

CONSULTA SOBRE EL CARÁCTER ABUSIVO DE DETERMINADAS CLÁUSULAS DE PERMANENCIA VINCULADAS A LA CONTRATACIÓN DE UN PRÉSTAMO HIPOTECARIO

M^a Carmen González Carrasco
Profesora Titular de Derecho Civil
UCLM-CESCO

Desde la OMIC de Alcázar de San Juan se dirige a este Centro de Estudios de Consumo (CESCO) la siguiente consulta:

"Tengo firmada la escritura de Préstamo Hipotecario con una entidad bancaria que me ofreció unas condiciones ventajosas económicas, pero a cambio me exigió y consta en escritura, que tendría que tener durante toda la vida del préstamo lo siguiente: domiciliación de nominas, seguros de vida, de Hogar, tarjetas de crédito, domiciliación de recibos etc. En caso de modificar esa clausula de la escritura, me subiría la cuota del préstamo, o el diferencial"

¿Me pueden obligar a mantener esas condiciones que efectivamente pacte en un principio durante toda la vida del préstamo?

¿ o por el contrario es una cláusula abusiva, y estarían obligados a aceptar que yo solicitara modificar esa clausula o tengo que aceptar lo que se acordó en un principio?

¿ en caso de que yo pudiera cancelar las tarjetas, los seguros y las domiciliaciones etc, tendría que modificarse la escritura con cargo al consumidor o usuario?

¿ o podría hacerse en documento privado entre la entidad y el consumidor o usuario? en cualquier caso

¿ quién tiene la facultad de elegir, la entidad o el consumidor o usuario?

Desde CESCO, a 22 de diciembre de 2010 se evacúa la siguiente respuesta:

- El pacto por el que el prestatario asume determinadas limitaciones de permanencia a cambio de condiciones económicas más ventajosas no puede considerarse una cláusula abusiva en las circunstancias que se deducen de la consulta, por las siguientes razones:
 - a) En primer lugar, todo parece indicar que no se trata de una cláusula predispuesta en el sentido del art. 82.1 TRLCU, sino individualmente negociada en atención a las propias condiciones ventajosas que el prestatario perseguía y que tuvieron como contrapartida razonable y no contraria a la reciprocidad exigida por el

artículo 85.7 TRLCU la permanencia de las posiciones pasivas en la entidad durante la vida del préstamo. Aún en el caso de pudiera entenderse que las cláusulas de permanencia no pudieron ser negociadas individualmente:

- b) De las mismas circunstancias relatadas en la consulta se deduce que ha existido transparencia en las limitaciones acordadas, ya que las condiciones contractuales fueron puestas en conocimiento del prestatario tanto en el contrato como en la escritura de préstamo, leída ante y firmada por persona capaz y libre.
- c) El equilibrio de las partes no puede considerarse perjudicado habida cuenta de la reciprocidad de cesiones que el propio prestatario admite como concurrentes en el momento del otorgamiento de la escritura. El prestatario pudo elegir otras condiciones y de hecho sigue pudiendo hacerlo, ya que el propio contrato indica las nuevas condiciones que vendrían a modificar el préstamo en caso de elegir quedar liberado de las condiciones de permanencia impuestas.
- d) Dichas nuevas condiciones no reservan “a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato” ya que concurriría la excepción prevista en el artículo 85.3 TRLCU, este es que concurran motivos válidos especificados en el contrato.
- e) El artículo 87.6 TRLCU considera abusiva – en el caso de que no hubiera sido objeto de negociación individual, que no es el caso- la imposición de plazos de duración excesiva y la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin a los contratos de servicios de prestación continuada o tracto sucesivo. El contrato de cuenta corriente y el de depósito bancario vinculados temporalmente al de préstamo hipotecario podrían entenderse limitados en cuanto a la facultad del prestatario de cara a su finalización por el obstáculo de la elevación del tipo de interés del contrato de préstamo hipotecario. Pero no es a este reajuste del interés contractual al que se refiere la norma. El obstáculo a la finalización de contratos de duración excesiva al que hace referencia el art. 87.6 es la penalización unilateralmente impuesta que no puede considerarse causalizada en la merma del interés contractual de la contraparte, prestadora de servicios. En el presente caso, el prestatario puede finalizar los contratos de pasivo con la entidad y la modificación de las condiciones del préstamo equivalen al reajuste recíproco del interés contractual de aquélla. En definitiva, la remuneración del préstamo concedido por la entidad bancaria se pactó parcialmente (y conscientemente) en concepto de permanencia de operaciones de pasivo (podríamos decir, en especie). Al prestatario se le permite dar por finalizados dichos contratos, pero reajustando la remuneración de la entidad bancaria a los tipos previstos en el momento de contratar, menos ventajosos que los inicialmente previstos, y válidos siempre que no exista una asimetría informativa que no se deduce de la consulta realizada

- f) Desde el momento en que el coste de mantenimiento de las tarjetas de crédito o pago también forman parte de la remuneración pactada para el préstamo según lo anteriormente dicho, la modificación de las condiciones del préstamo en el caso de la cancelación de las tarjetas no están reguladas por la Ley 16/2009, de Servicios de Pago, que establece que “el usuario podrá resolver el contrato en cualquier momento, salvo que se hubiera pactado un preaviso —que nunca podrá exceder del mes—, debiendo asumir en todo caso los gastos derivados de la resolución, que tendrán que ser apropiados y acordes con los costes. *Sin embargo, la resolución será gratuita si el contrato fuera de duración indefinida o por un plazo superior a 12 meses y se hubiera resuelto transcurridos estos*”.
- Las modificaciones del préstamo hipotecario tienen que realizarse en escritura pública -que tiene carácter constitutivo respecto de la garantía hipotecaria suscrita- para tener acceso al registro de la propiedad y gozar de eficacia jurídico-real.
 - El coste de la modificación será a cargo de quien la inste. En este caso, el obligado será el prestatario salvo pacto en contrario.
 - El art. 16.3 Ley 2/2009 y la OM 1994 reconocen, por un lado, la libertad de elección de notario con arreglo a la Legislación notarial y, por otro obliga a reseñar en la oferta vinculante los datos del notario donde se va a firmar la operación para que el cliente ejercite su derecho a examen en el plazo previo de 3 días, salvo renuncia expresa siempre que la firma se haga en la notaría. Según lo dispuesto en el art. 89.8 TRLCU, es abusiva la previsión de pactos de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor y usuario a la elección de fedatario competente según la ley para autorizar (o modificar) el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato. El prestatario tendrá derecho a elegir Notario que por su competencia territorial, tenga una conexión razonable con alguno de los elementos personales o reales del negocio, teniéndose nula y por no puesta la cláusula predispuesta por la que aparece como elegido por el consumidor, sin haberlo sido realmente, el Notario designado por la Entidad. Para evitar que el Notario asuma la competencia en función de esta cláusula, el Consejo General del Notariado (CGN) ha articulado un sistema de quejas por el que se comunica al Notario autorizante su deber de abstención en estas circunstancias.

Puede consultarse más información sobre la forma de actuar en estos casos y otras iniciativas del CGN en <http://www.afsnotarios.com/?sec=nal&subsec=elc>.