares a la vía judicial al entender que las cláusulas fueron legítimamente incluidas en los contratos y que su comercialización se hizo respetando la normativa de transparencia.

5.2 Normativa reguladora de los límites a la variación de los tipos de interés

Los préstamos y créditos hipotecarios a tipo de interés variable que contienen límites a su variación, bien en cuanto al mínimo aplicable (cláusula suelo), bien en cuanto al máximo (cláusula techo), o bien en cuanto a ambos (cláusula suelo/techo), se regulan en las siguientes normas:

- En la hoy derogada Orden de Transparencia, de 5 mayo de 1994, que regulaba la información que debían incorporar los préstamos hipotecarios que, por su finalidad e importe, se consideraba que merecían una mayor protección —préstamos hipotecarios cuya hipoteca recaía sobre la vivienda, concertados por personas físicas, cuya cuantía no rebasara los 150.253,03 euros—.

Entidad	Resoluciones a favor del reclamante			Resoluciones a favor de la entidad	Total resoluciones	% acuerdos/ total resoluciones
	Con informe motivado	Mediante acuerdos	Total	Con informe motivado		
Caja Rural de Granada, SCC	285	0	285	73	358	0,0
Credifimo, EFC, SA	90	1	91	110	201	0,5
Caja Rural del Sur, SCC	717	14	731	115	846	1,7
Banco de Caja España de Inv., Salamanca y Soria, SA	490	27	517	460	977	2,8
Unicaja Banco, SA	1.517	165	1.682	320	2.002	8,2
Banco de Castilla-La Mancha, SA	241	49	290	126	416	11,8
Liberbank, SA	195	70	265	67	332	21,1
Banco Grupo Cajatres, SA	107	55	162	63	225	24,4
Banco Mare Nostrum, SA	458	225	683	133	816	27,6
Cajasur Banco, SA	458	241	699	138	837	28,8
Caixabank, SA	1.174	836	2.010	363	2.373	35,2
Catalunya Banc, SA	153	119	272	35	307	38,8
Bankia, SA	118	163	281	43	324	50,3
Banco de Sabadell, SA	131	698	829	299	1.128	61,9
Banco Popular Español, SA	481	1.547	2.028	293	2.321	66,7
Cajas Rurales Unidas, SCC	48	355	403	45	448	79,2
NCG Banco, SA	18	172	190	17	207	83,1
Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA	21	785	806	51	857	91,6

FUENTE: Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones, del Banco de España.

- En la vigente Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, ya sin límite cuantitativo y con una mayor exigencia informativa, por cuanto en su artículo 25 («Información adicional sobre cláusulas suelo y techo») establece que «[e]n el caso de préstamos en que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo, se recogerá en un anexo a la Ficha de Información Personalizada el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima».
- En la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, cuyo artículo 6 requiere la inclusión en el contrato, junto a la firma del cliente, de una expresión manuscrita en la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato, en el caso de que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés del tipo de las cláusulas suelo y techo.
- En la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, que exige la inclusión en la

ficha europea de información normalizada (FEIN) de los límites a la variabilidad del tipo de interés, ya sean máximos o mínimos.

Teniendo en cuenta lo anterior, las cláusulas de limitación a la variación de los tipos de interés, **si reúnen los requisitos de transparencia, son lícitas**, al ser facultad de la entidad fijar el tipo de interés al que presta el dinero. Su inclusión en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable responde a razones objetivas y su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado, por lo que no puede concluirse que se trate de cláusulas inusuales o extravagantes.

No obstante, son frecuentes las reclamaciones en las que se denuncia el posible carácter abusivo de las cláusulas suelo, unas veces invocando falta de proporcionalidad entre los límites mínimo y máximo cuando se trata de una cláusula suelo/techo; otras, falta de reciprocidad cuando solo se fija un tipo mínimo, y otras, por considerarla abusiva per se, con independencia de que se fije solo un límite inferior (suelo) o, también, superior (suelo y techo). La valoración de tales aspectos excede la competencia del DCMR, correspondiendo a los tribunales de justicia pronunciarse sobre estos extremos, como se expondrá más abajo.

