

¿HA RESUELTO LA LEY DE CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO LA LITIGIOSIDAD DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS?: Algunas reflexiones al amparo de las cuestiones prejudiciales C -224/19 y C-259/19

Loreto Carmen Mate Satué¹

Investigadora Predoctoral de la Universidad de Zaragoza

matesatue@unizar.es

Abstract: El trabajo tiene como objetivo exponer como las cuestiones prejudiciales C -224/19 y C-259/19 que se encuentran pendientes de resolución ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea pueden frustrar, si prospera el criterio de la Comisión Europea, el objetivo pretendido por la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario de suprimir tras su entrada en vigor, la litigiosidad derivada de la declaración de nulidad de estas cláusulas.

Opinión: El presente trabajo pretende proporcionar una visión global de la inestabilidad de criterios jurisprudenciales sobre la nulidad y los efectos económicos derivados de la presencia de cláusulas abusivas en contratos de préstamo con garantía hipotecaria, centrándonos en el tratamiento jurisprudencial que se ha efectuado respecto a las cláusulas suelo, gastos hipotecarios y comisión de apertura así como en la regulación que la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario ha realizado de éstas.

En este examen se incorporarán las observaciones de la Comisión Europea sobre las cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con la cláusula de gastos hipotecarios y comisión de apertura ya que su posible acogimiento por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea modificaría la doctrina del Tribunal Supremo fijada en sus sentencias de 23 de enero de 2019, al dar entrada a que puedan reclamarse conceptos y cantidades distintas a las que se estaban reconociendo y ampliar el plazo temporal para presentar reclamaciones judiciales por nulidad de estas estipulaciones.

1. La reclamación masiva de nulidad de las cláusulas incorporadas a préstamos con garantía hipotecaria

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco de la ayuda concedida por el Gobierno de Aragón para la contratación de personal investigador predoctoral en formación para el periodo 2016-2020, dentro del Grupo de Investigación de referencia reconocido por el Gobierno de Aragón, LEGMIBIO y, en el marco del Proyecto de I+D de Generación de Conocimiento PGC2018-096260-B-C22.

El trabajo trae causa de la ponencia impartida en las Jornadas sobre la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario celebradas en el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, los días 13 y 14 de febrero del 2020.

La reclamación de las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos de préstamo hipotecario se encuadra en una situación de crisis del mercado financiero que se acusó cuando se dictó la STS Sala de lo civil, de 9 de mayo de 2013 (LA LEY 34973/2013) que declaró la nulidad de la cláusula suelo, aunque sin eficacia retroactiva; pero sobre todo, con la STS Sala de lo civil, de 23 de diciembre de 2015 (LA LEY 204975/2015) que aborda, además, la nulidad de otras estipulaciones tradicionalmente incorporadas a estos contratos, como la de gastos hipotecarios, intereses moratorios o la de vencimiento anticipado.

En el periodo temporal comprendido entre las SSTS de 23 de diciembre de 2015 y las dictadas el 23 de enero de 2019 (LA LEY 253/2019; LA LEY 256/2019; LA LEY 257/2019), se ha constatado una evolución jurisprudencial en relación sobre todo con el alcance de los efectos económicos derivados de la nulidad de estas cláusulas que, se producen a mi juicio, por cuatro circunstancias:

- a) La función que ha tenido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como garante de la adecuada interpretación de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOCE núm. 95, de 21 de abril de 1993) (LA LEY 4573/1993) (en adelante, Directiva 93/13/CEE)². La mayor parte de las cuestiones prejudiciales que se han planteado sobre la Directiva 93/13/CEE provienen de órganos judiciales españoles. Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha resuelto a favor de la retroactividad en la devolución de las cantidades abonadas cuando las cláusulas suelo no son transparentes (STJUE, Gran Sala, de 21 de diciembre de 2016, LA LEY 179803/2016); en relación con el vencimiento anticipado del préstamo, se le planteó si era conforme al derecho comunitario las cláusulas por las que se procedía al vencimiento anticipado del préstamo por el impago de una mensualidad, cuestión prejudicial que fue resuelta por STJUE, Sala 1ª, de 14 de marzo de 2013 (LA LEY 11269/2013) y, posteriormente, otras sobre las consecuencias derivadas de la eventual declaración de abusividad de estas estipulaciones sobre las que se pronunció en su STJUE Gran Sala, de 26 de marzo de 2019 (LA LEY 18890/2019). En la actualidad, se encuentran pendientes de resolución dos cuestiones prejudiciales acumuladas, sobre los efectos económicos de la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios y la validez de la comisión de apertura (C -224/19 y C-259/19).

