

Grado en: Derecho.
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2017 / 2018
Convocatoria: Junio.

Consumidores y préstamos hipotecarios: especial
referencia a los gastos de la hipoteca.

Consumers and mortgages: highlighting mortgages
cost.

Realizado por el alumno/a D. Alberto Plasencia Ramos.

Tutorizado por el Profesor/a D^a Estefanía Hernández Torres.

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas.

Área de conocimiento: Derecho civil.

ABSTRACT

The present paper studies the problematic relationship between consumers and Banks as well as the conflict situations between them. It fundamentally focusses on mortgages and particularly on abusive mortgage-clauses and costs with special reference to the stamp duty (tax on documented legal acts).

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

El presente trabajo se centra en el estudio de la problemática relación existente entre consumidores y banca, así como en las situaciones de conflicto entre ambos, fundamentalmente en todo lo relativo a préstamos hipotecarios y, en particular, las denominadas cláusulas abusivas y los gastos de la hipoteca, haciendo especial referencia al impuesto de actos jurídicos documentados.

Índice

I. Introducción.....	4
II. Tutela de los consumidores	6
1.Las cláusulas abusivas	11
1.2 Tipos de cláusulas abusivas	14
1.3 Cláusula suelo	16
1.4 Cláusula del vencimiento anticipado	29
III. Gastos de la hipoteca	33
IV. Impuesto de actos jurídicos documentados	35
1.Criterio de clasificación de sentencias	44
1.2 Devolución total de los gastos	44
1.3 Devolución parcial de los gastos.....	54
2. Vías reclamar los gastos de la hipoteca	68
V. Conclusiones	70
VI. Bibliografía	75
VII. Jurisprudencia citada.....	75

I.Introducción

Durante los años previos a la depresión económica, en la que se ha visto sumido nuestro país -cuyos inicios podemos situarlos en el año 2008-, y con anterioridad al estallido de la burbuja inmobiliaria, en España se constituyeron millones de hipotecas. Particularmente, entre los años 2004-2007 se firmaron más de un millón de hipotecas anuales, con una duración superior a treinta años; en concreto, el 55% de las hipotecas constituidas en el año 2007 llegaron a alcanzar un horizonte de vencimiento hipotecario de hasta cuarenta años, creando a los obligados una vinculación muy extensa en el tiempo con la entidad prestamista. En la gran mayoría de dichas hipotecas, al igual que se estipulaba un pacto de término, también se acordaba un tipo de interés aplicable, normalmente referenciando al Euribor más un diferencial; si bien esta referencia era limitada ya que las entidades financieras incluían -en el condicionado del préstamo hipotecario-, una cláusula que aunque denominada de distintas formas (límite mínimo del tipo de interés aplicable, límites a la variabilidad del tipo de interés), ha sido comúnmente conocida como "cláusula suelo", en virtud de la cual en ningún caso el tipo de interés nominal anual aplicable podría ser inferior al fijado por la correspondiente entidad financiera.

Además de dicha cláusula, tanto los bancos como el resto de entidades financieras, prevaliéndose de su situación, hicieron firmar a los prestatarios otras cláusulas que hacían recaer sobre los hipotecados la mayoría -por no decir todos- los gastos derivados de la constitución de los correspondientes préstamos hipotecarios. Cláusulas que, como veremos a lo largo de este trabajo, han acabado siendo consideradas como cláusulas abusivas.

En particular, la denominada “cláusula suelo” pasó desapercibida durante los años en que el Euribor se encontraba en ascenso continuo, hasta que alcanzó su punto más álgido, allá por el mes de octubre de 2008. A partir de esta fecha, conforme dicho índice de referencia iba descendiendo, los porcentajes aplicables fueron disminuyendo, lo que provocó -a su vez- que disminuyeran también los intereses pagados por los prestatarios.

Partiendo de esta situación, el presente trabajo trata de determinar cuáles son los gastos derivados de la formalización de una escritura de hipoteca y determinar sobre quién van a recaer dichos gastos, si sobre el cliente o sobre la banca.

En este sentido, la primera parte del trabajo está dedicada a investigar qué garantías tienen los consumidores y la relación existente entre estos y las entidades financieras, siendo imprescindible mencionar cuestiones relativas a las cláusulas abusivas como sus efectos. La segunda parte del trabajo se centra en el análisis de algunos supuestos concretos de conflictos sobre los diferentes gastos de la hipoteca teniendo especial consideración la jurisprudencia del Tribunal Supremo y cuáles son las vías que tienen los consumidores para reclamar todos estos gastos, destacando por encima de todos ellos, el Impuesto de actos jurídicos documentados que supone el grueso de los gastos hipotecarios.

II. La tutela de los consumidores

Con la promulgación de la Constitución Española de 1978, la protección de los consumidores y usuarios se convirtió, en nuestro país, en un principio básico que obliga al Estado a garantizar a los ciudadanos sus derechos y libertades en esta materia. En el artículo 51, apartado 1, de la citada Constitución, se establece que “ *los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos* ” y añade, en el apartado segundo, que “ *los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que pueden afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca*”.

Este artículo 51 fue objeto de una importante modificación en el Informe de la Ponencia del Congreso, tras lo cual apenas fue objeto de debate ni en la Comisión ni en el Pleno de la Cámara baja. El debate sobre el fondo del precepto se suscitó en la Comisión Constitucional del Senado en torno a una enmienda presentada por el grupo parlamentario Agrupación Independiente, que se centró en el significado de la protección de los consumidores a través del reconocimiento de sus derechos básicos, tal como se expresan en los textos internacionales europeos (de la CEE, del Consejo de Europa y de la OCDE) y en la inclusión de una serie de derechos de carácter instrumental respecto de los calificados como básicos.

Este precepto se encuadra en el marco del concepto de Estado social de Derecho - al que hace referencia el artículo 1, apartado 1 de la propia

Constitución - y en el de economía de mercado – recogido, a su vez en el artículo 38 de la misma-; teniendo en cuenta que, aunque al igual que otros artículos anteriores, se ubica entre los principios rectores de la política social y económica. Aquéllos contemplan la vertiente social de la acción de los poderes públicos mientras que éste aborda el fundamento actual del mercado, basado en la llamada sociedad de consumo, de manera que la protección específica a los consumidores como sostén básico del modelo económico se convierte en una fórmula de reforzamiento del citado modelo.

Desde este punto de vista, la inclusión de la protección de los consumidores en la Constitución parece exceder el campo que le correspondería formalmente por su ubicación en el ámbito de los derechos sociales, que es el correspondiente a la actividad de promoción por parte de los poderes públicos, para convertirse en un verdadero principio del modelo económico basado en la economía de mercado.

Ahora bien, éste es un principio que opera también en forma de límite de dicho modelo económico y de la inherente libertad de empresa que reconoce el ya mencionado artículo 38, límite cuyo fundamento se encuentra en los derechos de los consumidores y en la acción reguladora de los poderes públicos, en consonancia con aquellos derechos. En definitiva, el artículo 51 de nuestra Constitución, trata de equilibrar la posición -preponderante- en el mercado, de las grandes sociedades productoras de bienes y prestadoras de servicios, con la de los consumidores, protegiéndoles frente a la indefensión en que pueden hallarse en sus relaciones jurídicas con aquéllas.

En desarrollo de este precepto constitucional se dictó la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ley dictada con cierto apresuramiento como consecuencia de la alarma social

que generó el síndrome tóxico producido por el aceite de colza adulterado, que supuso un verdadero toque de atención sobre la necesidad de garantizar a los ciudadanos un mínimo de seguridad en relación con el consumo. Esta Ley fue objeto de varias modificaciones, la mayoría de ellas con la finalidad de integrar las diferentes directivas comunitarias existentes sobre la materia. Por ello, y en cumplimiento de la previsión recogida en la disposición final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, que habilitaba al Gobierno para que, en el plazo 12 meses, procediese a refundir en un único texto la Ley 26/1984 y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que incidían en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales correspondientes, se dictó el vigente Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias se estructura en cuatro libros. El libro primero, relativo a las disposiciones generales, se divide en cinco títulos. El libro segundo, que regula los contratos y sus garantías, se estructura en cuatro títulos. El libro tercero, dedicado a la responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos, se divide en dos títulos y el libro cuarto, por último, incorpora la regulación específica sobre viajes combinados.

En cuanto al contenido de la referida Ley, en su artículo 1, relativo a los principios generales, se dice que “*En desarrollo del artículo 51.1 y 2 de la*

Constitución que, de acuerdo con el artículo 53.3 de la misma, tiene el carácter de principio informador del ordenamiento jurídico, esta norma tiene por objeto establecer el régimen jurídico de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de las competencias del Estado. En todo caso, la defensa de los consumidores y usuarios se hará en el marco del sistema económico diseñado en el artículo 38 y 128 de la Constitución y con sujeción a lo establecido en el artículo 139". A continuación, en el artículo 2, se establece el ámbito de aplicación de la citada Ley, que serán las relaciones entre consumidores y empresarios. La protección del consumidor es una protección frente al empresario, esto es, frente a quien se dedica a comercializar en el mercado los bienes y servicios que él adquiere y/o utiliza o disfruta. Tal es el sentido de dicha protección y del Derecho de consumo. Se trata de compensar, con un régimen especial de protección, la situación de desventaja en la que se encuentra el consumidor frente al empresario. De ahí que queden fuera de aquél no sólo las relaciones entre empresarios sino también las relaciones entre consumidores, entre consumidores y no empresarios o particulares.

En el artículo 8 hace una relación de los derechos básicos de los consumidores, que son los siguientes: *"a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad; b) la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos; c) la indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos; d) la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute; e) la audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan*

directamente y la representación de sus intereses, a través de las asociaciones, agrupaciones, federaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas y f) la protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión.¹”

La defensa de los consumidores tiene un carácter pluridisciplinar cuyo efecto es la existencia de un gran número de normas sectoriales reguladoras de tal multiplicidad de materias, que hace totalmente imposible hacer alusión a todas ellas en este trabajo. Por ello, la línea de investigación que seguiré tendrá que ver con situaciones de conflicto que están presente en la actualidad; como es el caso de las cláusulas abusivas en los contratos.

Como causa de la crisis económica que hemos atravesado en nuestro país, una de las consecuencias más relevantes y que más trascendencia ha tenido ha sido la relación problemática que se ha producido entre los consumidores y la banca; que en muchas ocasiones se manifestó en situaciones de conflictividad entre ambos. Fundamentalmente en todo lo relativo a préstamos hipotecarios y, en particular, con las denominadas “cláusulas abusivas”. A medida que avanzaba la crisis el drama social ha ido aumentando dejando a trabajadores y autónomos sin ingresos; a muchas familias y sus miembros sin trabajo o sin derecho a paro. Mientras que, como consecuencia de la aplicación de las referidas “cláusulas abusivas” se ha ido causando un grave y profundo desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

¹ BERCOVITZ R.- CANO, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015, p.39.

1.Las cláusulas abusivas

El 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 -, concretamente en su artículo 82.1 establece que: “*Se considerarán abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe² causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*”. En el mismo sentido se expresa el artículo 3 de la Directiva 93/13, cuando señala que una cláusula es abusiva si se encuentra incorporada a un contrato de adhesión - redactado por escrito- el cual adolece de una redacción clara y comprensible; y, si además, esa cláusula no ha sido negociada por consumidor individualmente, corresponderá al empresario la carga de la prueba.

² Según AVILÉS GARCÍA, J., *Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España*. p. 1553, la buena fe puede examinarse desde tres puntos de vista en función de cómo haya sido incorporada a los textos legales positivos:

1. La buena fe como ignorancia de la lesión que se ocasiona en un interés de otra persona que se halla tutelado por el Derecho.
2. La buena fe como confianza en una situación jurídica que permite, en un negocio jurídico de disposición, creer al atributario en la legitimación y poder del disponente.
3. La buena fe como rectitud y honradez en el trato a la que deben atenerse las partes en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos.

De esta forma, este autor llega a la conclusión de que “*la buena fe, objetivamente considerada, es una conducta, esto es, la actitud adoptada por la persona dentro de la relación jurídica o dentro del tráfico jurídico; una conducta que revela la posición moral de la persona respecto a una situación*”.

En este sentido, la Directiva de 5 de abril de 1993, en su artículo 2, establece que: *“se considerarán abusiva (...), todas aquellas cláusulas contractuales “que no se hayan negociado individualmente (...) si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.*

Tal y como expone la Directiva 93/13, la regla general es que no son cláusulas abusivas las que conciernen el objeto del contrato, excepto las que incumplan los deberes de información, de una manera clara y sencilla, y de transparencia, de tal manera que sitúen al consumidor en una posición de desequilibrio³. El objetivo que persigue esta Directiva es restablecer el desequilibrio en el que se encuentra el consumidor frente al empresario.

