

Nulidad de la cláusula de gastos de formalización: alcance y consecuencias

Alicia Agüero Ortiz

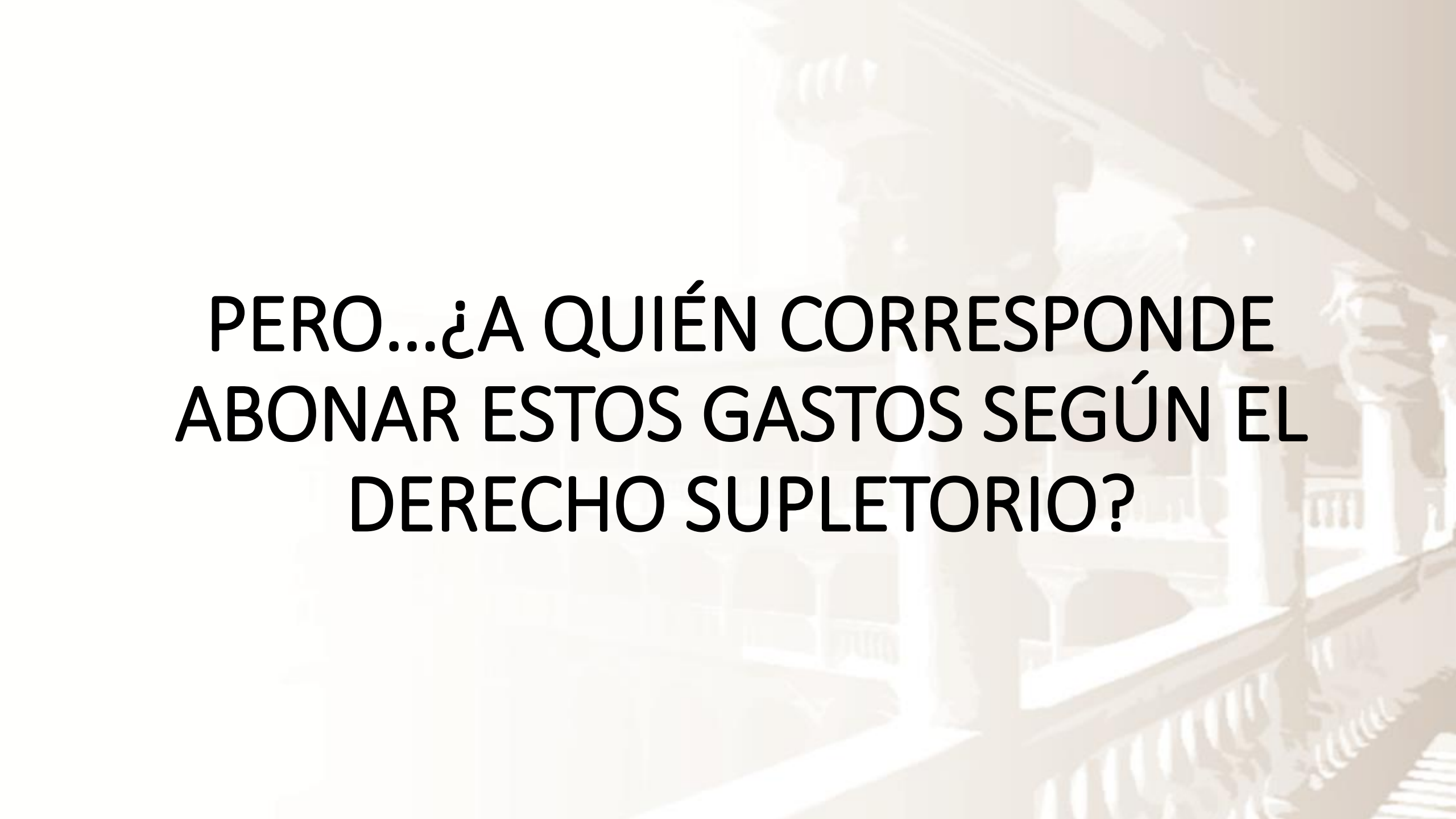
Alicia.aortiz@uclm.es

INTRODUCCIÓN: INTERPRETACIONES DEL TJUE

- **Contexto:** arts. 3.1 Dir.93/13 y 82 TR; 6.1 Dir.93/13 y 83 TR; en concreto: arts. 89.3, 89.4, 89.5 y 86 TR.
- **Desequilibrio contrario a la buena fe** = el profesional no podía esperar razonablemente *que el consumidor aceptase la cláusula en el marco de una negociación individual* –apreciable de oficio- (STJUE 14.3.2013 y ss)
- La abusividad de la cláusula comporta su nulidad de pleno derecho y **expulsión del contrato**, sin que quepa moderación o integración (STJUE de 14.6.2012, 21.1.2015)
- **Examen del contenido literal de la cláusula**, con independencia de que el profesional la haya aplicado o no, o haya tenido una actitud correctora posterior (STJUE de 26.1.2017)
- **No se pueden limitar los efectos restitutorios** de la cláusula declarada abusiva: es contrario al art. 6.1 D. 93/13/CEE y a su efecto disuasorio (STJUE 21.12.16)
- **Validez plazo “razonable” de prescripción:** (SSTJUE 21/12/16; 6/10/2009)

CLÁUSULA DE GASTOS: STS 23/12/15

- **Causa de nulidad:** desequilibrio + traslado al consumidor de gastos propios del empresario, la financiación es un parte de la compraventa (art. 89.3 TRLGDCU); **NO** por falta de transparencia ni por su generalidad: *“se trata de una estipulación que ocasiona al consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida (...) en el art. 89,3 TRLGDCU)”*.
 - **Notaría y Registro** (vs. norma sexta A.II. RDAN; y norma octava A.II RDAR): Interesado principal “es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC)”.
 - + Omisión de toda reciprocidad: beneficiado por el préstamo es el cliente pero la garantía se adopta en beneficio del prestamista.