- b) El papel desarrollado por el Tribunal Supremo que, durante este periodo, ha tenido que adaptar su jurisprudencia a las progresivas interpretaciones que

² Para ampliar esta cuestión puede verse el trabajo de BARRAL VIÑALS, I. *Cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios: ¿qué nos aporta Europa?*, Notariat Avui, Madrid, 2017.

iba realizando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando resolvía las cuestiones prejudiciales planteadas; en este sentido, pueden verse, la STS, Sala de lo Civil, de 24 de febrero de 2017 (LA LEY 4194/2017) que modifica la doctrina sobre la retroactividad de la devolución de las cantidades cuando la cláusula suelo no es transparente o la STS, Sala de lo civil, de 11 de septiembre de 2019 (LA LEY 126867/2019) que adapta la solución propuesta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los efectos de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado.

Además, el Tribunal Supremo ha tenido paulatinamente que establecer cuáles eran los efectos de la nulidad de algunas cláusulas, a través de la resolución de distintos recursos de casación. A efectos ilustrativos, el Tribunal Supremo, después de su STS de 23 de diciembre de 2015, ha matizado los efectos económicos de la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios en las SSTS, Sala de lo civil, de 15 de marzo de 2018 (LA LEY 10390/2018 y LA LEY 10391/2018) y, de 23 de enero de 2019.

- c) La situación económica y social generada tras la publicación de algunas resoluciones judiciales provocó que el Gobierno haciendo uso de la facultad que le confiere el artículo 86.1 de la Constitución Española dictase el Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo (BOE núm. 18, de 21 de enero de 2017) (LA LEY 377/2017) (en adelante, RDL 1/2017) que regula el procedimiento y efectos para la reclamación extrajudicial de las cláusulas suelo, así como las costas procesales en los procedimientos judiciales que se entablaran³. También, en uso de esta facultad, el Gobierno dictó el Real Decreto Ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre (BOE núm. 271, de 9 de noviembre de 2018) (LA LEY 17732/2018) (en adelante, RDL 17/2018), tras la revocación del cambio de criterio efectuado por el Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, de 16 de octubre, 22 de octubre y 23 de octubre de 2018 (LA

³ Para profundizar en el contenido de las medidas que incorpora este RDL 1/2017 y la creación de los juzgados especializados para el conocimiento de condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario fuera una persona física, son destacables los trabajos realizados por LAFUENTE TORRALBA, A.J. «Análisis crítico del Real Decreto- Ley 1/2017, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo: mucho ruido para pocas nueces» en ALONSO PÉREZ, M.T. (directora) *Nuevas vías jurídicas para el acceso a la vivienda: Desde los problemas generados por la vivienda en propiedad ordinaria financiada con créditos hipotecarios a otras modalidades jurídico-reales de acceso a la vivienda*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 73-124 y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, E. «Algunas consideraciones respecto al Real Decreto - Ley 1/2017, de 20 de enero de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo» en *Diario La Ley*, nº 8924, 2017.

LEY 135931/2018; LA LEY 145208/2018 y LA LEY 147167/2018; respectivamente).

- d) La masiva reclamación judicial de este tipo de cláusulas planteadas por los consumidores con el objetivo de obtener la devolución de las cantidades indebidamente abonadas generó una situación de congestión de los órganos judiciales que obligó, mediante Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 25 de mayo de 2017, a la creación de unos tribunales especializados para conocer sobre condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario fuera una persona física. Estos órganos judiciales cuya creación inicialmente se previó para un periodo de 6 meses, fueron posteriormente prorrogados por otros seis.

El hecho de que las entidades bancarias continuaran celebrando contratos de préstamo con garantía hipotecaria en los que se seguían predisponiendo este tipo de cláusulas planteó la posibilidad de que se prolongara indefinidamente este tipo de reclamaciones judiciales, por lo que el legislador, cuando tuvo que transponer al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial (DOCE , de 28 de febrero de 2014) (LA LEY 2640/2014) (en adelante, Directiva 2014/17/UE), decidió aprovechar la ocasión para intentar solventar los conflictos generados con estas cláusulas estableciendo legalmente una regulación para las cláusulas conflictivas.