“De este conjunto de normas se puede concluir que los requisitos para que pueda considerarse una cláusula o condición como abusiva son:

- a) Que sea una estipulación contraria a las exigencias de la buena fe.*
- b) Que dicha cláusula o estipulación cause un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes en la relación jurídica.*
- c) Que ese desequilibrio se haga en detrimento del consumidor.*
- d) Que se trate de estipulaciones que no se hayan negociado individualmente.⁴”*

Varias sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea hacen referencia a que el carácter abusivo de una cláusula ha de apreciarlo el juez nacional; quien, en primer lugar, determinará si el contrato, que no ha sido

³ CAMARA LAPUENTE, S., “No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia”, Centro de Estudios de Consumo (www.uclm.es/centro/cesco), mayo 2013, p. 2 a 5.

⁴ FERNANDEZ SEIJO, J.M. *La tutela de los consumidores en los procedimientos judiciales*, Ed. Bosch, Barcelona, 2017, p.68.

objeto de negociación individual, se celebra entre un consumidor y un profesional; y, posteriormente una vez determinado este carácter, determinará o declarará si es o no abusiva la cláusula. A estos efectos no sólo valorará la cláusula concreta, sino que tendrá en cuenta todo el clausulado del contrato para que pueda apreciar si existe un desequilibrio importante entre derechos y obligaciones del contrato, así como todas las circunstancias que concurran en su celebración; obligación que se contempla en la directiva 93/13, en su artículo 4.1.

De esta forma el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que la apreciación de oficio por el juez nacional es el medio idóneo para, por un lado, evitar que el consumidor quede vinculado por una cláusula abusiva y, por otro, para que cese el uso de éstas, por aplicación de los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 “*debido al interés público que subyace en meritada protección*”. Para ello, debe practicar cuantas diligencias de prueba considere pertinentes que le permitan estimar si es de aplicación la Directiva 93/13 a la cláusula contractual.

Por otra parte, el Tribunal Supremo se decanta por la idea de que las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, si son abusivas lo serán por un defecto de transparencia, siguiendo el criterio de la Sentencia de 9 de mayo de 2013.

Es decir, nos encontramos ante un conjunto de cláusulas que se aplican de forma colectiva a todos los contratos realizados entre un profesional - generalmente una entidad bancaria- y todos los consumidores; conocidas como Condiciones Generales de contratación, que, sin haber existido negociación previa entre ambas partes, quedaban insertadas en dichos contratos suponiendo posteriormente que los consumidores reclamen sus

derechos⁵. No obstante, no todas las condiciones generales de contratación son abusivas, solamente aquellas que hayan incumplido con las normas de protección de los consumidores y transparencia por parte de las entidades bancarias. Lo que ha llevado que los jueces tengan un control sobre la celebración de los contratos para resolver y prevenir todo este tipo de conflictos.

1.2 Tipos de cláusulas abusivas

La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, contiene en su Anexo un listado de cláusulas, que, por remisión del apartado 3 del artículo 3.1, recoge cuáles se entiende como tal a los efectos de la Directiva. En todo caso, no puede desprenderse que esta lista recoja un *numerus clausus* al disponer el mencionado precepto que “el Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusula que pueden ser declaradas abusivas”. La parte positiva de contener una enumeración abierta implica la posibilidad de incluir en este concepto de “cláusula abusiva” otras muchas estipulaciones contractuales que no se encuentran recogidas en la norma y que, eventualmente, en el caso concreto, pueden ocasionar una situación de abusividad del consumidor. En cambio, desde un punto de vista negativo, esta lista abierta conlleva a una mayor inseguridad jurídica puesto que, en función de las circunstancias particulares de cada situación, habrá que probar, efectivamente, que se ha producido una situación. En este sentido LASARTE ÁLVAREZ, establece que “la

⁵ FERNANDEZ SEIJO, J.M. “*La tutela de los consumidores ...*”, ob. cit., p.56.

determinación exacta de cuándo estamos frente a una cláusula abusiva, con todo, no es cuestión fácil ni susceptible de una aplicación de carácter matemático (...). Por ello, con las miras puestas en evitar la litigiosidad judicial sobre el tema, la mayor parte de los empeños legislativos dirigidos a regular las condiciones generales de la contratación han procurado identificar casuísticamente las cláusulas más conocidas y de frecuente utilización, bien para presumir su ilicitud o bien para decretar iuris et de iure su nulidad. En este último caso, estaríamos frente a las conocidas “listas negras”. Cuando solo se establecen ad examplum, se habla en cambio de “listas grises”. La Directiva [93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993] contiene un extenso elenco de cláusulas (¿grises?), enumeradas en un Anexo que, según el artículo 3.3, contiene una “lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas”⁶.

En ejercicio de la transposición de la mencionada Directiva, los artículos 85 y siguientes del 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 normas complementarias, contienen una serie de cláusulas que, en correlación con el Anexo de la directiva, se consideran abusivas, tales como las cláusulas que vinculen el contrato a la voluntad del empresario (art. 85), cláusulas que limiten los derechos básicos del consumidor y usuario (art. 86), cláusulas abusivas por falta de reciprocidad (art. 87), sobre garantías (art. 88), que afecten al

⁶ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Ed. Dykinson, Madrid, 2017, Capítulo 7, página 143.

perfeccionamiento y ejecución del contrato (Art. 89) o las cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable (art. 90⁷).

1.3 Cláusula suelo

Es una condición contenida en una escritura de hipoteca a interés variable, mediante la que se fija el tipo mínimo del mismo que el prestatario deberá pagar en todo caso, con independencia de la variación a la baja del tipo de referencia- normalmente Euribor⁸-, y, por lo tanto, forma parte inescindible del precio que debe pagar el hipotecado, esto es, definen el objeto principal del contrato. La finalidad de esta cláusula es evitar que la entidad bancaria registre pérdidas como consecuencia de las variaciones de los mercados financieros, pero a la vez afecta al prestatario en el sentido de que no se puede beneficiar de un menor pago de intereses al banco. Esto nos hace pensar que la cláusula suelo desnaturaliza la esencia de la hipoteca a interés

⁷ Al margen de la lista indicativa de la Directiva y la Ley de Consumidores, el Colegio de Registradores ha identificado hasta 35 cláusulas de contratos hipotecarios susceptibles de ser rechazadas en el momento de la solicitud de inscripción oficial del documento, por considerarse abusivas para los consumidores tras analizar la Ley 1/2013, de 14 de marzo de protección de los deudores hipotecarios. Así, los registradores han clasificado las cláusulas abusivas en financieras (entre las que se encuentran las referentes a los intereses ordinarios, moratorios o en relación con la cobertura de fluctuaciones del tipo de interés –como las cláusulas suelo/techo), de vencimiento anticipado (por impago de una o dos cuotas, por riesgo de insolvencia, por incumplimiento en otras prestaciones accesorias), afectadas a la ejecución (como la venta extrajudicial en los supuestos en que la deuda no está determinada o la extensión objetiva de la hipoteca) y otras causas, tales como el pacto comisorio, la sumisión expresa a juez o tribunal distinto al que corresponda o la renuncia del deudor a ser notificado de la cesión del crédito o del préstamo.

⁸ Acrónimo de Euro InterBank Offered Rate, es un índice de referencia publicado diariamente que indica el tipo de interés promedio al que un gran número de bancos europeos dicen concederse préstamos a corto plazo entre ellos para prestárselo a terceros -particulares y empresas-. Es un tipo de interés del mercado interbancario del euro.

variable, ya que oculta que esa variación tiene un límite, al menos por abajo, de tal forma que lo transforma en la praxis en un préstamo hipotecario con tipo de interés fijo.

Este tipo de estipulaciones han sido incorporadas de diversas formas por diferentes entidades de crédito a los contratos de préstamo con garantía hipotecaria para adquisición de vivienda y se ha venido cuestionando su licitud desde que el Euribor descendiera drásticamente: “en 2008 llegó a estar cercano al 5% para posteriormente desplomarse llegando a cifras en torno a un 0.543⁹”, impidiendo a los prestatarios beneficiarse del abaratamiento del crédito.

Aun cuando pueda resultar sorprendente, las cláusulas suelos en principio son válidas en nuestro ordenamiento, pero pueden ser declaradas ilícitas o abusivas por vía judicial o extrajudicial.

La STS de 9 de mayo de 2013 ha optado por entender que las cláusulas suelo que se someten a su consideración no son transparentes. La regla general es que una cláusula incumple los requisitos de transparencia cuando no es comprensible o no está correctamente redactada., es decir, cuando no se puede conocer su significación y su alcance. La exigencia de claridad se comprende en el artículo 5 de la LCGC y, para la contratación con consumidores sobre las cláusulas de lo prevenido en el artículo 80 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLGDCU).

“El cumplimiento de los requisitos de transparencia deben examinarse a la luz de las circunstancias que acompañan cada caso concreto: redacción de

⁹ ALONSO PÉREZ, M^a., *Vivienda y crisis económica*. Ed. Aranzadi, Zaragoza, 2014, Capítulo 3, p.152.

la cláusula, ubicación en el contrato, nivel de formación del consumidor, sus conocimientos financieros, profesión, edad, etcétera. De lo que se trata es de comprobar si el consumidor prestatario ha llegado a conocer el contenido de la cláusula suelo y de todas las implicaciones que su operatividad puede tener en la vida del contrato.¹⁰”

Asimismo, tenemos que tener en cuenta, que el carácter abusivo de una cláusula debe referirse al momento en el que se suscribe el contrato y teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en su celebración y las demás cláusulas del mismo, de conformidad con lo que dispone el artículo 4.1 de la Directiva 93/13 *“[...] el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará [...] considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa”* .

También el artículo 82.3 TRLCU dispone que *“el carácter abusivo de una cláusula se apreciará [...] considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa”*.

Consecuentemente, para decidir sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula impuesta en un concreto contrato, el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo, claro está, la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o

¹⁰ ALONSO PÉREZ, M^a., “Vivienda...”, ob. cit. p. 155.

medio plazo. También deberá valorar todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.

La cláusula que fija un interés fijo mínimo, cláusula suelo, es una cláusula impuesta al consumidor -cláusula predispuesta-, y ello porque este no puede influir en la supresión o en su contenido, de tal forma que o consiente en contratar y se adhiere, o desiste del contrato. No puede considerarse como negociación individual el hecho de que el contratante tenga la posibilidad de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios, incluso aunque varias de ellas provengan del mismo. La carga de la prueba de que esta cláusula predispuesta no está destinada a incluirse en una multitud de ofertas de contratos dirigidos a los consumidores recae sobre el oferente¹¹.

En principio las cláusulas suelo son legales, aunque la Jurisprudencia ha considerado ilícitas algunas de ellas por su carácter abusivo o porque las entidades financieras no han informado transparentemente de su existencia. Además, los bancos, también pueden introducir una “cláusula techo” en el contrato hipotecario, es decir, se fija un tipo máximo y aunque el euríbor suba por encima de este límite, el hipotecado pagará el interés máximo establecido por contrato. En el supuesto de tener una cláusula suelo en la hipoteca se puede negociar su eliminación con el banco, procediéndose por parte de la entidad bancaria, a la devolución de la diferencia entre dicho interés y el aplicado por la cláusula suelo como indica la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de diciembre de 2016.

¹¹ LOPÉZ JIMÉNEZ, J. M., *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*, 3ª Edición. Ed. Bosch, Barcelona, 2017, p. 396.

Me parece importante señalar la Sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre las cláusulas suelo, en la que el Tribunal Supremo destaca estas cláusulas por tener el carácter de abusivas al no cumplir con los requisitos de transparencia exigible en los contratos con garantía hipotecaria celebrados entre consumidores y entidades financieras. El Tribunal señaló que los consumidores deben ser informados de que cuando el tipo de interés baja a determinados niveles, el préstamo se transforma en préstamo a interés fijo variable solo al alza y no se beneficiarían de las bajadas del índice de referencia (el euríbor, con carácter general).

Además, señala que deben ser informados de manera destacada y clara, para que ninguna cláusula del contrato pueda pasar por inadvertida para el consumidor; asimismo, también las entidades bancarias le ofrecerán otros productos para dar lugar a una comparación y después de tener una información completa, tomar una decisión.

La cláusula suelo puede ser sometida a un doble control de transparencia. Por un lado, en que la información, que se facilita y en los términos en que se facilita es conforme con la derogada OM 94 (actual orden EHA/2899/2011, de 28 de Diciembre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios) y en que dicha información y términos no son ilegibles, ambiguos y oscuros e incompresibles como el artículo 7 LCGC.