 - **IAJD:** vs. 29 TRLITP y AJD: “la entidad prestamista no queda al margen de los tributos (...) al menos en lo que respecta al IAJD será el sujeto pasivo”
 - **Gastos procesales y pre-procesales:** vs. Arts. 32.5, 294 y 398 LEC
- **Repercusión de gastos declarados abusivos:**
 - **Efectos:** Acción de cesación, no contiene pretensión restitutoria
 - **Restitución:** Gastos abonados por el consumidor que correspondieran al prestamista en virtud del derecho supletorio



**PERO...¿A QUIÉN CORRESPONDE
ABONAR ESTOS GASTOS SEGÚN EL
DERECHO SUPLETORIO?**

• **GASTOS DE NOTARÍA**

- **Escritura de constitución del préstamo hipotecario:** acreedor garantizado art. 63 RN, norma 6ª A.II RDAN)
 - *Los que hubieren requerido la prestación de sus servicios:* 147 RN, excepto 3.2 RN
 - *En su caso, interesados según las normas sustantivas:* requisito constitución hipoteca (no préstamo) art. 1875 CC, 145 LH; Preferencia del crédito (arts. 1923 y 1927 CC); Título ejecutivo (art.517.2.4º LEC, art. 17.1.IV LN).
 - *Interesados según normas fiscales:* según IAJD (AAPP Pontevedra y Asturias)
- **Escritura de compraventa:** otorgamiento →vendedor; primera copia y ss. →comprador (tras Ley 44/2006 -31/12/2006-, art. 1455 CC)
- **Subrogación en préstamo hipotecario:** como compraventa

• **GASTOS DE REGISTRO** (art. 19bis 6ª LH, norma 8ª A.II RDARP: interesado o aquél en cuyo favor se inscriba el derecho; certificaciones→solicitante)

- **Constitución de hipoteca:** acreedor garantizado
- **Compraventa:** comprador
- **Novación modificativa con ampliación de responsabilidad hipotecaria:** acreedor

• **IAJD**

- **Hipoteca bilateral:** discrepancia por art. 68.II RDITP y AJD; acreedor garantizado (art. 29 TR+art. 8.c LGT)
- **Hipoteca unilateral** (141 LH): acreedor garantizado (art. 68.I RDITP y AJD)
- **Subrogación:** no hay, exento (art. 7 Ley 2/1994)

DIVERGENCIAS ENTRE JUECES Y TRIBUNALES

- **Gastos de notaría y registro:**

- AAPP Pontevedra, Asturias:

- no se puede condenar a la restitución porque se pagó a un tercero ajeno al pleito: art. 1303 CC (restitución entre las partes) y art. 1158 CC (pagador de deuda ajena se subroga en la posición del acreedor)
 - nulidad de la cláusula pero no restitución, ya que según el derecho supletorio el consumidor venía obligado al pago pues era el interesado según las normas fiscales...el consumidor debe probar que era abusiva (no “automaticidad”), y el control se efectúa sobre la actuación de la entidad y no sobre la cláusula en abstracto

- JJPI Bilbao, Barakaldo, Zaragoza: restitución del 50%-70%, moderación

- **IAJD:**

- A favor: AAPP Madrid, Valencia, La Rioja, Granada, A Coruña, Tarragona, Murcia, AP Álava, Barcelona, Málaga, Ávila, Zaragoza, Girona; Jaén
 - En contra: AAPP Pontevedra, Asturias, Barcelona



¿PUEDE SER ABUSIVA LA REPERCUSIÓN
DE OTROS GASTOS AL CONSUMIDOR?

TASACIÓN

- **Memoria Serv. Rec. BdE 2015:** “Aunque la tasación se elabore en interés propio de la entidad de crédito y no en el de los futuros adquirentes de la vivienda, suele ser habitual que sean ellos los que corran con los gastos”
- **No existe norma que determine quién es el obligado al pago**
- Con todo, ¿para qué es necesaria la tasación?
 - Obligación impuesta a las entidades de crédito para movilizar los préstamos hipotecarios (art. 7 LMH, arts. 3, 5, 8 RMH) + Obligadas a aceptar la tasación aportada por el cliente (art. 3 bis I LMH)
 - Orden ECO/805/2003, finalidad: proteger a inversores o asegurados (no a prestatarios)
 - Requisito para acceder a los procedimientos de ejecución hipotecaria –tipo de subasta- (art. 682.2.1º de la LEC; art. 129.2 LH y art. 234 del RH)
 - Servicio accesorio: Orden de 5 de mayo de 1994: art. 4 “gastos y servicios accesorios”, sin perjuicio del art. 10.1.c LGDCU; Ley 2/2009, art. 15 “tasación del bien y otros servicios accesorios”, sin perjuicio del TRLGDCU; Directiva 2014/17/UE considerando 50, servicio accesorio, sin perjuicio Directiva 2005/29/CE y de la Directiva 93/13/CEE
 - ***De saber esto el consumidor...¿podría esperarse razonablemente que el consumidor asumiese este gasto en el seno de una negociación individual?***
- A favor: Imposición de servicios accesorios no solicitados (art. 89.4 TRLGDCU) SAP Girona 10.3.2016; Cláusulas que limiten o priven al consumidor de sus derechos (art. 86 TRLGDCU) SAP Asturias 1.2.2017; JJPI Barkaldo, Bilbao, Zaragoza
- En contra: AAPP Pontevedra, Huelva, Córdoba, Barcelona, Ávila, Málaga, La Rioja

GESTORÍA

- **Memoria del Servicio de Reclamaciones del BdE 2015:** ...La inscripción registral de la escritura de hipoteca tiene carácter constitutivo (artículo 1875 del Código Civil)... Amparado en ese interés de la entidad prestamista, (...) es una práctica bancaria generalmente admitida el encargar la tramitación de las escrituras de préstamo hipotecario a una gestoría de la confianza de la entidad de crédito, para que esta pueda correr el riesgo que supone entregar el importe del préstamo antes de llevar a efecto dichos trámites...
- Art. 40 RDL 6/2000, 23 junio: el prestatario tiene derecho a elegir quién tramita
- **Imposición de servicios accesorios no solicitados** (art. 89.4 TRLGDCU)
 - Syss no tuvo la posibilidad real de elegir entre concluir la operación con o sin intervención de la gestoría, asumiendo el riesgo de que la entidad se reserve el derecho de no entregar el importe hasta que conste inscrita
 - Nunca en hipotecas unilaterales
- A favor: JJPI Oviedo, Bilbao, Barakaldo, Zaragoza (estos tres últimos restituyen 50% - 70%)
AAPP Huelva, Girona, Barcelona
- En contra: AP Asturias

