
Visión de actuación ante el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo

Importante:

- Asegúrese de que su contrato tiene cláusulas abusivas. No todos la tienen.
- Acudir a alguien de su confianza: Abogado, ONG, Asociaciones de Usuarios, Plataformas, etc.
- Presupuesto por escrito de cuánto va a costar cada procedimiento.
- Pensar bien qué es lo que más conviene, teniendo en cuenta que un acuerdo extrajudicial no tiene riesgo ninguno, sabes antes de firmar qué consecuencias tiene el acuerdo, en cambio un pleito, no sabes qué consecuencias tendrá, ni cuánto puede costar hasta que no finalices.
- Que el asesor le explique las diferencia entre acogerse al RDL 1/2017 o ir a la vía judicial.
- Ningún pleito está ganado mientras un juez no dicte una sentencia firme. Nadie puede asegurar que un pleito se gana.
- Los contratos con IRPH, hay que analizar muy bien si tienen cláusulas abusivas.

Estas son unas pinceladas de lo que ocurre a partir de la promulgación del RDL 1/2017, para ello se intentará que queden claro los conceptos y que esta reflexión puede servir de ayuda a tomar una decisión si se encuentra en la situación de tener que decidir qué hacer con su contrato de préstamo o crédito con garantía hipotecaria inmobiliaria. Lo que le llaman cláusula suelo.

Primero: El Real Decreto-Ley 1/2017 tiene como objeto el establecimiento de medidas que faciliten la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor a las entidades de crédito en aplicación de **determinadas cláusulas suelo contenidas en contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria.**

En mi opinión personal, ya lo podrían haber promulgado mucho antes y no ahora que todos los vientos soplan a favor... además que en principio puede ser contrario a la CE, pero ese asunto no lo he estudiado en profundidad.

Esto es muy importante, porque únicamente está dentro del ámbito de aplicación del RDL, **DETERMINADAS CLÁUSULAS SUELO CONTENIDAS EN PRÉSTAMOS CON GARANTÍA HIPOTECARIA.**

En realidad, la cláusula suelo en sí misma no es abusiva, pero si es **una cláusula que indica un interés variable que no lo es**, porque es un interés variable en un tramo y fijo cuando llega a otro, esto es lo que es declarado cláusula abusiva, falta de transparencia e información y entonces sí es una cláusula abusiva.

Cambia de interés variable a fijo y en cambio en el contrato dice que se establece un interés variable entre las partes.

Para que la cláusula suelo esté dentro del RDL tiene que ser:

Un contrato de préstamo o crédito con garantía hipotecaria, entre la banca y un consumidor que establezca un tipo de interés variable, pero que se transforma en fijo cuando llega el variable a disminuir hasta llegar al tipo que establece la banca, por falta de transparencia y que causa un desequilibrio a favor del banco.

Este es el único caso que admite a acogerse al RDL 01/2017.

Segundo: *A contrario sensu*, no se incluye en el RDL 01/2017 ninguna cláusula más que pudiera ser considerada abusiva.

Una cláusula de un contrato según la legislación aplicable es abusiva:

Las cláusulas contractuales: Que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas cuando, contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Un contrato con un consumidor tiene que pasar los tres filtros de:

- Legalidad,
- Abusividad
- Transparencia.

En un contrato de préstamo o crédito hipotecario entre la banca y un consumidor, puede haber más de una cláusula abusiva, - puede que no haya ninguna-, además de la llamada cláusula suelo. Toda cláusula que no hay sido acordada entre las partes -al ser impuesta por la banca, se transforma en condiciones generales de la contratación y es por adhesión, no por negociación individual-, que crea un desequilibrio y por tanto un perjuicio al consumidor y falta de transparencia, es considera cláusula abusiva.

ALGUNAS CLÁUSULAS DECLARADAS ABUSIVAS POR LOS TRIBUNALES, por el notario José Antonio Hebrero Hernández, Notario de Irún [en su blog](#)

1. Cláusula suelo. Las cláusulas incluidas en escrituras de préstamo hipotecario a interés variable mediante las cuales se fija un tipo de interés mínimo aplicable al contrato, han sido abordadas por el Tribunal Supremo en su ya célebre sentencia de 9 de mayo de 2013, reiterada posteriormente en otra sentencia de 8 de septiembre de 2014. El Tribunal Supremo considera que estas cláusulas son abusivas, y por ello nulas de pleno derecho, cuando la Entidad de Crédito al establecerlas en un contrato no ha cumplido con el deber de transparencia. Este deber de transparencia implica que el consumidor ha podido comprender de manera real y no meramente formal o gramatical los aspectos básicos del contrato. Para conocer con más detalle el sentido y alcance de la idea de transparencia en los contratos de adhesión, puedes leer este otro artículo.