La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2019) (LA LEY 3741/2019) (en adelante, Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario), además de dotar de un contenido legal a este tipo de cláusulas, modificó el artículo 5.5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998) (LA LEY 1490/1998) (en adelante, LCGC) y el artículo 83 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 leyes complementarias (LA LEY 11922/2007) (BOE núm.287, de 30 de noviembre de 2017) en el sentido de considerar que las condiciones que se incorporen al contrato de modo no transparente en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho. También resulta destacable a estos efectos, la voluntad del legislador de evitar la incorporación de cláusulas abusivas a estos contratos, de modo que, por ejemplo, esta Ley modifica, además, el artículo 258.2 del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (BOE núm. 58, de 27 de febrero de 1946) (LA LEY 3/1946) (en adelante, Ley Hipotecaria) al señalar que el registrador de la propiedad denegará la inscripción de aquellas

cláusulas de los contratos que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas o hubieran sido declaradas nulas por abusivas por sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

2. Análisis de la última doctrina del Tribunal Supremo y de la regulación de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario sobre la cláusula suelo, gastos hipotecarios y comisión de apertura

2.1. *La cláusula suelo*

Las cláusulas suelo son estipulaciones que suponen una limitación a la variabilidad del interés del préstamo, de tal forma que éste no podrá ser inferior al porcentaje que funciona como «suelo», aunque el interés del préstamo más el índice de referencia fijado sea inferior a éste; por tanto, este tipo de cláusulas afectan a un elemento esencial del contrato.

El reconocimiento de que una cláusula afecta a un elemento esencial del contrato tiene dos consecuencias, la exigencia de que el control de la cláusula se realice en términos de transparencia y, por otro lado, la obligación a cargo del predisponente de proporcionar un plus de información que permita al consumidor la comprensión del contenido y alcance de la cláusula.

Hasta el momento, es doctrina reiterada del Tribunal Supremo la que considera que la falta de transposición del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE supone que la valoración de las cláusulas que afectan a elementos esenciales del contrato debe efectuarse desde el control de transparencia en su vertiente formal y material. La primera valora que la estipulación esté redactada en términos claros, concretos y sencillos; la segunda, si el consumidor comprende la carga económica de la cláusula, esto es, el sacrificio patrimonial que genera y, la carga jurídica, es decir, la posición que asume respecto al resto de elementos del contrato y los riesgos que comporta.

La consideración de que una cláusula no es transparente no supone que ésta deba tener la consideración de abusiva, pues la falta de transparencia no comporta necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas; sin embargo, se reconoce entre otras en la STS Sala de lo civil, de 5 de diciembre de 2019 (LA LEY 176809/2019) que, en el caso de las cláusulas suelo, la falta de transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, pues le impide la posibilidad de

hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en el caso de bajada del índice de referencia, lo que le impide también comparar correctamente las diferentes ofertas existentes en el mercado.

Por otro lado, cuando se predispone una cláusula que afecta a un elemento esencial del contrato, se ha reconocido que el predisponente tiene obligación de proporcionar un plus de información con anterioridad a la celebración del contrato que permita al consumidor la aceptación de la cláusula con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le genera.

La primera resolución del Tribunal Supremo que reconoce la nulidad de la cláusula suelo si adolece de falta de transparencia es la STS de 9 de mayo de 2013⁴, aunque limitó la retroactividad de la resolución al no permitir que afectara a situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia⁵. Esta declaración sobre la irretroactividad de los efectos económicos motivó el planteamiento de una cuestión prejudicial que derivó en la STJUE de 21 de diciembre de 2016, en la que se reconoció la retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula, doctrina que fue incorporada a la jurisprudencia nacional en la STS de 24 de febrero de 2017.

Las cuestiones planteadas por la cláusula suelo no se agotan en la posible falta de transparencia de la estipulación y en los efectos económicos derivados de su nulidad, sino que se han planteado otros aspectos que podrían condicionar las

⁴ La STS, Sala de lo civil, de 9 de mayo de 2013 establecen como circunstancias que determinan el carácter no transparente de las «cláusulas suelo» las siguientes: «a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal el contrato. b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de éstas. 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». El Tribunal Supremo tuvo mediante ATS, Sala de lo civil, de 3 de junio de 2013 (LA LEY 59080/2013) aclaró que las circunstancias mencionadas en la STS Sala de lo civil, de 9 de mayo de 2013 no debían de concurrir todas para que se declarara la transparencia del contrato, pero tampoco que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula.