5.3 Declaración de abusividad de determinadas cláusulas suelo por el Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo se ha manifestado en dos ocasiones sobre el carácter abusivo de las cláusulas suelo: STS (Sala de lo Civil) n.º 241/2013, de 9 de mayo¹, y STS (Sala de lo Civil) n.º 464/2014, de 8 de septiembre². En la primera de ellas, la más extensa, el alto tribunal considera que las cláusulas suelo impugnadas tienen la naturaleza de condiciones generales de la contratación y definen el objeto principal del contrato, el precio del préstamo. No obstante, el hecho de que se refieran a la definición del objeto principal del contrato no les exime de someterse al doble control de transparencia de los contratos con consumidores³:

- Control de la transparencia formal o documental exigida, a los efectos de la incorporación en el contrato, por la normativa sectorial aplicable – la normativa de transparencia y protección de la clientela bancaria – y por la normativa sobre condiciones generales de la contratación.
- Control de transparencia real o «comprensibilidad real», consistente en que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o

1 Dictada en el procedimiento iniciado por la Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, Cajamar Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito y Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra, en el que se ejercía la acción colectiva de cesación de condiciones generales de contratación en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios. Declara que las cláusulas impugnadas son abusivas por causar desequilibrio en perjuicio del consumidor.

2 Dictada en un proceso en el que se acumularon ocho acciones de nulidad individual contra la cláusula suelo inserta en préstamos con garantía hipotecaria de Caja Segovia (actual Bankia). Ratifica la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 y Mercantil de Segovia que declara la cláusula abusiva por falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor, al no establecer un techo.

3 El artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, dispone que «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». Según la STS de 9 de mayo de 2013, una interpretación *contrario sensu* de esta norma implica que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se someterán a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible.

Por su parte, la STJUE, de 30 de abril de 2014, C-26/13 declara que «[e]l artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que [...] la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no solo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de [...] la cláusula referida [...], de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo».

sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo de él.

Por lo que respecta al caso particular de las cláusulas objeto de la STS de 9 de mayo de 2013, la Sala concluye que, sin perjuicio del cumplimiento de lo establecido en la normativa sectorial de transparencia, que es requisito previo para su incorporación a los contratos de condiciones generales, aquellas no son claras y comprensibles para el consumidor por la forma en que están incluidas en el marco general del contrato, es decir, no superan el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato, por lo que se estiman nulas. De esta manera, en los casos planteados las cláusulas habrían superado el control de transparencia documental, pero no el de comprensibilidad real, de tal forma que el adherente pudiera conocer la «carga económica» y la «carga jurídica» a la que se compromete y también comprender que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato.

La declaración de nulidad de las cláusulas a las que se refiere la STS de 9 de mayo de 2013 conlleva la condena a las entidades reclamadas a eliminar dichas cláusulas de los contratos en los que se insertan y a cesar en su utilización, pero tal declaración no se efectúa con carácter retroactivo. En los supuestos de control abstracto (acciones colectivas en defensa de intereses difusos, que son las que se ejercen en este caso), la nulidad eventualmente declarada tiene efectos *ex nunc*, por razones de interés general, por lo que no se obliga a las demandadas a devolver el importe de las liquidaciones ya practicadas, sino a recalcular las cuotas de amortización que venzan desde la fecha de publicación de la sentencia⁴.

5.4 Criterios del DCMR aplicados en las reclamaciones

El DCMR considera que las cláusulas de limitación a la variación de los tipos de interés son aplicables siempre que resulten de un acuerdo expreso entre las partes y se encuentren debidamente recogidas en el contrato, extremando las cautelas que aseguren el conocimiento de su existencia y de las consecuencias de su aplicación por parte de los clientes, con antelación a la firma de los documentos contractuales y al otorgamiento de la escritura pública.

