

ACTA DEL CURSO DE VERANO 2017*

Protección del consumidor-deudor hipotecario: realidad y perspectivas de futuro

3 y 4 de julio de 2017, Cuenca

Autoras

Alicia Agüero Ortiz,

Ana Isabel Mendoza Losana,

Lorena Parra Membrilla

Investigadoras de CESCO

Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: Este documento da cuenta de las ponencias y debates que tuvieron lugar con motivo de la celebración en Cuenca, los pasados días 3 y 4 de julio, del Curso de Verano «Protección del consumidor-deudor hipotecario: realidad y perspectivas de futuro» organizado por CESCO en colaboración con el Ilustre Colegio Notarial de Castilla-La Mancha.

Palabras clave: deudor hipotecario, Directiva 2014/17/UE, Anteproyecto de Ley reguladora de los créditos inmobiliarios, cláusula suelo, cláusula de gastos, vencimiento anticipado, intereses moratorios, Real Decreto-ley 1/2017, intereses remuneratorios fijos abusivos, intereses remuneratorios fijos o usurarios, contratos vinculados, hipotecas multidivisa, responsabilidad de funcionarios públicos (notarios y registradores).

Summary: This document gives an account of the presentations and debates that took place on the Summer Course "Mortgage consumer protection: reality and future prospects", organized by the Center for Consumer Studies (CESCO) in collaboration

* Esta acta da cuenta de los contenidos más significativos de las intervenciones en el curso de verano «Protección del consumidor-deudor hipotecario: realidad y perspectivas de futuro», celebrado en Cuenca, los días 3 y 4 de julio de 2017 y organizado por el Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha en colaboración con el Ilustre Colegio Notarial de Castilla-La Mancha. El contenido íntegro de las ponencias y otros materiales relativos al curso puede consultarse en la web <http://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/actividades> (si no funciona el enlace, copie y pegue la dirección en su navegador).

with the College of Notaries of Castilla-La Mancha, which was celebrated in Cuenca on July 3 and 4, 2017.

Key words: mortgage debtor, Directive 2014/17/EU, Draft Law on immovable property loans, floor clause, expense clause, acceleration clause, default interests, Royal Decree-Law 1/2017, unfair fixed interest rates, usurious fixed interest rates, linked contracts, multi-currency mortgages, liability of notaries and registrars.

ACTO INAUGURAL

El acto inaugural del curso de verano sobre la protección del consumidor-deudor hipotecario: realidad y perspectivas de futuro estuvo presidido por la Vicerrectora de Cultura, Deporte y Extensión Universitaria, Dña. M^a Ángeles Zurilla Cariñana, y contó con la asistencia del Director General de Registros y Notariado, D. Francisco Javier Gómez Gállico, el Decano del Ilustre Colegio Notarial de Castilla-La Mancha, D. Luis Fernández-Bravo Francés, y el Director del Centro de Estudios de Consumo (CESCO), D. Ángel Carrasco Perera. El Director del CESCO desgranó los contenidos que se iban a tratar durante el curso y resaltó como el Derecho de Consumo se está convirtiendo en una «mina inagotable» para los estudiosos del Derecho, pues las reformas del ordenamiento se suceden de forma vertiginosa tanto por la vía legislativa como jurisprudencial. Llamó la atención sobre el torrente de decisiones judiciales que han declarado abusivas numerosas cláusulas de las incluidas en los préstamos hipotecarios. Sin duda, la cláusula suelo ha sido una de las de mayor impacto pero no la única, también han sido declaradas nulas la de distribución de gastos e impuestos o las relativas a los índices de referencia y al vencimiento anticipado, entre otras.

El Decano del Ilustre Colegio Notarial comenzó su intervención recordando como hace dos años, en este mismo foro, el profesor Carrasco anunció «la muerte de la hipoteca», viajó hasta lo más profundo del Derecho Civil invocando figuras como los censos, para llegar a la conclusión irrefutable de que «el dinero prestado, hay que devolverlo». Destacó que el préstamo hipotecario sigue siendo centro de atención y puso de manifiesto como en los últimos años «se ha criminalizado» la hipoteca, a pesar de ser el instrumento que ha permitido a gran parte de la población española disfrutar de una vivienda. Agradeció el trabajo de la Dirección General de los Registros y del Notariado y destaca que el Notario desempeña una importante función de servicio público como es la seguridad jurídica preventiva. Recordó el conocido aforismo de Joaquín Costa: «notaría abierta, juzgado cerrado» y señaló que, en este contexto, el Notariado debe volver la cabeza a la Universidad para analizar el cambiante entorno jurídico. Por ello, mostró su agradecimiento a todos los asistentes al curso y a los organizadores, poniendo en valor la colaboración del Colegio Notarial de Castilla-La Mancha con CESCO y con la Universidad de Castilla-La Mancha, colaboración de largo recorrido que cada año se refuerza.

El Director General de los Registros y del Notariado, D. Javier Gómez-Gállico, aprovechó su intervención para dar a conocer los contenidos esenciales del Anteproyecto de Ley de Crédito Inmobiliario, sobre el que está trabajando el Ministerio de Justicia y que se encuentra en esta fecha en el Consejo de Estado. La futura ley transpone al ordenamiento español la Directiva UE/2014/17, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso

residencial, así como la vasta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea emitida en los últimos años en torno a los contratos de préstamo hipotecario para la adquisición de inmuebles. Destacó que la mencionada Directiva regula la concesión de «préstamos inmobiliarios a personas físicas», esto es, su ámbito de aplicación no se circunscribe a los préstamos hipotecarios con consumidores personas físicas. Puso de manifiesto que en España, a diferencia de otros países de la Unión Europea, la mayor parte de la población opta por la propiedad como forma de acceso a la vivienda y destaca que el sistema hipotecario español es «bueno y seguro» tanto para acreedor como para deudor. Así, desde la posición del acreedor, cabe destacar que el procedimiento de ejecución es rápido y la responsabilidad hipotecaria es compatible con la responsabilidad patrimonial universal del deudor. Desde la perspectiva del deudor, también goza de ventajas como, por ejemplo, la posibilidad de cambiar de acreedor a iniciativa del propio deudor y sin necesidad de consentimiento de la entidad de origen, la prohibición de pacto comisorio, la posibilidad de cancelar anticipadamente la deuda, -posibilidad que no se reconoce en otros ordenamientos-, o de percibir el eventual remanente existente tras el procedimiento de ejecución. Con todo y a pesar de las bondades del sistema tal y como lo configura el Código Civil y la Ley Hipotecaria, en los últimos años, se han acometido reformas motivadas por las diversas sentencias del TJUE tendentes a incrementar la protección del deudor-consumidor. Entre éstas, destaca el reconocimiento al deudor del derecho a oponerse en el procedimiento de ejecución por la inclusión en el contrato de cláusulas abusivas (aunque, en su opinión, el procedimiento ejecutivo debe seguir caracterizado por la rapidez). Acometidas las reformas indicadas, el Director General suscitó el interrogante: ¿qué le falta al sistema para ser más tuitivo de los derechos de los consumidores? En respuesta a esta pregunta, destacó que el Gobierno está trabajando por reforzar el control de transparencia material y el control de abusividad. Para reforzar el control de transparencia material, el Anteproyecto refuerza las funciones informativas del Notario, que, con carácter previo a la firma, deberá explicar al consumidor, entre otras cuestiones, los riesgos del contrato y las diferencias en cuanto a la opción de tipo de interés elegido. Conforme al Anteproyecto, el Notario deberá extender un acta (gratuita) en la que deje constancia de que el consumidor ha sido convenientemente informado, no siendo ya necesaria la declaración rubricada por el consumidor de haber sido informado. En este nuevo contexto, el Notario asume un papel muy relevante, pudiendo negarse a autorizar una escritura por falta de conocimiento. Para reforzar el control de abusividad, notarios y registradores podrán rechazar el otorgamiento y la inscripción de escrituras que incluyan cláusulas abusivas.

Día 3 de Julio de 2017

PRIMER PANEL: Novedades en materia de préstamos hipotecarios

1.1. Directiva 2014/17/UE, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial

D^a. Silvia Díaz Alabart

Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Castilla- La Mancha

La ponente se ha referido en primer lugar, a la gran crisis financiera de 2007, que algunos han comparado con el crack de 1929, y que nos ha obligado a ponernos

delante de aquellos problemas que han dado lugar a esa crisis. Señala como posibles causas de la crisis las insuficiencias legislativas y de mecanismos de control por parte de los poderes públicos, las malas prácticas de los profesionales del crédito y la falta de conocimientos financieros en los consumidores. Para hacer frente a estas carencias, se ha aprobado la Directiva 2014/17/UE, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial (en adelante, «la Directiva»).

En líneas generales, es una directiva de mínimos, lo que significa que todos los países miembros deben adoptar, al menos, los estándares mínimos de protección fijados en ella, sin perjuicio de que puedan mantener o adoptar disposiciones más estrictas en beneficio del consumidor. Sin embargo, la Directiva prevé dos excepciones, se trata de medidas de protección que deben ser iguales para todos los Estados de la Unión Europea, a saber:

La Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), que debe ser única en toda la UE y en ella ha de incluirse la información precontractual que el empresario debe entregar al consumidor antes de celebrar el contrato;

El sistema de cálculo de la TAE.

A pesar de ser una directiva de mínimos, el legislador europeo da varias opciones para que cada Estado pueda particularizar su trasposición. En opinión de la ponente, esto es positivo, ya que facilita la trasposición de la Directiva, pero también puede llevar consigo efectos negativos ya que puede crear diferencias entre las diversas legislaciones, produciendo la desconfianza del consumidor, al no saber exactamente el nivel de protección ante el que se encuentra.

La Directiva define el concepto de consumidor. En esta Directiva, el consumidor persona jurídica no tendría cabida, ya que el ámbito de aplicación se circunscribe al consumidor persona física, pero sí se admite la figura del consumidor mixto, siempre que la actividad comercial sea mínima. La profesora critica que la Directiva no defina el consumidor vulnerable, el cual debe de estar asistido y al que se le debe proporcionar una información adecuada.

La Directiva establece unas medidas básicas tendentes a garantizar la protección de los consumidores, que afectan a las diversas partes implicadas en las operaciones de crédito:

a) Respecto a los empresarios, se establece la posibilidad de que los litigios derivados de este tipo de contratación se puedan resolver a través de entidades de resolución de conflictos alternativas a la vía judicial, cabiendo la posibilidad de que sean entidades dedicadas expresamente a la resolución de conflictos sobre contratos bancarios;

b) En relación a los Estados, se prevén mecanismos tendentes a reforzar la cultura financiera de los consumidores. En este sentido, la Directiva menciona expresamente la educación financiera de los consumidores (art. 6), aunque según la ponente no hace mucho hincapié en este sentido. Por primera vez, establece la obligación de los Estados miembros de facilitar una educación financiera previa a la contratación y esencial en el momento de control de deuda, ya que se ha demostrado que un porcentaje muy elevado de ciudadanos de la Unión Europea tienen un nivel de conocimientos muy bajo y

eso en un contrato de estas características podría ser muy peligroso. En este sentido, la ponente destaca la labor que ya están realizando tanto entidades públicas (Banco de España y Comisión Nacional del Mercado de Valores) como privadas (ONCE), que han publicado útiles guías orientativas para la contratación de préstamos hipotecarios. Pone de manifiesto que «hay mucho por hacer» en este campo de la información, insistiendo en la necesidad de no limitar las vías de información a los medios telemáticos pues, a pesar de la difusión de las nuevas tecnologías, todavía gran parte de la población no tienen acceso a esa fuente informativa. Señala la conveniencia de que los poderes públicos lleven a cabo campañas informativas dirigidas a la totalidad de la población.

c) En relación al prestamista, se establecen las siguientes medidas tendentes a proteger a los consumidores contratantes:

- Información. La Directiva distingue tres tipos de información: la información básica (art. 11); la información general (art. 13) y la información precontractual (art. 14). Debe facilitarse información al consumidor, no sólo previa al contrato sino también a posteriori, evitando que exista una avalancha de datos y ofreciendo una «información básica» en la publicidad, quedando a elección de los Estados miembros exigir que el profesional haga una advertencia concisa y proporcionada de los riesgos de la operación incluso en la publicidad. La Directiva regula también la «información general» que puede ser solicitada en cualquier momento por el consumidor y en la que ya es preceptiva la información sobre los riesgos. Por último, se regula la información precontractual, facilitada en atención a los datos concretos del solicitante (Ficha Europea de Información Personalizada) que permitirá comparar las diferentes ofertas del mercado y seleccionar la que más se ajuste a las necesidades del consumidor, ofreciéndose esta información precontractual al menos en un plazo de siete días anteriores a la firma, plazo denominado «periodo de reflexión».

