

PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS. ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA RELATIVA A LOS GASTOS DE FORMALIZACION DE LA HIPOTECA, IMPUTADOS DE FORMA GENÉRICA AL CONSUMIDOR.

Cristina Gámez Gumersindo
Abogada en Rivas & Padilla
Experta en Derecho bancario

Fecha de recepción: 22 de enero

Fecha de aceptación: 25 de abril

RESUMEN: La Sentencia del tribunal Supremo de 23 de Diciembre de 2015, hito jurisprudencial respecto a la declaración de cláusulas abusivas, no solo declaró abusividad de la tan conocida cláusula suelo, también la declaró respecto a la cláusula relativa a los “GASTOS DE FORMALIZACION DE LA HIPOTECA”. Dicha cláusula, de forma genérica y predispuesta, imputa al consumidor la asunción de todos los gastos derivados de constitución del préstamo hipotecario.

En el presente artículo analizaremos la abusividad de la citada cláusula, los efectos de dicha declaración y la jurisprudencia recaída al respecto.

ABSTRACT: The sentence of the Supreme Court of 23rd of December 2015, milestone in the jurisprudence regarding the declaration of unfair terms, not only did it declare the abuse of the 'known' floor clause, but also declared it in the clause related to the mortgage formalisation expenses. Hence, as settled and in general terms, the consumer will be charged with the assumption of costs related to the constitution of the mortgage loan.

In this article, we will analyse the abuse of the latter clause, the effects of the declaration and the related jurisprudence.

PALABRAS CLAVE: condiciones generales de la contratación, cláusulas abusivas, gastos constitución hipoteca/ gastos hipoteca

KEYWORDS: general contractual terms, unfair terms, mortgage formalisation expenses/mortgage expenses

SUMARIO: 1. Concepto jurídico de cláusula abusiva. 2. Cláusula relativa a los gastos de formalización de la hipoteca imputados al prestatario. Análisis y fundamentos de la declaración de abusividad. Partidas de gastos reclamables asumidos por el prestatario como consumidor. Efectos de la declaración de abusividad. 3. Análisis de la sentencia del tribunal supremo de 23 de diciembre de 2015.

Analizaremos en este artículo la abusividad de la Cláusula referente a “Gastos” incluida de forma genérica en los préstamos garantizados con hipoteca, desglosando aquellas partidas que imputadas de forma genérica al prestatario, corresponden a la Entidad Bancaria.

1. CONCEPTO JURÍDICO DE CLÁUSULA ABUSIVA

El concepto de cláusula abusiva aparece definido en el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1998, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y en el artículo 82 del T.R. de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 16 de noviembre de 2007, que traspuso la Directiva citada al derecho español y derogó la anterior Ley sobre la misma materia.

El primero de los citados artículos, esto es, el art. 3 de la Directiva 93/13/CEE¹ establece que *“1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas 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 derivan del contrato.”* Continuando *“2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. (...)”*, mientras que el artículo 82 del Real Decreto 1/2007, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGCU), establece que *“se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas 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.”*

En atención a la regulación expuesta, el análisis de la abusividad de una cláusula, se centrará en la concurrencia de los siguientes requisitos:

- A) Cláusula predispuesta en el seno de un contrato de adhesión, que no haya sido negociada individualmente por el consumidor, es decir, que nos encontremos ante una condición general de la contratación.
- B) Que el adherente tenga la condición de consumidor.
- C) Que la cláusula sea contraria a la buena fe.
- D) Que exista un desequilibrio en perjuicio del consumidor.

A continuación, analizaremos cada uno de dichos requisitos:

A) Contratos de adhesión y condiciones generales de la contratación

El contrato de adhesión² es aquel contrato cuyo contenido y clausulado ha sido redactado por una de las partes sin intervención de la otra, cuya libertad contractual queda limitada a manifestar o no la aceptación de sus estipulaciones, de adherirse o no al contrato.

La peculiaridad del contrato de adhesión reside en el hecho de que no son ambas partes las que redactan el clausulado, sino que éste es predispuesto e impuesto por una de ellas a la otra, que no puede más que aceptarlo o rechazarlo.