Cabe señalar, en todo caso, que el ámbito de actuación de este DCMR se encuentra limitado en la normativa que regula su funcionamiento⁵ a la valoración del cumplimiento de la

4 Las entidades demandadas, tras recibir notificación de la sentencia, formularon al tribunal, con fecha 13 de mayo de 2013, solicitud de rectificación, aclaración y subsanación de sentencia, especialmente en relación con el contenido del fallo séptimo, que es el que declara la nulidad de las cláusulas suelo descritas y las razones para ello. El Tribunal Supremo emitió auto de aclaración con fecha 3 de junio de 2013, acordando la Sala la rectificación de las referencias erróneas de la sentencia, y:

- declarando que no ha lugar a la aclaración del extremo séptimo del fallo en el sentido interesado. Los seis motivos que se identifican y por los que se declara la nulidad de las cláusulas no son una relación exhaustiva que tener en cuenta con exclusión de cualquier otra circunstancia; y tampoco se puede considerar que la presencia aislada de alguna/s de esta/s circunstancia/s sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos del control de su carácter eventualmente abusivo,
- y aclarando que la falta de información en las cláusulas suelo no queda subsanada por el hecho de que en casos concretos se hayan abaratado los créditos durante un período de tiempo (es decir, el titular del préstamo se haya podido beneficiar de los descensos de los tipos en algún período).

Por lo que se refiere a la STS de 8 de septiembre de 2014, no resuelve sobre los efectos de la ineficacia de la cláusula declarada abusiva porque no fueron objeto de recurso.

5 Actualmente, la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

normativa de transparencia y de las buenas prácticas bancarias de las entidades reclamadas, por lo que:

- El DCMR **no puede determinar el carácter abusivo de una cláusula contractual** cuando se invoca el carácter abusivo de la cláusula o se plantea la existencia de cualquier eventual vicio en el consentimiento prestado, ya que correspondería a los tribunales de justicia valorar esos extremos, haciendo uso, a tal fin, de los medios de prueba admitidos en Derecho.
- El DCMR **no puede determinar la nulidad de un contrato o de alguna de sus cláusulas**. Es una cuestión que excede de sus competencias, debiendo ser planteada esta solicitud de declaración de nulidad igualmente, de estimarlo oportuno los interesados, ante los tribunales de justicia.
- El DCMR **no es el órgano competente para hacer valer sentencias judiciales ni cualquier otra resolución jurisdiccional**, correspondiendo dicha competencia al propio órgano jurisdiccional del que emane la resolución o, en su caso, al órgano competente para su ejecución.
- El DCMR **no es el órgano competente para declarar la retroactividad o pronunciarse sobre los daños y perjuicios** derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo. Las cuestiones relativas a la retroactividad de la eliminación, con solicitud de reliquidación de las cuotas del préstamo anteriores a la fecha de inaplicación de la cláusula, deberán plantearse, en su caso, ante los tribunales de justicia.

Sentado lo anterior, son numerosas las reclamaciones presentadas por los prestatarios ante el DCMR invocando no haber sido informados por las entidades de la existencia de un límite inferior al tipo de interés aplicable a sus préstamos que les impide beneficiarse de las bajadas del tipo de interés de referencia cuando la suma de este, más el diferencial pactado, es inferior al límite mínimo fijado en la controvertida cláusula suelo. El DCMR considera que las entidades prestamistas, en una actuación diligente sobre la base del principio de claridad y transparencia que debe presidir las relaciones entre las entidades financieras y sus clientes, deben estar en condiciones de acreditar haber informado a aquellos de la existencia del citado límite con antelación a la fecha de otorgamiento de la escritura pública de formalización del préstamo, considerándose su actuación, en el caso opuesto, contraria a la normativa de transparencia y protección de la clientela bancaria y las buenas prácticas y usos financieros.