El artículo 7 LCGC señala que *“quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5. b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incompresibles, salvo, en cuanto a estas*

últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.” Por otro lado, se refiere al control cuando las cláusulas suelo están incorporadas a contratos con consumidores, lo que obliga a que exista una definición clara tanto de los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de ejecución o desarrollo del mismo.

Este control se puede identificar como un control de contenido, y exige que la información que recibe el consumidor le permita entender que se trata de una cláusula que determina el objeto principal del contrato, y que afecta o puede afectar al contenido de la obligación de pago y debe tener, así mismo, conocimiento de cómo puede afectar a las consecuencias económicas del contrato. Lo que ocurrió es que las entidades ofertantes de los préstamos hipotecarios daban a la cláusula suelo un tratamiento secundario en el clausulado del contrato, aun cuando se trata, de una cláusula definitoria de su objeto principal, lo que afecta a la falta de claridad de ésta, al no percibirla el contratante como relevante al objeto principal del contrato.

El análisis de las normas transcritas permite concluir que constituyen requisitos para considerar abusivas las cláusulas no negociadas los siguientes:

“a) Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada.

b) Que en contra de exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato.

c) Que el desequilibrio perjudique al consumidor -en este extremo, en contra de lo que insinúa el Ministerio Fiscal, es preciso rechazar la posible abusividad de cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario.¹²”

El TS en su STS de 9 de Mayo de 2013, consideraba mayoritariamente, que las cláusulas suelo no son transparentes porque concurre alguna de las siguientes circunstancias:

“a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.

c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.¹³”

Se podría entender que para cumplir con el presupuesto de transparencia no depende sólo que la cláusula esté correctamente redactada y sea comprensible para el consumidor, sino que pueda comprender el carácter

¹² STS de 9 de mayo de 2013 (RJ 1916/2013). Fundamento jurídico decimocuarto.

¹³ STS de 9 de mayo de 2013 (RJ 1916/2013). Fundamento jurídico decimotercero.

sorpresivo de los efectos de dichas cláusulas. En este sentido, los consumidores *“no calcularon o previeron el desfase entre el tipo de interés fijado como mínimo y el que resultaría de aplicar el índice de referencia más, en su caso, el diferencial concretado; además, tampoco pensaban que fueran operativas en un corto espacio de tiempo¹⁴”*. Sin embargo, las entidades bancarias que insertaban las cláusulas en los contratos conocían perfectamente el momento en que iban a ser operativas como sus afectos, sin informar de estos detalles a los consumidores.

Esta falta de transparencia determina la nulidad de la cláusula suelo. Tratándose de condiciones generales en contratos con consumidores, el artículo 8.2 LCGC remite a la legislación especial: *“en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuario”*. Ahora conocido como texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

A su vez el artículo 82.1 TRLCU dispone que *“se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”*.

Finalmente, la sentencia declara que la nulidad de las cláusulas no afecta a la subsistencia de los contratos ni a las cantidades ya pagadas. Confirma esta

¹⁴ ALONSO PÉREZ, M^a., *“Vivienda”*, ob. cit., p.156.

irretroactividad invocando el principio de seguridad jurídica, al entender que la *“retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con transcendencia al orden público económico”*¹⁵.

En mi opinión, no estoy de acuerdo con esta resolución ya que la consecuencia lógica dado la nulidad de la cláusula suelo, sería el restablecimiento de la situación económica previa, es decir, que se deje de aplicar el suelo establecido y además se ha de proceder a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por la entidad financiera por aplicación de la cláusula declarada nula, y, por tanto, los intereses cobrados de más.

En esta línea, M^a Teresa ALONSO PÉREZ señala *“en el caso que nos ocupa, el contrato de préstamo puede subsistir sin la cláusula suelo. Por lo tanto, el contrato seguiría siendo eficaz sin perjuicio de que, como hasta ese momento el prestatario ha estado pagando durante un tiempo las cuotas calculadas con un tipo de interés superior al que le correspondía, la entidad que prestó el dinero debería restituir el exceso cobrado desde que dicha cláusula empezó a ser operativa. Tal solución es conforme al artículo 1303 del Código Civil según el cual, lo que es nulo no produce ningún efecto y en el que se fundamenta el carácter retroactivo de la nulidad”*¹⁶.

En el análisis de la Sentencia de 9 de mayo de 2013 se podía argumentar que se justificaba la aplicación de la irretroactividad, ya que resolvía una acción colectiva de cesación, distinta a la acción individual de nulidad, y los efectos de la acción colectiva se proyectan hacia el futuro, a diferencia de lo que ocurre cuando se ejercita una acción individual, este argumento decae a la vista de la Sentencia de 25 de marzo de 2015, que concluye en su

¹⁵ STS de 9 de mayo de 2013 (RJ 1916/2013). Fundamento jurídico decimoséptimo.

¹⁶ ALONSO PÉREZ, M^a., *“Vivienda y”*, ob. cit., p.169.

fundamento séptimo, *in fine* “ *que no resulta trascendente, al efecto aquí debatido, que se trate de una acción colectiva o de una individual, puesto que el conflicto es el mismo y estamos en presencia de una doctrina sentada por la repetida sentencia para todos aquellos supuestos en que resulte, tras su examen, el carácter abusivo de una cláusula suelo inserta en un préstamo de interés variable cuando se den las circunstancias concretas y singulares que el TS entendió que tiñen de abusiva, debiendo ser, por ende, expulsado del contrato*”.

La Sentencia de 25 de marzo de 2015 resuelve un recurso interpuesto por la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava que desestima el recurso formulado por dicha entidad frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo mercantil número 1 de Vitoria-Gasteiz que estimó varias demandas individuales de nulidad de cláusula suelo por aplicación de la jurisprudencia del TS.STS de 9 de mayo de 2013, si bien la resolución recurrida entendía que la entidad debía reintegrar todas las cantidades por aplicación de la cláusula nula incluso las cobradas con anterioridad al 9 de mayo de 2013. En ella el TS fija como doctrina jurisprudencial “*la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013, se declaraba abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013*”

Esta sentencia de 25 de marzo de 2015 no revisa la jurisprudencia anterior, lo que hace es despejar dudas y clarificar su sentido, teniendo como guía el

respeto a nuestra doctrina, a la unificación que debe hacerse de ella su aplicación y, a la postre, la seguridad jurídica, principio informador del ordenamiento jurídico.

Considera esta sentencia- fundamento jurídico séptimo- que las razones que dio anteriormente la STS de 9 de mayo de 2013 para excluir que la nulidad tuviese efectos retroactivos sólo sobre la acción colectiva que decidía, deben de proyectarse también sobre las demandas individuales.

En su fundamento jurídico noveno señala *“la limitación de la retroactividad no es algo anómalo, novedoso o extravagante¹⁷”*, aun cuando la regla general es la eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del derecho, destacando el de la seguridad jurídica, así mismo, la retroactividad generaría trastornos graves con trascendencia al orden público económico, y pretender que el ejercicio de la acción individual no produzca meritado riesgo, es desconocer que la afectación al orden público económico no nace de un único procedimiento, si no de la suma de muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto. En este punto el voto particular incide al señalar que esta referencia al orden público económico se planteó en un contexto de intervención y recapitalización del sistema económico hoy superado, la protección de los consumidores si es una cuestión de orden público según doctrina reiterada del TJUE y asumida por los tribunales españoles.

Por último, el fundamento jurídico décimo de la sentencia de 2015 incide sobre el principio de la buena fe, y rechaza el criterio de las sentencias que sólo conceden efectos a la nulidad de la cláusula suelo a partir de la

¹⁷ STS de 25 de marzo de 2015 (RJ 1280/2015). Fundamento jurídico noveno.

sentencia individual, sin acordar la devolución de ninguna cantidad ya pagada, manifestado que los criterios que introdujo en su sentencia de 9 de mayo de 2013 son claros para todos los operadores desde que la dicta, por lo que la buena fe obligaba a dejar sin efecto las cláusulas para cuya introducción no se hubiese cumplido todas las exigencias de información transparente que entonces expuso y por tanto los efectos económicos deben retrotraerse a la fecha de esa Sentencia.

A modo de conclusión se podría decir, que las cláusulas suelo utilizadas por los bancos o cajas de ahorro son nulas por falta de transparencia como elemento esencial y definidor del préstamo, ya que los contratantes no pudieron conocer su transcendencia económica salvo que el ofertante pueda probar que el contratante si conocía su transcendencia en razón de alguna circunstancia del caso. Y que la nulidad de la cláusula suelo alcanzará todas las cantidades que el prestamista hubiese cobrado en exceso desde la fecha de la sentencia- 9 de mayo de 2013.

Para finalizar es imprescindible señalar la relevante Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, donde el Tribunal de Justicia valora que el Derecho de la Unión se opone a una jurisprudencia nacional en lo relativo a los efectos de la cláusula abusiva, que se limitaba a pagar solamente las cantidades posteriores a la sentencia de 9 de mayo de 2013. *Dispone “el Tribunal que la declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula debe tener como consecuencia el restablecimiento de la situación en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula”*¹⁸.

¹⁸ LOPÉZ JIMÉNEZ, J. M., “la cláusula suelo ...”, ob. cit., p.404.

El Tribunal de Justicia permite que se reclamen los perjuicios que se le hayan producido no solo los causados con posterioridad a la sentencia de 2013 sino también los producidos con anterioridad, esto significa, una retroactividad total. Con esto se pretende que las cláusulas consideradas abusivas se consideran nulas, es decir, como si no hubieren existido por lo que no puede producir ningún efecto al consumidor.

La directiva impone a los Estados miembros la obligación de prevenir medios adecuados y eficaces *“para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores”*. El Juez nacional no puede modificar el contenido de las cláusulas abusivas, es más, debe apreciar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas y deducir las consecuencias de esa apreciación, sin esperar que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración en la que solicite la nulidad de éstas. A modo de conclusión, *“la declaración judicial del carácter abusivo de la cláusula debe tener como consecuencia el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula”*.

“El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al

pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.¹⁹”

Según PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, el TJUE ha aclarado que *“la no vinculación que impone el artículo 6.1 de la directiva 13/1993 de las cláusulas declaradas abusivas, no lo es solamente a futuro (ex nunc), sino que lo es también respecto de los efectos ya consumados (ex tunc)”²⁰*. Por ello al considerar la no vinculación, no produce efectos ni en el futuro ni en el pasado y limitar los efectos de la nulidad de la cláusula suelo como hacía la Jurisprudencia española, impidiendo la restitución de las cantidades indebidamente cobradas hasta 9 de mayo de 2013, era reconocer que las cláusulas eran abusivas.

1.4 Cláusula del vencimiento anticipado

Otra cláusula abusiva, es la cláusula del vencimiento anticipado que permitía a la entidad bancaria declarar, ante un solo impago, o ante supuestos accesorios tales como que la finca gravada se incendie, el vencimiento de la totalidad del préstamo hipotecario. En resumen, ante un impago, la entidad bancaria puede reclamar la totalidad del préstamo.

A modo de ejemplo, se suele disponer en tal cláusula lo siguiente:

“El préstamo se considerará vencido y consiguientemente resuelto, y la Entidad podrá ejercitar las acciones de todo tipo, incluso las judiciales y de

¹⁹ STS del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 (RJ 980/2016). Véase parte final de la sentencia.

²⁰ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p.189.

ejecución que correspondan frente al prestatario y demás obligados en razón del presente contrato, o como consecuencia de las garantías prestadas a favor de la Entidad, que podrá reclamar las cantidades adeudadas, tanto vencidas como pendientes de vencer, con sus intereses, incluidos los de demora, gastos y costas procesales en los que se incluirán los honorarios de Letrado y derechos de Procurador, en los casos siguientes:” la falta de pago de una cuota cualquiera de amortización o incendio de la finca o fincas hipotecadas si resultaran destruidas en la cuarta parte de su valor o deterioro de la misma por cualquier circunstancia dependiente o no de la voluntad de su dueño.

Hasta la entrada en vigor de la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, las entidades bancarias tenían a su disposición la cláusula del vencimiento anticipado donde por la falta del pago de una sola cuota podían reclamar la totalidad del préstamo hipotecario. Con la llegada de esta norma, se modificó la ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, concretamente su artículo 693.2, que en la actualidad establece, “ *podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo equivalente a tres meses, y este convenio quedase en la escritura de constitución*”.

