

¿Cómo salir del jardín de las cláusulas suelo?

Fernando Zunzunegui

Abogado

Profesor de Derecho del Mercado Financiero de la Universidad Carlos III de Madrid

Los abusos en masa en la contratación bancaria han provocado la reacción de los clientes dando lugar a miles de demandas judiciales que han activado el Derecho del consumo. Los abogados se han ido especializado y los jueces han aprendido a recurrir a las cuestiones prejudiciales para lograr fundamentar sus sentencias. El caso más relevante y de mayor importancia económica es el de las cláusulas suelo predispuestas en los préstamos hipotecarios. Es bien conocido que en relación con este tipo de contenciosos el Tribunal Supremo pretendió limitar el impacto para el sistema financiero de la nulidad de las cláusulas suelo limitando su retroactividad, pero se vio rectificado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dado que la nulidad de este tipo de cláusulas, al igual que ocurre con las demás cláusulas abusivas, supone la inexistencia de la cláusula con efectos desde el mismo momento de la contratación. La retroactividad de los efectos de la nulidad es pues total como ha venido a confirmar la sentencia europea.

Dado el uso masivo de este tipo de cláusulas, la aplicación del criterio europeo supone para la banca la devolución de miles de millones de euros a cientos de miles de clientes. Ante esta circunstancia, el Gobierno decidió dar una [pausa](#) a la banca con la aprobación de un procedimiento de reclamación con el objetivo de incentivar la adopción de acuerdos que eviten las demandas judiciales. Este procedimiento ha sido convalidado por el Congreso.

Aunque el problema de las cláusulas suelo fue presentado al Senado por el Banco de España en mayo de 2010, el Gobierno ha esperado hasta la sentencia europea para abordar una solución. Lo hace en un momento en el que decenas de cláusulas incluidas por la banca en los préstamos hipotecarios están siendo consideradas abusivas por los tribunales, entre las que destacan las de atribución de gastos, cancelación anticipada, multidivisa o IRPH.

Ahora se da cuenta el Gobierno que el sistema bancario es insostenible si no tiene seguridad jurídica. En estos momentos cualquier cláusula incluida en un contrato bancario es susceptible de impugnación. Las normas sectoriales de transparencia bancaria no han servido de dique a las reclamaciones. A su vez, las decenas de miles de reclamaciones tramitadas por el Banco de España no han sido utilizadas para mejorar las prácticas bancarias. También ha fracasado la prevención que supone la participación de los notarios en la contratación, en particular de los préstamos hipotecarios. Estamos ante un fallo generalizado del sistema.

Ante esta cruda realidad, el Gobierno parece haber despertado. Quiere ahora resolver el problema de una contratación bancaria atípica en la que imperaba el poder la banca y que por su rigidez se ha quebrado. Quiere salir del [jardín de las cláusulas suelo](#), más allá de la pausa que ofrece el procedimiento *ad hoc* de reclamaciones.

Para hacerlo, [utiliza](#) el anteproyecto de transposición de la Directiva europea que regula los préstamos hipotecarios con consumidores (Directiva 2014/17/UE). No le importa retrasar su ya tardía tramitación, con el fin de dar respuesta al problema creado por el abuso masivo en los préstamos hipotecarios.

Expresión manuscrita

La solución que encuentra es la ya ensayada en el mercado de valores. Tras el escándalo de las participaciones preferentes, el Gobierno [reformó](#) la Ley del Mercado de Valores para incluir una expresión manuscrita por la que el inversor manifiesta que ha sido advertido de que el producto complejo no le resulta conveniente (art. 214.5 TRLMV). Esta medida, publicitada como la mejor forma de proteger al cliente, resulta de hecho un *disclaimer* que protege a las entidades. Así lo ha manifestado ESMA, la autoridad europea del mercado de valores, al [revisar](#) la aplicación por la CNMV de este tipo de medidas. Si el producto no es conveniente para el cliente, la entidad debe abstenerse de ofrecerlo, y no requerir al cliente –como recoge la norma española– para que firme de puño y letra que ha sido advertido de que el producto no es conveniente a su perfil.

Con este antecedente, el Gobierno [ha procedido](#) a incluir en el Anteproyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario, la expresión manuscrita del prestatario manifestando que se le ha remitido la documentación precontractual y que comprende y acepta su contenido, de lo cual, además, se debe levantar acta notarial. Es decir, se utiliza la técnica de la expresión manuscrita procedente del régimen del mercado de valores, pero ahora se añade al utilizarla en el mercado del crédito la intervención del notario.

Según [dice](#) el Gobierno, el Anteproyecto refuerza el control de legalidad de manera que no se autorizará la escritura de préstamo hipotecario si el prestamista no acredita que ha entregado al prestatario siete días antes la información precontractual. “En estos siete días, el notario asesorará al prestatario sobre el proyecto de contrato de préstamo inmobiliario y, en particular, sobre las cláusulas contractuales en él contenidas”. De este modo, el Gobierno pretende convertir a los notarios en asesores financieros de los clientes. Su labor ya no se limita al control de legalidad del contenido del contrato o de la capacidad de los contratantes. Quedan obligados a asesorar al cliente sobre el contenido de la hipoteca, en particular de las cláusulas de mayor complejidad como las cláusulas suelo o las multidivisa.