La exigibilidad de acreditar que se ha facilitado información previa al respecto responde, básicamente, a los siguientes supuestos y excepciones:

5.4.1 PRÉSTAMOS NUEVOS

Mediante la oferta vinculante o, en su caso, otro documento firmado por la parte prestataria con anterioridad a la fecha de otorgamiento de la escritura pública, la entidad debe acreditar haber informado a su cliente de todas las condiciones financieras de la operación, incluidos, en su caso, los límites a la variación del tipo de interés aplicable.

A continuación enumeramos los criterios de transparencia más utilizados por el DCMR en la resolución de reclamaciones relativas a las cláusulas suelo:

– El DCMR valora siempre y en todo caso, de forma rigurosa e inexcusable, en cada uno de los expedientes, la acreditación de la entrega por parte de las entidades reclamadas de la información previa sobre la inclusión de la cláusula, en función de la fecha de formalización de los contratos:

- La Orden de 5 de mayo de 1994 establece la obligación de las entidades de entregar a los solicitantes que sean personas físicas una oferta vinculante para préstamos hipotecarios cuya garantía recaiga sobre la vivienda, de cuantía igual o inferior a 150.253,03 euros. La entidad debe estar en condiciones de acreditar la entrega de la oferta vinculante con antelación suficiente y con los requisitos formales recogidos en el artículo 5 de la orden. Así, el DCMR viene considerando que la entidad podría haber incurrido en quebrantamiento de normativa si no acredita la entrega de la oferta vinculante (si esta no existe o no está firmada por la parte prestataria, ni se puede acreditar la entrega de otro modo), si la oferta vinculante que se aporta tiene algún defecto en su contenido en relación con la cláusula suelo, si no menciona el derecho del cliente a consultar el proyecto de escritura en la notaría o si no hace referencia al plazo de vigencia de la oferta vinculante.

La Orden de 5 de mayo de 1994 se considera de aplicación tanto a contratos de préstamo como de crédito hipotecario. También se considera de aplicación a préstamos hipotecarios cuya hipoteca recae sobre una vivienda si, además de la vivienda, se hipoteca algún local o solar, o si la vivienda está en construcción. Y, sin que afecte a dicha aplicabilidad la finalidad del préstamo, siempre que la hipoteca recaiga sobre la vivienda, con el único límite del artículo 1.4 de la orden: «no quedará sujeta a la presente orden la constitución de hipoteca en garantía de deudas anteriores de naturaleza no hipotecaria contraídas frente a la entidad de crédito en cuyo favor se constituya la hipoteca o a otras entidades pertenecientes al grupo de esta».

Este DCMR hace extensivos los requisitos de información previa de la Orden de 5 de mayo de 1994, desde el punto de vista de las buenas prácticas y usos bancarios, a todos los préstamos hipotecarios, **cualquiera que sea su importe**, si bien, en estos casos añadidos, se considera suficiente acreditar la entrega de una oferta vinculante o de un documento informativo análogo, que, aunque no reúna todas las formalidades de aquella, contenga similares estándares informativos, con la antelación suficiente.

- A partir de la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011 —el 29 de julio de 2012, a estos efectos—, se exige la inclusión de los límites a la variación de los tipos de interés en la Ficha de Información Precontractual —FIPRE— (artículo 21 de la orden); en la propia Ficha de Información Personalizada —FIPER— (artículo 22 de la orden), además de en un anexo a esta última ficha (artículo 25 de la orden), y, en su caso, en la oferta vinculante. No obstante, «si la oferta vinculante se hace al mismo tiempo que se entrega la Ficha de Información Personalizada y coincide íntegramente en cuanto a su contenido, podrá facilitarse al cliente en un único documento» (artículo 23.4 de la orden).

Estas obligaciones respecto a que se facilite información previa se exigen, igualmente, en los casos de novaciones o subrogaciones con novación celebradas con posterioridad a la entrada en vigor de la norma citada.

En consecuencia, se emiten pronunciamientos contrarios al proceder de las entidades por quebrantamiento de la normativa de transparencia en todos los supuestos en que no se haya acreditado el cumplimiento de los requisitos de información previa citados.

