

SOBRE LA LEGALIDAD DE LA CLÁUSULA DE PROTECCIÓN DE LAS ENTIDADES BANCARIAS FRENTE A UN TIPO DE INTERÉS NEGATIVO EN LA CONSTITUCIÓN DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS: LA LLAMADA “CLÁUSULA CERO”



Francesc Costa Fernández. Socio de Gros Monserrat Abogados

SUMARIO

1. La denominada “cláusula cero”
2. Transparencia o abusividad
3. La regulación del contrato de préstamo
4. Aplicación del Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo

Constituye el objeto del presente artículo el estudio del mecanismo que, en la actualidad, están utilizando distintas entidades bancarias para minimizar el impacto que están teniendo los tipos de interés negativos en sus operaciones de crédito, al fijar a cero el tipo de interés mínimo derivado de la aplicación de los tipos contractualmente pactados, lo que impide que se aplique un tipo de interés negativo a la operación crediticia. Sin la fijación de dicho tipo de interés mínimo a cero, podría darse la situación que las entidades bancarias perdieran dinero por prestar capital a los clientes.

Destacar que la situación que se plantea no es una situación utópica o alejada de la realidad, por cuanto que el tipo EURIBOR, referencia para más del 90% de las hipotecas que se firman en España, ha cerrado el mes de febrero de 2017 en -0,106%.

LA DENOMINADA “CLÁUSULA CERO”

La denominada “cláusula cero” es aquella estipulación introdu-

cida en un contrato de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria a tipo variable, o para el tramo variable de otro tipo de préstamo, que limita a la

baja la variabilidad del tipo de interés del contrato a cero. Por tanto, en virtud de la misma, y con independencia del tipo de interés que resulte de los pactos contractualmente con-

venidos por las partes, se impide que el tipo de interés de la operación sea inferior a cero.

Por cuanto que la referida cláusula establece un límite a la variabilidad del tipo de interés en una operación de crédito, resulta de aplicación la jurisprudencia derivada del enjuiciamiento de las cláusulas suelo y, por tanto, deberán analizarse a la luz de la referida jurisprudencia, aunque con ciertas particularidades.

TRANSPARENCIA O ABUSIVIDAD

En aquello que respecta al establecimiento de un tipo mínimo de interés a favor de una entidad bancaria en operaciones de financiación, hay que tener en cuenta que tal y como ha determinado el Tribunal Supremo a partir de la sentencia número 241/2013 de fecha 9 de mayo de 2013, **nos encontraríamos ante una cláusula abusiva y por tanto nula por falta de transparencia en caso que concurriera alguno de los siguientes extremos:**

1º Falta de información suficientemente clara de que se trata de

LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. (Marginal: 69858). Arts.; 82, 85 a 90
- Código Civil (Marginal: 69730142). Arts.; 1740, 1753
- Código de Comercio (Marginal: 69726884) Arts.; 311, 312
- Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo (Marginal: 70356264). Arts.1 y 2

“La denominada “cláusula cero” es aquella estipulación introducida en un contrato de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria a tipo variable, o para el tramo variable de otro tipo de préstamo, que limita a la baja la variabilidad del tipo de interés del contrato a cero”

“Serán abusivas las cláusulas que, vinculen el contrato a la voluntad del empresario; limiten los derechos del consumidor y usuario; determinen la falta de reciprocidad del contrato; impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba; resulten desproporcionadas en relación al perfeccionamiento y ejecución del contrato; o contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable”



un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

2° Se ha insertado de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.

3° No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonable previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

4° No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad, en caso de existir o advertencia de que el concreto perfil del cliente no se le ofertan las mismas.

5° Se ubiquen entre una abrumadora cantidad de datos entre los que queda enmascarada y diluyen la atención del consumidor.

Además, **si el cliente es un consumidor, le será de aplicación la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, cuyo artículo 82 determina que se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.** En todo caso, serán abusivas las cláusulas que, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 85 a 90 de la referida norma, vinculen el contrato a la voluntad del empresario, limiten los derechos del consumidor y usuario, determinen la falta de reciprocidad del contrato, impongan al

consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, resulten desproporcionadas en relación al perfeccionamiento y ejecución del contrato, o contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable. La sanción para este tipo de cláusulas abusivas, no es otro que la nulidad de pleno derecho, de forma que las mismas se tendrán por no puestas.