La consecuencia de dicho artículo es la declaración de nulidad de la cláusula que establece el vencimiento anticipado por impago de una sola cuota contractual. “*Los tribunales deben valorar el caso concreto y examinar si el incumplimiento por parte del consumidor es lo suficientemente grave en relación con la duración y cuantía del préstamo, si dicha facultad*

constituye una excepción con respecto a las normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones contractuales específicas y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo”²¹. Pues bien, tras el dictado de la Sentencia del TJUE, los Juzgados y Tribunales españoles han procedido declarar el sobreseimiento y archivo de ejecuciones hipotecarias en masa.

Por otro lado, hay sentencias que exponen que se hace preciso destacar la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, incluso que estas cláusulas están plenamente admitidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, defendiendo la validez de estas cláusulas, al amparo del principio de autonomía de la voluntad cuando concurra justa causa para ello, es decir, cuando nos encontremos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización de un préstamo. *“La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha terminado admitirlas en aplicación del principio de autonomía de la voluntad, siempre que no sean contrarios a normas imperativas o prohibitivas, no sean abusivos y respondan a una causa justa que se concreta en guarden una relación directa con la conservación u obligaciones inherentes a la finca gravada, con el derecho real de la hipoteca o con su ejecución, o tengan un carácter esencial, atendiendo a la naturaleza de la obligación garantizada”²².*

²¹ STS del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 26 de enero de 2017. (RJ 60/2017). Véase parte final de la sentencia “el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara”.

²² FERNANDEZ SEIJO, J.M. “La tutela de los consumidores...”, ob. cit., p. 101.

Por tanto, no se considera abusiva esta facultad de resolución del contrato ante el incumplimiento del demandado del pago de varias cuotas del préstamo. Podría considerarse abusiva la cláusula cuando especifique que ante el impago de una sola cuota se insta ejecución hipotecaria. A este respecto el artículo 693 de la LEC prevé la posibilidad de reclamar la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, de tres plazos y esté convenido en la escritura de constitución.

Y, por último, los gastos de la hipoteca, que va a hacer el objeto de estudio de este trabajo.

III. Gasto de la hipoteca

Cuando hablamos de gastos de la hipoteca, podemos hacer referencia a aquellos costes de formalización de la escritura de la hipoteca, gastos de notaría, gastos de tasación de la vivienda, de inscripciones registrales, así como otros, como puede ser el pago de impuestos: Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, Impuesto sobre el valor añadido o Impuesto de Transmisiones patrimoniales²³. Pues en los préstamos hipotecarios, la entidad financiera mediante la imposición de una cláusula carga al consumidor la obligación al pago de todos estos gastos, aumentando de manera considerable el importe concedido por la hipoteca.

Las cláusulas que atribuyen al usuario el pago de la totalidad de los gastos de formalización de hipotecas son abusivas. Así lo estableció el Supremo en su sentencia de 23 de diciembre de 2015, si bien ahora ha modificado su criterio en lo que respecta al Impuesto de actos jurídicos documentados.

Históricamente se ha venido discutiendo el elevado coste que el impuesto de actos jurídicos documentados supone en el sector inmobiliario, ya que en un mismo proyecto inmobiliario deben otorgarse multitud de escrituras públicas por las que se devenga esta modalidad del ITPAJD y que pueden llegar a poner en riesgo la rentabilidad de un proyecto. Otras de las cuestiones largamente debatidas es la compatibilidad o no del AJD con el principio constitucional de capacidad económica regulado en el artículo 31 de la Constitución española y en el artículo 2.2.c de la Ley General

²³(<https://www.idealista.com/news/finanzas/hipotecas/2017/12/13/749255-guia-rapida-para-reclamar-los-gastos-hipotecarios-quien-puede-hacerlo-y-que-necesita>), Última consulta: 25 de mayo de 2018.

Tributaria²⁴. Y especial atención en esta controversia merece la cuestión que ahora nos ocupa: la tributación de los préstamos hipotecarios, y en especial la adecuación jurídica de la previsión contenida en los artículos 8.d y 15 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados²⁵ (LITPAJD) y el artículo 68 del Reglamento de este impuesto²⁶, que prevén que en los préstamos hipotecarios el sujeto pasivo del AJD es el prestatario, mientras que en la constitución de derechos reales de hipoteca no vinculadas a un préstamo el sujeto pasivo es aquél en cuyo favor se constituyen, cuestión sobre la que ya han fallado nuestros tribunales en varias ocasiones confirmando su adecuación jurídica²⁷ y el encaje de estos preceptos con la Constitución²⁸.

Tras la larga controversia doctrinal y jurisprudencial relativa a la validez jurídica y posible inconstitucionalidad de los preceptos citados, la cuestión se suscita de nuevo, esta vez desde un punto de vista civil, planteándose si las cláusulas de gastos e impuestos en los contratos de préstamo hipotecarios firmados entre los bancos prestamistas y los consumidores prestatarios pueden ser calificadas de abusivas.

²⁴ Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

²⁵ Aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre.

²⁶ Aprobado por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo.

²⁷ Entre otras, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de noviembre de 2001 [RC 2196/1996]; 23 de noviembre de 2001 [RC 2533/1996]; 20 de enero de 2004 [RC158/2002]; 14 de mayo de 2004 [RC 4075/1999]; 20 de enero de 2006 [RC 693/2001]; 27 de marzo de 2006 [RC1839/2001]; 20 de junio de 2006 [RC 2794/2001]; 31 de octubre de 2006 [RC 4593/2001]; 6 de mayo de 2015 [RC3018/2013]; o 22 de noviembre de 2017 [RC 3142/2016]).

²⁸ Autos del Tribunal Constitucional 24/2005 de 18 de enero, y 223/2005, de 24 de mayo.

IV. Impuesto de actos jurídicos documentados

Se ha generado mucha expectación ante el fallo del Supremo sobre quien paga el Impuesto de actos jurídicos documentados. Se trata de aclarar si los bancos tienen que devolver o no a sus clientes el principal tributo que abonaron al firmar la hipoteca, el Impuesto de actos jurídicos documentados, más conocido por (IAJD). Los fallos judiciales en uno u otro sentido han hecho que el Alto Tribunal se pronuncie. Fue en noviembre de 2015, cuando la Sala de lo Civil en una sentencia de Pleno señalaba que el pago de los gastos de la hipoteca en su totalidad, tendrían que asumirlo la entidad bancaria. Pese a ese fallo, se han generado muchísimas demandas y pleitos judiciales con diferentes finales. En esta ocasión, el Alto Tribunal ha decidido, concretamente la Sala de lo Contencioso «aclarar, matizar, revisar o ratificar la doctrina jurisprudencial» acerca de quién debe costear ese gravamen, si la persona que recibe el préstamo para comprar una vivienda o la entidad que lo concede y, de ese modo, obtiene la garantía de poder cobrar.

Por su parte, el Tribunal de Justicia Europea (TJUE) dictaminó sentencia el 21 de diciembre de 2016 declarando la retroactividad de las cláusulas suelo, lo que obligaba al Supremo a cambiar su criterio que limitaba los efectos de nulidad de las mismas a mayo de 2013. Así, en abril de 2017, el Alto Tribunal rectifica y declara la devolución al consumidor de los importes indebidamente cobrados desde la misma firma del contrato hipotecario.

La consecuencia de esta nulidad es la *"restitución de los importes abonados indebidamente por el consumidor"*, momento en el que surge la controversia, debido a que de no existir dicha cláusula hipotecaria, se debe

ir a la legislación que regula cada gasto que se repercutió al consumidor para saber a quién hubiera correspondido el pago.

Algunas Audiencias provinciales consideran que estos gastos benefician a ambas partes por igual y deben repartirse el pago al 50%. Sin embargo, la mayoría establece que el único interés del consumidor es el préstamo en sí como contrato, siendo la entidad bancaria la interesada en que se formalice ante notario y se escriba en el registro, por tener una garantía superior.

El artículo 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre ITP y AJD, dice que será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan; y que cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará adquirente el prestatario.

La sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2015 obliga a las entidades financieras a hacerse cargo de la expedición de las copias, actas y testimonios que interese, ya que va a su favor. Sin embargo, el propio Alto Tribunal, en la Sala Contencioso-Administrativo ha resuelto varias sentencias del 2001 al 2015 que el sujeto pasivo del hecho imponible del impuesto es el consumidor²⁹.

Asimismo, la sentencia de 15 de marzo de 2018 ha dictaminado por el pleno de la Sala Primera de lo Civil que el impuesto de actos jurídicos documentados debe ser asumido por el cliente. Se trata de una decisión que

²⁹(<http://eldiadezamora.es/not/11024/el-supremo-unificara-su-doctrina-sobre-el-impuesto-de-actos-juridicos-documentados-de-las-hipotecas/>), Última consulta: de 25 de mayo de 2018.

tiene gran importancia para el sector financiero en su conjunto, puesto que podrá evitar, a diferencia de lo que sucedió con las cláusulas suelo, indemnizaciones millonarias. El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre dos recursos de casación presentados contra dos sentencias de la Audiencia Provincial de Oviedo que condenaban a abonar el impuesto de actos jurídicos documentados derivado de la hipoteca. Estos reclamaban que dicho impuesto debía abonarlo el banco. El fallo se refiere únicamente a este impuesto, no a los demás gastos relacionados con la constitución de la hipoteca.

“El Supremo discutía únicamente lo relativo al pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. La sentencia estima en parte los recursos y establece que: a) por la constitución del préstamo, el pago incumbe al prestatario; sobre este particular, se remite a la jurisprudencia constante de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo, que ha establecido que el sujeto pasivo del impuesto es el prestatario; y b) por el timbre de los documentos notariales, el impuesto correspondiente a la matriz —depende del número de páginas del contrato— se abonará por partes iguales entre prestamista y prestatario, y el correspondiente a las copias, por quien las solicite”³⁰.

No obstante, dentro del impuesto sobre actos jurídicos documentados, tal y como expresa el Tribunal Supremo se prevén dos modalidades:

“i) Un derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, del que será sujeto pasivo el prestatario

³⁰ STS de 15 de marzo de 2018. (RJ 848/2018). Véase el fallo de la sentencia.

(formalizado a través del Modelo 600) y por indicación expresa del artículo 68 del Reglamento del ITPAJD.

ii) Y un derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas.³¹”

En lo que se refiere al timbre de la matriz, corresponde su abono al prestatario salvo en aquellos casos en que pudiera existir un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales. Añade el TS que atendiendo a que *“el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, habla en general de interesados, sin aclarar si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y que el préstamo hipotecario es una realidad única e inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor o prestatario-por la obtención del préstamo- como el Banco o prestamista -por la garantía hipotecaria-, es razonable distribuir por mitad el pago de este derecho de cuota fija del impuesto.³²”*

La matriz son los folios que tiene la escritura de la hipoteca, cuantos más folios, más dinero se debe abonar. Esto se va a pagar a medias, pero se trata de cantidades muy pequeñas entre 40 y 200 Euros³³, es decir, el grueso de los gastos hipotecarios, el impuesto de actos jurídicos documentados representa aproximadamente un tercio de los gastos hipotecarios totales que debe asumir quien contrata una hipoteca.

³¹ STS de 15 de marzo de 2018. (RJ 848/2018). Fundamento jurídico quinto.

³² STS de 15 de marzo de 2018. (RJ 848/2018). Fundamento jurídico quinto.

³³ (https://www.elconfidencial.com/vivienda/2018-02-28/gastos-hipotecas-impuesto-actos-juridicos-documentos_1528694/), Última consulta: 25 de mayo de 2018.

Por su parte, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite, según se desprende del propio art. 68 del Reglamento. Esto puede traer problemas en el aspecto probatorio, pues difícilmente se podrá acreditar quién solicita las mismas y solo es indiscutido el hecho de que la primera copia la solicita la entidad bancaria por su carácter de título ejecutivo – *ex* art. 517.2.4º LEC- . Por regla general el consumidor sólo solicita una copia y en algunos casos, ninguna, pues para lo que a él le interesa le vale incluso una mera fotocopia de la primera copia del Banco.

En relación a los gastos de cancelación de las hipotecas, resuelve el Tribunal Supremo de un modo muy breve y remitiéndose a lo establecido en el art. 45 B.18 LITPAJD *“que declara exentas las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase en cuanto al gravamen gradual de la modalidad Actos Jurídicos Documentados, que grava los documentos notariales”*³⁴.

Por último, el Tribunal Supremo zanja una cuestión que también ha suscitado muchísima controversia en los Juzgados de toda España y es la referida a la nulidad por abusiva de la cláusula y sus efectos. Así, a juicio del Supremo la nulidad de la cláusula es total, y no solo parcial, por más que no se reconozca la restitución de todos los gastos asumidos por el prestatario.