- Créditos responsables. Se debe implantar el principio de crédito responsable, lo que exige la evaluación de la solvencia del consumidor. El crédito responsable es un acto de concesión de financiación al consumidor, en el que el producto financiero es apropiado para la necesidad de financiación que quiera satisfacer el consumidor y se adecúa a su capacidad económica. El estudio de solvencia se realiza con antelación a la oferta vinculante y es positivo tanto para el prestamista como para el deudor. Se ha de tener en consideración fundamentalmente la tasación previa del inmueble pero también otros factores como los créditos previos u otras obligaciones financieras que pudiera haber contraído el deudor, las eventualidades previsibles (ej. jubilación si el solicitante es una persona de edad próxima a esta circunstancia) y las eventualidades imprevisibles (ej. enfermedades). En este contexto, la entidad ha de valorar la exigencia de ciertos seguros para minimizar los riesgos. La fuente principal de información debe ser no sólo el propio consumidor sino también las bases de datos

consultadas por la entidad. Si el estudio de solvencia ofrece resultados negativos, el prestamista «ni puede, ni debe» otorgar el crédito.

Para terminar, la profesora DÍAZ ALABART pone de manifiesto que en los años previos a la crisis se concedieron muchos créditos indebidamente por la falta de formación de los agentes y también por asociar los honorarios de éstos al número de contratos de préstamo realizados. Por ello, destaca la importancia de exigir una formación mínima y actualizada a los prestamistas y sus auxiliares y evitar la vinculación directa de los emulentos de los auxiliares del prestamista con la cantidad o cuantía de créditos contratados. En la actualidad, el Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que transpondrá la Directiva, pone de manifiesto la intención de los poderes públicos de hacer «una buena ley de créditos hipotecarios».

1.2. Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario

D^a. Encarna Cordero Lobato

Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Castilla- La Mancha

La ponente comenzaba su intervención señalando el carácter confuso y engañoso del título del denominado «Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de créditos inmobiliario» (en adelante, «el Anteproyecto»), afirmando que éste no regula sólo el crédito hipotecario ni tampoco todo el régimen de contratación de estos productos, ya que se mantiene en vigor normativa preexistente, como la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. No será por tanto, un «texto refundido de transparencia en la contratación bancaria». Además, tampoco transpone en su integridad la Directiva europea (Directiva 2014/17/UE, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial), sino sólo de forma parcial, siendo incierta su finalidad, a juicio de la ponente.

No es cierto que antes de la Directiva no hubiera normas sobre información y transparencia en la contratación bancaria. Ya la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito y la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios imponían obligaciones de información a los notarios y establecían plazos de reflexión en estas operaciones. Sin embargo, a la luz de las numerosas sentencias dictadas en esta materia, parece que no se ha prestado la suficiente atención al cumplimiento de estas obligaciones informativas. Son numerosos los casos en los que el consumidor no ha resultado suficientemente informado pero no sólo por el incumplimiento de la entidad financiera sino a veces también por dejación del propio consumidor, que se procura más información cuando va a adquirir un terminal de telefonía móvil que cuando va a firmar un contrato de préstamo hipotecario sobre su vivienda.

El Anteproyecto pretende reforzar las obligaciones informativas con la pretensión de que el consumidor sea realmente un «consumidor informado». Según el Anteproyecto, es el notario el que debe verificar y comprobar que el consumidor ha recibido toda la documentación en el plazo correspondiente y que además ha manifestado que tiene los documentos, que los ha leído y que los ha comprendido. Sin embargo, la ponente muestra su escepticismo, compartido con otros sectores de la doctrina, entre los que se encuentra el profesor Ángel Carrasco, y duda que los nuevos deberes informativos garanticen la existencia de un «consumidor informado». Por mucho que se entregue al consumidor «un montón de papeles» explicando la operación, no se podrá evitar que un juez declare nulo el contrato o alguna de sus cláusulas por falta de transparencia, asevera la ponente.

Además, se presumirá que el consumidor ha comprendido la información contenida en esta documentación, presunción que tal y como está redactada la norma proyectada, no iure et de jure, sino iuris tantum.

El informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto no considera apropiado que un notario valore si el consumidor ha comprendido o no la información y por lo tanto, anuncia que un juez no se va a sentir vinculado por esa acta, que no gozará de la presunción de veracidad.

Según afirma la ponente, el Anteproyecto no dará más luz de la que ya había con la regulación anterior integrada por las citadas órdenes de 1994 y 2011. Se da además la circunstancia de que la Orden ministerial del 2011 se aprobó cuando ya se había aprobado el proyecto de Directiva, por lo que la regulación española de la transparencia en la contratación no es tan distinta de la de la Directiva. La novedad más destacable es que la protección se extiende a las personas físicas, -aunque no sean consumidores, quedando incluidos los autónomos-, resultando indiferente la finalidad del crédito, por lo que no es necesario que se solicite para la adquisición de una vivienda. Por lo tanto, el consumidor goza de la misma protección ya adquiera una primera vivienda o una segunda y sucesivas.

Además, se concede el mismo nivel de protección del deudor a los garantes y a los fiadores.

Se excluye expresamente el deber de suministrar la información en los términos descritos respecto a las hipotecas inversas, aunque la Directiva exige que también en este caso se dispense una «protección adecuada».

Las medidas contenidas la futura ley se proyectan sobre dos planos: por un lado, se adoptan medidas procedimentales para preservar la decisión del consumidor, de modo que éste emita un «consentimiento informado», por otro lado, se adoptan medidas de protección material. En el primer plano, se impone la obligación de entregar documentación como la ficha europea de información normalizada, una ficha específica con advertencias estandarizadas para aquellos datos más relevantes, aquellos documentos especiales separados con referencias específicas a las cuotas para créditos de interés variable, la copia del proyecto de contrato, además de la posibilidad de recibir asesoramiento personalizado. Esta documentación deberá ser enviada por la entidad al deudor, al garante y también al notario, que el cliente haya elegido, que se facilitará de forma telemática, con una antelación mínima de siete días. El notario debe levantar gratuitamente acta en la que haga constar que el consumidor ha comprendido la información. El acta es condición imprescindible para

autorizar la escritura y para inscribirla. No obstante, como se ha comentado, el acta no dará fe absoluta de veracidad y por lo tanto, no vinculará al órgano jurisdiccional que, en su caso, tenga que pronunciarse sobre la validez del contrato.

Como se mantiene en vigor la Orden ministerial de 2011, la ponente cuestiona si además de la documentación mencionada exigida por el Anteproyecto, se deberá entregar también la documentación prevista en la Orden de 2011. Ella espera que no sea así y destaca la necesidad de que el legislador actualice y aclare esta circunstancia.

En cuanto a las medidas de protección material, se reconoce expresamente la posibilidad de obligar a que el consumidor celebre contratos vinculados, siempre que éstos sean necesarios para el buen funcionamiento de la operación; se permite el pacto de tipo de interés variable y el reembolso anticipado por el deudor (facultad que ya existe en nuestro ordenamiento), limitando la posibilidad de cobrar comisión. Como novedad más relevante, se prevé el vencimiento anticipado no cuando se ha producido el impago de un máximo de 3 cuotas, sino cuando el impago alcance un porcentaje de la deuda que varía del 3 al 5% en función de en qué momento se produzca el vencimiento anticipado. Además se limita el tipo de interés por demora, que sigue sometido a control de abusividad.

Existen algunos contenidos de la Directiva que el Anteproyecto no transpone. Entre ellos, los relativos a la evaluación de la solvencia del deudor, ya que desde el año 2011, la Ley de Economía Sostenible impone en España obligaciones en este sentido. La ponente pone de manifiesto la necesidad de concebir los estudios de solvencia desde la proporcionalidad. Se cuestiona si cuando se exigen rigurosos estudios de solvencia se pretende excluir del acceso al crédito a todos aquellos consumidores que no sean funcionarios o tengan trabajos fijos. Pone de manifiesto que en algunas ocasiones puntuales pueden haberse concedido «créditos alegremente», esto es, sin haber realizado previamente estudios de solvencia de cierto rigor, sin embargo, la principal causa de la crisis y el motivo por el que numerosos deudores hipotecarios han incurrido en situaciones de impago no es por falta de estudio de solvencia sino porque no se previó la posible pérdida del empleo, como finalmente ha ocurrido.

1.3. Regulación de las relaciones de consumo en materia de créditos o préstamos hipotecarios sobre viviendas en el Proyecto de Ley sobre los Derechos de las Personas Consumidoras en Castilla- La Mancha y en otras leyes autonómicas

D^a. M^a Ángeles Zurilla Cariñana

Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha

La profesora Zurilla Cariñana comienza su intervención poniendo de manifiesto que España es un Estado plurilegislativo, donde las CC.AA que tienen competencia en materia de vivienda están obligadas a transponer la Directiva.

La ponencia versó sobre el Proyecto de Ley sobre los Derechos de las Personas Consumidoras en Castilla-La Mancha y concretamente el Título III, Capítulo VI que regula las relaciones de consumo derivadas de los préstamos hipotecarios sobre vivienda (arts. 125 al 138), la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, por la que se

modifica la Ley 22/2010, de 20.7.2010, del Código de consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo y la Ley andaluza 3/2016, de 9 de junio, de protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda.

Estas tres leyes autonómicas tienen el mismo objetivo que la Directiva, la mejora de la situación de las personas que contratan préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda habitual. Así, las tres contienen disposiciones generales, concretamente en el art. 125 de la Ley de CLM, en el art. 261 de la Ley Catalana y en el art. 4 de la Ley Andaluza. Tienen un contenido muy similar, definiendo términos como consumidor, prestamista, intermediario del crédito, y la ley andaluza además define el término garante. La Directiva no alude a los garantes.

El ámbito de aplicación viene definido por aquellas relaciones de consumo relativas a contratos de préstamo inmobiliario y préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de vivienda pero también a la rehabilitación de la vivienda o del inmueble del que forma parte.

Es común a las tres leyes autonómicas la búsqueda de la transparencia en los contratos, existiendo una gran preocupación por el derecho del consumidor a la información transparente. De hecho, la ley catalana y la de CLM incluyen esa rúbrica en su articulado, se refieren a la «transparencia en precios» y consagran el deber de los prestamistas de actuar de un modo honesto y profesional. Exigen que la información sea accesible y normalizada y se entregue en soporte papel, entre otras exigencias. Además, se establece la obligación en ambas leyes de que la Administración autonómica vele por que en esa documentación no se incluyan cláusulas abusivas y se prevén controles periódicos. La ley andaluza no contiene un artículo sobre la transparencia en precios, pero su artículo 5, relativo a los criterios de actuación de las empresas prestamistas y los servicios de intermediación, es similar a los arts. 127 de la Ley de C-LM y 261.2 de la Ley de Cataluña en cuanto a la actuación honesta y de buena fe.

Se exige información exhaustiva previa al contrato. La ley andaluza es especialmente exigente. Así, conforme a esta norma, los consumidores que deseen contraer un préstamo hipotecario tienen derecho a que los prestamistas les entreguen: IDEP, FIPRE, DIPRE y DIPREC (todos ellos documentos informativos muy detallados). La diferencia consiste en el plazo de reflexión una vez se hace entrega de la oferta vinculante, la Directiva establece un plazo de 7 días, la ley catalana y el proyecto de ley de C-LM establecen el plazo de 14 días y la ley andaluza no fija un plazo.

Las leyes autonómicas analizadas realizan una trasposición muy exigente de la Directiva. En concreto, la ley andaluza contiene mayores obligaciones que la propia Directiva, creando incluso un Tribunal Andaluz de ejecuciones hipotecarias con la finalidad de potenciar la resolución extrajudicial de conflictos, un modelo de contrato hipotecario de confianza y un código ético.

Estas leyes también regulan otras cuestiones de gran relevancia como la tasación, la oferta vinculante o el estudio de solvencia.

Según la ponente, estamos ante un sistema caótico y muy complejo, en el que las Comunidades Autónomas realizan una "pseudotransposición" de la Directiva

incurriendo a veces en extralimitación competencial (v.gr. cuestiones relativas al procedimiento de ejecución, creación de tribunales específicos...). Se asiste a una proliferación legislativa de las obligaciones de información que, en ocasiones, lo que hace realmente es confundir y causar perplejidad al consumidor.