COMISIONES Y GASTOS POR CANCELACIÓN

- **Notaría y Registro:** consumidor (interesado)
 - SAP Asturias 17.2.17, SAP Murcia 25.2.16: dado que la garantía se inscribe para asegurar el cumplimiento de una obligación, extinguida ésta, será la entidad quien deba cancelarla “una consecuencia natural del contrato favor se realizó la inscripción proceda a dejar la misma sin efecto” (1258 CC, 82.3 LH...¿210 LH? ¿1168 CC?)
- **Gastos de desplazamiento, de certificado de deuda cero:** acreedor
 - Memoria Servicio Reclamaciones BdE 2015 (Circular 8/1990, de 7 de septiembre, norma 3.3: las comisiones y gastos deben responder a servicios prestados o gastos habidos)
- **Gestoría:** sólo si lo ha solicitado o consentido expresamente
- **Incompatibilidad entre:** gastos de gestoría, comisión de gestión, comisión de cancelación; además, si decidiera gestionar personalmente, ninguno de los anteriores
 - Memoria Servicio Reclamaciones BdE 2015 (art. 89.4 TRLGDCU)

PLAZO DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN:

A) Imprescriptible

- **Acción declarativa de nulidad:** imprescriptible (nulidad de pleno derecho, SSTS 21/1/2000, 14/3/2002):
 - **Restitución y nulidad = régimen de presc.: STS núm. 178/2013 de 25 marzo. RJ 2013\4596** (contexto: simulación); SAP de Barcelona 4/3/2002; SAP Pontevedra 15/3/2017
 - Restitución, consecuencia inherente (Ribón Seisdedos, E.; Rodríguez Achútegui, E., SSTS 24/2/92, 22/11/2005, entre otras)
 - Restitución improcedente si no se ejercita acción de restitución (AAPP Huelva y Barcelona)
- **Ley aplicable:**
 - 13/08/84 – 04/05/1998: art. décimo 1.c, apartados 3, 5, 11 “por naturaleza”, 12; y art. décimo 4 LGDCU 26/1984
 - 04/05/1998 - 1/12/2007: 10 bis 1 y 2, DA 1ª: apartados 22 “ley imperativa” modificado Ley 44/2006, de 29 de diciembre “ley”; 23, 24 y 14 (LGDCU modificada por LCGC)
 - Desde 1/12/2007: arts. 82, 83, 89.3, 89.4, 89.5 y 86 TRLGDCU

PLAZO DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN:

B) La acción de restitución prescribe

- **Acción restitutoria**, arts. 1303 CC, 1964.2 CC (+ enriquecimiento sin causa STS 13/3/12)
 - Antes del 7 de octubre de 2015: **15 años** desde “que pudo ejercitarse” (1969 CC). Dies a quo:
 - *Condictio indebiti*: desde que se pagaron los gastos indebidos
 - Desde STS 23/12/15 (publicada 26/01/16): Ribón Seisdedos; Rodríguez Achútegui: no cabe retraso desleal
 - Ahora bien, **Régimen transitorio** (1939 CC): Si la acción hubiera nacido antes 7/10/15: **15 años, pero no más de 5 desde 7/10/15** (2002→2017; 2003→2018; 2004→2019; 2005 y ss.→2020)
 - Después del 7 de octubre de 2015: **5 años** desde exigibilidad del cumplimiento
 - *Dies a quo*: desde que se pagaron los gastos indebidos

PREGUNTAS FRECUENTES

- ¿Se pueden reclamar gastos en caso de subrogación?
 - No, éstos ya se pagaron
- ¿Puede acordarse la distribución equitativa de los gastos?
 - Sólo en caso de notaría
- ¿Puede la entidad de crédito cobrar al cliente por entregarle una copia de la factura de notaría, registro, o de la liquidación del IAJD?
 - Sí, salvo que se realizara mediante gestoría (Memoria Serv. Rec. BdE 2015)
- ¿Puede el SAC inadmitir una reclamación por haber transcurrido dos años desde que se produjeron los hechos?
 - Sí, reclamación al SAC: 2 años desde el pago; reclamación al BdE: 6 años desde el pago
- ¿Es necesario reclamar al SAC antes de demandar?
 - No es necesario reclamar al SAC, pero puede incidir en las costas (art. 395.1 LEC).
- ¿Es aconsejable reclamar todos los gastos, incluidos los que no ha declarado abusivos el TS?
 - Costas
- ¿Es aconsejable aceptar la oferta de la entidad en la que se propone restituir únicamente los gastos de registro y las copias notariales para la entidad?
 - Ponderación del consumidor



MUCHAS GRACIAS POR SU ATENCIÓN

Alicia Agüero Ortiz

Alicia.aortiz@uclm.es