La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en su artículo 1, define las condiciones generales como *“las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.”*

En palabras de MAGRO SERVET V., Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid³, *“la cuestión de este punto se centra en cuándo y cómo considerar que una cláusula de un*

¹ eur-lex.europa.eu/legal

² <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>

³ V. MAGRO SERVET, Casuística sobre la cláusula suelo en los contratos entre bancos y consumidores. Respuesta de los tribunales”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, nº 1.

contrato es impuesta como tal al consumidor, y para ello el TS señala que el art. 1 LCGC no precisa qué debe entenderse por imposición de la condición general por una de las partes, por lo que, al desarrollarse el litigio en materia de condiciones insertas en contratos con consumidores resulta particularmente útil lo dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 93/13, a cuyo tenor "se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión".

La peculiaridad, por tanto, de las condiciones generales de la contratación reside en el hecho de que ésta es impuesta por una de las partes a la otra. Ahora bien, para que la "cláusula no negociada individualmente" alcance la categoría de "condición general de la contratación", además habrá de nacer bajo la necesaria finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos, normalmente de adhesión, en el sentido definido en párrafos anteriores.

B) Condición de consumidor.

El concepto de consumidor viene definido en el artículo 3 del TRLGCU, que establece que *"son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial."*

Por tanto, el adherente tendrá que ser una persona física o jurídica, que actúe en un ámbito ajeno a su actividad comercial o empresarial, o ajeno a su profesión u oficio.

C) Cláusula contraria a la buena fe.

Para conocer la buena fe contractual, nos remitirnos al artículo 1258 del código civil, que, completando la regulación del artículo 1255 del mismo texto legal, establece que *"los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley."*

Por buena fe⁴, en sentido objetivo, se entiende una honestidad o lealtad en la actuación, entendiéndose que se actúa en contra de ella cuando el contrato tenga en cuenta sólo los intereses de la parte que lo redactó.

D) Desequilibrio en perjuicio del consumidor.

La existencia de una cláusula contraria a la buena fe, nos lleva a analizar la posible existencia de desequilibrio entre las partes, un desequilibrio que debe ser de cierta entidad, injustificado y en perjuicio del consumidor.

La valoración de dicho desequilibrio, partirá de la existencia de una serie de elementos contenidos en el art. 82.3 del TRLGCU, a saber: (a) Naturaleza de los bienes objeto del contrato, (b) Circunstancias concurrentes en el momento de su celebración (c) Todas las demás cláusulas del contrato.

Como acertadamente señaló el Fiscal AGUIRRE SEOANE, J.⁵, la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 (caso Aziz) declaró que para determinar si una cláusula ocasiona, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato debe tenerse en cuenta las normas del Derecho Nacional que serían aplicables cuando no exista la cláusula (v. gr. cláusulas que reconocen al empresario un derecho que no se atribuye al consumidor, sin justificación). Debe valorarse también si en el caso de que hubiera existido una negociación paritaria esa cláusula habría sido aceptada por el consumidor.

Paradigma de desequilibrio serían las cláusulas que se declaran expresamente abusivas por falta de reciprocidad, en la lista contenida en el TRLGDCU (la llamada lista negra de

⁴ www.um.es/aulasenor/saavedrafajardo/apuntes/doc/clausulas_abusivas. Universidad de Murcia

⁵ Ponencia Fiscal Juan Aguirre "La impugnación de las cláusulas abusivas"

cláusulas abusivas), concretamente en el artículo 87, que considera abusivas las cláusulas de redondeo, las que impongan limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin a los contratos de prestación de servicios o suministro de tracto sucesivo, o la pérdida de cantidades abonadas por anticipado, o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados en esta clase de contratos.

2. CLÁUSULA RELATIVA A LOS GASTOS DE FORMALIZACIÓN DE LA HIPOTECA IMPUTADOS AL PRESTATARIO. ANÁLISIS Y FUNDAMENTOS DE LA DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD. PARTIDAS DE GASTOS RECLAMABLES ASUMIDOS POR EL PRESTATARIO COMO CONSUMIDOR. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD.