1.4. Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo

D. Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil. Director de CESCO. Universidad de Castilla-La Mancha

El Catedrático de Derecho Civil y Director de CESCO, Ángel Carrasco Perera, comenzó su intervención criticando tanto la Directiva 2014/17/UE, como el Real Decreto-ley 1/2017. Según afirma el ponente, son un fracaso, pero de alguna manera todos contribuyen a ese fracaso: los bancos contribuyen en este sentido porque estandarizan la información y las respuestas que dan al consumidor, al que le asalta la duda de si las propuestas de la entidad, conforme al artículo 3 del Real Decreto-ley (reclamación previa), esconde algún tipo de engaño. También contribuyen al fracaso ciertos abogados («buitres») y otros profesionales, que han visto incrementada su cifra de negocio a costa de la declaración de cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario. El anunciado fracaso lo corrobora el hecho de que el Consejo General del Poder Judicial haya aprobado la creación en cada juzgado de un tribunal especializado en cláusulas suelo, lo que hace que haya sólo 54 juzgados dedicados a este asunto.

El Real Decreto-ley 1/2017 fue una forma de «adelantarse a un fracaso», un paliativo ante la avalancha de reclamaciones que se temía se produjese después de la sentencia del TJUE que declaró la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo.

El Real Decreto-ley aprobado por el Gobierno tiene por objeto «el establecimiento de medidas que faciliten la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor a las entidades de crédito en aplicación de determinadas cláusulas suelo contenidas en contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria» (art. 1). Sin embargo, a juicio del ponente, el Gobierno español configura un «sistema perverso» como se deduce del análisis del objeto de la norma:

Medidas que facilitan la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas. Como se aprecia, la norma habla de cantidades «indebidamente satisfechas», pero si se acepta que puede haber cláusulas suelo transparentes, el concepto de lo indebidamente percibido no se puede dar como presupuesto de la cuestión, sino que forma parte del objeto de la controversia. Y la definición del objeto de la controversia se remite a la entidad bancaria que, acogida al artículo 3 del Real Decreto-ley, puede afirmar que la devolución no es procedente. No explica la norma las razones que pueden motivar la decisión de la entidad de considerar que «la devolución no es procedente». Frecuentemente, uno de los motivos por los que se afirma que la devolución no es procedente es porque las cláusulas suelo no generan un cobro indebido porque son transparentes. La falta de definición de «transparencia» permite que todos los bancos tengan incentivos suficientes para alegar que sus cláusulas suelo no generan un cobro indebido, pudiendo resultar finalmente no condenados a la devolución.

«... [E]n aplicación de determinadas cláusulas suelo». El real decreto-ley comentado se refiere a las cantidades indebidamente satisfechas que se hubieran percibido «en aplicación de determinadas cláusulas suelo». La definición del supuesto de hecho es conflictiva, por lo que, correlativamente, será también conflictiva la solución del propio conflicto. Las entidades bancarias invocarán éstos y otros conflictos para incrementar los procesos.

Surgen ciertas dudas y conflictos recurrentes: ¿qué sucede con las cláusulas suelo que ya no existen porque se ha producido una novación (supresión de cláusula suelo con modificación del tipo de interés), pero que generaron el cobro de intereses en el pasado? ¿O qué ocurre cuando la cláusula de novación contuviera una renuncia a acciones formulada en un contexto de retroactividad limitada? ¿Cabría invocar una cláusula «rebus sic stantibus» aplicable a la renuncia de acciones, de modo que dicha renuncia dejase de surtir efectos cuando cambios normativos y jurisprudenciales hayan modificado el horizonte de retroactividad por aceptar la retroactividad absoluta? ¿Se hubiera renunciado a las cláusulas suelo a cambio de una mejora en el tipo de interés en un contexto de retroactividad absoluta? Es una cuestión compleja. CESCO viene contestando las dudas que se formulan en torno a este problema, que los consumidores que hubieran suscrito un acuerdo de novación con eliminación de la cláusula no podrán acogerse al procedimiento de reclamación extrajudicial ya que el préstamo ya no consiente una cláusula suelo (como requiere el art. 2.1. Real Decreto-ley). Con todo, respecto a la renuncia de acciones y la posible reclamación judicial, el ponente considera que puede haber una implicación de la cláusula «rebus sic stantibus» en el momento el que se dicta la sentencia de la retroactividad absoluta, pero no cabe afirmar que las renunciaciones son nulas.

En cualquier caso, -como después se aclaró en el debate-, aquellos clientes que han firmado una novación (eliminación de cláusula suelo y elevación del tipo de interés), podrán iniciar un proceso judicial pero no acudir al procedimiento extrajudicial previsto en el Real Decreto-ley 1/2017.

«El plazo máximo para que el consumidor y la entidad lleguen a un acuerdo y se ponga a disposición del primero la cantidad a devolver será de tres meses a contar desde la presentación de la reclamación» (art. 3.4). El ponente asevera que ésta es “una norma absurda”. La entidad de crédito debe efectuar el cálculo de la cantidad a devolver y comunicárselo al consumidor, el cual puede aceptar o rechazar dicha oferta, y según la norma, tiene un plazo máximo de tres meses para llegar a un acuerdo. Lo que realmente quiere decir la norma, es que si a los tres meses no se ha llegado a un acuerdo, caduca el procedimiento extrajudicial y el consumidor puede dirigirse a los tribunales. En este contexto, en seguida se plantea el siguiente interrogante: ¿tienen las entidades financieras incentivo para realizar el cálculo? El sistema no funciona si el cálculo es realizado por el particular, por eso se impone a la entidad financiera la carga de hacerlo. Efectuado el cálculo por la entidad, el consumidor, que tiene dificultades para recalcularlo, a menudo aceptará la oferta de la entidad.

Pero si la entidad no realiza ese cálculo, para que lo haga el consumidor, que tampoco lo hace, el procedimiento extrajudicial finalizará y quedará expedita la vía judicial en la que posiblemente, la entidad se allanará a la demanda para evitar incurrir en costas. En otros términos, la entidad tiene incentivos para no realizar el cálculo de la cantidad a devolver y asumir el riesgo de una eventual demanda judicial en la que,

si llega, se allanará a la demanda. En resumen, muchas veces es mejor para las entidades no recalcular teniendo en cuenta que es posible que muchos consumidores no acudan a la vía judicial.

Respecto a la eventual existencia de una sentencia firme, hay diversas cosas a tener en cuenta. En primer lugar, la sentencia firme recaída en un proceso individual en el que se solicitase la nulidad de cláusula y la restitución retroactiva, pero que sólo condenó a la entidad financiera a restituir desde mayo de 2013, ¿tiene efectos de cosa juzgada? O ¿puede volver a pedirse por segunda vez las cantidades hasta el Real Decreto-ley 1/2017? No, ya que es cosa juzgada. En segundo lugar, aquellos casos en los que los reclamantes se adhirieron a acciones colectivas para la reclamación de cantidades en los años 2015 o 2016 que obtuvieron una sentencia con condena restitutoria desde mayo de 2013 ¿también constituyen cosa juzgada? Efectivamente, hay efecto de cosa juzgada, por lo tanto no pueden realizar otra reclamación de las cantidades posteriores a mayo de 2013.

Finalizadas las intervenciones, se abre un turno de debate en el que toma la palabra en primer lugar el moderador de la mesa, D. Luis Fernández-Bravo quien pone de manifiesto sus dudas respecto al (incoherente) diseño del ámbito de aplicación del Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Pregunta a Dña. Encarnación Cordero acerca de los motivos por los que la nueva ley, tal y como aparece en el Anteproyecto, será aplicable a las "personas físicas" (no necesariamente consumidoras) y no a ciertas personas jurídicas como la sociedad de responsabilidad limitada unipersonal o a las sociedades agrarias de transformación. La profesora Cordero Lobato comparte las dudas. Expone que la definición del ámbito de aplicación obedece a que la Directiva europea que la nueva ley transpondrá sólo protege a personas físicas. Sin embargo, el concepto de consumidor del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios sí incluye a las personas jurídicas. Considera que estos conceptos deberían unificarse porque la disparidad genera inseguridad y la inseguridad provoca conflictos. Señala que incluso, en ocasiones, la jurisprudencia acude a la analogía y aplica el control de transparencia a relaciones en las que no interviene un consumidor, aunque el Tribunal Supremo se esfuerza por justificar que no es lo mismo el control de transparencia que el control derivado de la buena fe.

El profesor Ángel Carrasco interviene en el debate para aportar un dato más sobre el ámbito de aplicación del Anteproyecto de referencia: si la protección se extiende a las personas jurídicas, el impulso de la norma debe salir del ámbito competencial del Ministerio de Sanidad y de la Administración de Consumo y trasladarse al ámbito de otros ministerios (comercio, economía...). El Ministerio de Economía, impulsor de la norma, considera excesivo que las PYMES puedan beneficiarse del nivel de protección establecido en ella.

El moderador, -D. Luis Fernández-Bravo-, suscita también debate sobre la denominada «cláusula cero» que se ha calificado como cláusula suelo sometida a control de transparencia y abusividad a pesar de que, en su opinión, una cláusula cero no puede ser no transparente, ni abusiva. La profesora Cordero Lobato coincide también con este planteamiento que ilustra sobre lo que, en su opinión, constituyen excesos judiciales. Considera que en efecto, una cláusula de interés fijo no es una cláusula suelo. Sin embargo, según relata la profesora con estupefacción, algún tribunal ya ha declarado abusiva una cláusula de tipo fijo, argumentando que la

entidad tenía conocimiento de que el tipo de interés seguiría bajando y a pesar de ello, optó por realizar este tipo de contratos.

SEGUNDO PANEL: Imposición de los gastos de formalización del préstamo hipotecario al consumidor: ¿es nula la cláusula? ¿Qué cantidades puede recuperar el consumidor tras la nulidad?

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

D^a. Alicia Agüero Ortiz

Investigadora del CESCO. Becaria FPU. Universidad de Castilla-La Mancha

La ponente comenzó aclarando que el motivo por el que el Tribunal Supremo declaró abusiva la cláusula de gastos, en su sentencia de 23.12.2015, no fue su falta de transparencia o su generalidad, sino por tratarse de una estipulación contraria a la buena fe que ocasiona un desequilibrio relevante en la posición jurídica del consumidor, sin que cupiera entender que la habría aceptado en el seno de una negociación individualizada (art. 82 TRLGDCU) y, adicionalmente, por constituir un supuesto específico de la lista negra de cláusulas abusivas (art. 89.3 TRLGDCU). En concreto, citando las palabras del TS, declaró abusiva la cláusula porque “se trata de una estipulación que ocasiona al consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida (...) en el art. 89.2 TRLGDCU”.

Habida cuenta que la STS 23.12.2015 conoce de una acción colectiva de cesación, no contiene pronunciamiento respecto a los efectos restitutorios, comprendiendo la ponente que deberán restituirse los importes que el Derecho supletorio no asignara al consumidor-prestatario. Respecto a los gastos notariales, sostuvo que efectivamente habría cabido una distribución equitativa del gasto al no estar regulado en norma con rango legal quién sea el obligado al pago, por lo que trasladar todo el gasto notarial al consumidor comporta un desequilibrio para el mismo. De conformidad con el Derecho supletorio, el art. 63 del Reglamento Notarial y la norma 6^a del Anexo II del RDAN, atribuyen en opinión de la ponente los gastos a la entidad prestamista, excepción hecha a las copias simples que reciba el consumidor, por lo que aquellos importes deberían ser objeto de restitución. Esto es así porque la entidad prestamista es la que solicita la intervención del notario –dado que estas escrituras se realizan conforme a minuta-, y es el interesado según las normas sustantivas y fiscales (nótese que el art. 68.II RITP y AJD determina que el prestatario es el sujeto pasivo del IAJD en su condición de “adquirente” del bien o derecho, no de “interesado” en el otorgamiento de la escritura pública, que no es necesaria para perfeccionar un préstamo).

En relación con los gastos registrales, tanto el art. 19 bis 6^a de la Ley Hipotecaria como la norma 8^a del Anexo del RDARP determinan que el obligado al pago es el interesado, que es el acreedor garantizado, pues el préstamo –lo que interesa al consumidor- no es objeto de inscripción registral, sino sólo el derecho real de garantía –la hipoteca-.

Respecto al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, solamente mencionó el art. 29 de la LITP y AJD, dejando la discusión sobre el art. 68 RITP y AJD al siguiente ponente, el cual establece que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o servicio o aquel en cuyo interés se expida la escritura. En relación con los arts. 28 y 31 de la LITP y AJD que determinan que el impuesto se devenga por la emisión de primera copia de la escritura –título ejecutivo que recibe el acreedor- por el importe de responsabilidad hipotecaria –y no por el importe del préstamo- sólo cabe inferir que el sujeto pasivo sea el acreedor hipotecario.

Con todo, la ponente señaló que existen grandes divergencias entre jueces y tribunales. Así por ejemplo, la AP de Pontevedra, que junto a la AP de Madrid fue pionera en la declaración de abusividad de estas cláusulas, ha modificado su jurisprudencia para concluir que, si bien la cláusula es abusiva, no procede la restitución en ocasiones por asegurar que tal efecto no es automático, en otras por comprender que no se puede restituir lo que se pagó a un tercero ajeno al pleito. La ponente señala que ambos criterios son erróneos pues el TJUE ha reiterado que declarada la abusividad de la cláusula debe procederse a situar al consumidor en la posición que habría tenido de no existir aquella (art. 1303 CC, STJUE 21.12.2016), y porque el pagador de una deuda ajena se subroga en la posición del acreedor (art. 1158 CC), por lo que no existe impedimento a la restitución. Por otro lado, algunos juzgados como los de Bilbao, Barakaldo y Zaragoza, ordenan la restitución pero con una moderación del 50% o el 70%, lo que de nuevo vulnera la reiterada jurisprudencia del TJUE.

En la segunda parte de su intervención analizó la eventual abusividad de la repercusión de otros gastos al consumidor, como los gastos de tasación y de gestoría. Respecto a los gastos de tasación, señaló que la propia Memoria de Servicios de Reclamaciones del Banco de España de 2015 reconoce que la tasación se realiza en interés del prestamista. Pese a ello, el BdE no considera que constituya una mala práctica bancaria. En cualquier caso, matizó que a diferencia de los gastos anteriores, no existe una norma de Derecho supletorio que atribuya estos gastos. Ahora bien, en este caso –como en el de los gastos de gestoría- no nos moveríamos en el ámbito del art. 89.3 TRLGDCU, referente a los gastos que corresponderían al empresario, sino en el ámbito de los arts. 89.4 y 5, relativos a la imposibilidad de imponer costes al consumidor por servicios accesorios no solicitados o que no puedan ser aceptados o rechazados. Pues bien, no existe ninguna norma que, como señalan algunas AAPP como la de Pontevedra, establezca que la tasación sea obligatoria para efectuar la oferta de crédito. Por el contrario, la Ley de Mercado Hipotecario, establece que para que un préstamo sea elegible para ser titulado, es decir, para que las entidades de crédito lo vendan en el mercado desprendiéndose del riesgo de impago, es necesaria una tasación previa. Además la Directiva de 2014 expresa claramente que no se puede evaluar la solvencia del consumidor basándose únicamente en el valor del inmueble, por lo que no es un mecanismo para evaluar la solvencia del consumidor, sino para poder titular los préstamos. Adicionalmente, tanto la Orden del 5 de Mayo de 1994, como la Ley 2/2009 califican a la tasación como un servicio accesorio, por lo que los gastos que conlleve no pueden ser impuestos al consumidor.

Respecto a los gastos de gestoría, idénticamente, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España reitera que dicho servicio se presta en beneficio de la entidad de crédito, para evitar el riesgo de que una vez transferido el capital al consumidor éste

no inscriba la hipoteca. Por lo tanto, estamos en el mismo caso que comentábamos anteriormente con la tasación. El art. 40 de la Ley 6/2000, de 23 Junio, dice específicamente que el consumidor tiene la posibilidad de designar la persona que vaya a encargarse de la gestión (una gestoría o él mismo). Por lo tanto, solamente será válida la transmisión de estos gastos al consumidor en el caso de que haya tenido la opción de elegir hacerlo él personalmente o a través de una gestoría, de lo contrario se trataría de una cláusula abusiva (art. 89.4 TRLGDCU). Incluso a riesgo, evidentemente, de que la entidad no le transfiera el dinero hasta que no se realice la inscripción.

Por otro lado, respecto a los gastos de cancelación comprende que deben ser abonados por el consumidor, ya que es el interesado en cancelar el gravamen que pesa sobre su finca. Pese a que algunas AAPP como Asturias o Murcia afirmen que quien tiene que cancelar y correr con los gastos de cancelación es la entidad de crédito porque es una consecuencia natural de la finalización del contrato, la ponente considera que eso es inexacto ya que el art. 1168 CC establece que los gastos derivados de la cancelación o del pago debe abonarlos el deudor. Ahora bien, los gastos de desplazamiento y de certificado de deuda cero, no se pueden trasladar al consumidor, ya que es una obligación de la entidad.

Finalmente, por lo que respecta al plazo del ejercicio de la acción de restitución, señaló que existen varias opciones, las cuales analizó dado el carácter práctico del curso, para ofrecer todas las herramientas a los abogados y consumidores asistentes, y advertir de las consecuencias de unas y otras alternativas:

- *Que la acción sea imprescriptible:* Se argumenta que como la acción declarativa de nulidad es imprescriptible, la acción de restitución que nace de ella tiene que tener el mismo plazo de prescripción. Así lo declaró el TS en su sentencia de 25.3.2013; y las SSAP de Barcelona de 4.3.2002 y Pontevedra de 15.3.2017. Este criterio se vería reforzado por el hecho de que el TS viene reiterando de antiguo que la acción de restitución derivada de una acción de nulidad de pleno derecho no debe si quiera ser ejercitada, debiendo proceder el juez de oficio a tal restitución (SSTS 24.2.92, 22.11.2005, etc.). La cuestión no es baladí pues si no se ejercita dicha acción, naturalmente no se puede hablar de su prescripción, pero además tendría incidencia en materia de costas pues si no se concede una íntegra restitución, no podrá entenderse desestimada alguna de las pretensiones de la demanda.
- *Que la acción prescriba:* Bajo la asunción de que debe ejercitarse una acción específica de restitución (art. 1303 CC), es evidente que el plazo de prescripción de dicha acción será el previsto en el art. 1964 CC. Dado que dicho precepto fue modificado por la Ley 42/2015, de 5 octubre, debemos atenernos al régimen transitorio aplicable. Así, las acciones nacidas después del 7 de octubre de 2015 prescribirán en el plazo de cinco años «desde que se pudo exigir el cumplimiento de la obligación». Ahora bien, el antiguo art. 1964 CC no establecía *dies a quo*, por lo que debíamos remitirnos al 1969 CC según el cual nacerían «el día en que pudieron ejercitarse». En este sentido,

manifiesta la ponente que sostuvo en otro lugar¹ que la acción de restitución derivada de la nulidad pudo ejercitarse desde que los consumidores conocieran que dichas cláusulas eran abusivas, lo que se produjo con la publicación de la STS de 23.12.2015, que tuvo lugar el 21.1.2016 (si se adoptase este criterio, las acciones por gastos ya abonados prescribirían en cinco años desde el 21.1.2016). Con todo, cabe comprender que la acción pudiera ejercitarse desde que se realizó el pago indebido (como en toda *condictio indebiti*) pues de lo contrario podríamos caer en la siguiente paradoja: si la acción no «pudo» ejercitarse sino desde la STS de 23.12.2015, ¿cómo pudo ser ejercitada previamente por otros consumidores?² Por lo tanto, parece más razonable, en opinión de la ponente, que se tome como *dies a quo* el momento en que se produce la *condictio indebiti*, es decir, desde que se realizaron los pagos indebidos³. Si se adopta como criterio que el *dies a quo* viene determinado por el momento en que se efectuaron los pagos indebidos, deberemos atender a la disposición transitoria quinta de la Ley 42/2015, según la cual « [El] tiempo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, nacidas antes de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, se regirá por lo dispuesto en el artículo 1939 del Código Civil». Así explicó que, en virtud del críptico art. 1939 CC, el plazo de prescripción será el previsto antes de la modificación (15 años) siempre con el límite inexpugnable del nuevo plazo desde su entrada en vigor (no más de cinco años desde el 7 de octubre de 2015). Así por ejemplo, una acción nacida en 2003 prescribirá en 2018, una acción nacida en 2005 prescribirá en 2020, pero una acción nacida en 2006, 2007, 2008, etc. prescribirán también como máximo el 7 de octubre de 2020.

2.2. ¿Quién debe abonar el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados?⁴

D. Ramón Casero Barrón

Profesor de Derecho Financiero y Tributario. ICADE

En primer lugar, el ponente expuso las consecuencias fiscales derivadas de la contratación de un préstamo hipotecario: la concesión del préstamo, es una prestación de servicios que está sometida y exenta del Impuesto sobre el Valor Añadido, siendo el sujeto pasivo la entidad financiera. La constitución de la hipoteca, como derecho real de garantía, y contrato accesorio a la concesión del préstamo (contrato principal), va a seguir el mismo régimen que el préstamo, en consecuencia exenta del IVA. Sin embargo, como consecuencia de la exención en el IVA y su no

¹ Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: no son sólo abusivos los gastos comprendidos en la STS de 23 de diciembre de 2015 (Gastos, efectos y plazos), disponible en: <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/gastos.pdf>

² V.gr. SAP de Pontevedra núm. 175/2014 de 14 mayo. JUR 2014\145294.

³ Nótese que en estos casos la diferencia respecto de la publicación de la STS de 23 de diciembre de 2015 será de 3 meses, por lo que en puridad el *dies a quo* no supone grandes problemas en estos casos.

⁴ Por el carácter marcadamente técnico de la normativa tributaria, se recomienda al lector la consulta del texto de la ponencia facilitado por el profesor Ramón Casero, que puede consultarse en este enlace <http://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/images/ponencia.pdf>

sujeción a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas del ITPAJD, el documento notarial (primera copia) de constitución de hipoteca, por el hecho de tratarse de primera copia de escritura pública, que instrumenta un contrato que tiene por objeto una cantidad monetaria, y que se va a inscribir en el Registro de la Propiedad, estará sometido a la modalidad de Actos Jurídicos Documentados, cuota proporcional, que será del 0'50 por ciento sobre la base imponible, aunque las Comunidades Autónomas tienen competencias para regular ese tipo de gravamen.

Asimismo, el ponente puso de manifiesto la problemática surgida ante las diferentes posiciones de los distintos órdenes jurisdiccionales representados por la Sala de lo Civil y la Sala de Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, afirmando esta última sala en la mayoría de sus sentencias referidas a esta materia que el sujeto pasivo de este impuesto en los préstamos hipotecarios es el prestatario, lo que ha sido calificado como abusivo en la contratación con consumidores, con acierto, por la Sala de lo Civil del TS. Sin embargo, la STS de 23.12.15 únicamente menciona el TRLITP y AJD, sin referirse al Reglamento, cuyo art. 68.II establece que el sujeto pasivo, en tanto que adquirente del bien o derecho, es el prestatario. Con todo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo ha vuelto a reafirmar su criterio en el Auto de 17.5.2017 inadmitiendo un recurso de casación por considerar que el pronunciamiento realizado en la sentencia del 23.12.2015 por la Sala de lo Civil no tiene ninguna relevancia para apreciar el interés casacional. En cualquier caso, el ponente sostuvo que el art. 68 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo (en adelante, RITP y AJD) supone una extralimitación respecto del art. 29 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre (en adelante, TRLITP y AJD), ya que en los supuestos de préstamos hipotecarios no existe adquisición por parte del prestatario, y respecto del artículo 8 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria que impone reserva de ley para la determinación de los elementos esenciales de los tributos, entre los que se halla el sujeto pasivo.

En primer lugar, porque cuando el art. 29 del TRLITP y AJD se refiere a «adquirentes» lo hace refiriéndose a supuestos de transmisiones que consten en escritura pública que estén sujetos y no exentas del IVA, pero no al supuesto del préstamo hipotecario donde no hay adquirente de un bien o derecho, además de que el préstamo no es el contrato que justifica la emisión de la escritura pública ni contiene una cosa valuable con acceso al Registro de la Propiedad (importe de responsabilidad hipotecaria), sino que es la hipoteca. Con todo, en caso de haber adquirente, éste sería el acreedor hipotecario⁵, como sucede en la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, que establece que en la constitución de derechos reales, el sujeto pasivo es aquél a cuyo favor se realice este acto (artículo 8 c) del Texto Refundido y artículo 34 c) del reglamento de ITP y AJD). El artículo 104 de la Ley Hipotecaria establece que la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida (es decir, el acreedor hipotecario). De esta forma, concurriría en el

⁵ En el mismo sentido la copiosa doctrina del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) sobre el sujeto pasivo en la constitución de hipoteca unilateral a favor de una Administración Tributaria (que tiene que aceptar, obviamente) en garantía de la suspensión de la ejecución de una liquidación administrativa.

acreedor hipotecario la condición de sujeto pasivo en la modalidad de Actos Jurídicos Documentados, cuota proporcional, puesto que es quien adquiere un derecho, en este caso real, y porque es la persona en cuyo interés se expide el documento, como ya hemos visto por la transcripción de los artículos de la Ley Hipotecaria.

En segundo lugar, el ponente comparó la redacción del actual artículo 29 del Texto Refundido con el artículo 168 c) de la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 1964, que establecía que el sujeto pasivo en los documentos notariales eran «los otorgantes de las escrituras y las personas que las suscriban o soliciten o aquellos en cuyo interés se expidan, en cuanto a las actas y demás documentos» –sin mencionar al adquirente-, de donde extrajo las siguientes conclusiones:

- La referencia en el artículo 29 del actual Texto Refundido al «adquirente del bien o derecho» se introduce en el año 1980 precisamente para recoger aquellos supuesto sometidos al IGTE (en la actualidad sería el IVA), como son las ventas empresariales de inmuebles, puesto que a partir de esa fecha desapareció la incompatibilidad entre el Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas (IGTE) y la cuota proporcional de la modalidad de AJD.
- La referencia en el artículo 29 del actual Texto Refundido a «las personas que insten o soliciten los documentos notariales», se tiene que poner en conexión con la redacción del artículo 168 c) de la Ley de Reforma del Sistema Tributario cuando se refiere a «los otorgantes de las escrituras y las personas que las suscriban o soliciten», aunque no es del todo igual.
- La referencia en el artículo 29 del actual Texto Refundido a «aquellos en cuyo interés se expidan», se tiene que poner en conexión con la redacción del artículo 168 c) de la Ley de Reforma del Sistema Tributario cuando establece «o aquellos en cuyo interés se expidan, en cuanto a las actas y demás documentos».

Por lo demás, recordó que en el Reglamento del Impuesto del Timbre se consideraba sujeto pasivo a aquellos en cuyo interés se expidieran las escrituras, en concreto, las primeras copias. Así pues, cuando el nuevo art. 29 TRLITP y AJD mencionada a los adquirentes o interesados, lo hace para dar cabida a aquellos supuestos anteriormente sujetos al IGTE (actual IVA). No siendo los préstamos hipotecarios uno de estos supuestos, la regla aplicable será que será sujeto pasivo quien inste o solicite los documentos notariales, en concreto las primeras copias de la escritura pública, esto es, el acreedor hipotecario (como sucede con las hipotecas unilaterales –art. 68.I RITP y AJD-). Además, la cuota proporcional del artículo 31.2 TR ITPAJD se refiere a las primeras copias, y como ya se ha manifestado, el prestatario nunca obtiene primera copia, sino copia simple, y es la entidad financiera la que asume la tramitación ante el Registro de la Propiedad de la primera copia de cara a la inscripción y consiguiente constitución de la hipoteca.

Las mismas conclusiones, señaló, pueden extraerse del análisis del hecho imponible de esta modalidad impositiva. La cuota proporcional se refiere a los documentos que contengan actos o contratos cuyo objeto sea cantidad o cosa valuable con acceso al Registro de la Propiedad, para cuya comprensión se tiene que retomar otra idea que proviene de la regulación del *droit d'enregistrement* francés. A saber, que lo que se somete a tributación (por cuota proporcional) es el movimiento (circulación) de valor, por ello necesariamente lo que se somete a tributación es la cantidad que se incorpora en un reconocimiento de deuda o de una obligación, mientras que cuando

habla de cosa valuable se está refiriendo al objeto que se transmite, o sobre el que se cede un usufructo, etc. Y de hecho, la base imponible es el importe de la responsabilidad hipotecaria, no el importe del préstamo, pues es la cosa valuable que consta en el contrato y que tiene acceso al Registro de la Propiedad, respecto al cual el prestatario no tiene interés ni adquiere nada.

En conclusión, el sujeto pasivo es aquel que insta o solicita el documento –la primera copia sobre la que se devenga el impuesto-, o en cuyo interés se expide. Así pues, el sujeto pasivo en un préstamo hipotecario habría de ser el acreedor hipotecario por ser quien realmente tiene interés en que se expida la primera copia ya que con ello obtiene el título ejecutivo. Sin embargo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, basándose en una interpretación literal del artículo 1753 CC (regulación del préstamo o mutuo) considera que el sujeto pasivo es el prestatario. Se constata que las interpretaciones dadas por la Sala de lo Civil y la de lo Contencioso-administrativo no son coincidentes en este punto, sin que la posición de la Sala de lo Civil vincule los pronunciamientos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

2.3. Repercusión de los gastos notariales

D. Luis Fernández Bravo

Decano del Ilustre Colegio Notarial de Castilla-La Mancha

El ponente comenzó recalcando lo complicado que resulta en la actualidad autorizar una escritura de préstamo hipotecario, como consecuencia de los devenires jurisprudenciales y legislativos. Situación que, lejos de mejorarse, empeorará con el Anteproyecto de Ley de créditos hipotecarios, en virtud del cual, el notariado deberá cumplir una función *cuasidocente*, debiendo incluso adoptar una decisión respecto a si el consumidor realmente comprendió las cláusulas contractuales. No sólo eso, en ocasiones tendrá que denegar la autorización del documento, con independencia de la capacidad jurídica y de obrar del otorgante.

Sin embargo, manifestó que en realidad la problemática de la comprensión del consumidor podía resolverse simplemente por la adaptación de las explicaciones del notario al nivel de comprensión y conocimientos del consumidor-prestatario, forma de actuación de la mayor parte de las notarías. Con todo, en la actualidad el notario se enfrenta a un problema adicional: el prestatario-consumidor acude a las notarías con la sensación de que va a ser engañado y que el contrato de préstamo hipotecario estará plagado de cláusulas abusivas; y el prestatario-empresario acude con el mismo temor porque es consciente de que no tendrá la misma protección que los consumidores. Considera el ponente que esta diferenciación entre consumidores y no consumidores da lugar a una enorme fragmentación que no está siempre justificada. Se da la paradoja de que el autónomo que contrata un préstamo hipotecario para adquirir una vivienda va a gozar de mayor nivel de protección en esta operación que en aquella otra en la que el mismo autónomo contrata un crédito hipotecario para adquirir un local de negocio, a pesar de que de la buena marcha del negocio depende su capacidad para pagar el préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda. En este sentido, defendió que debería otorgarse una protección íntegra respecto del préstamo hipotecario, con una normativa común a personas físicas y jurídicas, dadas

las disfunciones que genera la protección sectorial dirigida exclusivamente a la persona física o consumidor.

En respuesta a los argumentos de la ponente con la que comparte mesa, negó que la escritura de préstamo hipotecario solamente sirviera a los intereses del banco (como título ejecutivo, etc.), pues ésta también otorga al consumidor la protección derivada de la intervención notarial. Esto es así porque el notario cumple una gran función de protección del consumidor pues, según lo estipulado en el art. 147 del Reglamento Notarial, está obligado a dispensar especial atención a la persona que está más necesitada de protección dentro de una determinada relación jurídica, a través de un equilibrio informativo en el ámbito de la contratación en masa. Con carácter general, el notario es un elemento clave para la protección del consumidor, especialmente en relación al préstamo hipotecario. En otros contratos, en los que no concurre la presencia del notario, la obligación de facilitar información se cumple mediante la conocida afirmación «Declaro conocer y aceptar las condiciones», que el consumidor firma (o pulsa, en el ámbito de la contratación electrónica) sin tener conocimiento de la información aceptada. De forma irónica, comenta que en algunos de estos contratos debería incluirse la opción «declaro no conocer pero aceptar las condiciones» (porque quiero el bien o servicio).

Respecto a la cláusula de gastos, señaló que existe la percepción de que la escritura pública de préstamo hipotecario sólo beneficia al prestamista (para titularizar) y recordó que la clave en esta materia es la STS de 23.12.15 que ratifica otra sentencia anterior del 8.9.2011 del JMer nº 9 de Madrid en el ejercicio de una acción colectiva y que afectaba única y exclusivamente a una cláusula del BBVA. La cláusula objeto del litigio trasladaba al prestatario todos los gastos que se derivaran de la operación, recogiendo además la autorización del prestatario para que el banco le cargase directamente en cuenta las cantidades necesarias para la inscripción de la hipoteca y los títulos previos, las cancelaciones preferentes, las que procedieran de la preparación de antecedentes que pudiera realizar el banco por el otorgamiento de la escritura de cancelación de la hipoteca, los gastos en caso de impago, los gastos de reclamación judicial o extrajudicial de la deuda incluyendo honorarios de abogados, garantizado todo lo anterior por la propia hipoteca. Destacó que el fundamento por el que el TS declaró abusiva la cláusula fue que era una cláusula excesivamente genérica, abriendo la posibilidad a una equitativa distribución de los gastos, pero sin especificar en qué consiste tal distribución.

El marco legal de la abusividad (arts. 82 y ss. del TRLGDCU), considera abusivas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente, al igual que todas aquellas prácticas que no son consentidas expresamente, que en contra de las exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en la economía del contrato. Sin embargo, matizó que no está claro qué es lo que causa un desequilibrio importante.

Desde el punto de vista de los gastos de notaría, cuando al notario le llega una cláusula en la que se estipula que todos los gastos van a cargo de la parte prestataria ¿podría el notario negar la autorización del documento? La respuesta del ponente fue que al menos en este momento no, salvo que la cláusula esté específicamente inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, resaltando que la STS de 23.12.2015 no lo está, por lo tanto el notario no puede negar la autorización del documento, quedando únicamente la posibilidad de realizar una advertencia. Incluso en el caso de que otras sentencias declarativas de la nulidad de dicha cláusula

estuvieran inscritas, como es el caso, tampoco podría denegar la autorización pues cualquier diferencia en la redacción de la cláusula, incluso una coma, impediría tal actuación por no tratarse de la misma cláusula. En el contexto normativo actual, el Notario ha de limitarse a formular advertencia sobre la cláusula sospechosa de abusividad. Advierte que en nombre de la seguridad jurídica, sería deseable que el legislador estableciera un listado cerrado de cláusulas impeditivas del otorgamiento de la escritura pero en la situación actual, no existe dicho listado.

Por otro lado, respecto a los gastos de notaría, no existe regulación expresa sobre esta materia por lo que se debe recurrir al art. 1455 CC en materia de compraventa o al art. 63 del Reglamento Notarial, el cual afirma que los gastos notariales deberán ser abonados por el requirente de sus servicios, así como por el Reglamento del arancel notarial, que establece que deberán abonar tales servicios 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. Según el ponente, debe hacerse hincapié en que el préstamo hipotecario no es una entidad aislada, el contrato de hipoteca es un contrato accesorio del contrato de préstamo, de la misma forma que, de algún modo, también el préstamo es accesorio de la compraventa previa, por lo tanto no puede entenderse el uno sin el otro. Así pues, quien activa el mecanismo es el prestatario que es quien necesita la financiación. Por lo tanto, en opinión del ponente, quien debe abonar el arancel notarial es el prestatario, lo que además redundaría en su beneficio, porque el prestatario tiene derecho a la libre elección de notario, ya que es quien finalmente lo paga, cuestión distinta es que no se ejerza ese derecho por parte de los consumidores. También es cuestión distinta que el Notario no cumpla adecuadamente sus funciones informativas. Reconoce que, como en todos los colectivos, también en el notariado hay buenos y malos profesionales y son los notarios los primeros interesados en que aquéllos que no ejerzan adecuadamente sus funciones asuman responsabilidad.

Respecto a la tasación, según el ponente, no favorece solamente a la entidad acreedora. La tasación protege al prestatario en la medida en que, conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil, es la que determina el tipo de salida en la subasta, garantizándole así un valor mínimo en la subasta.

En definitiva, en relación con los gastos de notaría, consideró que el notario realmente está prestando un servicio al consumidor y por lo tanto, es el consumidor quien debe abonar tales servicios. Pero por supuesto, los gastos de registro, que se derivan de la inscripción que ocasiona la constitución de la hipoteca, habida cuenta que la hipoteca favorece al acreedor, tales gastos deben ser abonados por aquel. Lo mismo sucede con la primera copia con eficacia ejecutiva de la escritura de préstamo hipotecario, que debe ser abonada por la entidad prestamista, pero el resto de gastos, insistió, deben ser abonados por el prestatario o ser sometidos a pacto.

Finalizadas las intervenciones, se abre el debate. Toma la palabra la profesora Silvia Díaz Alabart quien comparte con la ponente Alicia Agüero que la tasación es necesaria para la titulización de la deuda y por ello, beneficia a la entidad financiera. Sin embargo, pone de manifiesto que, según la Directiva 2014/17, la tasación es también uno de los factores, -no preponderante pero sí importante-, para valorar la solvencia del deudor y desde esta perspectiva, también a él le beneficia. Defiende la conveniencia de que, al modo del artículo 1455 CC, una norma positiva regule la distribución de gastos asociados al contrato de préstamo hipotecario.

Toma la palabra el profesor Ángel Carrasco quien asegura que «lamentablemente, el legislador no va a intervenir». Pronostica que el regulador no derogará el artículo 68 del Reglamento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados ni se pronunciará sobre la distribución de gastos, sino que dejará que cada órgano judicial resuelva según su criterio para evitar que cualquier decisión (ej. distribución de gastos al 50%) sufra el ataque del “podedismo cultural” que afecta a nuestra sociedad.

A tenor de estas provocadoras afirmaciones, D. Luis Fernández-Bravo destaca los efectos perjudiciales de muchas de las sentencias dictadas recientemente tendentes a proteger a los consumidores. No sólo generan inseguridad sino que provocan un incremento de los costes de los créditos, pues las entidades contabilizan la inseguridad como un riesgo. De este modo, constata que en la actualidad los tipos de interés en préstamos hipotecarios son más altos que hace cinco o seis años impidiendo así el acceso al crédito a ciertos sectores de la población, que, en otro tiempo, sí se beneficiaron de él.

Dña. Alicia Agüero interviene para poner de manifiesto que quizás el motivo de este ascenso de los tipos de interés en la actualidad no sea sólo por las sentencias en favor del deudor sino porque el Euribor se sitúa en negativo, lo que obliga a fijar diferenciales más elevados para garantizar la rentabilidad a la entidad bancaria.

TERCER PANEL: Principales cláusulas discutidas en préstamos hipotecarios de consumo

3.1. Alcance y contenido del control de transparencia tras las sentencias del TJUE de 21 de diciembre de 2016 y de 26 de enero de 2017 y la STS de 9 de marzo de 2017 ¿Cuándo una cláusula suelo es transparente?

D. Luis Sanz Acosta

Magistrado de la Audiencia Provincial de Cáceres

El ponente comenzó recordando que el marco en el que resulta de aplicación el control de abusividad es aquél en el que existen cláusulas predispuestas o no negociadas individualmente, habiendo declarado el TS que la contratación bajo condiciones generales de la contratación constituye un modo específico de contratación que exige la prestación del válido consentimiento del adherente a las cláusulas predispuestas, así como la claridad de las mismas y la posibilidad de comprensibilidad real –jurídica y económica- de aquéllas (control de transparencia).

Una de las características del control de abusividad es que es independiente de los vicios del consentimiento. La ausencia de vicios del consentimiento, según ha expuesto reiteradamente el TS, no es obstáculo para declarar la nulidad de las cláusulas abusivas que, por lo demás, debe ser apreciada de oficio por los órganos judiciales, de conformidad con la jurisprudencia del TJUE.

La cláusula suelo, según la mayor parte de la doctrina, es una cláusula que se incorpora a un contrato de préstamo hipotecario a interés variable y que pretende mitigar las oscilaciones del tipo de interés a la baja. Hace ya tiempo que se empezaron a plantear las primeras demandas ante los tribunales en esta materia. Las dos primeras que alcanzaron sentencias judiciales fueron la sentencia de Sevilla

que luego fue objeto de recurso de casación y que dio lugar a la STS 9.5.2013 y la de la Audiencia Provincial de Cáceres, que declaraba la nulidad de la cláusula suelo con la restitución íntegra de las cantidades, en línea con la posición manifestada por el TJUE en su sentencia de 21.12.2016.

El punto de referencia fundamental, sin duda fue la sentencia del 9.5.2013 que venía llamada a resolver, como sostenían las entidades de crédito, si la cuestionada cláusula suelo estaba fuera del control de abusividad por constituir un elemento esencial del contrato. En este sentido, el TS afirmó que se trataba de un elemento esencial, pero matizando que sí debía ser objeto de un control de transparencia material, de forma que el consumidor hubiera podido comprender que dicha cláusula constituía un elemento esencial del contrato. En concreto, aquella sentencia recalcó que las entidades dieron un tratamiento secundario a la cláusula que convertía un préstamo a interés variable en un préstamo a interés fijo.

El fundamento del control de transparencia, que se ha ido plasmando en las diferentes sentencias del TS, respondía a un deber contractual de transparencia del predisponente respecto de la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato. El alcance de esta transparencia no quedaba reducido a un mero criterio de contraste interpretativo sobre la inteligencia o la claridad gramatical de la formulación empleada, sino que se ahondaba en un enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta para contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles de forma que el consumidor no sólo comprendiera gramaticalmente la cláusula sino sobre todo las consecuencias económicas y jurídicas de la misma.

Son varios los criterios de transparencia que la sentencia del TS de 9.5.2013 perfiló y que se completaron en la STS 8.9.2014. Por un lado, la creación de la apariencia de que se contrataba un préstamo a interés variable en el que las variaciones a la baja del índice de referencia repercutirían en una disminución del importe de las cuotas – cuando en realidad no sería así-; por otro lado la falta de información suficiente; la creación de una aparente contraprestación por vía del techo, cuando en realidad los techos eran inalcanzables; su inserción entre una abrumadora cantidad de datos entre los que este tipo de cláusulas quedaban enmascaradas, pasando desapercibidas al consumidor; y la inexistencia de escenarios comparativos o la inexistencia de información comparativa respecto a otros productos de la entidad. Por su parte, la STS de 24.3.2015 señaló que estas cláusulas no sólo deben redactarse de forma clara y comprensible sino que no pueden utilizarse cuando impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio que existía entre el precio y la prestación que pueda pasar inadvertida al cliente.

Respecto a la pregunta «¿cuándo es la cláusula suelo transparente?», trajo a colación la STS de 9.3.2017, que declaró la transparencia de una cláusula suelo por comprender que en tal caso concurrían circunstancias que permitían inferir que el consumidor había comprendido la cláusula. Para determinar si una cláusula es transparente, en opinión del ponente, debe tomarse en consideración la información suministrada que debe ser tal que permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que puede incidir en el contenido de sus obligaciones de pago y que le permita tener un conocimiento real y completo de cómo juega en la economía del contrato. Advirtió que no se exige en absoluto la concurrencia de todos los requisitos del control de transparencia mencionados en la STS de 9.5.2013, pues en cada caso pueden concurrir unas circunstancias propias

cuya acreditación permitan inferir que el consumidor tuvo un conocimiento real y completo de la cláusula.

En conclusión, sostuvo que no puede operarse con criterios generales apriorísticos desconectados del caso concreto, sino que la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia deberá declararse caso por caso en atención a las circunstancias concurrentes.

3.2. Nulidad de los Índices de Referencia de Préstamos hipotecarios

D. Pascual Martínez Espín

Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha

El ponente comenzó señalando que, según algunas estadísticas, un gran número de hipotecas tienen el Índice de Referencia sobre Préstamos Hipotecarios (IRPH) como índice de referencia. Los que están afectados por este tipo de cláusulas advierten que a diferencia de las hipotecas referenciadas al Euribor, su cuota mensual no baja.

El IRPH es uno de los índices previsto en la normativa y que suele utilizarse para hipotecas a interés variable pero que a diferencia del Euribor -que se basa en el precio en el que los bancos prestan el dinero-, se basa en el precio en que las entidades concedieron sus hipotecas el mes anterior, por lo tanto se trata de un índice altamente manipulable por las entidades bancarias, y naturalmente más caro que el Euribor ya que el precio al que los bancos prestan a sus prestatarios es más elevado que el importe al que se prestan entre sí. Existen varias modalidades de IRPH, como puede ser el de bancos, cajas o el de conjunto de entidades, pero en todos ellos se presenta una característica común, y es que ha tenido tipos próximos al 6,5 %, estando en enero de 2017 muy por encima del Euribor (suele ser entre un 1,5% y un 3% superior).

En los últimos años proliferan las demandas contra estas cláusulas IRPH. La cláusula que se pretende combatir es la cláusula inserta en los préstamos hipotecarios y que suele estar incluida dentro de la cláusula 3ª bis que en lugar de referenciar el préstamo al Euribor lo referencia al IRPH. Consecuentemente, se ejercita acción de nulidad de las condiciones generales de la contratación con argumentos como son la falta de transparencia, el desequilibrio contractual siempre favorable a una de las partes, normalmente a las entidades bancarias, o su carácter contrario al artículo 1256 CC por ser un índice manipulable por las entidades bancarias.

En estas demandas se solicita la declaración de nulidad del índice IRPH y su sustitución por el índice sustitutivo previsto en la escritura y, de no preverlo, su supresión sin más, quedando fijado el interés en el tipo de diferencial. Adicionalmente, que se realice la novación del préstamo.

Los argumentos a favor de la nulidad son los siguientes:

1º *Falta de negociación*: se alega que se informó de los datos básicos del préstamo hipotecario, pero se omitió que ese préstamo iba a estar referenciado a un índice distinto como era el IRPH, sin informarles de que existían otros índices más ventajosos.

2º *Falta de conocimientos financieros*: los deudores alegan que no se les proporcionó la información necesaria para que pudieran conocer, a través de un lenguaje claro y comprensible, que su hipoteca estaba referenciada a este índice.

3º *Falta de información precontractual*: las cláusulas contractuales se dieron a conocer el día de la firma de la escritura, sin haber recibido oferta vinculante en algunos casos, y en la generalidad de los casos, sin poder consultar el proyecto de escritura en los tres días anteriores como establece la Orden ministerial de 5 mayo de 1994.

4º *Desequilibrio de prestaciones*: a juicio de los demandantes, la cláusula cuestionada vulnera el art. 82 TRLGDCU, provocando un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes en contra de las exigencias de la buena fe.

5º *Incumplimiento de la normativa de transparencia*: los afectados alegaban la orden ministerial de 5 de mayo de 1994 y en concreto que no existía folleto informativo, ni oferta vinculante o si existía, no se entregó, no estaba fechada o no se resaltaba convenientemente la cláusula IRPH.

6º *Carácter manipulable* (cfr. art. 1256 CC): dado que el índice refleja el interés al que las entidades prestaban el dinero en el mes previo, constituye un índice determinable por la propia entidad de crédito.

El profesor Martínez Espín constató la desaparición legal del IRPH (DF 5ª.2 OM 2899/2011 y DA 15ª de la Ley 14/2013, de Emprendedores) que contrasta con la práctica bancaria en la que se sigue aprobando este índice.

La primera sentencia que se pronunció sobre este tema fue del Juzgado de lo Mercantil nº1 de San Sebastián de 14.11.2014, según la cual no era un elemento esencial del contrato sino un elemento accesorio y que por lo tanto sí que cabría control de abusividad. Si bien es cierto que la jurisprudencia posterior ha avanzado en esta materia, afirmó que en aplicación del art. 4.2 de la Directiva de cláusulas abusivas, no cabría control de abusividad sobre los elementos esenciales del contrato –si no se atendiera a su carácter accesorio–, pero en todo caso sí cabría el control de transparencia. El ponente repasó la jurisprudencia menor más reciente, que se hace eco de los argumentos esgrimidos por los demandantes considerando la cláusula abusiva⁶.

En resumen, según el ponente, se trata de una condición general de la contratación que puede ser sometida al control de abusividad (por ser un índice manipulable) si se considera un elemento accesorio o, en caso contrario, al control de transparencia, por cuanto el cliente minorista, en el momento de contratar el préstamo hipotecario, no fue informado de que la entidad tenía capacidad de influir en la elaboración del índice de referencia que iba a regir el pago de los intereses de su préstamo hipotecario, lo que determinó que el cliente no pudiera tener un conocimiento real de su obligación de pago; y, especialmente, no pudo tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar la cláusula del IRPH en la

⁶ Como ya se ha dicho, el contenido textual de las ponencias puede consultarse en la web <http://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/actividades>

economía del contrato. Adicionalmente, los efectos de la nulidad deberían comportar la restitución de las prestaciones desde la fecha de cada cobro, la sustitución por el índice sustitutivo –o su plena supresión, en ausencia de aquél-, y el nuevo cálculo de la cuota.