⁵ Es destacable el análisis que realiza ALONSO PÉREZ, M.T. «Cláusulas frecuentes en préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda: cláusula suelo, cláusula de vencimiento anticipado y cláusula de intereses moratorios excesivamente elevados. (en particular, su posible carácter abusivo)» en ALONSO PÉREZ, M.T. (directora) *Vivienda y crisis económica: estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp.170-176 sobre los argumentos que proporciona la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 para negar el carácter retroactivo de la declaración de nulidad de la cláusula suelo.

reclamaciones de nulidad de esta estipulación. Al respecto, el Tribunal Supremo ha estimado la reclamación de la nulidad de la cláusula suelo aun cuando se haya extinguido el préstamo hipotecario si el órgano judicial considera que la estipulación adolece de falta de transparencia (cfr. STS Sala de lo civil, de 12 de diciembre de 2019; LA LEY 178894/2019). Se ha planteado igualmente si el consumidor que se ha subrogado y/o novado en un préstamo hipotecario con cláusula suelo suscrito entre una entidad bancaria y un promotor puede reclamar la nulidad de la estipulación, respecto a lo cual el Tribunal Supremo, en STS Sala de lo civil, de 23 de enero de 2020 (LA LEY 661/2020), considera que la subrogación en un préstamo hipotecario anterior concedido al promotor no supone el reconocimiento de que se hubiera suministrado al prestatario información adecuada para que el mismo conociera la existencia de la cláusula suelo y su trascendencia en la economía del contrato. En línea con esa exigencia que se ha comentado anteriormente de que el predisponente debe proporcionar un plus de información cuando la cláusula afecta a un elemento esencial del contrato, se ha determinado que la alta cualificación de los prestatarios no supe la información que la entidad bancaria no suministró, aunque pueda tener incidencia la cualificación en la mejor comprensión de la información que se le hubiera facilitado (STS, Sala de lo civil, de 23 de enero de 2020; LA LEY 661/2020).

En contraposición, el Tribunal Supremo declaró, en su STS Sala de lo civil, de 11 de abril del 2018 (LA LEY 21223/2018), la validez de los pactos novatorios por los que el consumidor aceptaba una reducción del tipo de interés de la cláusula suelo a cambio de la renuncia a la reclamación de las cantidades abonadas y al ejercicio de eventuales acciones de nulidad. Se ha presentado una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto C-452/18) sobre la validez de estos pactos novatorios que está pendiente de resolución.

La Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario con el objetivo de acabar con la realización de juicios en torno a si el consumidor comprendía o no, la carga económica y jurídica de este tipo de estipulaciones ha optado en su artículo 21.3 por la prohibición del establecimiento de un límite a la baja del tipo de interés⁶. Esta prohibición obliga a plantearse si alcanza también a los contratos de préstamo hipotecario suscritos con un prestatario persona jurídica, cuando el avalista o hipotecante no deudor es una persona física. A este respecto, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 2019

⁶ En relación con los tipos de interés variable, la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario establece en su artículo 14.1 c) la exigencia de entregar al posible prestatario, un documento separado con una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el prestatario en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés. También, el artículo 21.4 incorpora la denominada «cláusula cero» en este tipo de préstamos porque determina que el interés remuneratorio en las operaciones con tipo de interés variable no podrá ser negativo.

(BOE núm. 313, de 20 de enero de 2019) (LA LEY 186203/2019) considera que es perfectamente posible la suscripción de cláusulas suelo por parte de la persona jurídica, manteniéndose la prohibición respecto al avalista o hipotecante no deudor porque el garante puede obligarse a menos que el deudor principal.

2.2. La cláusula de gastos hipotecarios

La cláusula de gastos hipotecarios es una estipulación por la que se repercuten de forma indiscriminada al prestatario el pago de todos los gastos derivados de la suscripción del contrato de préstamo hipotecario. Esta cláusula es quizás la más litigiosa respecto a la determinación de las consecuencias jurídicas derivadas de la declaración de nulidad de la cláusula⁷, porque sobre ella han recaído varios pronunciamientos del Tribunal Supremo interpretando los efectos económicos derivados de su declaración como cláusula abusiva.

El primero de estos pronunciamientos es la STS de 23 de diciembre de 2015 en el que se declara que la cláusula no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos, haciendo recaer la totalidad de su abono en el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, por lo que la estipulación genera un desequilibrio relevante en el consumidor, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada.

Los términos en los que se dictó la resolución explican en buena parte la litigiosidad generada en torno a esta cláusula porque se dictó en el seno de un procedimiento incoado en base a una acción colectiva, de modo que el Tribunal Supremo sólo enunció la nulidad y abrió la posibilidad de que el reparto de gastos fuera distinto, pero no se pronunció sobre el resultado concreto de la distribución de los gastos, refiriéndose sólo a los de notaría, registro e impuesto, por ser sobre los que se había interpuesto el recurso de casación.