A nadie nos gusta reconocer nuestras limitaciones, pero los notarios deberían rechazar esta extensión de sus funciones. Los notarios no son expertos en finanzas. Analizar una cláusula suelo o multidivisa, sus escenarios y costes, no está a su alcance ni es una tarea que deban realizar. Hay otros especialistas que pueden auxiliar a los prestatarios en estas cuestiones financieras.

Los notarios cumplen una función esencial en la contratación al velar por el cumplimiento de la legalidad, pero carecen de conocimientos para asesorar a los clientes en las complejidades del mercado financiero y en particular sobre las implicaciones financieras de incluir en el préstamo hipotecario una cláusula suelo o multidivisa.

Son los asesores financieros quienes están llamados a jugar un papel crucial en la contratación hipotecaria. Por esta razón, las directivas europeas [exigen](#) que estén cualificados y gocen de la oportuna certificación, recogiendo los requisitos mínimos de conocimientos y competencia que deben acreditar. Basta comparar el programa de acceso al notariado con los requisitos de conocimientos exigidos a los asesores financieros para descartar que los notarios puedan convertirse por decisión del Gobierno en asesores hipotecarios. Dicha medida resultaría contraria al Derecho europeo.

Modelo estándar

Otra novedad del Anteproyecto es habilitar la Gobierno para aprobar un modelo estándar de contrato de préstamo hipotecario al cual las entidades podrían acogerse. De este modo, el Gobierno pretende ofrecer a la banca un puerto seguro que la proteja de las eventuales reclamaciones de los clientes. Sigue aquí la propuesta de Alejandro Fernández de Araoz Gómez-Acebo, recogida en su seminal y premiado artículo «Repensar la protección del inversor: bases para un nuevo régimen de la contratación inmobiliaria». Para este autor, los contenciosos entre la banca y sus clientes están creando una gran inseguridad jurídica y es necesario dotar a los operadores de un puerto seguro. Con este objetivo, propone introducir una presunción legal de existencia de buena fe y adecuación de la conducta del intermediario a Derecho, siempre y cuando el contrato y la información al inversor haya sido verificada por el supervisor. El Anteproyecto parte de esta idea para habilitar al Gobierno para la aprobación de un modelo estándar de contrato de préstamo hipotecario –hay que entender– fruto de una consulta previa con el Banco de España, la industria y los consumidores. Tendríamos así un contrato limpio de cláusulas abusivas. Con esta propuesta se crea la presunción legal de existencia de buena fe y adecuación de la conducta del intermediario a Derecho, siempre y cuando utilice el modelo oficial. La carga de la prueba del abuso pasaría al consumidor.

Es una propuesta interesante que ya ha sido ensayada en otros ordenamientos con dispares resultados. En Italia, con amplia tradición en la estandarización de los contratos bancarios, se discute su compatibilidad con las normas que protegen la libre competencia (vid. F. Longobucco, “Contratto bancari e normativa antitrust”, en AA.VV., *I contratti bancari*, 2016, pp. 326-339). Los modelos estandarizados, denominados NUB (norme bancarie uniforme), son elaborados por la Asociación Bancaria Italiana y las asociaciones de consumidores, y su contenido se considera que tiene la naturaleza de condiciones generales de la contratación. Hay sentencias que han declarado nulas condiciones incluidas en las NUB por falta de causa al resultar contrarias al orden público económico (T. Roma 20 febrero 1997). A su vez, en Chile los [Créditos Universales](#) estandarizados aprobados por la Ley de 13 de agosto de 2010 no han dado el resultado esperado, según comenta en twitter Andrés Acevedo Léniz (@acevedoleniz). Por lo demás, en Estados Unidos la doctrina pone en cuestión las ventajas de la estandarización (vid. [Mark R. Patterson, “Standardization of Standard-Form Contracts: Competition and Contract Implications”, 52 Wm. & Mary L. Rev. 327 \(2010\), pp. 327-414](#)).

El mercado financiero es un mercado sometido a continua innovación. El modelo oficial pronto quedaría desfasado y su uso comprometería la competitividad de nuestros bancos. Además, existe el riesgo de que el modelo oficial no filtre todos los abusos, fruto de la escasa participación de los usuarios en las consultas públicas que precedan a su aprobación. Lo cual podría abrir la vía

a la responsabilidad patrimonial de la administración. El cliente perjudicado podría reclamar la responsabilidad del Gobierno por haber incluido en el modelo oficial una cláusula abusiva.

Mejor solución

La mejor solución pasaría por distinguir entre préstamos hipotecarios simples y complejos, categoría que incluiría todos aquellos con cláusulas complejas como las cláusulas suelo o las multidivisa. Los contratos complejos solo se podrían contratar por consumidores convenientemente asesorados por un asesor financiero independiente de la entidad oferente del crédito. El asesor independiente funciona como médico de cabecera cuya receta es necesaria para acceder a medicamentos que pueden entrañar un riesgo para la salud. Hay precedentes. Los inversores minoristas tienen limitaciones para invertir a través de plataformas de financiación participativa salvo que acrediten contar con los servicios de un asesor financiero (vid. art. 81.3 de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial). A su vez, para contratar una hipoteca inversa se requiere contar con un asesoramiento independiente (Disposición adicional primera.4 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario).