

MANUEL JESÚS MARÍN LÓPEZ: «LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS», EDITORIAL REUS, MADRID, 2018, 461 PÁGS., ISBN: 978-84-290-2032-8

ALICIA AGÜERO ORTIZ

Investigadora FPU. Dpto. de Derecho Civil e Internacional Privado. Universidad de Castilla-La Mancha.

Revista de Derecho Patrimonial 48
Enero – Abril 2019
Págs. 461–468

I. INTRODUCCIÓN

La crisis financiera global ha afectado a todos los estratos sociales, pero la mayor crudeza de sus desastrosas consecuencias se ha mostrado en relación con los sujetos más vulnerables, esto es, los consumidores. Muestra de ello han sido las numerosas ejecuciones hipotecarias y el aumento de las declaraciones de concurso de personas físicas.

Ante esta devastadora crisis no solo financiera sino también social, jueces y tribunales han adoptado una posición tuitiva reforzada de los consumidores, tratando de evitar las consecuencias del impago, esto es, la ejecución; o al menos de paliar sus efectos, reduciendo la deuda en lo posible. En este contexto, comenzó en España lo que podemos llamar la revolución de las cláusulas abusivas. Y decimos revolución, ya que la regulación de las cláusulas abusivas no era novedosa. Muy al contrario, el régimen de cláusulas abusivas fue introducido en el Derecho de la Unión Europea mediante la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante, «Directiva 93/13/CEE»); y estaba

ya previsto en la antigua Ley española 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que fue modificada incorporando aquella Directiva, cuyo reflejo consta igualmente en el actual 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 (en adelante, «TRLGDCU»).

Pues bien, con aquella finalidad tuitiva, jueces y tribunales desempolvaron el régimen de las cláusulas abusivas para mitigar o paralizar los desastrosos efectos de la ejecución hipotecaria, pero no exclusivamente en tales supuestos. Nos referimos a la declaración de abusividad de cláusulas como las relativas a los intereses moratorios, las cláusulas suelo, las cláusulas de vencimiento anticipado, las cláusulas de reclamación de posiciones deudoras, etc.

En este marco, especial atención y debate doctrinal ha merecido la declaración de abusividad, efectuada por la STS de 23-12-2015, de la cláusula de gastos de constitución del préstamo hipotecario por la que se impone al prestatario-consumidor el abono de todos los gastos ocasionados por la conclusión del contrato, así como de otros gastos futuros, como los eventuales gastos procesales o preprocesales.

Esta especial atención y controversia ha venido provocada por razones de diversa índole. En primer lugar, el número de consumidores potencialmente afectados, pues prácticamente *todo* préstamo hipotecario no negociado individualmente contiene una cláusula de este tipo, y por el hecho de que el beneficio derivable de la declaración de nulidad afecte positivamente a todos los prestatarios, a diferencia por ejemplo de lo que sucede con la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios, que solo tendría efectos restitutorios frente a consumidores que hubieran incurrido en mora. En segundo lugar, por la incertidumbre generada por la vaguedad de la STS de 23-12-2015. En concreto, por el hecho de que no se aclararan cuáles habrían de ser los efectos restitutorios de la declaración de nulidad o los plazos para ejercitar tal pretensión por haber sido dictada en el seno de una acción colectiva; por las dudas respecto a si los jueces y tribunales inferiores quedaban vinculados por tal pronunciamiento al no haber sido reiterado con posterioridad (art. 1.6 CC); por la falta de especificación de la causa de nulidad, toda vez que se recurre a un precepto relativo a la compraventa de viviendas y, además, por referencia errónea al art. 89.2 TRLGDCU; así como por la contradicción con la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo respecto a la determinación del sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados (en adelante, «IAJD»).

En consecuencia, mucho se ha escrito en torno a la nulidad y elementos circundantes a esta cláusula, y muchas resoluciones se han producido al respecto. En factor común en la doctrina, la jurisprudencia menor y la doctrina administrativa es la heterogeneidad de las posiciones mantenidas. Por este motivo, la obra objeto de reseña constituye un *must have* de todo sujeto interesado en el Derecho de consumo. En particular, la obra ofrece dos elementos que la hacen imprescindible en la biblioteca de todo lector interesado en el asunto: (i) una ilustración clara y rigurosa de todas las posiciones doctrinales mantenidas y una exposición pormenorizada de todas las posturas sostenidas en los fallos recaídos en primera y segunda instancia, de forma que el lector encontrará condensado en este libro un completo estudio de todo lo que se ha dicho y resuelto en relación con la cláusula de gastos; así como (ii) la postura personal del autor respecto cada uno de los elementos controvertidos relacionados con la cláusula de gastos, expresada de forma clara, contundente y óptimamente justificada, lo que aporta un gran valor añadido a la obra.