Una vez expuesto el marco normativo y conceptual de las cláusulas abusivas, y los requisitos para su apreciación, nos centraremos en una de las cláusulas incluidas en la totalidad de los préstamos con garantía hipotecaria suscritos con las entidades financieras; la relativa a los gastos de formalización de la hipoteca.

Bajo la rúbrica de “GASTOS” o “GASTOS DE FORMALIZACION”, se imputa de forma genérica al consumidor/ prestatario la asunción de todos los gastos derivados de la constitución de la hipoteca.

La redacción de la referida cláusula puede diferir en las escrituras públicas suscritas con una u otra entidad bancaria, si bien, trascribimos, a efectos ilustrativos, la Cláusula de gastos incluida en las escrituras de préstamo hipotecario suscritos con BBVA, que fue objeto de análisis, como desarrollaremos en el epígrafe siguiente, en la Sentencia del Alto Tribunal de 23 de Diciembre de 2015. Véase:

" Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación -incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía- y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11ª.

La parte prestataria faculta al banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que en este acto se constituye y de los títulos previos a esta escritura, así como los gastos derivados de la cancelación de cargas y anotaciones preferentes a dicha hipoteca. Los gastos suplidos podrán ser cargados en cuenta a la parte prestataria en la forma y condiciones que se indican al final de esta cláusula. (...)"

a) Análisis y fundamentos de la declaración de abusividad

La declaración de abusividad de la cláusula relativa a los gastos de formalización de la hipoteca reside en primer lugar, en la consideración de ésta como una “condición general de la contratación” que supone una renuncia o limitación de derechos del consumidor y usuario, prohibida por el artículo 86.7 del TRLGCU.

El citado artículo comprende el conjunto de cláusulas que deben considerarse abusivas por limitar los derechos del consumidor y usuario, considerando que “*serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean:*

(...).7. La imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario.”

En segunda instancia, defenderemos la abusividad atendiendo a la falta de reciprocidad proscrita por el art. 87 del TRLGCU.

Por último argumentaremos, la existencia de una imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponde al empresario, supuesto contemplado en el art. 89.3 del TRLGCU, entre los que, “en todo caso tienen la consideración de cláusula abusiva”.

La generalidad en la redacción de la cláusula objeto de análisis, se traduce, asimismo, en que ésta no pueda superar el principio de concreción establecido tanto en el art. 80.1.a) del TRLGCU, como en el art. 5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), puesto que la indeterminación de los gastos a asumir, impiden que el consumidor pueda prever los costes o gastos que conllevará la operación, y que dicha ambigüedad y oscuridad no puedan, de ningún modo perjudicar a éste.

Se aprecia de igual modo, un desequilibrio patente, entre los derechos y obligaciones de los consumidores y usuarios, contrario a las exigencias de la buena fe, por cuanto éste debe asumir la totalidad de gastos derivados de la operación jurídica, inclusive los que por ley, corresponden al empresario.

b) Partidas de gastos asumidos por el prestatario como consumidor, reclamables a la entidad bancaria.

Analizaremos los gastos incluidos de forma genérica en la cláusula de gastos de formalización de la hipoteca, concretamente: Gastos de Notaría y Registro de la Propiedad, Tasación efectuada por el Banco, gastos de gestoría e Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

b.1) Gastos de Notaría, Registro de la Propiedad y Gestoría.

Para el análisis y reclamación de los gastos imputados al prestatario, lo primero que debemos preguntarnos es, ¿quién es el interesado y beneficiario de la actuación?

Respecto a los gastos de Notaría y Registro de la Propiedad, es evidente que al consumidor/prestatario, a pesar de la práctica extendida por imposición de la entidad bancaria, le es indiferente que el contrato de préstamo hipotecario se eleve o no a público, así como su inscripción.

El derecho de hipoteca, como es sabido, se trata de un derecho real de garantía, y como tal requiere, de conformidad con el art. 1280 del código civil su elevación a público, siendo por tanto, la entidad bancaria la directamente interesada en elevar a público la constitución del derecho real de hipoteca.

Los préstamos hipotecarios tienen una peculiaridad adicional⁶, ya que la inscripción registral de la escritura de hipoteca tiene carácter constitutivo, es decir, para que la hipoteca quede válidamente formalizada resulta indispensable que el documento en que se constituya, sea inscrito en el Registro de la Propiedad.