2. Cláusula de vencimiento anticipado. Son aquellas cláusulas que permiten a la Entidad de Crédito declarar vencido el préstamo antes del plazo pactado y reclamar anticipadamente el importe de todo lo adeudado cuando se dan determinadas circunstancias, como el impago de alguna de las cuotas u otras distintas.

La sentencia del Tribunal de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 consideró que para determinar si estas cláusulas son o no abusivas, el Juez nacional deberá valorar los siguientes elementos:

- a) Si el incumplimiento del consumidor lo es de una **obligación esencial** en el contrato.
- b) Que ese incumplimiento sea **suficientemente grave** atendida la duración y la cuantía del préstamo.
- c) Si la facultad del empresario para declarar vencido del préstamo constituye una **excepción** a las normas que rigen en esta materia.
- d) Si la legislación nacional dota al consumidor de **medios adecuados** que le permitan poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

El **Tribunal Supremo** (sentencias de 4 de junio de 2008 y 16 de diciembre de 2009) ha admitido la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado siempre que concurra **justa causa**, entendida como **incumplimiento** por el consumidor de alguna de sus obligaciones **de carácter esencial**, pero no cuando se trata de obligaciones de carácter accesorio o incumplimientos irrelevantes.

Así, el citado Tribunal ha considerado abusivas las cláusulas que permiten a la Entidad de Crédito declarar vencido anticipadamente el préstamo en los siguientes supuestos:

- a) **Embargo** de la finca hipotecada.
- b) **Prohibición de arrendar** la finca hipotecada cuando la cláusula no se circunscribe a los arrendamientos que subsisten a pesar de la ejecución forzosa de la finca (art. 13 LAU).
- c) Incumplimiento de **prestaciones accesorias** por el consumidor.
- d) **Imposibilidad de inscribir** la hipoteca en el Registro de la Propiedad, cuando la cláusula no especifica si dicha imposibilidad de inscripción es imputable al consumidor o a la Entidad.

En cuanto a las cláusulas de vencimiento anticipado **por falta de pago de alguna de las cuotas** de amortización, el Tribunal Supremo admitió su validez en sentencias de 16 de diciembre de 2009, 17 de enero de 2011 y 12 de diciembre de 2012, entre otras. Esto no obstante, hay que tener en cuenta que desde la entrada en vigor de la **Ley 1/2013, de 14 de mayo**, es necesario el impago de al menos **tres cuotas**, o un número de cuotas equivalente a **tres mensualidades**, para que la Entidad de Crédito pueda declarar vencido anticipadamente el préstamo.

- 3. Cláusula de compensación de saldos.** Se trata de cláusulas que permiten a la Entidad Acreedora aplicar cualquier saldo existente en una cuenta del deudor al pago de cualquier crédito a favor de la Entidad, incluso en el supuesto de que la cuenta tenga varios titulares. El Tribunal Supremo (STS 16-dic-2009) considera que son válidas porque *nada obsta que un contratante pacte expresamente con el Banco que éste pueda compensar los saldos positivos o negativos de varias cuentas*, siempre que haya la **adecuada información** al respecto, lo cual implica que la cláusula haya sido **redactada de forma transparente**, clara, concreta y sencilla, o lo que es lo mismo, legible físicamente y comprensible intelectualmente.

- 4. Cláusula de redondeo al alza.** Son cláusulas presentes en préstamos personales o hipotecarios con interés variable, mediante las cuales se establece que el tipo de interés aplicable al consumidor, que es el resultante de sumar al tipo de referencia pactado (por ejemplo, el Euribor) un diferencial determinado, se redondeará siempre al alza para que dé como resultado puntos enteros (1), medios puntos (0,50) o cuartos de punto (0,25). El Tribunal Supremo ha entendido en sentencias de 4 de noviembre de 2010 y de 2 de marzo de 2011, que estas cláusulas de redondeo al alza de los tipos de interés son abusivas, por causar en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que se derivan del contrato.
- 5. Pacto de liquidez.** La cláusula en virtud del cual la Entidad Acreedora puede determinar por sí sola, sin intervención del deudor, el importe de la cantidad adeudada una vez se ha producido el impago del préstamo o crédito a efectos de su reclamación judicial, ha sido objeto de controversia judicial en varias ocasiones en orden a declarar su posible carácter abusivo. Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que no es abusiva, por tratarse de un pacto procesal destinado a acreditar uno de los requisitos procesales de la ejecución como es la liquidez o determinación de la deuda, y que no impide la impugnación por el deudor de la cantidad expresada en la certificación bancaria que acredita el saldo deudor.
- 6. Renuncia a notificación en caso de cesión del préstamo.** Para el Tribunal Supremo es abusiva la cláusula por la que el consumidor renuncia a ser notificado en el supuesto de cesión del contrato de préstamo hipotecario a otra entidad, por entender que la Ley impone la notificación de la cesión del contrato y no cabe la prestación de un consentimiento anticipado para una eventual cesión que se produzca en el futuro.
- 7. Prohibición de transmitir la finca hipotecada.** Es abusiva, según el Tribunal Supremo, la cláusula que prohíbe al consumidor transmitir la finca hipotecada o que condiciona de alguna manera la posibilidad de transmitir la finca, como por ejemplo condicionando la posibilidad de vender a que el Banco consienta la transmisión de la deuda garantizada por la hipoteca. El
-

citado tribunal considera que hay que distinguir claramente la posibilidad de transmitir la finca hipotecada, que no requiere consentimiento del Banco, de la transmisión de la deuda garantizada, que sólo puede hacerse con el consentimiento del acreedor.

8. Comisión por reclamación de posiciones deudoras. Se trata de cláusulas que obligan al consumidor al pago de una comisión bancaria en el caso de impago de cualquiera de las cuotas de amortización del préstamo en la fecha prevista para ello. El Juzgado Número 1 de lo Mercantil de San Sebastián ha entendido en una sentencia de 2 de febrero de 2015, que tales cláusulas son abusivas, porque *no hay prueba alguna de que respondan a un coste real* que el impago cause a la Entidad de Crédito, *ni tampoco responden al coste de la reclamación judicial* de la deuda, que aparece resuelto por la vía del artículo 394 de la LEC referente a las costas del procedimiento. Por ello, por tratarse de condiciones generales de la contratación no negociadas individualmente con el consumidor, impuestas por la Entidad Acreedora, que no responden al coste real de la reclamación de las posiciones deudoras, el tribunal las considera abusivas en aplicación de los artículos 8.2 LCGC y 10 bis y DA 1ª de la LGDCU.

9. Intereses de demora excesivos. Diversas sentencias dictadas por Audiencias Provinciales han declarado abusivos intereses de demora muy elevados establecidos tanto en préstamos personales como en préstamos hipotecarios. Entre ellas, podemos citar la sentencia de la A.P. de Madrid de 13 noviembre 2014, que considera abusivo un tipo de interés de demora del **29%** en un préstamo personal; las de la A.P. de Barcelona 13 noviembre 2014, que declaran abusivos tipos de demora en sendos préstamos hipotecarios, en un caso del **18,75%** y en otro de **20,50%**; o la de la A.P. de Madrid de 15 de octubre de 2014, que anula por abusivo un tipo de demora del **29%** incluido en un préstamo personal.

El carácter abusivo de los intereses de demora estipulados en el contrato se fundamenta en que, si bien el interés de demora debe ser por su propia naturaleza punitiva e indemnizatoria superior al interés ordinario o remuneratorio pactado en el contrato, es necesario también que guarde cierta proporción con ese interés ordinario. Entienden los tribunales que la ley de defensa de los consumidores y usuarios sanciona con nulidad radical el establecimiento de un interés de

demora **desproporcionadamente alto**, por muy grave que haya sido el incumplimiento del deudor, atendidas las coordenadas legales y económicas imperantes en la fecha del contrato. Un interés de demora excesivamente alto como los aludidos, implica una indemnización a favor del acreedor que **no corresponde a los daños efectivamente causados** por el incumplimiento del deudor y por ello debe considerarse abusivo. En general, la doctrina que se va consolidando en las Audiencias Provinciales en esta materia es que es abusivo cualquier interés de demora que sea 2,5 veces superior al interés legal del dinero.

Sobre el posible carácter abusivo de los intereses de demora, el **Tribunal Supremo** ha dictado con posterioridad a la fecha de publicación inicial de este artículo, una sentencia en la que fija como doctrina jurisprudencial, que **es abusivo** en un préstamo personal no negociado con el consumidor, un interés de demora **superior en dos puntos** porcentuales al interés remuneratorio pactado en el contrato. Para mejor conocimiento de esta sentencia, puedes leer [este otro artículo del blog](#). Posteriormente, en sentencia de 3 de junio de 2016, el citado tribunal ha aplicado la misma doctrina a los intereses de demora estipulados en **préstamos hipotecarios** formalizados por entidades de crédito con consumidores.

10. Cláusula de imposición de gastos al prestatario. El Tribunal Supremo ha considerado en su sentencia número 705 dictada el 23 de diciembre de 2015, que es abusiva la cláusula contractual incluida en una escritura de préstamo hipotecario en cuya virtud se impone al prestatario el pago de determinados gastos que por ley corresponden a la entidad prestamista. Esos gastos son el pago de determinados tributos como el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, el pago de las costas procesales derivadas de cualquier procedimiento de reclamación judicial de la deuda y los honorarios del abogado y del procurador de los que se haya servido la entidad prestamista para reclamar la deuda. Por el contrario, el Tribunal no considera abusiva la previsión contractual de que el prestatario haya de contratar y costear un seguro de daños sobre la finca hipotecada, dado que ello deriva de una disposición legal (artículo 8 de la Ley del Mercado Hipotecario).

