

NO TODAS LAS CLÁUSULAS SON ABUSIVAS EN CONTRATOS BANCARIOS¹

Pascual Martínez Espín

Catedrático acreditado de Derecho Civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: Este artículo estudia las cláusulas abusivas en los contratos bancarios.

Palabras clave: cláusulas abusivas, contratos bancarios.

Title: Not all clauses in bank contracts are unfair

Abstract: This paper studies unfair terms in bank contracts.

Keywords: unfair contractual clauses, bank contracts.

SUMARIO. 1. ¿Es abusiva la cláusula que prohíbe enajenar o gravar? 2. ¿Es abusiva la cláusula que impone la contratación de un seguro? 3. ¿Es abusiva la cláusula que impone al consumidor en todo caso los gastos del préstamo hipotecario? 4. ¿Es abusiva la cláusula que permite adeudar el importe del débito de una tarjeta en cuenta de titularidad única o indistinta?

1. ¿Es abusiva la cláusula que prohíbe enajenar o gravar?

La cláusula tiene el siguiente tenor:

¹ Trabajo realizado con la ayuda del proyecto "Grupo de investigación y centro de investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo" concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, DER 2011-28562 (Resolución de 23 de diciembre de 2011).

"1º Durante la vigencia de este PRÉSTAMO, los PRESTATARIOS se comprometen a no enajenar ni gravar sin la autorización previa del BANCO, y por escrito, los bienes de su activo inmovilizado."

Con relación a la prohibición de enajenar, en nuestro ordenamiento jurídico no cabe establecer, salvo cuando se trata de negocios jurídicos a título gratuito y aún así limitadas en el tiempo, prohibiciones convencionales de enajenar los bienes. Otra cosa son las obligaciones de no disponer, que no tienen transcendencia real, y solo contenido meramente obligacional, que, según las circunstancias, pueden ser aceptadas y producir determinados efectos (obligacionales). Por tanto, esta parte de la cláusula, relativa a la prohibición de enajenar, sería abusiva.

La minusvaloración del bien derivada del gravamen disminuye generalmente la garantía de la hipoteca, de ahí que sea razonable la inclusión de cláusulas que mantengan la integridad de la garantía, sin que ello suponga que se crea un desequilibrio para el hipotecante (aquí prestatario consumidor), salvo que la garantía resulte desproporcionada -imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido- (STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 792/2009 de 16 diciembre RJ 2010\702).

Esta cláusula reserva a la entidad bancaria una facultad de autorización ante cualquier gravamen, sin distinguir la incidencia que el mismo pueda tener en la conservación del valor del inmueble o el tiempo de amortización transcurrido cuando se realice el gravamen, elementos estos de esencial importancia y cuya omisión atribuyen al banco una facultad absoluta de controlar los actos del propietario durante toda la vida del préstamo, sin otro condicionamiento más que la vigencia del préstamo. Máxime cuando el gravamen en todo caso será de rango posterior y, por tanto no afectará al préstamo constituido en primer lugar. Además la cláusula no aparece redactada bajo cautela alguna, sino que se utiliza en términos absolutos tales que supone el establecimiento de una garantía desproporcionada.

La supeditación a la autorización del banco de cualquier gravamen no afectante al valor de la garantía y durante toda la vida del préstamo, sin distingo alguno resulta abusiva, pues supone la imposición de una garantía desproporcionada para el riesgo asumido por la entidad bancaria (art 88 TRLCU), atribuyendo a la entidad bancaria una facultad de control sobre los actos de disposición del titular que no resulta acorde con negocio jurídico celebrado, ni necesario para el cumplimiento del fin contractualmente perseguido, limitando un derecho del prestatario en cuanto propietario de la vivienda.

2. ¿Es abusiva la cláusula que impone la contratación de un seguro?