“La cláusula controvertida es abusiva, y no solo parcialmente, como resuelve la Audiencia Provincial, sino en su totalidad, en cuanto que, sin negociación alguna, atribuye al prestatario/consumidor el pago de todos los impuestos derivados de la operación, cuando la ley considera sujetos

³⁴ STS de 15 de marzo de 2018. (RJ 848/2018). Fundamento jurídico quinto.

pasivos al prestamista o al prestatario en función de los distintos hechos imponibles.”

“Cuestión distinta es que, una vez declarada la abusividad de la cláusula y su subsiguiente nulidad, haya que decidir cómo ha de distribuirse entre las partes el pago de los gastos e impuestos derivados del contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Pero eso no afecta a la nulidad en sí, por abusiva, de la estipulación contractual examinada, sino a las consecuencias de dicha nulidad.”³⁵

En definitiva, estima el recurso de casación referente a la abusividad de la cláusula, argumentando que su nulidad es total y no parcial, pero comparte los criterios expuestos por la audiencia provincial sobre el impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, en cuanto a que no cabe devolución alguna por las cantidades abonadas por la constitución del préstamo.

Otra problemática que se está generando es sobre la rentabilidad de la reclamación, *“la reclamación judicial no va a ser rentable para los despachos de abogados ni para los propios clientes. Al quedar exento de devolución el AJD, que suponía el grueso de los gastos hipotecarios, las costas no van a ser suficientes para cubrir los honorarios de los abogados. De hecho, el cliente podría ver cómo la cantidad reclamada se va solamente en pagar dichos honorarios”*, coinciden en señalar diferentes abogados a El Confidencial³⁶, quienes aseguran que la opción más plausible será que

³⁵ STS de 15 de marzo de 2018. (RJ 848/2018). Fundamento jurídico sexto.

³⁶ (https://www.elconfidencial.com/vivienda/2018-03-02/gastos-hipoteca-clausulas-papeles-documentacion-adj_1327308/), Última consulta: de 25 de mayo de 2018.

aquellos afectados que ya tienen cláusula suelo reclamen en el mismo procedimiento los gastos hipotecarios.

Por otra parte, los expertos consultados aseguran que no se establecerá un procedimiento extrajudicial como sí se hizo con las cláusulas suelo debido, precisamente, a que no se prevé una avalancha de demandas. "Podrían producirse acuerdos individuales porque a algún banco le interesa retener a un cliente determinado o quiera venderle algún otro producto a cambio de dicha devolución, pero no veremos un decreto similar al que se aprobó con las cláusulas suelo", aseguran fuentes parlamentarias consultadas por El Confidencial.

No se prevé una avalancha de reclamaciones, ya que solo a partir de 2000 euros de gastos, como mínimo, podría compensar presentar la reclamación. "Las cantidades que se reclaman en este tipo de procedimientos son muy inferiores a las que se piden por las cláusulas suelo. Por eso consideramos que, aunque sean millones los afectados por el pago de gastos de notaría y registro de sus préstamos hipotecarios, el Gobierno no se va a ver tan presionado como para poner en marcha un mecanismo de devolución automática de ese dinero", explica Guadalupe Fernández-Blanco, letrada de Lean Abogados.

"La mayoría de entidades financieras siguen inmersas en multitud de procedimientos judiciales en los que son condenadas a devolver a sus clientes el dinero indebidamente cobrado por la aplicación de diversas cláusulas abusivas. Si no devuelven el dinero por iniciativa propia, ganan tiempo para ir haciendo frente a sus pagos de manera paulatina", añade esta abogada.

No obstante, Guadalupe Fernández-Blanco recomienda a todas aquellas personas que no hayan iniciado ya una reclamación "que esperen a que se publique el texto completo de la sentencia para conocer con exactitud los conceptos que sí estarán obligados a devolver los bancos. Lo mejor para aquellos que sí hayan iniciado una reclamación judicial es mantener la calma y dejar que el procedimiento continúe su curso legal".

Respecto a la posible prescripción de la reclamación, aclara: "Partimos de la base de que estamos ante una cláusula que ya en el año 2015 fue considerada abusiva por el Tribunal Supremo. La abusividad de la cláusula conlleva la nulidad de pleno derecho de la misma y, por tanto, su imprescriptibilidad. Es decir, no hay límite temporal para iniciar la reclamación".

Por otra parte, tal y como reconoce Patricia Suárez, presidenta de la Asociación de Usuarios Financieros (Asufin), no descartan acudir de nuevo a Europa, como ya sucedió con las cláusulas suelo y las hipotecas multidivisa. "La última palabra la tendrá otra vez Europa. Las directivas europeas y las recientes sentencias del TJUE inciden en que las consecuencias de la nulidad de una cláusula abusiva deben tener carácter disuasorio. Yo comprendo que el impacto económico en los bancos y el aumento de la litigiosidad puede haber pesado en esta sentencia, pero los magistrados se han equivocado".

Y añade: "Nadie duda que el art. 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, dice que el impuesto lo debe pagar el prestatario. Ahora bien, si este gasto está incluido

en una cláusula en la que se obliga al cliente a pagar todos los gastos, incluso los que por ley no le corresponden, la cláusula debe ser declarada nula y el banco asumir el coste total de esta nulidad. Así lo establecía la sentencia de diciembre de 2015 que ahora se echa por tierra”.

La última opción que les queda a miles de hipotecados, es la vía colectiva. Precisamente desde Asumin han presentado tres acciones colectivas, las tres admitidas a trámite, contra prácticamente todo el sistema financiero español. El objetivo, no saturar un solo juzgado con una única macrodemanda que previsiblemente tardará años en obtener un fallo firme, pero, además, a muchos clientes puede compensarles económicamente sumarse a una acción colectiva que presentar acciones a título individual, debido, como se ha dicho antes, a que las cantidades reclamadas, en algunos casos son muy pequeñas.

1. Criterio de clasificación de sentencias

1.2 Devolución total de los gastos

Analizaremos una serie de sentencias para averiguar si las cláusulas son consideradas abusivas y si procede por parte del banco a la devolución total de los gastos al cliente, para ello las examinaremos por orden cronológico.

Audiencia Provincial de Asturias de 17 de Julio de 2016, Doña Leticia y Don Rafael formularon demanda frente a Banco Popular, S. A., en reclamación de nulidad a una serie de estipulaciones del contrato de préstamo hipotecario. La primera de ellas referente al límite a la variación del tipo de interés aplicable (cláusula suelo) y la segunda relativa a determinados gastos derivados de dicho contrato, así como a la restitución de las cantidades pagadas por los actores por los gastos de Notaría, Registro, Hacienda (impuestos) y honorarios (de gestión y preparatorios).

La sentencia de primera instancia estimó la demanda parcialmente, acogiendo el primero de los pedimentos, esto es, la nulidad de la cláusula suelo y declaró nula la obligación de abonar los gastos de gestión. Como consecuencia de esto, los demandantes deciden recurrir con la finalidad de que se proceda a la restitución de las cantidades abonadas en relación, a los gastos de Gestión, Notaría, Registro, Impuestos, cancelación de la garantía, así como reclamación judicial y extrajudicial.

En relación con los gastos y honorarios de la Notaría, la norma 6ª del Anexo II del Real Decreto 1.426/1.989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, prevé que la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente, siendo, como se dijo anteriormente, la entidad bancaria la que gestiona la formalización del contrato y solicita la intervención del fedatario público, siendo también la persona jurídica a favor de la que se inscribe el mismo. Ahora bien, en este sentido no cabe desconocer que el fedatario también puede realizar alguna actuación susceptible de generar abono de aranceles a instancia del prestatario, como podría ser por ejemplo la expedición de copias simples.

Ello ha de llevar, en consecuencia, a la necesidad de una previa negociación individual en la que se habrían de determinar qué gastos corresponderían a uno y otro contratante. De no ser así, y como en el caso examinado ha existido una imposición al consumidor de la totalidad de los gastos, sin discriminación alguna ni negociación individual, prueba ésta que compete al empresario (art. 82-2 TRLGCU), la consecuencia no puede ser sino que dicha estipulación ha de considerarse abusiva, y por tanto nula; ya que ha causado un desequilibrio en el consumidor, tal y como se afirmó en la citada sentencia del TS.

En lo referente a los gastos derivados de la inscripción de la hipoteca, no cabe duda que la norma octava del anexo II del Real Decreto 1.427/1.989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, dispone que los derechos del Registrador se pagarán por

aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria , se abonarán por el transmitente o interesado, señalando a continuación que los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes las soliciten. Es claro que es a la entidad bancaria a cuyo favor se realiza la inscripción y a quien beneficia, así como la parte interesada en la misma. Por ello no cabe duda del carácter abusivo de la cláusula en cuestión, como queda dicho. Por tanto, se podría concluir que procede la devolución del dinero por parte de los actores y se desestima la impugnación formulada por Banco Popular Español.

Audiencia Provincial de Zaragoza de enero de 2017 sigue el criterio que marcó el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de diciembre de 2015 en la que se declaraban nulas las cláusulas que obligaba a los clientes a asumir los gastos de la formalización de la hipoteca: notaría, registros, aranceles, o actos jurídicos documentados.

De acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo y de la Audiencia Provincial de Zaragoza, *"en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria 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)"³⁷.

De esta manera, se recoge que uno de los pagos más importantes -notario y registro-, que tradicionalmente han sido asumidos por los clientes al firmar su hipoteca deberían haberlos asumido el banco dado que, en realidad, estos gastos van dirigidos a asegurar la recuperación del dinero prestado y, por lo tanto, únicamente benefician a la entidad financiera, según explica Alberto Sanjuán³⁸, abogado en Cross Abogados, despacho que ha conseguido esta primera sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, a *elEconomista.es*.

La sentencia también alude a los Actos Jurídicos Documentados sobre lo que se indica, tanto por parte del Tribunal Supremo como de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que *"la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho"*³⁹.

³⁷ STS de 21 de Julio de 2017 (RJ SJPI 427/2017). Fundamento jurídico tercero.

³⁸ (<http://www.eleconomista.es/aragon/noticias/8060742/01/17/Primera-sentencia-en-Zaragoza-que-obliga-al-banco-a-pagar-los-gastos-de-formalizar-la-hipoteca.html>), Última consulta: 25 de mayo de 2018.

³⁹ STS de 23 de diciembre de 2015. (RJ 5618/2015). Fundamento jurídico séptimo.

Esta sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza es especialmente importante porque puede abrir la vía a que todas las personas que tengan una hipoteca -con independencia de que tengan o no cláusula suelo y de que se estén aún, amortizando o ya esté cancelada-, recuperen el dinero que el banco les obligó a pagar cuando firmaron la hipoteca.

Audiencia Provincial de Valencia de 6 de noviembre de 2017

La Sentencia de 6 de noviembre de 2017, la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia confirma la sentencia dictada en primera instancia, que condenaba al banco a la restitución de los gastos de Notario, Registro de la propiedad, gestoría e impuesto de actos jurídicos documentados.

El supuesto era el siguiente: los clientes concertaron un préstamo con garantía hipotecaria y en la escritura notarial se incluyó como cláusula, la obligación por los prestatarios al pago de todos los gastos e impuestos generados por la constitución del préstamo. Considerándola abusiva interpusieron demanda alegando que se trataba de una cláusula prerredactada sobre la que no hubo negociación para influir en su contenido y, como prueba de ello, dicha cláusula es uniforme para todos los contratos hipotecarios de dicha entidad financiera. Sin embargo, la entidad financiera alegó que dicha cláusula de gastos es transparente, de fácil comprensión y no resulta abusiva por responder a usos y costumbres.

La Audiencia Provincial de Valencia tiene en cuenta las siguientes cuestiones:

Se debe aplicar el 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

Consumidores y Usuarios y en particular el artículo 89 que califica como abusivas: “*La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables (numero 2)*” y cuando se trate de compraventa de viviendas a “*la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (3, letra a) y la que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (3º, letra c).*”

El artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores establece el principio de no vinculación del consumidor por dichas estipulaciones. Dicha norma ha sido reafirmada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 (sobre los efectos de las cláusulas suelo) que estableció:

“De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes”⁴⁰.

La “cláusula de gastos” es una condición general de contratación no negociada individualmente con el consumidor. Se trata de una cláusula de adhesión que ha sido incorporada a una pluralidad de contratos. Por tanto, su nulidad se rige por el artículo 8.2 de la Ley sobre Condiciones Generales

⁴⁰ STS del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 (RJ:980/2016). Párr.62.

de Contratación que remite a la definición de cláusula abusiva del artículo 82.1 de la TRLGDCU.