Las siguientes resoluciones que dictó el Tribunal Supremo fueron las SSTS de 15 de marzo de 2018, que tenían por objeto determinar si procedía la devolución a los prestatarios consumidores de la cantidad abonada en concepto del impuesto de actos jurídicos documentados; esta cuestión era relevante porque no puede

⁷ Las diferencias existentes entre las Audiencias Provinciales sobre los efectos de la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios tras la STS Sala de lo civil, de 23 de diciembre de 2015 son puestas de relieve en mi trabajo «Cláusula de "gastos a cargo de la parte prestataria" en los contratos celebrados para la financiación de la adquisición de vivienda: desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018» en ALONSO PÉREZ, M.T. (directora) Nuevas vías jurídicas para el acceso a la vivienda: Desde los problemas generados por la vivienda en propiedad ordinaria financiada con créditos hipotecarios a otras modalidades jurídico-reales de acceso a la vivienda, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 127-169.

obviarse que el importe del impuesto era individualizadamente el más alto de los que se repercutían por la cláusula de gastos.

El debate en torno a si procedía esta devolución giraba en torno a que el hecho imponible era el préstamo hipotecario [artículo 7.1 b) y 8 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 (BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1993), (LA LEY 3423/1993), (en adelante, TRLITPAJD)] pero, el artículo 15 del TRLITPAJD aplicable a la modalidad de transmisiones patrimoniales reconocía que la constitución de los derechos de hipoteca tributaría exclusivamente por el concepto de préstamo. Por su parte, el artículo 68.2 del Reglamento del impuesto, determinaba como sujeto pasivo al prestatario.

Las SSTs de 15 de marzo de 2018 declaran que el impuesto de actos jurídicos documentados tiene dos modalidades, un derecho de cuota variable, según la cuantía del préstamo, cuyo abono corresponde al prestatario y un derecho de cuota fija, que se devenga por el timbre de los folios en los que se redacta la matriz y las copias autorizadas, correspondiendo el pago del importe por el timbre de la matriz al prestatario y las copias a quien las solicite. Con base en lo anterior, para el Tribunal Supremo la principal carga económica derivada del impuesto de actos jurídicos documentados recae en el prestatario porque es el obligado al abono de la cuota variable y también de la cuota fija de la matriz –salvo acuerdo previo de distribución de aranceles notariales y registrales- y de las copias, si son solicitadas por él.

Después de las SSTs de 15 de marzo de 2018 parecía claro que el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados era el prestatario. Sin embargo, la Sala 3ª del Tribunal Supremo que es la competente para la interpretación de las normas tributarias y, en lo que a este caso interesa respecto a la concreción del sujeto pasivo⁸, decidió modificar su doctrina consolidada mediante las Sentencias de 16 de octubre, 22 de octubre y 23 de octubre de 2018.

La Sala 3ª del Tribunal Supremo reconoce que, aunque existían razones para mantener la doctrina instaurada hasta el momento, procedía efectuar un cambio jurisprudencial por entender que la documentación en instrumento público y la constitución de la hipoteca, que son los actos que justifican el nacimiento del gravamen, benefician al prestamista, por lo que se concluye que el artículo 68.2 del

⁸ Los recursos de casación que dieron lugar a estas resoluciones fueron admitidos a trámite bajo el siguiente interés casacional: «precisar, aclarar, matizar, revisar o ratificar la doctrina jurisprudencial existente en torno al artículo 29 LITPAJD, en relación con la condición de sujeto pasivo en las escrituras de constitución de préstamo con garantía hipotecaria».

Reglamento del impuesto es ilegal, por carecer de carácter interpretativo o aclaratorio y suponer una extralimitación respecto a la norma con rango de ley.

Estas resoluciones generaron importantes repercusiones económicas y sociales, que motivaron que el presidente de la Sala 3ª convocara a Pleno para decidir si procedía consolidar como criterio el cambio jurisprudencial efectuado por las sentencias de octubre de 2018 o retomar el criterio consolidado en la Sala.

El 6 de noviembre de 2018 el Pleno de la Sala 3ª acordó, por 15 votos a favor y 13 en contra, volver al criterio jurisprudencial anterior, según el cual el sujeto pasivo del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados en los préstamos hipotecarios es el prestatario, siendo materializado en SSTS, sala contencioso-administrativa, de 27 de noviembre de 2018 (LA LEY 170572/2018; LA LEY 170570/2018; LA LEY 170571/2018).

El cambio de criterio jurisprudencial y su posterior revocación por el Pleno de la Sala 3ª motivó que el Gobierno, mediante el RDL 17/2018, modificara el texto refundido que regula el impuesto en los términos señalados, sin eficacia retroactiva. De este modo, desde el 10 de noviembre de 2018 (cfr. Disposición final 3ª del RDL 17/2018) el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados en los préstamos con garantía hipotecaria es el prestamista.