Por tanto, en primer lugar, **para determinar si la cláusula cero es válida y legal, deberemos estudiar detenidamente no sólo la redacción de la misma sino también todos aquellos extremos relativos a la negociación del contrato y de la referida cláusula en particular.** Si la negociación ha sido transparente y con plena información para el consumidor de sus consecuencias y efecto, brindándole otras opciones para indexar la operación y estableciendo un límite de variabilidad del tipo de interés al alza de forma razonable, podremos concluir que la referida cláusula es plenamente válida. En caso contrario, podríamos encontrarnos ante una cláusula abusiva y por tanto nula de pleno derecho.

Ahora bien, nos referimos a la nulidad de tal cláusula en condicional; el “podríamos” de la anterior frase no es casual, porque a mi entender, tal cláusula difícilmente pueda considerarse abusiva, todo ello en base a la propia definición y regulación del contrato de préstamo contenida en el Código Civil y en el Código de Comercio.

LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO

Según el artículo 1740 del Código Civil, por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en

JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de enero de 2017, asunto C-421/2014, (Marginal: 70356917)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 11 de enero de 2017, núm. 9/2017, N° Rec. 349/2016, (Marginal: 70361068)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 5 de enero de 2017, núm. 22/2017, N° Rec. 614/2016, (Marginal: 70361067)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de fecha 4 de enero de 2017, núm. 4/2017, N° Rec. 163/2017, (Marginal: 70361064)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 3 de enero de 2017, núm. 1/2017, N° Rec. 643/2016, (Marginal: 70361066)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de fecha 30 de diciembre de 2016, núm. 230/2016, N° Rec. 372/2016, (Marginal: 70361063)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de fecha 29 de diciembre de 2016, N° Rec. 2116/2016, (Marginal: 70359055)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 28 de diciembre de 2016, núm. 643/2016, N° Rec. 583/2016, (Marginal: 70361065)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de fecha 22 de diciembre de 2016, núm. 187/2016, N° Rec. 200/2015, (Marginal: 70361062)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de fecha 22 de diciembre de 2016, núm. 362/2016, N° Rec. 370/2016, (Marginal: 70361061)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 21 de diciembre de 2016, asunto C-154/2015, (Marginal: 70353269)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de fecha 21 de diciembre de 2016, núm. 355/2016, N° Rec. 366/2016, (Marginal: 70361060)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de León de fecha 27 de junio de 2016, núm. 202/2016, N° Rec. 178/2016, (Marginal: 70307306)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de abril de 2015, núm. 222/2015, N° Rec. 1072/2013, (Marginal: 69536578)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de marzo de 2015, núm. 139/2015, N° Rec. 138/2014, (Marginal: 69338459)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013 núm. 241/2013, N° Rec. 485/2012, (Marginal: 2425112)

cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre del préstamo. El comodato es esencialmente gratuito, mientras que el simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés.

El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad (art. 1753 CC). Por tanto, deberá devolver otro tanto de lo recibido en el tiempo y lugar marcado en el contrato.

Tratándose de dinero, el prestamista debe restituir como mínimo el principal prestado, ya que, si han pactado intereses, deberá pagarlos también junto al capital prestado.

Las mismas reglas son de aplicación en caso de contratos de préstamo mercantiles. Destacar que a tenor de lo previsto en el artículo 311 del Código de Comercio, se reputará mercantil el préstamo cuando concurren las siguientes circunstancias: Si alguno de los contratantes fuere comerciante o bien, si las cosas prestadas se destinaren a actos de comercio. En este caso, **según el artículo 312 del Código de Comercio, consistiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida, con arreglo al valor legal que tuviere la moneda al tiempo de la devolución.**

Entonces, atendiendo a la regulación civil y mercantil del contrato de préstamo, ¿puede considerarse abusiva una cláusula que impone la obligación al prestamista de restituir el

capital prestado a su acreedor? A mi entender **no es posible considerar tal cláusula cero como abusiva, ya que no crea un desequilibrio en perjuicio del consumidor, simplemente le obliga a cumplir con lo legalmente establecido para el contrato de préstamo.**

En caso contrario, de permitirse el interés negativo, sí que se podría estar produciendo un desequilibrio en contra de una de las partes, el propio banco, ya que el prestamista no cumpliría con la obligación legal impuesta de devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad (art. 1753 CC), teniendo en cuenta que en caso de préstamo mercantil consistente en dinero pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida (art. 312 Cco).