- Finalmente, tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social —el 15 de mayo de 2013—, los contratos de préstamo hipotecario que se suscriban con un prestatario, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, en los que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés del tipo de las cláusulas suelo y techo, deberán incluir en la escritura pública, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato.
- En cuanto a la antelación de la información previa, ni la derogada Orden de 5 de mayo de 1994, que en su artículo 5 regula la oferta vinculante, ni la Orden EHA/2899/2011, que en sus artículos 22 y 23 regula, respectivamente, la FIPER y la oferta vinculante, establecen un plazo mínimo determinado para que la futura parte prestataria conozca con carácter previo las condiciones financieras de la operación. No obstante, dado que la Orden de 5 de mayo de 1994 en su artículo 7.2 determinaba, al igual que lo hace ahora la Orden EHA/2899/2011 en su artículo 30.2, que el cliente tendrá derecho a examinar la minuta de la escritura pública de formalización del préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento, cabe deducir de aquella que la oferta vinculante y/o, en su caso, la FIPER —incluido, si procede, su anejo con la correspondiente información sobre la cláusula suelo— deben conocerse por parte del cliente con, al menos, esos tres días hábiles de antelación sobre la fecha señalada, en ambas normas reguladoras, para la firma de la escritura pública.

En consecuencia, se emiten pronunciamientos contrarios al proceder de las entidades por haberse apartado de las buenas prácticas y usos financieros cuando, acreditada la entrega de la información previa, no se hubiera acreditado dicha entrega con tres días hábiles de antelación a la formalización de la escritura.

- Las declaraciones y advertencias notariales realizadas en la escritura del préstamo o crédito hipotecario son analizadas caso a caso por el DCRM a efectos de valorar si, a través de ellas, se puede considerar acreditado, o no, el cumplimiento de los requisitos de información previa.
- Tanto el artículo 6 de la Orden de 5 de mayo de 1994 como el artículo 29 de la Orden EHA/2899/2011 establecen que las escrituras públicas en las que se formalicen los préstamos hipotecarios contendrán, debidamente separadas de las restantes, las cláusulas financieras cuyo contenido mínimo se ajustará a lo establecido en los respectivos anejos de las citadas órdenes.

Este DCMR ha tenido ocasión de pronunciarse sobre documentos contractuales cuyas cláusulas de limitación a la variación de los tipos de interés no especificaban, en el cuerpo de la escritura, los límites mínimo y/o máximo, remitiéndose a las cifras que figuraban en un documento incorporado a la escritura como anejo protocolizado.

- El DCMR considera que la forma de inclusión de estas cláusulas es contraria a las buenas prácticas y usos financieros, porque contraviene los principios de transparencia y claridad que deben presidir las relaciones entidad-cliente, pues podrían resultar confusas para la parte prestataria, que está suscribiendo un mero documento tipo que no determina la información relevante sobre las condiciones financieras que van a regir su préstamo hipotecario. Igualmente, la inclusión de limitaciones a las variaciones de los tipos de interés en la parte expositiva de las escrituras se considera contraria a las buenas prácticas y usos financieros, ya que supone una fragmentación de la información que dificulta el adecuado conocimiento de la cláusula por la parte prestataria. Asimismo, el DCMR ha tenido ocasión de pronunciarse sobre determinadas cláusulas de limitación a la variación de los tipos de interés que aluden a los límites «a efectos obligacionales e hipotecarios», «a efectos hipotecarios y registrales» o «a efectos meramente hipotecarios»; o bien «a efectos hipotecarios», fijando posteriormente los límites a efectos obligacionales por referencia a los anteriores. Sin perjuicio de que la interpretación de las cláusulas contractuales sea competencia exclusiva de los tribunales de justicia, el DCMR considera que estas alusiones confunden dos conceptos diferentes, que son, por un lado, el tipo de interés que se establece a efectos de la determinación de la responsabilidad hipotecaria de la finca y, por otro, los límites a la variación del tipo de interés aplicable en cada período de revisión y determinación del tipo de interés variable, a partir del cual se calcula la cuota de interés que el prestatario debe abonar; en definitiva, el importe de los intereses de que responde la finca hipotecada en caso de ejecución, por un lado, y los límites a la variación de los tipos de interés, por otro.