La cláusula controvertida tiene la siguiente redacción:

"2º Los PRESTATARIOS se comprometen a asegurar sus bienes a requerimiento y satisfacción del BANCO y especialmente aquellas que constituyen el objeto de

su actividad en relación con la finalidad del PRÉSTAMO tanto en cuanto a la cuantía del seguro y clase de riesgo como por lo que se refiere a la Compañía Aseguradora, y a satisfacer puntualmente las primas correspondientes Consintiendo los PRESTATARIOS, si no lo hicieren, a que la efectúe la institución acreedora, por cuenta de ellos, consignando en todo caso en la Póliza de Seguro, la cláusula de cesión de la indemnización a Banco Pastor S.A., en caso de siniestro hasta donde alcance, para el reintegro de lo que en aquel momento se le adeude por razón del PRÉSTAMO. "

No resulta discutible que a fin de mantener el valor económico de la garantía prestada el art 8 de la LMH impone al prestatario la obligación legal de asegurar los bienes hipotecados y por otro lado el art 110 de la LH extiende la hipoteca a las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados por razón de éstos, siempre que el siniestro o hecho que las motivare haya tenido lugar después de la constitución de la hipoteca y, asimismo, las procedentes de la expropiación de los inmuebles por causa de utilidad pública. Dicho lo anterior y como punto de partida no puede considerarse que toda previsión contractual relativa a la aplicación de dichos preceptos, suponga recto desarrollo de los mismos y desde ese prisma integrador de laguna legal, no puede resultar abusivo.

Pues bien, resulta en primer término debatida la posibilidad de contratación del seguro por la entidad bancaria por cuenta del prestatario y a nombre de ésta por la propia entidad. La previsión contenida en la cláusula general establece dicha posibilidad de forma subsidiaria limitada a los casos en que no lo haga el usuario, y, por tanto, no establece una facultad absoluta de la entidad bancaria, que por tanto pueda hacer caso de ella en cualquier supuesto. Esto es, la cláusula configura esa contratación por la entidad bancaria de forma subsidiaria para el caso en que llegada la contratación del préstamo hipotecario, por el prestatario no se tuviera contratado ningún seguro y previa intimación para que así lo verificara, en tal caso si podría entender que constituye un medio tendente a asegurar esa conservación económica de la garantía. Por tanto, esta previsión es válida.

A la misma conclusión llegamos respecto de la previsión contractual que permite aplicar las indemnizaciones derivadas al pago de las deudas vencidas. Obsérvese que no incluye las deudas no vencidas, en cuyo caso sí que estaríamos ante una cláusula abusiva, pues hemos de recordar que la previsión del art 110 LH, no supone en modo alguno, que producido el siniestro se genere el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario y resulten exigibles la totalidad del capital, sino que como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Julio 1999 (RJ 1999, 6358), establece una subrogación real en virtud de la cual la indemnización sustituye a la cosa y pasa a ser objeto de la garantía real, sistema este que es el seguido por nuestro Derecho positivo en los artículos 1877 del Código Civil, 110.2 de la Ley Hipotecaria. Es por ello que este último precepto prevé a fin de no perjudicar la posición de acreedor garantizado, en cuanto a la posibilidad de satisfacción de su crédito, que notificada la existencia de la hipoteca a quien deba satisfacer la indemnización este deposite las cantidades debidas, ello en el caso en que no haya vencido la

obligación garantizada. Esta previsión tiene anclaje en el art 110 de la LH, y, por tanto, entendemos que es ajustada a derecho.

3. ¿Es abusiva la cláusula que impone al consumidor en todo caso los gastos del préstamo hipotecario?

Se cuestiona la abusividad de la cláusula contenida en contratos bancarios, en relación a los gastos del préstamo hipotecario.

La cláusula es la siguiente:

"Decimoquinta.- GASTOS. Todos los gastos e impuestos que devenga este contrato durante toda su vigencia, serán en exclusiva de cuanta y cargo del/los Titular/es, quien autoriza/n a CAM para que pueda debitarles en la propia cuenta. También lo serán los honorarios de Letrado y derechos y suplidos de Procurador que CAM utilizare si hubiere de acudir a cualquier reclamación judicial aunque su intervención no fuera preceptiva."

La cláusula tiene 2 partes diferenciadas:

a) Imposición de gastos e impuestos

En relación a la primera parte de la citada cláusula parece la cuestión residenciarse en el ámbito interpretativo de la condición general, por los amplios términos utilizados en la citada condición. En relación a la interpretación de las condiciones generales dispone el art 6.2 a cuyo tenor "las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente. En los contratos con consumidores esta norma de interpretación sólo será aplicable cuando se ejerciten acciones individuales". Como señala la sentencia de 9 de septiembre de 2004 (TJCE 2004, 227) el Tribunal de Justicia, «la distinción que establece el artículo 5 de la directiva, en lo que atañe a la regla de interpretación aplicable, entre las acciones que implican a un consumidor individual y las acciones de cesación, que implican a las personas u organizaciones representativas del interés colectivo, se explica por la distinta finalidad de ambos tipos de acciones. En el primer caso, los tribunales u órganos competentes han de efectuar una apreciación "in concreto" del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato ya celebrado, mientras que, en el segundo caso, les incumbe efectuar una apreciación "in abstracto" del carácter abusivo de una cláusula cuya posible inclusión se prevé en contratos que todavía no se han celebrado. En el primer supuesto, una interpretación favorable al consumidor individualmente afectado beneficia inmediatamente a éste. En el segundo supuesto, en cambio, para obtener con carácter preventivo el resultado más favorable para el conjunto de los consumidores, no procede, en caso de duda, interpretar la cláusula en el sentido de que produce efectos favorables para ellos. De este modo, una interpretación objetiva permite prohibir con mayor frecuencia la