Mientras que la escritura no conste inscrita, la entidad no puede ejercitar todos los derechos generados por la garantía (hipoteca) con la que pretende asegurar el reembolso del préstamo, de lo que claramente se deduce su interés en la inscripción.

Así lo contempló la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Diciembre de 2015, al declarar que el interesado en la documentación e inscripción es el prestamista, puesto que así obtiene un título ejecutivo (art. 517 LEC), constituye la garantía real (1875 cc y 2.2. LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (685 LEC).

Como señaló RIBÓN SEISDEDOS E. ⁷, no es el prestatario el que requiere los servicios del notario y registrador.

Si acudimos al Anexo II, norma sexta del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, se establece que “la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los

⁶ <http://www.oficinanotarial.com/2013/09/la-inscripcion-del-prestamo-hipotecario.html>

⁷ EUGENIO RIBÓN SEISDEDOS. “Cláusula Suelo y reclamación de gastos hipotecarios. Acciones para su eliminación y devolución de cantidades indebidamente percibidas”. Editorial Sepín

servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente.”

En semejante sentido recoge, respecto a los servicios del registrador de la propiedad, el Real Decreto 1427/1989 de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, en su Anexo II, norma octava: *“los derechos del Registrador se pagarán por aquel o aquellos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento (...).*

Íntimamente relacionado con los gastos de Notaría y Registro, se encuentra el abono de honorarios por la tramitación del documento notarial, liquidación de impuestos e inscripción de la hipoteca, a la gestoría designada por la entidad bancaria, sin que quepa la posibilidad de negociar o modificar dicha designación.

Basándonos en los argumentos anteriormente esgrimidos, respecto a quien es el beneficiario de la elevación a público del documento y de su inscripción, concluimos la abusividad de la imputación de dicho gasto al consumidor por cuanto las gestiones debe realizarlas la sociedad contratada por la entidad, sin posibilidad de negociación al respecto, y con independencia de la necesidad de la tramitación de las mismas.

b.2) Informe de Tasación del inmueble objeto de garantía hipotecaria

Otro de los gastos imputados de forma automática al consumidor /prestatarario, es el relativo a la elaboración de un informe de tasación del inmueble que se constituye como garantía hipotecaria.

Un gasto que nuevamente debería ser asumido por la entidad bancaria, por cuanto constituye un instrumento de valoración del inmueble que garantiza la devolución del préstamo, y que, de conformidad con el art. 682.2 de la LEC, constituye requisito preceptivo para el inicio de los procedimientos de ejecución de la garantía hipotecaria, puesto que configura el tipo de subasta, preceptuando que éste no podrá ser inferior al 75% del valor otorgado en el informe de tasación. Véase:

2. Cuando se persigan bienes hipotecados, las disposiciones del presente capítulo se aplicarán siempre que, además de lo dispuesto en el apartado anterior, se cumplan los requisitos siguientes:

1.º Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

(...)”

El segundo motivo del interés de la entidad bancaria, en la práctica de tasación, en opinión del autor antes citado, RIBÓN SEISDEDOS E, reside en que *“es imprescindible para la emisión de bonos hipotecarios, de ser objeto de participaciones hipotecarias o de servir para el cálculo del límite de emisión de las cédulas hipotecarias”.*

Por tanto, de los motivos esgrimidos se deduce la abusividad de la imputación de dicho gasto al consumidor. Así fue declarado entre otras, por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 10 de marzo de 2016, que estableció – previa traducción de su contenido:

“ En cuanto a la tasación inicial entendemos que es un gasto propio del empresario que se incluye en el art. 89.3 letra a) del TRLGCU, atendiendo que toda hipoteca debe tener un valor de tasación y que interesa a la prestamista saber si le cubre la vivienda hipotecada la suma que entregará(...)”.

b.3) Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

La procedencia de la reclamación del importe satisfecho por el prestatario en virtud del Impuesto de Actos Jurídicos Documentos (AJD), nos lleva en primer término a determinar quién es el sujeto pasivo en el mismo.