El artículo 82.2 del TRLGDCU impone la carga de la prueba de la existencia de negociación sobre el empresario. Y la entidad financiera ninguna prueba aportó al respecto. Una vez sentadas dichas bases, y a fin de dar respuesta a las cuestiones planteadas, la cuestión principal a resolver es ¿a quién beneficia la constitución de la hipoteca?, tenemos que empezar diciendo que la garantía hipotecaria es un derecho accesorio al préstamo y para su constitución, se requiere la formalización en escritura pública y la inscripción en el registro de la propiedad: el único beneficiado de la constitución de la hipoteca que garantiza la devolución del préstamo es el prestamista: Por tanto, es el banco el que debe soportar los gastos.

En esta línea, la Audiencia se refiere a la STS de 23 de diciembre de 2015 para recordar que tanto el arancel de notarios como el de Registro se deben pagar por el solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho. Y es evidente que el principal interesado en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es el banco, que obtiene un título ejecutivo (art. 517 LEC), que constituye una garantía real (arts. 1875 C y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de la ejecución hipotecaria (art. 685 LEC). Por tanto, hacer recaer todos los gastos sobre el cliente, cuando el beneficiario es el prestamista, es desequilibrado y abusivo en aplicación del artículo 89.2 TRLGDCU.

En cuanto a los gastos de notaría y registro la Audiencia se refiere a la STS de 23 de diciembre de 2015 que indicaba que *“la cláusula que repercute al consumidor hipotecante la obligación de asumir en exclusiva*

los gastos derivados de la intervención del Notario y del Registrador de la Propiedad es abusiva por infracción del artículo 89.3, apartado 2.2, en la medida en que repercute en el consumidor gastos de gestión que no le son imputables, y el 3. a) porque se impone al consumidor gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza corresponden a la entidad prestamista.⁴¹”

El Anexo II, norma sexta, del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre por el que se aprueba el Arancel de los Notarios y el Anexo II, norma octava, del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Es el banco el interesado en la constitución de la hipoteca. Por tanto, no cabe duda de que debe ser quien ha de soportar dichos gastos.

Por otra parte, con respecto al **Impuesto de Actos Jurídicos Documentados**, la cláusula que impone el pago de tributos al cliente infringe lo dispuesto en el artículo 89.3.c) TRLGCU, ya que el sujeto pasivo del impuesto es el empresario, además de contravenir normas imperativas. Así se considera tanto por aplicación de la jurisprudencia del TS en la sentencia de 23 de diciembre de 2015, como por los siguientes argumentos:

- 1.- Competencia: corresponde a la Sala Primera por dirimir sobre la nulidad de una cláusula abusiva.
- 2.- Nulidad: Es consecuencia de la falta de negociación, de reciprocidad y de proporcionalidad. El tribunal debe apreciar las consecuencias de dicha declaración de nulidad.

⁴¹ STS de 23 de diciembre de 2015 (RJ 5618/2015). Fundamento jurídico séptimo.

3.- Interés: Es el prestamista el interesado en constituir la garantía hipotecaria.

4.- Sujeto pasivo: La LITPAJD, en su artículo 15, establece que el sujeto pasivo es aquél a cuyo favor se realice el acto. Es el artículo 68.2 del Reglamento el que considera adquirente al prestatario. Y continúa indicando la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia:

“Sin embargo, resulta significativo que la sentencia del Pleno siquiera mencione el citado artículo y no se pronuncie sobre la jerarquía de la norma a aplicar cuando el Reglamento contradice la Ley, y este tribunal aprecia que esa omisión equivale a su inaplicación pues el artículo 6 de la LOPJ dispone: “Los Jueces y tribunales no aplicaran los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley y al principio de jerarquía normativa”.

El Reglamento contradice la Ley del Impuesto y, por tanto, no se debe aplicar. Se debe estar a lo dispuesto en los artículos 27.1 y 29: Será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan. No cabe duda de que el interés es del prestamista.

5.- La Audiencia no debe pronunciarse sobre la competencia entre las Salas del TS para resolver sobre el hecho imponible y sujeto pasivo en el LITPAJD. El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo llegó a la conclusión de que el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados no era repercutible al prestatario y, mientras no se modifique ese criterio, se debe aplicar dicha Jurisprudencia. En esa línea, ya se ha pronunciado la Sección 9 de la Audiencia Provincial de Valencia en sentencia de 4 mayo de 2016. No

se comparte el criterio de otras sentencias de audiencias provinciales que han excluido el reintegro del IAJD a los consumidores, por afectar a los efectos de la nulidad por abusiva de una cláusula y a la aplicación de la Directiva 93/13/CEE.

En cuanto a los gastos de gestoría, el razonamiento sobre el beneficiado sobre la tramitación ante el registro es el mismo: Se trata de un gasto que debe ser abonado por quien tenía interés en la obtención de la primera copia de la escritura y en la tramitación de la operación ante el Registro de la Propiedad para inscribir la garantía real hipotecaria. La gestoría se impone al consumidor, causando con ello un grave desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

En definitiva, se confirma la sentencia de la primera instancia, que declara la nulidad de la cláusula de gastos y ordena la restitución de lo abonado por notaría, Registro, gestoría y AJD, con intereses legales con imposición de las costas al banco.

1.3 Devolución parcial de los gastos

Audiencia Provincial de Pontevedra de 6 de abril de 2016

Esta sentencia versa sobre el carácter abusivo de una cláusula que opera como condición general de contratación, en un contrato de préstamo hipotecario que impone al consumidor, sin ninguna limitación ni especificación adicional, el pago de los gastos y tributos causados por el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario. A ello se añadía la pretensión de restitución de las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de la cláusula nula. La cláusula en cuestión es la siguiente:

“Serán de cuenta exclusiva de la parte deudora todos cuantos arbitrios e impuestos graven la finca o puedan crearse durante la vigencia de este contrato, así como los gastos, tales como tasación, gastos y honorarios de los técnicos que puedan intervenir, así como aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca, los derivados de la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y tributos ocasionados por esta escritura (y su acta de entrega), hasta la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad, e incluso las que pueden girarse con posterioridad con carácter complementario, como los de cancelación de cargas anteriores, y las primas devengadas por la póliza del seguro contra incendios cuyos conceptos podrá satisfacer el BANCO por cuenta de la parte prestataria si ésta no lo hiciere, garantizándose tales sumas con la cantidad consignada en la estipulación NOVENA para prestaciones accesorias. Igualmente, serán de cuenta del deudor los gastos de cancelación de la hipoteca y todos cuantos se produzcan al Banco si para conseguir la efectividad del pago de lo adeudado hubiera de ejercitarse cualquier acción de procedimiento

judicial, incluso los honorarios de Letrado y Procurador que utilizare cuando conforme a derecho proceda”.

La generalidad de la estipulación transcrita pone a cargo exclusivo de los prestatarios los gastos devengados por aranceles notariales por otorgamiento de la escritura y de su primera copia; los gastos producto de certificaciones registrales y notas simples; y los gastos y tributos, actuales o futuros, sin ninguna limitación, generados por el otorgamiento de la escritura de constitución de la hipoteca. En relación con la imposición generalizada, hemos considerado que de acuerdo con la normativa sectorial la responsabilidad del pago se atribuye al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor de inscriba el derecho o solicite una certificación. En la generalidad de los casos quien gestiona la formalización del contrato y solicita la intervención del fedatario público es la entidad financiera, aunque pueda entenderse, que también el prestatario puede ser considerado como beneficiario del gravamen o a favor de la que se inscribe el mismo, en la medida en que sin él no obtendría el crédito.

Pero en todo caso, ambas partes se benefician de la intervención notarial o registral. Por ello, una estipulación como la transcrita, lejos de asegurar una mínima reciprocidad entre los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, al hacer recaer su totalidad sobre el prestatario, es susceptible de generar el desequilibrio importante de que hablan las normas de protección del consumidor frente a estipulaciones predispuestas. Y esta posibilidad es suficiente para declarar la nulidad de la estipulación.

Desde esta consideración entendemos que por su generalidad constituye una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, y que no cabe pensar que aquél hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada, apareciendo expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLCU), por lo que debe ser declarada nula. Las mismas consideraciones cabe realizar con relación a la estipulación 5ª, respecto del pago de todos los tributos que graven el otorgamiento de la escritura; así, hemos razonado en el sentido de que atribuir de forma general, en todo caso, al prestatario hipotecante el pago de los tributos que graven la operación, sin distinción de ninguna clase, es susceptible de vulnerar la normativa sectorial constituida por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Consideramos que con carácter general, -al menos con la generalidad con la que se expresaban cláusulas idénticas, como las consideradas en aquellos litigios-, la entidad financiera no debía quedar al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados podría ser considerada, según los casos, sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. Consideramos además que se está ante normas que en relación a la distribución del pago del impuesto de actos jurídicos, tienen carácter imperativo, lo que determina la nulidad de cualesquiera pactos que en perjuicio del consumidor las contravengan al no determinarse otra consecuencia para el caso de infracción, y sobre ello, el

tenor del art. 89.3 c) TRLCU determina como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, por lo que la cláusula, en su generalidad, ha sido correctamente declarada nula.

Audiencia Provincial de la Coruña 25 de septiembre de 2017

Esta sentencia es clara respecto de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios, al entender que los gastos notariales, de registro y de hacienda se repartirán a partes iguales y el modelo 600 (impuesto de AJD), se debe abonar por el sujeto pasivo, esto es, por el prestatario y no por el banco.

En definitiva, en síntesis, se viene argumentando por la jurisdicción contenciosa que, en la escritura de constitución del préstamo con garantía hipotecaria, existen dos actos jurídicos contractuales: el préstamo y la constitución de la garantía. El art. 15.1 del Real Decreto legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, consagra el principio de unidad de hecho imponible en torno al préstamo, al establecer que *“la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo⁴²”*; lo que se ratifica en el art. 25.1 de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo. Por su parte, el art. 29 del mencionado texto refundido atribuye la condición de sujeto pasivo «al adquirente del bien o derecho» que, de acuerdo con el principio de unidad de hecho imponible, no es la garantía convenida a favor del acreedor, sino el préstamo documentado en la

⁴² STS de 25 de septiembre de 2017 (RJ SAP C1847/2017). Fundamento jurídico segundo.

escritura notarial. Por tanto, solo el prestatario, como adquirente, es sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados devengado por el solo hecho imponible del otorgamiento del préstamo hipotecario, lo que viene a refrendar el art. 68, párrafo segundo, del Reglamento, que por ello no infringe la jerarquía normativa, pues tras reiterar que el obligado tributario es el adquirente del derecho constituido en la escritura, especifica lo siguiente: “Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario”.

Audiencia Provincial de la Rioja 31 de octubre de 2017

La Audiencia Provincial de La Rioja confirma la nulidad de estas cláusulas, al entender que son abusivas y por ende nulas, en la medida en que subyace en ellas una evidente intención de imputar al deudor cualquier gasto o tributo que pueda tener relación con el contrato o con su devenir, de una forma genérica y arbitraria, permitiendo a la entidad bancaria -en ejecución de la cláusula-, cargar dichos gastos en la cuenta del cliente, incluso cuando éstos pudieran ser de cuenta del Banco. Sin embargo, limita los efectos de la nulidad a la devolución de la totalidad de los gastos correspondientes al Registro de la Propiedad y a la mitad de los gastos correspondientes al Notario, entendiendo -en relación a estos últimos- que tanto prestatario como prestamista pueden considerarse interesados en el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario.

Tesis que subyace en la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4ª, del 25 de septiembre de 2017 (ROJ: SAP C 1847/2017 - ECLI:ES:APC:2017:1847), que razona que “...si aplicamos la mentada norma arancelaria podríamos concluir, que si ambas partes acuden al

notario para formalizar su relación contractual, para lo cual incluso podrían compelerse recíprocamente conforme al art. 1279 en relación con el art. 1280 del CC , es que ambas, por acto concluyente suyo, solicitan la intervención notarial; por lo tanto, por tal circunstancia y en ausencia de otras pruebas, serían deudoras de los aranceles por los servicios prestados, como igualmente lo serían por las normas de derecho sustantivo, en tanto en cuanto ostentan, por tal circunstancia, la condición de deudoras del precio por los servicios profesionales prestados (art. 1544 del CC), vínculo obligacional distinto del propio del negocio jurídico autorizado por el fedatario interviniente. Es más conforme a la normativa fiscal el arancel le corresponde satisfacerlo a los usuarios del servicio⁴³.”

Debe colegirse en definitiva que ambos se someten a la intervención del Notario de mutuo acuerdo, y que, por ende, ambos requieren dicha intervención. Por lo tanto, son los dos, banco prestamista y parte prestataria, los obligados pagar esos gastos conforme a la norma Sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, que establece como regla primigenia que la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario.