utilización de una cláusula oscura o ambigua, lo que tiene como consecuencia una protección más amplia de los consumidores».

Las anteriores afirmaciones tienen especial importancia en este caso, pues puede existir discrepancia entre las partes sobre el alcance que haya de darse a la cláusula, en cuanto a los GASTOS que impone al consumidor. Así la citada cláusula utiliza un tenor totalmente genérico al referirse a "*Todos los gastos e impuestos que devenga este contrato durante toda su vigencia, serán en exclusiva de cuanta y cargo del/los Titular/es, quien autoriza/n a CAM para que pueda debitarles en la propia cuenta*". Términos estos que no discriminan en relación al origen del gasto ni su imputación, siquiera se condicionen a la previa solicitud del consumidor, y que por un lado suponen para el consumidor la imposibilidad de conocer a priori que GASTOS asume, pues los términos literales empleados permiten interpretar que se imponen al consumidor el abono de la totalidad de esos GASTOS. Del mismo modo tampoco condiciona el abono de esos GASTOS a la previa solicitud del cliente. Por ejemplo, respecto de los GASTOS de cancelación, incluidos en dicha cláusula, no se identifica cual es su concepto, en qué consisten, la posibilidad por parte del cliente de poder realizar directamente tales actuaciones previas y el derecho del consumidor a realizar directamente tales trámites previos. En este sentido la Memoria del Servicio de reclamaciones del Banco de España del año 2009, ya recuerda que no pueden considerarse incluido en ese apartado:

- la entrega al cliente de la documentación justificativa de la extinción de la obligación contractual frente a la entidad (el mero otorgamiento de la carta notarial de pago o la emisión de un certificado de deuda cero), o
- el simple desplazamiento del apoderado de la entidad a la notaria que a esos efectos indique el cliente, ya que, en estos supuestos, la actividad desarrollada no es otra cosa que el consentimiento otorgado por el acreedor hipotecario (exigido por el artículo 82 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886) para la cancelación de una inscripción hecha a su favor en virtud de escritura pública.

A la vista de lo expuesto **hemos de considerar abusiva** la condición general transcrita, por resultar abusiva a la vista del art 87.5 y 89.3 del TRLCU.

En segundo término y tal como resulta de lo ya expuesto, la cláusula no cumpliría tampoco los requisitos de claridad y concreción del art 5.5 de la LGCGC, resultando por el contrario oscuras y ambiguas en los términos del art 7.7 del mismo texto.

b) Imposición de costas

La cláusula impone al consumidor "los honorarios de Letrado y derechos y suplidos de Procurador que CAM utilizare si hubiere de acudir a cualquier reclamación judicial aunque su intervención no fuera preceptiva".

La misma cláusula habría sido objeto de impugnación en la demanda que dio lugar a los autos seguidos ante el juzgado de primera Instancia Nº 44 de Madrid, en los que se dicta sentencia de 24/9/2003 , y posteriores sentencias en apelación de la Sec 13 de la AP de Madrid de 11 de Mayo de 2005 y Casación del Tribunal Supremo en fecha 16/12/2009 (RJ 2010, 702) donde se solicitaba la nulidad de la misma cláusula que ahora se impugna en lo relación a la imposición de costas y GASTOS judiciales al prestatario, cláusula esta de idéntico contenido a la ahora atacada. Esta cláusula ya fue declarada nula, por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y posteriormente por la de la Sec 13 de la AP, que devino firme en relación a esta cláusula.

Esta cláusula contiene un pacto de costas, esto es, un pacto del que resulte que en todo caso de existencia de proceso -que es cuando se producen las COSTAS procesales- las COSTAS hayan de ser pagadas por el prestatario. **Dicha cláusula es abusiva** por contravenir la regla del vencimiento que rige el proceso civil (art. 394 LEC), siendo lo cierto que las COSTAS las abonará aquella parte a quien un Tribunal se las imponga.