Para ello, tenemos que analizar el artículo 29 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, que establece: *“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.”*

Por el contrario, el artículo 68 del Reglamento del citado impuesto establece 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. Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario.”*

En base a dicha contradicción, la determinación del sujeto pasivo del impuesto de AJD, ha sido una cuestión muy debatida desde que el TS, en sus sentencias de 22 de abril de 1988 y 25 de septiembre de 1989 resolviera el debate señalando que el sujeto obligado al pago del gravamen de AJD es el prestatario, criterio reiterado por el TEAC, a partir de su resolución de 17 de diciembre de 1986.

La cuestión relativa a la contradicción de dichas normas, fue elevada al Tribunal Constitucional, el cual rechazó en sus Autos 24/2005 de 18 de enero y 223/2005, de 24 de mayo, las cuestiones de inconstitucionalidad relativas a la misma.

El debate, parecía definitivamente resuelto, si bien, ha resurgido a raíz de la STS de 23 de diciembre de 2015, que señala respecto al pago del gravamen de AJD por el prestatario: *“...Pero el art. 27.1 de la misma norma (refiriéndose al TR 1/1993, de 24 de septiembre) sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el art. 28 que 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. De tal manera 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 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 tiene 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.”*

Como señaló VÁZQUEZ MORENO J. MARÍA⁸ la afirmación contenida en la sentencia de la sala civil del TS es llamativa ya que, “por un lado, dicha cuestión ya había sido resuelta por la sala de lo contencioso administrativo del TS en el sentido de señalar que el sujeto pasivo en los préstamos hipotecarios es el prestatario (SSTS de 23 de noviembre de 2001, 24 de junio de 2002, 14 de mayo y 20 de octubre de 2004, entre muchas otras) y por otra,(...) la sala civil del TS no es competente para resolver quién es el sujeto pasivo u obligado tributario de un determinado impuesto.”

La doctrina se ha pronunciado a favor y en contra de considerar que el sujeto pasivo del impuesto es el prestamista (entidad financiera) y no el prestatario.

Así, defienden la imposición del impuesto al prestatario/usuario, MAMBRILLA LORENZO Y ÁLVAREZ BENITO⁹, rechazando la nulidad de la partida referida al impuesto de AJD al establecer que: *“no se produce un desplazamiento de la carga tributaria que debía soportar el profesional hacia el consumidor, ni por ende, puede considerarse abusiva la cláusula*

⁸ J.M. VÁZQUEZ MORENO, “El sujeto pasivo en AJD en los préstamos hipotecarios. ¿Una cuestión mal resuelta?” <https://www.notariabierta.es/sujeto-pasivo-ajd-prestamos-hipotecarios/>

⁹ B. MAMBRILLA LORENZO y P. ÁLVAREZ BENITO, “Declaración de nulidad de las cláusulas de gastos en los préstamos hipotecarios. Implicaciones respecto del impuesto sobre actos jurídicos documentados”. *Gómez Acebo & Pombo*

debatida. Se argumenta para apoyar tal pronunciamiento el carácter genérico de la misma, toda vez que el desplazamiento se predica de todos los impuestos de la operación (...)”

A favor, encontramos el trabajo de AGÜERO ORTIZ¹⁰, quien defiende que tanto el art. 18 del RD 3494/1981, de 29 de Diciembre, como los artículos 8.d) y 15 del TRLITP Y AJD se refieren al impuesto de transmisiones patrimoniales y no al impuesto de AJD.

Considera que, para comprender que el préstamo hipotecario solo tribute por el concepto de préstamo, no significa, ni puede significar que de cara al impuesto de actos jurídicos documentados pueda existir esta unidad del hecho imponible, toda vez que un contrato de préstamo no tiene por qué estar documentado en escritura pública, ni tiene acceso al Registro de la Propiedad, ni por tanto devenga el impuesto de AJD. Por este motivo, en el Título III del TRLITP y AJD, que regula el impuesto de AJD, no tiene ninguna previsión similar a la contenida en el art. 15 para el caso de transmisiones patrimoniales, es decir, no contiene el concepto de préstamo como hecho imponible.