Tercero: Tenemos que tener claro si un contrato de préstamo o crédito con garantía hipotecaria tiene alguna cláusula abusiva.

Para ello se debe acudir a alguien de su confianza para saber si su contrato tiene alguna cláusula abusiva.

Una vez estemos seguro que el contrato contiene una cláusula abusiva hay que analizar si es conviene o no acudir a la vía propuesta por el RDL.

Hay que tener en cuenta el RDL obliga a las entendidas bancarias a acogerse a dicho RDL, es obligatorio para los bancos, pero **NO PARA LOS CONSUMIDORES**, por lo tanto, antes de aceptar acogerse al RDL hay que estar seguro que es lo que más le convine, porque una vez se acepte acogerse hay que estar a lo allí dispuesto.

¿Conviene acogerse al RDL?:

Para responder a esta pregunta hay que estudiar el caso concreto. Por ello, si se acude a alguien de confianza para que asesore, lo que hay que hacer es pedir precio:

- a) ¿Cuánto vale el estudio y asesoramiento?
- b) ¿Cuánto vale la reclamación extrajudicial?
- c) ¿Cuánto vale la reclamación Judicial?
- d) ¿Qué riesgo corro si voy a la vía judicial?, esto es, la condena en costas.
- e) ¿Cómo y cuándo se paga los servicios?

Una vez tengamos todo esto por escrito, entonces hay que seguir con el asunto.

Una vez se haya hecho el estudio y análisis del contrato en cuestión podremos llegar a las siguientes conclusiones:

1. **El contrato únicamente contiene:** Cláusula en escrituras de préstamo hipotecario a interés variable mediante las cuales se fija un tipo de interés mínimo aplicable al contrato
2. **El contrato contiene otras posibles cláusulas abusivas:** Además de las cláusulas incluidas en escrituras de préstamo hipotecario a interés variable mediante las cuales se fija un tipo de interés mínimo aplicable al contrato, existen otras.
3. **El contrato no está afectado** de ninguna cláusula abusiva

-
- **El contrato contiene sólo Cláusula en escrituras de préstamo hipotecario a interés variable mediante las cuales se fija un tipo de interés mínimo aplicable al contrato.**

Hay que dejar claro, que una cláusula suelo no es abusiva *per sé*, sino que se tienen que dar los requisitos para que sea considerada abusiva la cláusula incluida en el contrato.

Si el contrato contiene únicamente la cláusula indicada, (el RDL únicamente contempla reclamar la «cláusula suelo») puede acogerse a dicho RDL o no, **ES VOLUNTARIO PARA EL CONSUMIDOR Y OBLIGATORIO PARA LA BANCA.**

Si se acoge: Hay que cumplir con todos los requisitos del precepto:

- Mediante escrito indica a la banca la intención de acogerse al RDL 1/2017.
- Esperar que la Banca le conteste, puede tardar como máximo 3 meses.

La Banca no Contesta: A los tres meses si no contesta, o te olvidas y lo dejas pasar o acude a la vía judicial.

La Banca sí Contesta:

- **No está afectado:** Lo acepta o se acude a la vía judicial.
- **Sí está afectado:**
 - Si le contesta que su contrato está afectado por la cláusula abusiva, le tendrá que indicar la cantidad a devolver, tanto por principal como por intereses.
 - Si está de acuerdo, se acepta y le tendrán que devolver la cantidad indicada.
 - Tiene dos posibilidades, devolución en efectivo o aportación al capital, o cualquier otra que se pueda pactar
 - Si es devolución en efectivo, hay que tener en cuenta la repercusión fiscal.
 - Si no está de acuerdo, no lo acepta y tiene que acudir a la vía judicial.
 - Si acude a la vía judicial, la condena en costa para la banca no se producirá si la cantidad final es igual o inferior a la ofrecida por la entidad en la reclamación extrajudicial.
- **El contrato contiene más cláusula abusiva:** por lo cual, si desea reclamar las demás, tendrá que iniciar dos procesos si se acoge al RDL, uno extrajudicial para la cláusula suelo y otro judicial para reclamar las demás cláusulas.

Hay que tener en cuenta que si se acude a la vía judicial los costes que tiene. Siempre pedir presupuesto y valoración del riesgo, Procurador, Abogado, en primera instancia, posible recurso en apelación, costes de procurador, abogado y gastos, posible recurso en casación, procurador, abogado y gastos, más recursos. Condena en costa, en primera instancia y ulteriores.