4. ¿Es abusiva la cláusula que permite adeudar el importe del débito de una tarjeta en cuenta de titularidad única o indistinta?

Se plantea la abusividad de la siguiente cláusula:

*"El solicitante autoriza al Banco emisor a adeudar o compensar en cualquier otra cuenta de la que sea **titular único o no**, distinta de las designadas como de cargo en el presente contrato, que tenga abiertas en el Banco emisor, o en otro del Grupo _____, el importe del débito generado como consecuencia de la utilización de la tarjeta principal o, si las hubiera, de las adicionales que se hayan expedido."*

La validez de la cláusula parte de la doctrina jurisprudencial que diferencia, por un lado, la titularidad indistinta de la cuenta encaminada a determinar el origen de la masa patrimonial que ha de responder de las deudas de alguno de los cotitulares frente a los demás, lo que es ajeno al tema que se debate pues afecta únicamente a la disponibilidad, que no propiedad, del saldo existente, y, por otro lado, la relación de la entidad bancaria frente a alguno de ellos. En este supuesto habría lugar a la objeción, si la deuda correspondiese a alguno de los titulares y que no se hayan comprometido todos a responder, cuya autorización deberá ser conocida y expresamente aceptada por los usuarios, pues, en otro caso, se vulnerarían los arts. 1.198 CC, 7 .a) de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 8, en relación con la DA 1ª LGDC y U, en la medida que implicaría un desequilibrio entre las posiciones de las partes. Pero «no existe en nuestro ordenamiento jurídico norma alguna que

impida a un tercero, debidamente informado, asumir voluntariamente la responsabilidad del cotitular deudor».

Por tanto, nada obsta a que un contratante pacte expresamente con el Banco que éste pueda compensar los saldos positivos y negativos de varias cuentas, y lo mismo que varios cotitulares de una cuenta asuman que la entidad pueda compensar las deudas aunque sean atribuibles solo a alguno, siempre que haya adecuada información al respecto.

Podría entenderse que con tal apreciación se crea una situación material de indefensión, con perjuicio económico para aquellos cotitulares de la cuenta que no son deudores del Banco, pero que ven afectados los fondos de su propiedad al pago de una deuda ajena, en muchos casos sin constar su interés en ese pago, y hasta en contra de su voluntad, por lo que podría pensarse que debería exigirse al Banco alguna gestión previa en orden a determinar la propiedad de los fondos de la cuenta, o conceder un trámite de comunicación a todos los titulares al mismo fin.

En cualquier caso, no cabe negar que cualquier persona puede asumir conscientemente la posibilidad de la compensación cualquiera que sea el cotitular de la cuenta que devengue el adeudo, pues ello forma parte de su libertad contractual (art. 1.255 CC), sin crearse ningún desequilibrio importante en la relación con la entidad bancaria, y sin perjuicio, claro es, del riesgo que se asume respecto de la conducta de otros cotitulares, lo que corresponde a la relación "ad intra" con ellos, que aquí no interesa. Otra cosa diferente es que quien acepta tal situación mediante el pacto expreso, sepa el alcance de lo que asume, y ello se traduce en esta sede, en que lo haga con la suficiente información. Para ello, la cláusula contractual correspondiente ha de ser transparente, clara, concreta y sencilla, es decir, como señala la Sentencia de esta Sala de 13 de marzo de 1.999 (RJ 1999, 1999), ha de ser legible, físicamente, y comprensible, intelectualmente.

Y aplicando dicha doctrina a la cláusula expresada anteriormente, cabe decir que no reúne los requisitos exigibles la cláusula transcrita pues no es suficiente la mera referencia a "titular único o no", lo que equivale a "titular único o indistinto", **que fue declarado como abusiva por la STS núm. 792/2009 de 16 diciembre, RJ 2010\702 (f.j. séptimo).**

En sentido contrario se manifestó el Juzgado de Primera Instancia núm. 44 de Madrid Sentencia núm. 193/2003 de 24 septiembre (AC 2003\1475) por entender que "no existe una verdadera facultad de disposición del dinero de clientes que no han contraído ninguna deuda con el Banco, como mantiene la demandante, sino que establece el legítimo derecho de compensación respecto a «los titulares del crédito» como responsables solidarios y sin que tal compensación tenga que limitarla a determinada cuenta o cuentas".