En atención a lo anteriormente expuesto, resulta, que el concepto de adquirente empleado en el art. 29 del TRLITP y AJD, se refiere a supuestos en los que se produzca una transmisión en documento público notarial, pero en ningún caso puede comprender el supuesto del préstamo hipotecario, puesto que no existe adquirente de bien o derecho, y para el caso de que se considerara su existencia, dicho adquirente sería el prestamista/entidad bancaria, y no el consumidor y usuario.

c) Efectos de la declaración de nulidad

Respecto a los efectos de declaración de nulidad de la cláusula referente a los gastos hipotecarios imputados al consumidor, nos plantearemos en primer lugar, si la declaración de nulidad lleva aparejada la restitución de cantidades, como consecuencia inherente a la misma, o si por el contrario, es necesario ejercitar una acción autónoma para la recuperación de cantidades.

En este sentido, la jurisprudencia no es pacífica, ya que, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 24 de febrero de 1992, declaró que *“la obligación de devolver no nace del contrato anulado, sino de la Ley que la establece en este contrato, por lo cual no necesita de petición expresa de la parte pudiendo ser declarada por el juez en cumplimiento del principio <iura novit curia>, sin que ello suponga alterar la armonía entre lo pedido y lo concedido, y con la finalidad de evitar, sin necesidad de acudir a un nuevo pleito, el enriquecimiento injusta de unas de las partes a costa de la otra.”*

Encontramos en sentido contrario el parecer de la Audiencia Provincial de Barcelona y de Huelva, que consideran que, en caso de no ejercitarse acción relativa a resarcimiento o devolución de cantidades, el Juzgado no tiene por qué pronunciarse al respecto.

Así, el efecto de la declaración de nulidad por abusividad de una cláusula, es su eliminación del contrato como si “nunca hubiera existido”, tal y como se ha pronunciado reiterada jurisprudencia relativa a la declaración de abusividad de una condición general de la contratación, lo cual, en términos o consecuencias económicas, se traduce en la procedencia de la devolución de cantidades indebidamente percibidas por la entidad bancaria, en base al art. 1303 del código civil: *“Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato con sus frutos y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes ”.*

En este sentido, destacar, entre otras, la Sentencia del J. de lo Mercantil de Vigo nº 3, de 11 de abril de 2016, nº 100/2016, nº autos 205/2015 que con acierto, establece: *“En consecuencia, la cláusula nula por abusiva no puede ser ni modificada ni reparada, y se elimina del contrato, conservando el resto, sin contradicción con el artículo 83.2 del citado Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes Complementarias, el cual no puede permitir una integración en beneficio del predisponente (a quien se le ha atribuido mala fe para definir aquella como abusiva), dado*

¹⁰ A. AGÜERO ORTIZ, “¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo? O de la rebelión de los Juzgados y Audiencias Provinciales.” En www.uclm.es/centro/cesco

que precisamente, tal integración debe operarse sobre el principio de la buena fe objetiva. Por todo ello, el préstamo hipotecario mantiene su vigencia, con eliminación de la cláusula declarada nula por abusiva.

TERCERO.- Por último, respecto a las consecuencias económicas de la declaración de nulidad procede la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por la entidad bancaria en virtud de la aplicación de dicha cláusula declarada nula, en base al art. 1.303 del Código Civil en cuanto dispone que " Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato con sus frutos y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes "; considerando procedente la devolución de cantidades solicitadas acreditadas con los documentos aportados a autos por la parte actora, los cuales no han sido impugnados de contrario."

Podríamos encontrarnos como contrargumento por parte de la entidad bancaria, que los gastos reclamados a ésta no han sido percibidos por la entidad, sino por terceros (notario, Registro de la Propiedad...), en un intento de eludir las consecuencias del art. 1303 del código civil.

Al respecto, AGÜERO ORTIZ¹¹ argumenta que la cláusula no afecta a los terceros acreedores de dichos gastos. Al establecer la distribución de gastos, la nulidad versa sobre dicha distribución y no sobre el pago efectivamente realizado.