BIBLIOGRAFÍA

www.casosreales.es

BIBLIOTECA

- ADELL, CRISTINA. *Worker inteligente. Derecho Procesal Mercantil. Volumen 02. Derecho Contractual*. Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2006
- BONELL, RAMÓN. *Manual Práctico de Derecho Fiscal y Mercantil*. Barcelona. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2010
- PINTÓ SALA, JORGE. TORRELLA CABELL, FRANCESC. *Worker contratación civil mercantil*. Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. 2007

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- FERRER-BONSOMS HERNÁNDEZ, MARÍA. *Las cláusulas más peligrosas que podemos encontrar en las hipotecas*. Inmueble Nº 145. Octubre 2014. (www.revistainmueble.es)
- BERMÚDEZ I PRIETO, JOAN. *Qué índice de referencia utilizar al formalizar una hipoteca*. Inmueble Nº 159. Marzo 2016. (www.revistainmueble.es)
- MORENO BARDISA, CONRADO. *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados por los consumidores con entidades bancarias*. Inmueble Nº 167. Diciembre-Enero 2016. (www.revistainmueble.es)

APLICACIÓN DEL REAL DECRETO-LEY 1/2017, DE 20 DE ENERO, DE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES EN MATERIA DE CLÁUSULAS SUELO

Llegados a este punto, conviene plantearse si sería posible acudir al procedimiento regulado en el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, para reclamar contra la aplicación de una cláusula cero.

Analizando el tenor literal de los artículos 1 y 2 de la referida norma, entendemos que a priori sí sería posible acudir a tal procedimiento, siempre que el reclamante fuera consumidor y ello en base a la definición de la cláusula suelo contenida en el apartado 3 del artículo 2º de la referida norma, en

cuya virtud, se entenderá por cláusula suelo cualquier estipulación incluida en un contrato de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria a tipo variable, o para el tramo variable de otro tipo de préstamo, que limite a la baja la variabilidad del tipo de interés del contrato.

Siendo la cláusula cero una cláusula que limita a la baja la variabilidad del tipo de interés del contrato (a cero), sería una cláusula suelo más y, por tanto, el consumidor podría acogerse al procedimiento de reclamación regulado en dicha norma.

Ahora bien, como antes se ha indicado, entendemos que la denominada cláusula cero no es una cláusula que pueda reputarse nula de forma genérica, por no causar un desequilibrio a una de las partes del contrato frente

a la otra. Como antes se ha indicado, la obligación legal contraída por el prestamista en todo contrato de préstamo, ya sea civil o mercantil, es devolver otro tanto de lo prestado y, en su caso, los intereses que se hubieran pactado. Por tanto, entendemos que en ningún caso puede considerarse que la aplicación de un tipo de interés cero motive el pago de una cantidad “indebidamente satisfechas por el consumidor a las entidades de crédito” en los términos literales del artículo 1 del Real Decreto-ley 1/2017, precisamente porque la restitución del capital prestado es la obligación principal del prestamista.

Por tanto, la restitución del principal como consecuencia de la aplicación de un tipo de interés cero, en ningún caso podría considerarse como un pago indebidamente satisfecho al banco por parte del consumidor. ■

CONCLUSIONES

- La denominada “cláusula cero” es aquella estipulación introducida en un contrato de préstamo o crédito garantizado con hipoteca inmobiliaria a tipo variable, o para el tramo variable de otro tipo de préstamo, que limita a la baja la variabilidad del tipo de interés del contrato a cero
- Por cuanto que la referida cláusula establece un límite a la variabilidad del tipo de interés a la baja en una operación de préstamo o crédito (a cero), le resulta de aplicación la jurisprudencia derivada del enjuiciamiento de las cláusulas suelo y el procedimiento de reclamación previsto en el Real Decreto Ley 1/2017
- En caso de falta de transparencia en la negociación del contrato podría considerarse que la cláusula cero es abusiva y por tanto nula
- La obligación legal contraída por el prestamista en todo contrato de préstamo, ya sea civil o mercantil, es devolver otro tanto de lo prestado y, en su caso, los intereses que se hubieran pactado. Por tanto, entendemos que en ningún caso puede considerarse que la aplicación de un tipo de interés cero motive el pago de una cantidad “indebidamente satisfechas por el consumidor a las entidades de crédito” en los términos del artículo 1 del Real Decreto-ley 1/2017, precisamente porque la restitución del capital prestado es la obligación principal del prestamista
- La restitución del principal como consecuencia de la aplicación de un tipo de interés cero, en ningún caso podría considerarse como un pago indebido, porque en virtud del contrato de préstamo el prestamista debe devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad (art. 1753 CC), teniendo en cuenta que en caso de préstamo mercantil consistente en dinero pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida
- En caso de permitirse intereses negativos, se estaría vulnerando la obligación principal de todo prestamista, cual es la restitución, como mínimo, del capital prestado