Las buenas prácticas bancarias exigen que la redacción de las cláusulas contenidas en los contratos suscritos por las entidades con sus clientes sea clara, transparente, legible y comprensible para los clientes, huyendo de cualquier tipo de estipulación confusa o susceptible de admitir interpretaciones opuestas, de modo que sus textos sean de aplicación directa e indubitada y regulen todas las posibles vicisitudes que puedan plantearse a lo largo de cada relación.

En consecuencia, y siempre salvo superior criterio de los tribunales de justicia, este DCMR considera que las cláusulas suelo con alusiones como las arriba citadas no se han redactado con la claridad exigible dada su trascendencia en la determinación del tipo de interés aplicable, por lo que la actuación de la entidad ha de considerarse contraria a las buenas prácticas bancarias.

5.4.2 PRÉSTAMOS
SUBROGADOS
(SUBROGACIÓN DE
DEUDOR) CON MOTIVO
DE LA COMPRAVENTA DE
LA VIVIENDA GRAVADA

Entidad prestamista no compareciente, ni como parte ni en ningún otro concepto, en el acto de otorgamiento de la escritura pública de compraventa de vivienda con subrogación de préstamo

- a. Entidad prestamista no compareciente

No es exigible a la entidad acreditar haber facilitado información previa, ni es responsable del contenido del documento público, pudiendo serlo, en su caso, el vendedor de la vivienda, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 515/1989⁶.

⁶ El Real Decreto 515/1989, 21 de abril, sobre protección de los consumidores, en cuanto a la información que se ha de suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas:

Por otra parte, el artículo 1 de la Orden de 5 de mayo de 1994 establecía que:

«Con independencia de las reglas establecidas en el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, en los préstamos otorgados por entidades de crédito a constructores o promotores inmobiliarios, cuando el constructor o promotor prevea una posterior sustitución por los adquirentes de las viviendas en préstamos que cumplan las condiciones establecidas en el número 1 de este artículo, resultará de aplicación lo dispuesto sobre índices o tipos de interés de referencia en los núms. 2 y 3 del art. 6 de esta Orden. Asimismo, las escrituras de tales préstamos incluirán cláusulas con contenido similar al de las cláusulas financieras previstas en el anexo II de la presente Orden (con excepción de la 1, 1 bis y 4, apartado 1).»

En la misma línea, el artículo 19.3 de la Orden EHA/2899/2011 dispone lo siguiente:

«Las entidades de crédito que concedan préstamos a constructores o promotores inmobiliarios, cuando el constructor o promotor prevea una posterior subrogación de los adquirentes de las viviendas en el préstamo, deberán incluir entre los términos de su relación contractual la obligación de los constructores o promotores de entregar a los clientes la información personalizada relativa al servicio ofrecido por las entidades en los términos previstos en la orden.»

La Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, en el punto 12 de su anejo 6 («Principios generales aplicables para la concesión de préstamos responsables»), refuerza tal previsión:

«12 En los supuestos en que la concesión de préstamos a constructores o promotores inmobiliarios prevea una posterior subrogación de los adquirentes de las viviendas en el préstamo, la inclusión en el correspondiente contrato de la obligación de los indicados constructores o promotores de entregar a los clientes información personalizada sobre el servicio ofrecido por la entidad, recogida en el artículo 19.3 de la Orden EHA/2899/2011, no eximirá a la entidad de asegurarse, antes de aceptar la aludida subrogación, mediante los procedimientos apropiados, de que el cliente esté adecuadamente informado sobre las características del préstamo.»