Por consiguiente, la consecuencia de la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula cuarta del contrato en lo que se refiere a los gastos notariales, es la aplicación de este Arancel, que en este caso, en la medida en que los requirentes de dicha actuación notarial son tanto el prestamista como los prestatarios, se traduce en que ambas partes , si bien son solidariamente

⁴³ STS de 25 de septiembre de 2017 (RJ SAP C1847/2017). Fundamento jurídico tercero.

responsables frente al notario en la medida en que ambos contrataron su intervención, internamente a cada una de ellas le corresponde pagar la mitad de estos gastos (artículos 1137 y 1138 del Código Civil).

El fallo también confirma la nulidad de las cláusulas -por abusivas- relativas a; la imposición de comisiones por incumplimiento de cuotas, intereses y /o amortizaciones y la imposición de comisiones por subrogación y modificación de las condiciones del préstamo; así como las cláusulas relativas a los intereses de demora y a la imputación de pagos. La sentencia marca la tendencia a seguir por la Audiencia Provincial de La Rioja -y Juzgados inferiores- en los procedimientos que impliquen la devolución del dinero cobrado por este tipo de cláusulas. Un criterio que no está exento de polémica, pues sobre él existe una gran disparidad entre las diferentes sentencias dictadas por los distintos Tribunales españoles.

El debate respecto a los gastos de notaría, registro y gestoría se divide entre aquellas Audiencias provinciales – las menos– que consideran que estos gastos benefician a ambas partes por igual, siendo ambos interesados en ello y por tanto reparten el gasto al 50% entre la entidad bancaria y el consumidor; y la mayoría de Audiencias provinciales, que considera que el interés del consumidor es únicamente el préstamo en sí, como contrato, siendo exclusivamente la entidad bancaria la que tiene interés en que se formalice ante Notario y se inscriba en el Registro, dado que así tiene una garantía superior y especial al mero documento privado en caso de incumplimiento.

Audiencia Provincial de Alicante es de fecha 13 de noviembre de 2017

Esta sentencia condena a devolver parte de los gastos de la hipoteca al excluir la restitución del impuesto de actos jurídicos documentados. Cuenta con un voto discrepante de uno de los magistrados que, en contra de la mayoría, considera que también el impuesto de actos jurídicos documentados debe incluirse en la devolución interesada.

La imposición al prestatario con carácter exclusivo de todos los gastos del arancel notarial y registral constituye una cláusula abusiva -siguiendo la doctrina establecida por la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015-, por lo que las cantidades abonadas por esos conceptos deberán ser restituidas a la prestataria en virtud de lo previsto en el artículo 1.303 del Código civil⁴⁴.

Lo mismo ocurre con los gastos de gestoría, ya que la imposición al prestatario de estos gastos los considera abusivos en relación al artículo 89.4 del Texto Refundido de la Ley General Defensa Consumidores y Usuarios: “*La imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios y accesorios no solicitados*”. Sin embargo, con los gastos referidos a la tasación del inmueble se imputa al comprador hipotecante ya que se trata de un gasto precontractual que normalmente asume el comprador en tanto que obligado a poner a disposición del prestamista los datos necesarios para la elaboración de la oferta correspondiente, tanto en cuanto al principal como, en su caso, las condiciones en que establece la hipoteca. Y, por último, en cuanto al impuesto de actos jurídicos documentados, existen pronunciamientos discrepantes de las Audiencias

⁴⁴(<https://www.mundojuridico.info/audiencia-alicante-condena-devolver-parte-los-gastos-hipoteca/>), Última consulta: 25 de mayo de 2018.

Provinciales; la Audiencia Provincial de Alicante sigue el criterio mantenido en la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 25 de septiembre de 2017, que después de examinar todos los aspectos relacionados con esta cuestión, termina diciendo que el prestatario es el sujeto obligado a su pago.

Audiencia Provincial de las Palmas de 3 de abril de 2018

Esta sentencia me parece de notoria importancia ya que establece cómo han de resolver los juzgados de la provincia los litigios sobre los gastos hipotecarios. En ella la sección cuarta de la Audiencia Provincial, resuelve el recurso interpuesto por el Banco Popular contra una sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Puerto del Rosario (Fuerteventura) que le condenaba a devolver a un cliente la totalidad de los gastos que le ocasionó su hipoteca, al entender "abusivo" trasladar al cliente todos esos gastos.

El tribunal ratifica el carácter abusivo y proclama que: *“A falta de negociación individualizada (pacto), se consideró abusivo que se cargaran sobre el consumidor gastos e impuestos que, en aplicación de las disposiciones legales aplicables en ausencia de pacto, se distribuyen entre las partes según el tipo de actuación (documentación, inscripción, tributos) [...] Por lo que una cláusula que cargue indiscriminadamente el pago de todos los tributos al prestatario, sin distinción o salvedad alguna, puede ser abusiva, por aplicación analógica del art. 89.3 c) TRLGCU, que en los contratos de compraventa de viviendas considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario; dado que los préstamos sirven para financiar esa operación principal que es la adquisición de la vivienda⁴⁵”*,

⁴⁵ STS de 3 de abril de 2018 (RJ SAP GC 6/ 2018). Fundamento jurídico tercero.

pero, da la razón en parte al banco, al estimar que el solicitante de la hipoteca deberá afrontar algunos de los gastos derivados de la misma; en concreto, la mitad del timbre y todos los relativos al pago de los impuestos de actos jurídicos documentados y transmisiones patrimoniales.

“3. La Sala resuelve la cuestión aplicando la Jurisprudencia más reciente y analizando las alegaciones planteadas en el orden conveniente. Partiendo del hecho no discutido de que todos los gastos se repercutieron al Cliente, la cláusula es abusiva. Las cantidades que debe restituir el Banco como consecuencia de la nulidad son: (a) los Derechos de Notario y las copias, salvo las que se haya acreditado que solicitó expresamente el Cliente; (b) la totalidad del Arancel del Registrador de la Propiedad, en lo que corresponde al préstamo hipotecario; (c) la mitad del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, correspondiente al timbre, según aparece en la factura del Notario; (d) la totalidad de los gastos de gestoría y tasación. No procede ningún tipo de restitución con relación a la suma abonada por DON BBB en concepto de Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Tampoco procede la devolución de los gastos de cancelación de una hipoteca anterior⁴⁶.”

La Audiencia analiza en su sentencia de forma pormenorizada cada uno de esos conceptos, a la luz de "la jurisprudencia más reciente" que existe sobre este tipo de pleitos hipotecarios. En relación a la escritura notarial, subraya que habitualmente se redacta conforme a la minuta que facilita el banco, entidad que es, a su vez, "la interesada" en que se firme una garantía hipotecaria para el préstamo. En este sentido, recuerda que el Tribunal Supremo ya estableció que *"si bien el beneficiario por un préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la*

⁴⁶ STS de 3 de abril de 2018 (RJ SAP GC 6/ 2018). Fundamento jurídico primero.

*constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista*⁴⁷. En consecuencia, considera que resulta abusivo que el banco atribuya el pago de los gastos de la escritura de la hipoteca al solicitante del crédito.

En cuanto a los gastos del Registro de la Propiedad, remarca que *"la hipoteca se inscribe a favor del banco, por lo que es el banco el que debe afrontar los gastos del registro"*⁴⁸. Por lo que respecta a este apartado, el tribunal ofrece una respuesta sencilla ya que la considera suficientemente avalada por las sentencias del Tribunal Supremo. Con respecto a los impuestos: Impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados corren a cargo del prestatario. **"1. Respecto del hecho imponible del impuesto de transmisiones patrimoniales consistente en la constitución del préstamo hipotecario [...] la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible sea el prestatario, de conformidad con lo establecido en el art. 8 d), en relación con el 15.1, LITPAJD [...] respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, en armonía con la jurisprudencia de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo, debemos concluir que el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario"**.

2. *"En cuanto al impuesto sobre actos jurídicos documentados por la documentación del acto –préstamo con garantía hipotecaria- en escritura pública (arts. 27.3 y 28 LITPAJD y 66.3 y 67 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados -en adelante,*

⁴⁷ STS de 3 de abril de 2018 (RJ SAP GC 6/ 2018). Fundamento jurídico tercero.

⁴⁸ STS de 3 de abril de 2018 (RJ SAP GC 6/ 2018). Fundamento jurídico tercero.

el Reglamento-) [...] en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta (art. 69 del Reglamento), será sujeto pasivo el prestatario, por indicación expresa del art. 68 del mismo Reglamento”⁴⁹.

La Audiencia de las Palmas analiza desde una óptica similar el gasto que generado por la intervención de una gestoría en la firma de una hipoteca; pues "su tarea", dice, "facilita el negocio del banco, especialmente en cuanto a la presentación de los documentos en el Registro de la Propiedad", así que es la entidad financiera la que debe pagarlo. En este sentido, el mismo razonamiento es aplicable a los honorarios de la entidad que se ha encargado de realizar la necesaria tasación de la finca objeto de la hipoteca.

La sentencia dictamina, en cambio, que el timbre deben pagarlo a partes iguales el banco y el cliente y que los impuestos corren a cargo del solicitante del préstamo, así como los gastos derivados de una cancelación de una hipoteca anterior sobre esa finca, si fuera el caso.

Para finalizar, la Audiencia de Las Palmas falla que el banco debe asumir los relativos a notaría, registro, gestoría y tasación y el cliente, los impuestos.

Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 18 de abril de 2018

En ella se resuelve un recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia sobre nulidad como condición general y reclamación de cantidad. En esta sentencia la parte recurrente, Caixabank, es condenada a abonar a la demandante una cierta cantidad de dinero por la nulidad parcial de una cláusula, referida a los gastos que debía asumir el prestatario. Es preciso señalar una serie de cuestiones, con respecto al

⁴⁹ STS de 3 de abril de 2018 (RJ SAP GC 6/ 2018). Fundamento jurídico cuarto.

impuesto de actos jurídicos documentados, la sala 3 del Tribunal Supremo considera que el sujeto pasivo de este impuesto es el prestatario, entendiendo que éste es el adquirente del bien o derecho. De acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo, que parte de su propia jurisprudencia sobre la abusividad de una cláusula que, sin negociación y de manera indiscriminada atribuye en todo caso el pago de los gastos e impuestos al consumidor, a pesar de que la ley, según distintos supuestos, hace una distribución de los mismos, pueden darse dos situaciones en relación con el impuesto de actos jurídicos documentados.

“Por la constitución del préstamo, el pago incumbe al prestatario. Sobre este particular se remite a la jurisprudencia constante de la Sala Tercera, de lo Contencioso- Administrativo, del tribunal, ya expuesta, que ha establecido que el sujeto pasivo del impuesto es el prestatario.

Por el timbre de los documentos notariales, el impuesto correspondiente a la matriz se abonará por partes iguales entre prestamista y prestatario, y el correspondiente de las copias, por quien las solicite.⁵⁰”

En lo que se refiere a los gastos de notaría y registro, siguiendo el criterio de la sentencia del Supremo de 23 de diciembre de 2015, quien tiene el principal interés en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es el prestamista. Así obtiene un título ejecutivo (art. 517.2.4 de la LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 de la LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (arts. 681y ss. de la LEC). No obstante, esta sentencia añade una reflexión que permite una distribución equitativa de dichos gastos notariales y registrales, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no

⁵⁰ STS de 18 de abril de 2018, Fundamento jurídico Segundo.

puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista.

Por todo ello, *“este tribunal entiende que los gastos notariales, en lo que se refiere a la matriz, deben ser satisfechos por la mitad, sin perjuicio de que, los derivados de las copias, corresponda a la parte que las solicita. Por el contrario, los gastos del registro de la propiedad deben ser sufragados por la entidad prestamista como interesada en la inscripción en la medida en que es constitutiva de la garantía, por lo que no procede atender el recurso de la entidad bancaria en este punto.”*⁵¹

En resumen, el gasto del registro de la propiedad ha de ser satisfecho por la entidad prestamista; mientras que el impuesto de actos jurídicos documentados le corresponderá al consumidor. En cuanto a los gastos de notaría serán abonados a partes iguales.

⁵¹ STS de 18 de abril de 2018, Fundamento jurídico Tercero.

2. Vías para reclamar los gastos de la hipoteca

Hasta en enero de 2017, todo aquel que firmaba una hipoteca (o ampliaba una anterior) pagaba de su bolsillo los gastos de notaría, registro, gestoría y el impuesto de actos jurídicos documentados. Una vez que los tribunales declaran la nulidad “por abusiva” esta cláusula de los gastos, no todos siguen el mismo criterio, en especial el impuesto de actos jurídicos documentados, existiendo resoluciones que atribuyen este gasto al consumidor, otros al banco y otros a ambos en diversas proporciones.