3.3. La cláusula de vencimiento anticipado: ¿control en abstracto en el procedimiento de ejecución hipotecaria?

D. José María Martín Faba

Investigador de CESCO

El ponente inició su exposición indicando que la cláusula de vencimiento anticipado está teniendo una incidencia en el mercado hipotecario español mucho mayor que otro tipo de condiciones generales como puede ser la cláusula suelo. Esto es así porque la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado puede provocar el sobreseimiento del procedimiento de ejecución hipotecaria por ser fundamento de la ejecución. No sólo eso, las ejecuciones hipotecarias contra consumidores en las que se enjuicia la validez de esta cláusula están siendo suspendidas generalmente a la espera de que el TJUE resuelva la cuestión prejudicial planteada por el TS en su auto de 8.2.2017.

Recordó el ponente que todas las escrituras de préstamo hipotecario de este país que se están ejecutando disponen de una cláusula de vencimiento anticipado que permite al prestamista exigir la totalidad de lo adeudado por el impago de alguna cuota, por lo tanto también de una, probablemente porque el art. 693.2 de la LEC vigente desde el 8 de enero de 2001 hasta el 14 de mayo de 2013 permitía el vencimiento anticipado a causa de impago de alguno de los plazos. Además, esta posibilidad de vencimiento anticipado por impago de cualquier cuota ya se preveía en la Ley Hipotecaria de 14 de Julio de 1893, la cual estableció por primera vez un procedimiento especial de ejecución hipotecaria.

Sin embargo, esta cláusula no había suscitado dudas de legalidad hasta que en el año 2008 estalló la crisis financiera global, con la terrible consecuencia de que a muchos prestatarios les fue imposible pagar las cuotas de sus préstamos hipotecarios. Fue entonces cuando los bancos empezaron a hacer uso de esta cláusula interponiendo numerosas demandas de ejecución hipotecaria para cobrar su crédito fallido. En estas circunstancias, el Juzgado de lo Mercantil nº3 de Barcelona se percató de la eventual abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, por lo que consultó al TJUE mediante auto de 19.7.2011 la posibilidad de que ésta cláusula fuera desproporcionada y, por ende, abusiva. El TJUE a través de la sentencia de 14.3.2013 contestó al juez de Barcelona. Conforme a tal respuesta, para apreciar el posible carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado se debía examinar, entre otras circunstancias, si la facultad de vencimiento anticipado estaba prevista para los casos en los que el incumplimiento tuviera un carácter esencial y suficientemente grave con respecto a la duración y la cuantía del préstamo.

A consecuencia de esta sentencia se modificó, entre otras normas, el art. 693.2 de la LEC. La nueva regulación entró en vigor el 15 de mayo de 2013 y fijó que el préstamo hipotecario podía vencer anticipadamente en caso de falta de pago de al

menos tres cuotas, independientemente de los términos en los que hubiera estado redactada esta cláusula.

A raíz de dicha modificación, generalmente las audiencias no realizaban en el juicio hipotecario un control de abusividad sobre la cláusula en abstracto, sino que fiscalizaban el comportamiento real del ejecutante analizando si éste había hecho un uso abusivo o no de la facultad de exigir el vencimiento anticipado. Sin embargo, el Juzgado de 1º Instancia nº 2 de Santander dudó de la compatibilidad de esta práctica con el Derecho comunitario y consultó al TJUE si debía tenerse por no puesta una cláusula de vencimiento anticipado por cualquier impago, aunque el profesional no la hubiera aplicado, esperando al transcurso del límite previsto en el art. 693.2 LEC. EL TJUE contestó mediante auto de 11.6.2015, en el que se afirma que cuando el juez nacional hubiera apreciado el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado, la circunstancia de que ésta no hubiera llegado a aplicarse, no se oponía por sí sola a que el juez dedujera las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula. Éste argumento fue utilizado por gran parte de las AA.PP y de los juzgados de primera instancia como fundamento para declarar abusiva la cláusula de vencimiento anticipado por cualquier impago y sobreseer el procedimiento de ejecución hipotecaria, aunque en la práctica el acreedor hubiera solicitado el vencimiento tras el impago de más de tres cuotas mensuales.

Poco después de este auto, el debate llegó al TS que finalmente se pronunció sobre el asunto en su STS 23.12.2015. En particular, el TS consideró abusiva la cláusula de vencimiento anticipado que enjuiciaba por no preverse un incumplimiento suficientemente grave, pero matizó que podría continuarse la ejecución hipotecaria por comprender que, en realidad, el consumidor se encontraba más protegido en el proceso ejecutivo que en el declarativo.

Según el ponente, esta doctrina fue poco clara y contradictoria en algunos puntos, lo que fue apreciado incluso por el TS, que decidió plantear cuestión prejudicial al TJUE mediante auto de 8.2.2017, lo que ha provocado la suspensión generalizada de las ejecuciones hipotecarias hasta la resolución del TJUE, como apuntó anteriormente.

Asimismo, el ponente trajo al debate la SAP de Sevilla de 23.3.2017 en la que algunos magistrados elaboraron un voto particular en el que sostenían que no procedía el sobreseimiento de la ejecución, pues la cláusula de vencimiento anticipado no estaba sujeta al control de abusividad en virtud del principio de adecuación del art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE, que establece que las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas no estarán sometidas a las disposiciones de la Directiva. Con todo, se argumenta de contrario que el art. 693.2 LEC no constituye una norma imperativa, ya que para producir sus efectos necesita de un acuerdo explícito entre las partes.

A juicio del ponente, esto no es del todo cierto, ya que debe comprenderse que el art. 1.2 de la Directiva se refiere más bien a todo el Derecho vigente y aplicable a un determinado tipo de contrato, sin querer el legislador comunitario diferenciar en tipos de normas. Pero además, aunque cierta jurisprudencia española considere que el art. 693.2 LEC no es una norma imperativa porque necesita un pacto expreso entre las partes, lo cierto es que el citado precepto fija un requisito procesal obligatorio para que el acreedor pueda acudir a un procedimiento de ejecución hipotecaria. Por tanto, en sede de ejecución hipotecaria el art. 693.2 LEC sí tiene cierto grado de imperatividad, pues no se puede instar el procedimiento hipotecario sin que conste

la cláusula de vencimiento anticipado en la escritura y en el registro. Y es que, aunque en teoría pudiera existir una escritura pública de préstamo hipotecario que no disponga de una cláusula de vencimiento anticipado, aquella carecería de una de sus virtudes primordiales porque el acreedor ya no podría ejecutar por la vía especial, desapareciendo de esta forma una de las razones fundamentales por las que el acreedor concede el préstamo hipotecario.

A mayor abundamiento, señala que el Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario sí contiene una regulación imperativa del vencimiento anticipado.

En conclusión, el ponente consideró que la cláusula no está sujeta al control de abusividad, pero sí lo está al control general del abuso de derecho que el acreedor hipotecario haga de una cláusula perfectamente válida y legal, y así mismo se ha de interpretar el art. 693.2 LEC conforme a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada la norma conforme al según el art. 3.1 CC. De modo que, si el acreedor ejecutante vence anticipadamente sin haber esperado la existencia de un incumplimiento suficientemente grave que evidencie el estado de morosidad manifiesta del deudor, se debería denegar el despacho de ejecución hipotecaria.

En el debate que siguió a las intervenciones se hizo hincapié en que el vencimiento anticipado provoca que el crédito deje de devengar intereses remuneratorios.

3.4. Los intereses moratorios: del art.114.II LH a la STS de 3 de junio de 2016, pasando por el Código de Consumo de Cataluña y las RRDGRN

D^a. Rosa Milà Rafel

Investigadora Juan de la Cierva en la Universidad de Castilla-La Mancha

La ponente comenzó matizando la diferente naturaleza de los intereses moratorios respecto de los intereses remuneratorios. En concreto, los intereses moratorios suponen una sanción al consumidor por el incumplimiento de su obligación de satisfacer las cuotas de su préstamo hipotecario en los plazos establecidos. A diferencia de los intereses remuneratorios, los intereses moratorios no forman parte de los elementos esenciales del contrato y, por lo tanto, pueden ser objeto de control de contenido. En particular, se consideraran abusivos cuando supongan una indemnización desproporcionadamente alta al acreedor.

En España, los tipos de interés de demora pactados en préstamos concedidos a consumidores se han caracterizado por lo general por ser muy altos. Hasta la aprobación de la Ley de 1/2013 de 14 de mayo no existía ninguna limitación legal a los intereses de demora establecidos en los préstamos hipotecarios. Fue el art. 114.3 de la Ley Hipotecaria, en la redacción dada por la Ley 1/2013, el que limitó los intereses de demora a tres veces el interés legal del dinero, pero sólo para los préstamos destinados a la adquisición de una vivienda habitual y garantizados con hipoteca sobre dicha vivienda. La consecuencia del incumplimiento de esta norma es la ilegalidad de la cláusula (art. 6.3 CC), sin embargo, no es correcto sostener que además el incumplimiento del art. 114.3 de la LH comporte automáticamente la abusividad de la cláusula. Como señaló el TJUE en su auto de 11.6.2015, debe realizarse una apreciación caso por caso, teniendo en cuenta todas las circunstancias

del mismo, no pudiendo quedar prejuzgada la abusividad de una cláusula en un texto normativo.

A diferencia de lo establecido en el art. 114.3 LH, puede afirmarse que el art. 251-6.4 del Código de Consumo de Cataluña sí que es contrario a la Directiva 93/13/UE ya que sí que prejuzga la abusividad de unas cláusulas concretas de intereses moratorios, estableciendo que en los préstamos hipotecarios se consideran abusivas las cláusulas que incluyan un tipo de interés de demora superior a tres veces el interés legal del dinero vigente en el momento de la contratación del préstamo. Este artículo ha sido impugnado ante el TC y el recurso está pendiente de resolución.

Las principales cuestiones que plantea la abusividad de los intereses moratorios son:

- *¿Cuál es el criterio que deben aplicar los tribunales para apreciar ese carácter abusivo?*

Hasta la sentencia del TS de 3.6.2016, los tribunales españoles aplicaban criterios dispares para enjuiciar la abusividad de la cláusula de interés moratorio. Lo más frecuente era la aplicación del límite de 2,5 veces el valor legal del dinero del art. 20.4 de la Ley de Crédito al Consumo o el límite de tres veces el interés legal del dinero del art. 114.3 LH, y muy excepcionalmente, el límite de abusividad se fijaba por referencia al interés remuneratorio del préstamo. Ante esta situación, el TS estableció un criterio de abusividad de estas cláusulas en préstamos personales, fijando que el interés de demora establecido sería abusivo si excediera en 2 puntos porcentuales al interés remuneratorio pactado en cada caso (según art. 576 LEC, criterio inadecuado según la ponente, ya que este artículo no se refiere al interés remuneratorio, sino al interés legal del dinero).

Un año después el TS, en la sentencia de 3.6.2016, extendió este criterio a los préstamos hipotecarios y, por tanto, estableció que en los préstamos hipotecarios también serían abusivos los intereses de demora que superasen en 2 puntos porcentuales al interés remuneratorio. La doctrina se ha mostrado disconforme con este criterio, criticando que el TS vincule el criterio de abusividad a los intereses remuneratorios –elevables por el acreedor– en lugar de vincularlo al interés legal del dinero, no siendo acorde tal criterio con la doctrina del TJUE (STJUE de 14.3.2013) que defiende que para adoptar una decisión sobre la proporcionalidad de los intereses de demora, el juez debería tomar en consideración las normas aplicables en defecto de pacto (como es el art. 1108 CC que prevé para estos casos el interés legal del dinero). Otra de las críticas viene referida a que el TS no debería de aplicar el mismo criterio de abusividad a los préstamos personales y a los préstamos con garantía real, ya que son contratos con características distintas, pues esto genera desproporcionalidad en los intereses moratorios entre ambas modalidades de préstamo. Especialmente, cuando el criterio adoptado para los préstamos personales se justificaba porque en los préstamos personales los intereses remuneratorios ya eran altos, lo que no sucede en los préstamos hipotecarios. También se critica que esta jurisprudencia del TS no se limite al establecimiento de unos principios generales que deba aplicar el tribunal, sino que establece una regla concreta que prejuzga la abusividad de la cláusula llegando a vulnerar el art. 4.1 de la Directiva comunitaria, la cual exige una ponderación de todas las circunstancias del caso. Se han suscitado dudas

sobre la compatibilidad de esta jurisprudencia con el Derecho comunitario, por lo que el TS ha elevado cuestión prejudicial al TJUE en auto de 22.2.2017.