Después de tres años desde que se dictara la STS de 23 de diciembre de 2015, el Tribunal Supremo en sus SSTS de 23 de enero de 2019 ha determinado la distribución de los gastos hipotecarios entre prestamista y prestatario. Según estas resoluciones, el abono de los aranceles notariales corresponde por mitades⁹, los aranceles registrales deben ser abonados por el prestamista, el impuesto de actos jurídicos documentados corresponde al prestatario porque el RDL 17/2018 carece de eficacia retroactiva y la gestoría también debe ser abonada por mitades entre las partes del contrato.

La distribución que efectúa el Tribunal Supremo en las SSTS de 23 de enero de 2019 no tiene correspondencia con la que aprueba el legislador en la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario; según el artículo 14.1 e) de la Ley, el coste de los aranceles notariales los asumirá el prestamista -aunque el gasto de las copias le corresponderá a quien los solicite- los gastos de inscripción en el registro y los de gestoría los abonará también el prestamista, al igual que el impuesto de actos

⁹ Este criterio de reparto por mitades del pago del arancel notarial ya fue avanzado por el Tribunal Supremo en sus SSTS de 15 de marzo de 2018, aunque no constituía el objeto de los recursos de casación resueltos.

jurídicos documentados por aplicación del RDL 17/2018; en contraposición, corresponde el pago de la tasación del inmueble al prestatario.

En los supuestos de contratos de préstamo hipotecario a favor de una persona jurídica con garantías reales pero garantizadas por personas físicas, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 2019 ha señalado que, no puede imponérsele el coste del arancel notarial y registral a la persona física, pero no hay inconveniente en que se establezca un pacto sobre los gastos, libremente negociado entre la entidad prestamista y el prestatario persona jurídica, en su condición de interesado para obtener financiación.

Las consecuencias económicas derivadas de la nulidad de los gastos hipotecarios y la interpretación que ha hecho el Tribunal Supremo sobre ellas han motivado la interposición de dos cuestiones prejudiciales acumuladas (C -224/19 y C-259/19) que están actualmente pendientes de resolución por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En concreto, la cuestión fundamental que se plantea es, si resulta conforme a la Directiva 93/13/CEE una jurisprudencia que integra el contenido de la cláusula declarada nula con la aplicación de la normativa que regula estos gastos.

Las observaciones de la Comisión Europea sobre estas cuestiones prejudiciales consideran que, si bien no sería conforme a la normativa comunitaria, la integración de una cláusula declarada nula, sí que resultaría conforme a la Directiva 93/13/CEE la sustitución de la cláusula nula por la aplicación del ordenamiento jurídico interno. Con amparo en este argumento considera que la interpretación del Alto Tribunal respecto a los gastos de Notaría, Registro de la Propiedad e Impuestos es conforme a la normativa comunitaria, aunque considera que los gastos de cancelación del gravamen corresponderán al prestatario en su condición de «interesado». Mientras que atribuye el abono del 100% de los gastos de tasación y gestoría a la entidad bancaria, atendida la falta de normativa que regule el pago de estos gastos; en concreto, respecto a los gastos de gestoría considera que la normativa existente no impone la exigencia de tener que recurrir a una gestoría ni prohíbe tampoco, que estas tareas sean desempeñadas por el banco o el prestatario. Similares consideraciones se efectúan respecto al gasto de tasación, señalando, además, que quien tiene un interés evidente en que la tasación sea correcta y cubra el importe del crédito es la entidad bancaria.

Las cuestiones prejudiciales consultan, además, si no es contrario al Derecho comunitario la limitación de la reclamación de nulidad de las cláusulas por el plazo de prescripción. La doctrina y la jurisprudencia consideran que el ejercicio de la acción de nulidad carece de plazo para su ejercicio, pero que la acción resarcitoria estaba sujeta al de prescripción de las acciones personales que no tienen uno

específico para su ejercicio¹⁰. La Comisión Europea mantiene que la determinación de plazos razonables de carácter preclusivo es compatible con el Derecho de la Unión, sin embargo, defiende que el *dies a quo* del plazo no debe ser el momento del pago de la obligación puesto que podría provocar que la acción resarcitoria estuviera ya prescrita cuando se interponga la de nulidad, sino que debe comenzar el cómputo en el momento de declaración de nulidad de la cláusula, disponiendo el consumidor de cinco años desde entonces para instar la restitución de las cantidades indebidamente abonadas, ya que esta interpretación es más coherente con la naturaleza accesoria e instrumental que tiene la acción restitutoria frente a la principal que es la declarativa de nulidad.