Nos encontramos dos formas para reclamar esta serie de gastos, una extrajudicial y la otra vía judicial. Sea cual sea el camino elegido, lo primero que hay que hacer es recabar una serie de documentos para solicitar la devolución de los gastos de formalización de un préstamo hipotecario. Una vez recopilado todos los papeles, en el caso de optar por la vía extrajudicial conviene acercarse a la entidad y solicitar su devolución. Si la respuesta es negativa, debe enviarse una carta de reclamación al defensor del cliente de la entidad.

Puede ocurrir, y de hecho así ha sucedido, que la entidad financiera, ante la posibilidad de iniciar un proceso judicial se avenga a devolver todos los gastos. Fernando Salmerón⁵², explica que uno de sus clientes, inició en un proceso más amplio de cláusulas suelo, una negociación con la entidad para recuperar igualmente estos gastos. Inicialmente hicieron caso omiso de la petición. Se mandó escrito al defensor del cliente en el que se advertía de la posibilidad de iniciar acciones judiciales. Finalmente, ellos mismos

⁵²(https://elpais.com/economia/2017/02/09/actualidad/1486639048_384219.html), Última consulta: 25 de mayo de 2018.

llamaron – CajaSur- y accedieron a abonar a nuestro cliente los gastos de notaría, registro e Impuesto de Actos Jurídicos Documentados”.

En el caso de que no se haya dado este desenlace, si pasados dos meses no se ha recibido respuesta de la entidad o ésta es negativa, el hipotecado podrá acudir al Servicio de Reclamaciones del Banco de España, que abrirá expediente. En un plazo máximo de cuatro meses tendrá una respuesta, pero, aunque ésta sea favorable a sus intereses, puede no recuperar nada porque la resolución del Banco de España no es vinculante para la entidad. En definitiva, el particular puede acudir directamente o simultáneamente a la vía judicial. Puede recurrir a los servicios de un bufete de abogados, lo habitual es firmar un poder notarial a su favor para que éste pueda actuar en su nombre en cualquier pleito que se plantee.

La segunda alternativa es acudir a alguna de las principales asociaciones de consumidores: Adicae, OCU y Facua que, en general, ofrecen llevar a cabo acciones colectivas (o multiindividuales) agrupadas o no por las entidades.

Reclamar los gastos de la formalización de la hipoteca tiene un coste. Si se opta por la vía extrajudicial, el tiempo en buscar los documentos, escribir la solicitud, remitir el expediente, será el principal gasto, más allá del precio de las fotocopias de los documentos requeridos. Si se escoge la vía judicial, no hay asociación de consumidores, ni despacho de abogados que, de una manera u otra, no cobre por sus servicios.

Los documentos que se necesitan son los siguientes: *“factura de los gastos de la notaría en la que se suscribió, factura de los gastos del impuesto de*

Actos Jurídicos Documentados, factura de los gastos de inscripción en el Registro de la Propiedad de dicha hipoteca, factura de la gestoría encargada de la tramitación, si es que recurrió a ella, escritura del préstamo hipotecario, factura de la tasación del inmueble, último recibo del pago de la hipoteca en caso de seguir abonándola y si se van a reclamar los gastos de formalización de la hipoteca por cancelación de la misma o novación es necesario aportar las escrituras correspondientes”⁵³.

V. Conclusiones

Como hemos podido comprobar, el problema las cláusulas abusivas se ha generalizado en las concesiones de préstamos hipotecarios; y ello, en parte, ha venido motivado por el contexto existente en ese momento. El sistema financiero español atravesaba uno de sus mejores momentos y los consumidores que acudían –masivamente- a las entidades bancarias para solicitar una hipoteca, las cuales incluían en sus cláusulados determinadas estipulaciones que escapaban a su conocimiento; no solo porque éstos carecieran de la suficiente preparación académica para comprender el alcance de aquéllas, sino porque, generalmente, y pese a las disposiciones reglamentarias -e incluso legales- vigentes, que establecían mecanismos de información precontractual en los casos de los préstamos hipotecarios (me refiero, entre otras, a la Orden de 1994, actualmente modificada), las entidades bancarias protagonizaban toda la fase negocial del contrato llevando a cabo actuaciones poco transparentes; de tal forma que los prestatarios desconocían la mayor parte de las cláusulas que se contenían en

⁵³(https://elpais.com/economia/2017/02/09/actualidad/1486639048_384219.html), Última consulta: 25 de mayo de 2018.

un contrato plagado de cifras, datos, expresiones técnicas y cálculos matemáticos, así como previsiones redactadas de forma, cuanto menos, poco clara.

La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril establece un listado de cláusulas que se entienden como abusivas en los contratos celebrados con consumidores, incorporadas en el Derecho interno en los artículos 82 y siguientes del Real Decreto-Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. A pesar de ello, cabe preguntarse si la previsión *ex ante* de un elenco de cláusulas abusivas ha servido en la práctica puesto que, aunque existía tal regulación, nada ha impedido para que la utilización de forma abusiva de las cláusulas suelo se haya extendido y protagonizado por la casi totalidad de entidades bancarias. Por tanto, quizás hubiera sido necesario proceder a una regulación jurídica específica y concreta sobre la materia, sin que se considerara suficiente acudir, de forma subsidiaria, a normas genéricas o regular determinados aspectos en leyes “en caliente” para dar respuesta a un descontento social sin proceder, en definitiva, a una solución del problema.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, fundamentalmente, en argumentación a lo establecido en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, se ha pronunciado entendiendo que la abusividad de la cláusula suelo viene dada por su inclusión en el contrato de préstamo hipotecario sin cumplir con el requisito de transparencia. Sin embargo, distintos Juzgados de lo Mercantil y de Primera Instancia, así como Audiencias Provinciales, vienen fallando utilizando argumentos diferentes a los usados por el Tribunal Supremo. Por ello, entienden que la abusividad no vendría determinada por una falta de

transparencia, sino a la falta de reciprocidad en las obligaciones de las partes, en aplicación del art. 82.4.c) del Real Decreto Legislativo 1/2007.

Personalmente, y apoyando la tesis menos extendida, sería correcto afirmar que la abusividad vendría determinada por una ausencia de equilibrio en cuanto a las prestaciones de las partes, ya que la inclusión de una cláusula suelo se configura como perjudicial para el consumidor cuando se produce una bajada considerable del tipo de interés de referencia y no se contiene previsión alguna en su beneficio para el caso contrario. Éstas serían las llamadas cláusulas techo, que, pese a incluirse en ciertas hipotecas, estaban previstas para un elevado porcentaje, por lo que, en la práctica, resultaría imposible que pudiera ser de aplicación. Por ello, la inclusión de la correspondiente “cláusula techo” debería hacerse en términos reales, es decir, determinando un porcentaje que, efectivamente, pudiera llegar a alcanzarse y no, por el contrario, prever la existencia de tal techo en una cifra a sabiendas de la imposibilidad de que, efectivamente, se produzca.

En aplicación de las normas generales de las obligaciones, el principal efecto de la declaración de nulidad sería la restitución de las prestaciones. Sin embargo, el Tribunal Supremo, amparándose en el principio de seguridad jurídica y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, consideró que no podía declararse una nulidad con efectos *ex tunc* de la sentencia, sino que, por el contrario, la nulidad solo alcanzaría a las resoluciones posteriores, no debiendo, por tanto, proceder a la devolución de las cantidades cobradas y todo ello, argumentando el gran perjuicio económico que podría producirse de operar en caso contrario.

Pese a la rotundidad del Tribunal Supremo en declarar la irretroactividad de la sentencia y, por ende, la no restitución de las cantidades percibidas por las entidades bancarias, la jurisprudencia de los Juzgados y de las Audiencias, a la que, personalmente, me adhiero, provocaron una situación muy contradictoria. Muchos son los argumentos utilizados para negar que la irretroactividad o la no devolución de las cantidades debidas se consoliden como la norma general. Ello, trajo consigo que se pronunciara el Tribunal de Justicia en su sentencia de 21 de diciembre de 2016, donde permitió que se reclamen los perjuicios que se le hayan producido no solo los causados con posterioridad a la sentencia de 2013 sino también los producidos con anterioridad, esto significa, una retroactividad total.

Con esto se pretende que las cláusulas consideradas abusivas sean consideradas nulas, es decir, como si no hubieren existido; por lo que no puede producir ningún efecto al consumidor.

Bajo mi punto de vista, esta es la decisión correcta, ya que se han condenado a los bancos a la devolución de lo percibido cuando una cláusula suelo es declarada abusiva para evitar un enriquecimiento injusto de la entidad, en perjuicio del consumidor. No hay que olvidar, que lo que está en juego son los intereses económicos de las personas, quienes ven reducida su riqueza cuando los jueces y tribunales les niegan su poder de recuperar lo que, efectivamente, ha quedado probado que habían perdido indebidamente. Por tanto, el perjuicio económico vendría dado en mayor medida, no al mercado, sino a los propios consumidores; ya que las entidades bancarias mediante la imposición de cláusulas calificadas como abusivas por el

Supremo, cargaban al consumidor la obligación al pago de todos los gastos derivados del préstamo hipotecario.

Con respecto al impuesto de actos jurídicos documentados, el Supremo no ve abusivo que la banca cargue al cliente el impuesto de actos jurídicos documentados asociado a la constitución de una hipoteca. Así se ha pronunciado la Sala Primera del Tribunal Supremo al resolver sendos recursos sobre el reparto de los gastos de constitución de la hipoteca.

Cuestión distinta son los gastos por el timbre de los documentos notariales. En este caso la Sala Civil dictamina que se abonarán «por partes iguales» entre el prestamista y prestatario, y las copias las pagará quien las solicite.

Los gastos derivados de una hipoteca han generado una importante controversia en los últimos tiempos y, por tanto, inseguridad jurídica. Los pronunciamientos de los Juzgados de las distintas provincias han sido diferentes, y de las Audiencias Provinciales también, existiendo incluso confrontación entre las diversas secciones que componen una misma Audiencia Provincial o incluso en el seno del propio Tribunal Supremo.

Una veintena de audiencias provinciales habían publicado ya sentencias a favor de los consumidores tras reclamar el coste de la totalidad de los gastos de formalización de sus hipotecas. Y de ellas, la mitad había obligado a la banca a asumir todos los gastos, lo que incluye Registro de la Propiedad, la notaría y el impuesto de Actos Jurídicos Documentados (AJD). En cambio, las demás habían ordenado la devolución de una tercera parte (Registro y notaría).

VI. Bibliografía

ALONSO PÉREZ, M^a., *Vivienda y crisis económica*. Ed. Aranzadi, Zaragoza, 2014, Capítulo 3.

AVILÉS GARCÍA, J., *Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España*. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

BERCOVITZ R.- CANO., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015, p.39.

CAMARA LAPUENTE, S., *Práctica administrativa y análisis de los avances del Derecho de Consumo*, Centro de Estudios de Consumo (www.uclm.es/centro/cesco), mayo 2013.

FERNANDEZ SEIJO, J.M. *La tutela de los consumidores en los procedimientos judiciales*, Ed. Bosch, Barcelona, 2017, p.68.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Ed. Dykinson, Madrid, 2017, Capítulo 7, página 143.

LOPÉZ JIMÉNEZ, J. M., *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*, 3ª Edición. Ed. Bosch, Barcelona, 2017, p. 396.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p.189.

VII. Jurisprudencia citada

STS del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 (RJ 980/2016)

STS del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 26 de enero de 2017. (RJ 60/2017)

STS de 9 de mayo de 2013 (RJ 1916/2013)

STS de 25 de marzo de 2015 (RJ 1280/2015)

STS de 23 de diciembre de 2015 (RJ 5618/2015)

STS de 15 de marzo de 2018. (RJ 848/2018)

Audiencia Provincial de Pontevedra de 6 de abril de 2016

Audiencia Provincial de Asturias de 17 de Julio de 2016

Audiencia Provincial de Zaragoza de enero de 2017

Audiencia Provincial de la Coruña 25 de septiembre de 2017 (RJ SAP C1847/2017)

Audiencia Provincial de la Rioja 31 de octubre de 2017

Audiencia Provincial de Valencia de 6 de noviembre de 2017

Audiencia Provincial de Alicante es de fecha 13 de noviembre de 2017

Audiencia Provincial de las Palmas de 3 de abril de 2018 (RJ SAP GC 6/2018)

Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 18 de abril de 2018