b. Entidad prestamista compareciente

Entidad prestamista compareciente en el acto de otorgamiento de la escritura pública de compraventa con subrogación de deudor del préstamo (subrogación simple), así como en el caso de que el futuro prestatario solicite información de las condiciones de aquel

En el primer caso, el DCMR considera que una actuación diligente de la entidad implica que se ocupe de que todas las condiciones financieras del préstamo figuren de manera

-
- Prohíbe que la oferta, promoción y publicidad dirigida por el promotor a la venta induzca o pueda inducir a error a sus destinatarios de modo tal que afecte a su comportamiento económico, o silencie datos fundamentales de los objetos de aquella (artículo 3.º).
 - Dispone que, si el vendedor previera la subrogación del consumidor en el préstamo hipotecario que le fue concedido, deberá indicar en una nota explicativa a disposición del público: notario autorizante, fecha de la escritura, datos de su inscripción registral y responsabilidad hipotecaria de cada vivienda, con expresión de vencimientos y cantidades (artículo 6.º 4).
 - Regula el «derecho» de todo adquirente, a la firma del contrato, a recibir a costa del vendedor copia de los documentos referidos anteriormente (artículo 9.º).

expresa y detallada en el documento público y, en el supuesto de solicitar información con carácter previo, facilite al futuro comprador que habrá de subrogarse en la operación detalle de todas las condiciones financieras de esta.

Entidad prestamista compareciente en el acto de otorgamiento de la escritura pública de compraventa con subrogación de deudor y novación modificativa de las condiciones financieras del préstamo

Dado que la modificación de las condiciones del préstamo implica, necesariamente, la existencia de negociaciones previas a la fecha de otorgamiento de la escritura pública, entre la entidad y la nueva parte prestataria resultante de la subrogación, una actuación diligente de aquella exige que esté en condiciones de acreditar haber informado a su cliente de la totalidad de las condiciones financieras (modificadas o no) de la operación en la que este se subroga. Todo ello con independencia de las responsabilidades que competen a cada uno de los intervinientes en la compraventa con subrogación de préstamo: la del comprador, de velar por sus propios intereses informándose de cuanto le pueda afectar; la del vendedor, de facilitar al comprador las condiciones del préstamo; y la del notario, de actuar de conformidad con lo dispuesto en la normativa notarial.

Hasta la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011, los criterios anteriormente expuestos eran igualmente aplicables, conforme a las buenas prácticas y usos bancarios, a cualquier momento de la relación contractual en el que se modificaba cualquiera de las condiciones pactadas, como, por ejemplo, en aquellos casos en que se suscribían escrituras de novación.

Tal y como se ha citado más arriba, actualmente, el capítulo sobre créditos y préstamos hipotecarios de la Orden EHA/2899/2011 —capítulo II del título III— es de aplicación a «los servicios bancarios de crédito y préstamo hipotecario». El DCMR considera incluidas en este concepto las subrogaciones y/o novaciones posteriores a la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011. En consecuencia, la falta de acreditación de la entrega de la FIPRE, de la FIPER y, en su caso, de la oferta vinculante podría constituir, en estos supuestos, un quebrantamiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela bancaria.

Posible ineficacia de las bonificaciones

Cuando se incluyen cláusulas suelo en contratos en los que se prevén bonificaciones al diferencial aplicable al tipo de interés de referencia, condicionadas a la contratación de una serie de productos y/o servicios bancarios, el DCMR viene entendiendo que dicha inclusión es contraria a las buenas prácticas y usos financieros si no se informa adecuadamente al prestatario, con la necesaria antelación a la firma del préstamo, sobre la existencia de dicho suelo y las implicaciones que puede tener respecto a las bonificaciones. El motivo es que la cláusula suelo puede hacer parcial o totalmente inoperantes las bonificaciones si el tipo de referencia pactado baja hasta determinado nivel y, por tanto, el cliente puede ver frustradas sus expectativas de abaratamiento del coste del préstamo, mientras que la entidad logra una mayor vinculación del prestatario.