La Comisión Europea, aunque no fue objeto de interpelación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, plantea la posibilidad de que los consumidores soliciten además de una reparación contractual por los daños materiales, alguna cantidad en concepto de daño moral. Esta reclamación por daños morales exigiría no solo la constatación de su existencia, sino que podría plantear dificultades en torno a la comprensión de los conceptos que deben ser indemnizados como daño moral.

A modo de conclusión respecto a esta cláusula se puede indicar que:

- a) En los contratos de préstamos con garantía hipotecaria suscritos con anterioridad al 16 de junio de 2019: los consumidores podrán reclamar la devolución de las cantidades indebidamente abonadas, con sujeción a los criterios establecidos por el Tribunal Supremo en sus SSTS de 23 de enero de 2019. No obstante, cabe la posibilidad de que éstos resulten afectados por el futuro pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- b) Los contratos suscritos con posterioridad al 16 de junio de 2019, procede la distribución de los gastos conforme al artículo 14.1 e) de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario.

2.3. Comisión de apertura

La comisión de apertura es una estipulación por la que el prestatario debe abonar al prestamista una cantidad fija o un determinado porcentaje de la cuantía total del

¹⁰ El artículo 1964 del Código Civil que establecía un plazo de prescripción de 15 años; sin embargo, dicho precepto fue modificado por la Ley 42/2015, de 5 de octubre que redujo el plazo de prescripción a 5 años y establece un régimen transitorio para las acciones nacidas antes de la entrada en vigor de la Ley consistente en que les seguiría resultando de aplicación el plazo de prescripción pero con la limitación de que transcurridos cinco años desde la entrada en vigor de la nueva normativa, dichas acciones se considerarán prescritas si no hubieran prescrito todavía.

préstamo, en una sola vez y en el momento de suscripción del contrato de préstamo hipotecario; esta cantidad está destinada a cubrir los gastos administrativos y de gestión derivados de la operación mercantil.

El artículo 3.1 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE núm. 261, de 29 de octubre de 2011) (LA LEY 20192/2011) (en adelante, Orden EHA/2899/2011) dispone que: «las comisiones percibidas por servicios prestados por las entidades de crédito serán las que se fijen libremente entre dichas entidades y los clientes. Sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos».

Las reclamaciones sobre la nulidad de la comisión de apertura no eran igualmente acogidas por todas las Audiencias Provinciales. A favor de la nulidad de la comisión de apertura se consideraba que adolecía de falta de reciprocidad con base en el artículo 87.5 del TRLGDCU (cfr. SAP Soria, Sección 1ª, 15 de enero de 2018; LA LEY 3467/2018), otras sentencias han considerado que los servicios cuyo coste se repercutía son inherentes a la operativa bancaria y no debían atribuirse al prestatario (cfr. AAP Zaragoza, Sección 5ª, de 5 de enero de 2017; LA LEY 633/2017) incluso hay Audiencias Provinciales, que entendían que el importe de la comisión no resultaba proporcional a los gastos derivados del estudio, tramitación y concesión del préstamo (cfr. SAP Asturias, Sección 6ª, de 2 de junio de 2017; LA LEY 80039/2017).

En cambio, como argumentos en contra de la declaración de nulidad de la comisión de apertura se alegaba que era una estipulación que respeta el principio de libertad de pacto, al estar aceptada en escritura pública y referirse a servicios efectivamente prestados (cfr. SAP Castellón, Sección 3ª, 15 de febrero de 2017; LA LEY 35238/2017); otras resoluciones consideraban que esta comisión integraba el precio del contrato por lo que no podía ser objeto del control de contenido (cfr. SAP León, Sección 1ª, 15 de junio de 2018 (LA LEY 81204/2018)).

El Tribunal Supremo en su STS, Sala de lo civil, de 23 de enero de 2019 (LA LEY 253/2019) resuelve los pronunciamientos judiciales contradictorios entre las Audiencias Provinciales y considera que, la comisión de apertura junto con el interés remuneratorio constituye el precio del contrato, por lo que, como afecta a

un elemento esencial de éste, la comisión será válida siempre y cuando resulte transparente¹¹.

Sin perjuicio de reconocer que afecta al precio del contrato y que, por tanto, la valoración que debe efectuarse sobre ella es de transparencia y no de contenido, la sentencia justifica que la comisión de apertura se deriva de un servicio efectivamente prestado, que responde a la realización de gestiones ajenas a la naturaleza del servicio que prestan las entidades bancarias consistente en poner a disposición del prestatario el dinero, aspecto que justifica que la normativa bancaria, prevea la posibilidad de que se pueda cobrar como parte integrante del precio una comisión de apertura.