En opinión de RIBÓN SEISDEDOS E.¹², considera como opción posible, con carácter subsidiario a la restitución vía 1303 CC, “entender que se ha producido un enriquecimiento sin causa o un daño al usuario adherente como consecuencia de la imposición, por vía contractual, de una condición abusiva en su perjuicio, cual es la asunción de los gastos hipotecarios que debieran haber sido soportados por la entidad, dando lugar a responsabilidad civil del predisponente que atacó la buena fe del usuario”, considerando que el cómputo del “dies a quo” para su ejercicio, no puede tener comienzo hasta que no se constate la nulidad de la condición de la que dimana, permitiendo su ejercicio con posterioridad a la acción declarativa.

Como conclusión, los efectos de la nulidad por abusividad de la cláusula se traducen en su eliminación del contrato, y por ende, en la restitución de cantidades satisfechas indebidamente, si bien, ante la existencia de jurisprudencia contradictoria, habrá que dilucidar si ejercitar conjuntamente la acción de nulidad de condición general de la contratación y reclamación de cantidad, o únicamente la acción de declaración de nulidad, solicitando como efecto inherente la restitución de cantidades, pero será cada Juzgado, el que, una vez más, vaya marcando sus pautas a seguir.

3. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015.

Como indicábamos en el resumen del presente artículo, ha sido a raíz de la referida Sentencia del Tribunal Supremo, cuando han comenzado a interponerse demandas de declaración de nulidad referentes a los gastos hipotecarios derivados del préstamo, a fin de recuperar las cantidades indebidamente satisfechas por el usuario.

El Séptimo motivo, objeto de examen en la meritada sentencia, fue el referente a la cláusula de gastos del préstamo hipotecario. La cláusula tenía la siguiente redacción:

" Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación -incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración

¹¹ A. AGÜERO ORTIZ, “Efectos y alcance de la nulidad de las cláusulas de gastos en préstamos hipotecarios con consumidores. Especial referencia al IAJD y los gastos de tasación”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 2017

¹² E. RIBÓN SEISDEDOS, “Cláusula Suelo y reclamación de gastos hipotecarios ...Ob. Cit supra

de la garantía y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11ª.

(...)"

La sentencia, previa definición del concepto de cláusulas abusivas contenido en el art. 89.3 TRLGCU, y enumeración de los supuestos en que se considerará abusiva una cláusula, aborda en primer lugar los gastos relativos a aranceles notariales y de los registradores de la propiedad, considerando que la sentencia recurrida no infringe ningún precepto legal, puesto que en relación a dichos gastos, es la entidad la solicitante del servicio, en tanto en cuanto, es la principal interesada en la inscripción de la escritura de préstamo, para constituir la garantía real y obtener un título ejecutivo. Véase:

“Baste recordar, 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).

Considera aplicable el Alto Tribunal, la sentencia 550/2000, de 1 de junio, por la que dicha Sala estableció que la repercusión al comprador/consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula, sin perjuicio de que en el supuesto enjuiciado, la condición general discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso.

Respecto a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, considera que la cláusula no hace distinción alguna. Hace un recorrido por la legislación tributaria, citando entre otros, como preceptos aplicables, el artículo 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que establece que el que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto, aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario.

Cita asimismo, el art. 15.1 del mismo texto legal, el cual señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo, conectándolo con el art. 27.1 de la misma norma, que sujeta los documentos notariales al Impuesto de AJD, y completando éste último con el art. 28, por el cual 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.

En base a la fundamentación jurídica expuesta, el Alto Tribunal considera 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, dictamina que la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho *“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”*.

Observamos por tanto, cómo la Sala Civil del Tribunal Supremo, sin perjuicio de la jurisprudencia anteriormente recaída, considera que el sujeto pasivo del Impuesto de AJD devengado por la constitución de préstamo hipotecario, es el prestamista, remitiéndome respecto a la controversia existente, a lo expuesto y desarrollado en el epígrafe dedicado al citado impuesto.

No obstante lo anteriormente expuesto, no todos los Juzgados de Primera Instancia, ni las Audiencias provinciales están acogiendo la doctrina del Alto Tribunal, no tanto respecto a la declaración de abusividad de la cláusula, sino particularmente, en lo relativo a la inclusión de las cantidades satisfechas por el Impuesto de AJD, por lo que será la evolución jurisprudencial la que irá configurando y delimitando los conceptos reclamables en virtud de la declaración de abusividad.