II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA OBRA

La obra estructura en catorce capítulos que abordan los asuntos concernientes a la cláusula de gastos con un orden lógico-deductivo, esto es, se analiza la cuestión partiendo, como no puede ser de otra forma, de lo general a lo particular. Así, el Capítulo I contiene una breve introducción, ocupándose el Capítulo II del análisis de la STS de 23-12-2015, lo que ha de constituir el punto de partida de todo análisis de la materia.

Por su parte, el Capítulo III expone distintos tipos de cláusulas de gastos predispuestas por los prestamistas hipotecarios y examina su naturaleza con la finalidad de determinar los controles disponibles para los prestatarios en función de su condición de consumidor o de profesional.

Habiendo sido expuesto lo anterior, el Capítulo IV se ocupa de analizar el primero de los controles a los que esta cláusula ha de ser sometida, a saber, el control de incorporación. Concretamente, se describen los requisitos que la cláusula ha de cumplir para que pueda superar dicho control, las consecuencias que pueden derivarse de la no superación de este, así como un análisis jurisprudencial al respecto. Tras ello, el Capítulo V se encarga de presentar el subsiguiente control al que la cláusula debe ser sometida para evaluar su validez, control disponible para aquellos supuestos en que el prestatario sea un consumidor. En particular, se analiza el control de contenido o abusividad de los arts. 82 y ss. TRLGDCU. Habida cuenta que la cláusula de gastos está integrada por diversas subcláusulas que trasladan al consumidor distintos gastos

derivados de la operación, lo siguientes capítulos se encargarán del estudio de cada uno de ellos de forma individualizada.

Así, el Capítulo VI se destina al examen del control de contenido de la subcláusula que impone al consumidor la asunción de los gastos notariales. En este sentido, se parte de la exposición de la normativa reguladora del arancel notarial para averiguar quién debería ser considerado sujeto obligado al pago de tales honorarios en virtud del derecho supletorio, lo que se acompaña de un estudio jurisprudencial al respecto. De forma muy sintética, el autor considera que el hecho de que los obligados al pago sean «los interesados» en la prestación del servicio solidariamente, junto con el hecho de que ambos intervinientes tengan interés en la conclusión de la operación, determina que los obligados al pago del arancel sean ambos cocontratantes por partes iguales¹ –excepción hecha a las copias que solicite cada uno de ellos, cuyos gastos deberán ser asumidos en coherencia–. Esta distribución por mitades se justifica por el hecho de no se pueda cuantificar porcentualmente el grado de interés de cada uno de ellos en la operación. Hecha esta determinación, se da un paso más en orden a evaluar el carácter abusivo de la cláusula que atribuye la obligación de pago de todo el gasto notarial al consumidor y la oportunidad o no de su subsunción en el art. 89.3 TRLGDCU. De forma clarificadora, el autor concluye que la cláusula debe ser reputada abusiva de conformidad con el art. 82 TRLGDCU.

Por su parte, el Capítulo VII se encarga del estudio de la subcláusula que atribuye al consumidor el abono de los gastos registrales derivados de la inscripción del derecho real de garantía en el Registro de la Propiedad. Nuevamente, se adopta como punto de partida la normativa reguladora del arancel de los Registradores para evaluar quién ha de tenerse por sujeto obligado al pago, concluyendo que el obligado al pago de todas las partidas minutadas es el acreedor garantizado en cuyo favor se inscribe el derecho. En consecuencia, la cláusula que atribuye el gasto registral al consumidor ha de ser considerada abusiva. En adición, el capítulo ofrece un análisis jurisprudencial sobre este particular.