La Ley 5/2019 reconoce la validez de la comisión de apertura si respeta las exigencias que prevé la norma en su artículo 14.4; es decir, para que sea válida debe devengarse en una sola vez y englobar la totalidad de los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo u otros similares inherentes a la concesión del préstamo. Si se trata de un préstamo en divisas, se indica que la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo.

La validez de la comisión de apertura ha sido también objeto de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en síntesis, se le plantea si constituye un elemento del precio del contrato de modo que ello excluya la posibilidad de que se valore el posible desequilibrio que genere para los derechos de los consumidores y, en relación con ello, cuestiona al Tribunal si la existencia de una normativa bancaria que prevea esta comisión así como que sea una cuestión de general conocimiento por los consumidores son criterios que garantizan *per se* la transparencia de ésta.

En las observaciones escritas emitidas por la Comisión Europea de 29 de diciembre de 2019, este órgano ha considerado que la falta de transposición del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE al ordenamiento jurídico español no puede conllevar la exclusión del control de abusividad sustantiva de la «comisión de apertura», puesto que al tratarse de una disposición limitante del ámbito de protección ofrecido por la Directiva 93/13/CEE no es posible una supuesta incorporación implícita sino que, debe ser objeto de incorporación clara y explícita en el ordenamiento jurídico

¹¹ El Tribunal Supremo en su resolución de 23 de enero del 2019 entiende que concurre esa transparencia porque se trata de una comisión que es de general conocimiento entre los consumidores que van a suscribir un contrato de préstamo hipotecario, que se devenga al principio del préstamo por entero de modo que el consumidor conoce el sacrificio patrimonial que genera la operación mercantil y, además señala que la entidad bancaria tiene obligación de informarle sobre su existencia en las fichas normalizadas de información.

interno. Por ello, los jueces nacionales pueden apreciar en el marco de un litigio el carácter abusivo de una cláusula que no se refiera al objeto principal del contrato incluso cuando ésta cumpla los requisitos de transparencia formal y material.

Los jueces nacionales deben valorar para llevar a cabo ese control, la publicidad e información proporcionadas y comprobar si un consumidor normalmente informado y razonablemente suspicaz podía entender el coste económico, contenido y funcionamiento concreto de la cláusula en relación con el resto de clausulado. La Comisión Europea señala que esta estipulación podría considerarse abusiva cuando exista una desproporción manifiesta entre el montante de la cláusula y los conceptos a los que se refiere.

La posible aceptación por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la tesis de la Comisión provocaría la modificación de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la validez de la comisión de apertura al tener que incorporar a su examen, el control de contenido; desde un punto de vista más global, los órganos judiciales deberán valorar si las cláusulas que afecten a elementos esenciales del contrato pueden generar un desequilibrio relevante para los derechos de los consumidores que no habrían aceptado en el seno de una negociación individualizada.

3. Conclusiones

La situación judicial generada por la masiva reclamación de la nulidad de las cláusulas insertas en contratos de préstamo con garantía hipotecaria, así como por los continuos vaivenes jurisprudenciales hasta que se han fijado los criterios sobre las consecuencias jurídicas de la declaración de nulidad y el riesgo de que este tipo de reclamaciones se prolongaran indefinidamente en el tiempo justificó que el legislador español aprovechara la transposición de la Directiva 2014/17/UE para dotar a estas estipulaciones de una normativa.

La regulación que ha incorporado la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario ha optado en algunos casos por configurar el contenido de estipulaciones para que sean válidas como, por ejemplo, hace con la cláusula de gastos hipotecarios o con la de comisión de apertura y, en otros, como en la de cláusula suelo, por su prohibición.

Esta regulación que puede suponer una limitación al principio de autonomía de la voluntad de las partes encuentra justificación por la situación descrita en las líneas anteriores. Sin embargo, es posible que el objetivo que tenía esta Ley en relación con la supresión de las cláusulas abusivas tras su entrada en vigor pueda resultar frustrado si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hace suyas las

observaciones finales que la Comisión Europea ha planteado sobre los asuntos C - 224/19 y C-259/19, puesto que permitiría reclamar respecto a la cláusula de gastos hipotecarios conceptos y cantidades que los órganos judiciales internos no estaban reconociendo, analizar en las cláusulas que afectan a un elemento esencial del contrato el posible desequilibrio generado en detrimento de los derechos de los consumidores y sobre todo una ampliación muy relevante del plazo temporal en el que se podrían seguir presentando reclamaciones judiciales por nulidad de estas estipulaciones.