El Capítulo VIII aborda una de las cuestiones más espinosas y que más controversia ha generado en torno a la cláusula de gastos, a saber, el control de

1. Nosotros hemos comprendido en otro lugar que el obligado al pago del arancel notarial por completo es el acreedor garantizado en tanto que solicitante de la intervención notarial e interesado en la misma, pues es quien necesita que la operación de documento en instrumento público. No creemos que se pueda apreciar «interés» real del consumidor en la intervención del notario cuando este solo es consecuencia de la imposición del acreedor de la constitución de una hipoteca, consideramos que es el acreedor el que debe asumir los costes de su modelo de negocio. No obstante, no somos acrílicos, y comprendemos la justificación ofrecida por el Dr. Marín López.

contenido de la subcláusula que repercute al consumidor-prestatario el abono del IAJD. Lamentablemente, el libro se publicó antes de la difusión de las SSTS 148 y 149 de 15-3-2018 en las que el Alto Tribunal consideró el sujeto pasivo del IAJD en la cuota progresiva es el prestatario, declarando la validez de su repercusión al consumidor. Habría sido especialmente interesante leer la opinión del autor al respecto, aunque podemos inferirla de las manifestaciones realizadas al respecto en esta obra. En particular, el capítulo comienza analizando los distintos tributos que gravan la operación y las distintas tesis mantenidas respecto a quién deba ser considerado sujeto pasivo del IAJD. En este capítulo se realiza un completo estudio de la doctrina y jurisprudencia fiscalista lo que permite al autor concluir que el sujeto pasivo del impuesto es el acreedor garantizado, lo que comporta la ilegalidad del art. 68 RITPyAJD y, por ende, justifica que no deba ser aplicado por los jueces civiles (art. 6 LOPJ). Acto seguido, se analizan los requisitos del control de contenido que deben concurrir para que la cláusula que repercute al consumidor el IAJD pueda ser reputada no abusiva. De nuevo, el capítulo es acompañado de un completo análisis jurisprudencial.

Los gastos concretos de gestoría son estudiados en el Capítulo IX. El autor ofrece una explicación verdaderamente clarificadora de por qué el prestamista es el obligado al pago de los gastos de gestoría: dado que el contrato celebrado entre el prestamista y la gestoría es un contrato bilateral oneroso (un contrato de obra), el obligado al pago es la persona que contrató a la gestoría. Esto es así por el principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC), de modo que no puede comprenderse que un tercero ajeno al contrato sea el obligado a la retribución del servicio, incluso cuando algunos trámites realizados por aquella puedan interesar a tal tercero. Tras un pormenorizado análisis de la jurisprudencia menor en la materia, el autor examina el control de abusividad particular que debe ser aplicado a esta subcláusula, comprendiendo que constituye un supuesto evidente de abusividad del art. 89.4 TRLGDCU, salvo que hubiera existido un acuerdo (libre) al respecto entre prestamista y prestatario. No solo eso, también será nula, en virtud del mismo precepto, la cláusula no negociada individualmente por la que el prestatario faculta al prestamista a contratar el servicio de gestoría, por constituir una autorización al prestamista a imponer un servicio no solicitado por el consumidor. Asimismo, será abusiva la cláusula por la que el prestamista se reserve el derecho de elegir la gestoría que prestará el servicio.

Llegados a este punto, el autor evalúa en el Capítulo X el eventual sometimiento de la cláusula de gastos al control de transparencia material. Este capítulo es de gran interés toda vez que los prestamistas tienden a alegar generalizadamente que la cláusula de gastos no es abusiva ya que es transparente. Con

todo acierto el autor resuelve las dudas al respecto negando la premisa mayor de tales argumentos, a saber, la cláusula de gastos no puede ser sometida al control de transparencia ya que no constituye ni integra el objeto principal del contrato. Incluso cuando se sometiera la cláusula al control de transparencia, continúa, ello no evitaría la realización subsiguiente del control de contenido de la cláusula (arts. 82 y 89.3 TRLGDCU), que no puede superar siendo, en cualquier caso, abusiva.

El Capítulo XI aborda una cuestión clave en el asunto: los efectos de la declaración de abusividad de la cláusula de gastos. Tras un estudio de la jurisprudencia europea en la materia el autor concluye con rotundidad que, declarada abusiva la cláusula de gastos, procederá ordenar la restitución de todos los importes satisfechos por el prestatario sin posibilidad de moderación por parte del juzgador, esto es, sin posibilidad de integrar la cláusula con el Derecho supletorio. Si bien el autor critica esta jurisprudencia por comprender que la finalidad de la Directiva 93/13/CEE no es sancionar al empresario que utilice cláusulas abusivas², distingue brillantemente el hecho de que la cláusula abusiva no pueda ser integrada por recurso al Derecho supletorio, del hecho de que el Derecho supletorio deje de estar disponible para el empresario. En este sentido, las páginas 207 a 209 del libro recensionado constituyen una verdadera joya. Adicionalmente, se incluye un profuso análisis de las distintas posturas jurisprudenciales mantenidas en relación con la restitución de los gastos abonados por el consumidor en aplicación de la cláusula declarada nula.

Por otro lado, el Capítulo XII centra su atención en el tan traído y llevado plazo de prescripción. Una vez analizadas las distintas posturas doctrinales en la materia y la jurisprudencia menor al respecto, el autor comprende que ha de distinguirse el plazo de prescripción de la acción de nulidad y la acción de restitución, criterio que compartimos. Por lo que respecta a la primera acción,

2. Nosotros comprendemos que sí lo es, o al menos, que esa consecuencia no puede entenderse excluida de la Directiva 93/13/CEE. El principio de efectividad de las medidas previsto en su art. 7 solo puede darse por cumplido si la utilización de cláusulas abusivas es de algún modo sancionada. Si el empresario que imponga cláusulas abusivas (recordemos, contrarias a la buena fe) fuera mantenido en la posición prevista por el Derecho supletorio, como si su actuar contrario a la buena fe fuera equiparable a su no actuación, ningún incentivo tendría para dejar de introducir cláusulas abusivas en sus contratos pues, en cualquier caso, «recibirá» lo previsto en Derecho supletorio. Es decir, no soportará ningún riesgo por su actuación contraria a la buena fe, lo que comporta un incentivo a la inclusión de cláusulas abusivas (le merecerá la pena correr el riesgo de que la cláusula sea declarada abusiva pues, en última instancia, quedará en la misma situación que ostentaría si hubiera actuado de buena fe). En suma, creemos que ello es contrario al mandato de previsión de «medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores».

esta es imprescriptible; ahora bien, la segunda está sujeta al plazo de prescripción de las acciones personales que no tengan previsto un plazo específico (art. 1964.2 CC). Dado que este plazo de prescripción fue modificado por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el autor incluye una explicación de los distintos plazos aplicables en función de que el *dies a quo* de la acción se produjera antes o después de dicha reforma. Paralelamente, se realiza un detenido estudio de la determinación del dicho *dies a quo*, concluyendo que este será el momento en que el consumidor conoce el pago de dichos gastos y la cuantía de cada uno de ellos. En otras palabras, el *dies a quo* será el momento en que la gestoría hubiera remitido al consumidor las facturas del notario, del registro, de la propia gestoría y el documento de liquidación del IAJD. Más aún, aclara el autor que en dicho plazo de prescripción no tiene ninguna incidencia el hecho de que el préstamo hubiera sido ya cancelado.

Acercándonos al final de la obra, el Capítulo XIII se ocupa de otras cuestiones relevantes. En particular, se estudia el régimen de protección aplicable a aquellos contratos de préstamo hipotecario que contuvieran estas cláusulas de gastos pero que hubieran sido concertados antes de la entrada en vigor del TRLGDCU; el alcance de la doctrina de la STS de 23-12-2015, esto es, si constituye jurisprudencia a los efectos del art. 1.6 CC; y las vías de protección del prestatario no consumidor, en particular, la ineficacia de las cláusulas predispuestas que sean contrarias al principio de buena fe (art. 1258 CC).

Finalmente, el Capítulo XIV incluye un completísimo análisis jurisprudencial clasificado como sigue: (i) resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado; (ii) jurisprudencia de las Audiencias Provinciales (subclasificadas cronológicamente por Audiencia); y jurisprudencia de primera instancia.

III. CONCLUSIÓN

Como decíamos al comienzo, este laborioso y meticuloso apéndice jurisprudencial justifica por sí mismo el enorme interés de la obra. Si a ello sumamos las clarificadoras y solventes aportaciones del autor, el resultado que obtenemos es que el lector tiene ante sí una obra de inexcusable y placentera lectura.

Esperamos que disfruten su lectura tanto como nosotros lo hemos hecho.