- *¿Cuáles son los efectos que produce la nulidad de la cláusula que fija un interés de demora abusivo?*

En la STS de 3.6.2016 el Tribunal Supremo estableció una curiosa regla. Partiendo de la idea de que los intereses de demora son un recargo sobre el interés remuneratorio, con independencia de la redacción de la cláusula, comprendió que si este recargo era superior a dos puntos porcentuales, la cláusula sería abusiva siendo eliminado exclusivamente el recargo, pero no los intereses remuneratorios, que seguirían devengándose. Es decir, en lugar de concluir que declarada la abusividad de la cláusula de intereses moratorios, ésta debe ser expulsada sin devengarse intereses moratorios, declaró que se seguirían devengando los intereses remuneratorios.

El TS justifica esta posición sosteniendo que si el prestatario se viera liberado de pagar el interés remuneratorio y el de demora, en primer lugar se eliminaría la retribución que recibe el prestamista y además se favorecería el incumplimiento de los préstamos porque se trataría mejor al incumplidor que al cumplidor. Asimismo por el mismo motivo, afirma el TS que tampoco cabe aplicar el interés legal del dinero del art.1108 CC, porque se produciría un trato desfavorable para el prestatario cumplidor, ya que el interés legal es por regla general inferior al interés remuneratorio.

Esta jurisprudencia ha sido criticada por gran parte de la doctrina, ya que no es cierto que los intereses moratorios sean un recargo sobre los intereses remuneratorios, pues tienen naturalezas distintas, devengándose además en momentos diferentes. También se afirma que esta jurisprudencia es contraria a los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, ya que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva, no estando facultados para modificar su contenido ni para aplicar supletoriamente una norma de Derecho nacional dispositiva como es el art. 1108 CC. Es decir, se critica que el TS haya vuelto a moderar la cláusula declarada abusiva, pues en lugar de reducirla a cero (expulsándola del contrato), fija los intereses moratorios en los intereses remuneratorios, bajo la apariencia de que en realidad los intereses moratorios están integrados por intereses remuneratorios más un recargo, siendo propiamente los intereses moratorios ese recargo, lo que no es cierto. Vencido anticipadamente el préstamo, los intereses remuneratorios dejan de devengarse, por lo que no pueden ser revividos para reconvertirlos en intereses moratorios moderados.

En conclusión, según afirma la ponente, puede afirmarse que el TS está haciendo una reducción conservadora del interés moratorio, ya que en lugar de expulsar la cláusula del contrato, lo que está haciendo es moderarla y fijarla en el interés remuneratorio. Ante las dudas suscitadas sobre la compatibilidad de esta jurisprudencia con el Derecho comunitario, se ha planteado cuestión prejudicial ante el TJUE (Auto TS 22.2.2017), cuya respuesta es bastante previsible pues la solución conforme al Derecho comunitario sería eliminar la cláusula abusiva del tipo de interés moratorio y que el crédito no generara ningún tipo de interés de esta naturaleza.

Al hilo de la última ponencia, toma la palabra el moderador, el profesor Ángel Carrasco Perera, quien refiere una conversación mantenida con un magistrado del

Tribunal Supremo en la que ante la advertencia del profesor de que el TJUE declararía que no es conforme al Derecho comunitario la reducción conservadora del interés moratorio realizada por el Tribunal Supremo, el magistrado le confesó, que los magistrados del TS eran conscientes de ello pero que fue ésta la solución que «les pareció más justa».

Día 4 de Julio de 2017

CUARTO PANEL: Modalidades de contratación bajo sospecha y consecuencias fiscales de la declaración de nulidad

4.1. Intereses remuneratorios fijos: ¿transparencia, abusividad o usura?

D^a. Carmen González Carrasco

Profesora Titular Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha

La ponente comenzó augurando que los intereses remuneratorios fijos podrían ser la próxima batalla judicial a librar en el ámbito de los préstamos concedidos al consumidor, con independencia de sus garantías accesorias. Expone que su intervención tiene por objeto ofrecer algunas respuestas a la cuestión de si un interés remuneratorio fijo no negociado puede ser abusivo; si puede serlo, de qué modalidad de abusividad ha de hablarse, y en cualquiera de los dos anteriores casos, de qué otros remedios de protección del deudor confluyen con estos mecanismos por razón de su carácter excesivo.

Recuerda que los intereses de demora no son elemento esencial del contrato, sino la indemnización por el incumplimiento de la obligación de devolver la cantidad prestada y, por lo tanto, están sometidos al control de abusividad. Por el contrario, los intereses remuneratorios son precio, de hecho la STS de 25.11.2015 establece claramente que sólo son susceptibles de control de transparencia, mediante el cual se se garantiza la emisión de un consentimiento libre y la preservación de la posibilidad de elección entre las distintas ofertas existentes en el mercado.

Nuestro ordenamiento proclama la libertad de mercado y la libertad de precios, quedando éstos sustraídos al control de contenido, como se refleja en el art. 4 de la Directiva 93/13/CEE. No obstante, la sentencia del TJUE de 3.6.2010 (redondeos, Caja Madrid) sembró dudas acerca del alcance de la falta de transposición por parte de España de la totalidad del art. 4 de la Directiva.

Posteriormente, el Pleno del Tribunal Supremo ha enmendado esa posible conclusión errónea y ha abandonado esta interpretación que le brindaba la STJUE, aclarando en su STS de 9 mayo 2013 que ese no es el status normativo vigente en España, sino, todo lo contrario, debe entenderse vigente en nuestro país, pese al silencio legal, el contenido del art. 4.2 de la Directiva.

En consonancia con nuestro Derecho vigente, la materia de precios es determinada por el Código de Comercio, concretamente por su art. 315, conforme al cual podrá pactarse el interés del préstamo sin tasa ni limitación de ninguna especie. Además, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, establece en su artículo 4.1 que los tipos de interés aplicables a los servicios bancarios, en operaciones tanto de depósitos como de crédito o

préstamo, serán los que se fijan libremente entre las entidades de crédito que los prestan y los clientes, cualquiera que sea la modalidad y plazo de la operación. Por lo tanto, a diferencia de lo que acontece con los intereses de demora, que sí que tienen limitaciones en determinados cuerpos legales, no puede reputarse abusivo el precio de un préstamo.

Pero, según la ponente, esta cuestión no está tan clara como realmente parece. Han sido varios los expedientes a través de los cuales se ha pretendido limitar el precio de los préstamos. En primer lugar, la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, en su resolución del 10 de febrero de 2016, ha establecido que no se puede fijar un interés remuneratorio que sea superior al interés de demora, con lo cual si aplicamos los límites establecidos en el art. 114 LH, en los préstamos sometidos a su ámbito de aplicación, los intereses remuneratorios no podrán ser nunca superiores a tres veces el interés legal del dinero. Esta doctrina se sienta por la DGRN después de haberse afirmado que los registradores no pueden sino hacer un control de incorporación somero, conforme a la LCGC, pero no el control de transparencia material de las STS de 9 mayo 2013 y STJUE 30 mayo 2014, reservado al poder judicial.

Hay que recordar también aquí la incorrección de la doctrina de ciertas audiencias que durante cierto tiempo mantuvo que en créditos al consumidor no se podría superar el 2,5 TAE establecido como máximo en la Ley de Crédito al Consumo de 2011 para descubiertos en cuenta corriente. Los descubiertos en cuenta corriente no generan intereses remuneratorios, sino de demora, pues la situación de descubierto no genera un crédito tácito sino una obligación de restitución que da lugar a los intereses de demora que son los que la LCC pretende limitar.

Por otra parte, el informe de la defensora el pueblo de 2015 propugna una limitación del tipo de interés al doble del interés legal del dinero.

Pero además, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia se acaba de gestionar adecuadamente cual es la relación entre dos expedientes que hacen referencia al interés remuneratorio que es el de la abusividad, por razón de transparencia, y el de la usura de Ley Azcárate de 1908.

La invocación de la normativa sobre usura y la referida a la protección de los consumidores suele ser una práctica habitual y reiterada en orden a valorar la validez del pacto de intereses en los préstamos bancarios. Últimamente también es habitual que cuando solo se invoca usura, se traigan de oficio al proceso los artículos del Texto Refundido de la Ley de Consumidores referidos al control de transparencia. Parten de un mismo presupuesto: la libertad de precios. Y de un problema parcialmente coincidente un problema básico de consentimiento del prestatario, que subyace en el supuesto de la usura y que se exige cada vez con más protagonismo en la deriva subjetiva del control de transparencia.

La ponente plantea las siguientes cuestiones ¿la usura es el nuevo control de abusividad y por lo tanto puede afectar a elementos esenciales del contrato, y por consiguiente al precio? ¿Se puede apreciar de oficio la desproporción del interés fijado como la abusividad? ¿Qué tipo de ineficacia va a provocar en el contrato? ¿Nulidad parcial o nulidad total? ¿Qué efectos tendría un interés excesivamente alto en ámbito del juicio monitorio?

La Ley de Represión de la Usura ha sido recientemente aplicada por los tribunales (v.gr. STS 3 de junio de 2016). Su artículo 1 dispone que «[S]erá nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales». Se han definido los siguientes parámetros de apreciación de la usura de los intereses:

- *Interés notablemente superior al interés legal del dinero*, para lo que hay que tomar como referencia la TAE y no el interés nominal, ya que el TAE cumple con lo establecido en el Código de Comercio y permite la comparación con otras condiciones ofrecidas por la competencia.
- *Manifiestamente desproporcionado en relación con las circunstancias del caso*. Ha de tenerse en cuenta el riesgo de la operación para la entidad prestataria. La excepcionalidad del riesgo debe ser probada por el acreedor, ya que la normalidad no necesita prueba (STS 25.11.2015). Los jueces formarán libremente su convicción abriendo un amplio margen de discrecionalidad sin sujeción al dispuesto en el apartado primero del art. 319.3 LEC (STS 22.2.2013).

En general, el criterio que se debería utilizar es que la TAE no supere el doble del interés medio de los créditos al consumo de la época en la que se concedió el crédito (SSTS 25.11.2015 y 3.6.2016).

En el crédito hipotecario, se ha de tener en consideración que a menor riesgo, mayor desproporción (STS 7.5.2002) siendo los tribunales más proclives a considerar que el préstamo es usurario en este tipo de préstamos garantizados que en los préstamos personales.

En referencia a las consecuencias, la Ley de Usura prevé en su art. 1 que el préstamo usurario será nulo, por su parte, el art. 3 declara que en tales casos el prestatario sólo vendrá obligado a devolver el principal prestado, compensándose con los importes ya abonados por el prestatario incluso en concepto de intereses, debiendo restituir dichas cantidades el prestamista si superasen el capital prestado. Pero, si la nulidad se declara cuando el prestatario ha abonado un pequeño porcentaje respecto del importe del préstamo ¿tiene que devolverlo todo inmediatamente? Pues según la sentencia de 3.6.2016, sí. De esta forma, se perjudica a la parte que se pretende proteger, que tendrá que devolver inminentemente una importante suma de dinero de la que difícilmente dispondrá. Sin embargo, el TS afirma esto en un contexto en el que ya ha traído de oficio al proceso la normativa de consumidores, que sí le permite declarar la nulidad de una cláusula concreta y no del contrato en su totalidad.

A diferencia de lo que ocurre con la abusividad de una cláusula, ninguna norma estatal ni comunitaria permite al juez traer de oficio al proceso la usura no alegada por las partes. Pero desde el momento en que la falta de transparencia se incluye como subcategoría de abusividad, hemos de plantearnos cuándo es poco transparente el precio de un crédito, esto es, un interés remuneratorio. La cláusula de fijación del tipo no se considera transparente en los siguientes supuestos:

- Cuando no cumple con lo dispuesto en la normativa de protección y transparencia de las entidades de crédito en sus operaciones con la clientela bancaria. Pero hasta ahora, sin embargo, la realidad ha demostrado que ello no es así. Pues desde la STS 9.5.2013 ha quedado claro que el cumplimiento

de dicha normativa no es suficiente, y es más: que los motivos de falta de transparencia que constituyeron el contenido del fallo no constituyen una lista cerrada de defectos de transparencia, pues el consentimiento del prestatario puede verse afectado por otras circunstancias;

- El interés fijo es poco transparente cuando no se ajusta a la normativa de protección de la clientela bancaria en la determinación del TAE, puesto que dicha fórmula es la que garantiza la inclusión de toda prestación en favor del acreedor (art 315 Ccom);
- Cuando se exige a través del traslado al consumidor de retenciones y comisiones indeterminadas (RDGRN 7.4.2016);
- Cuando se fija en un 14,99% TAE y se retiene por el intermediario aproximadamente el 38% del capital para el pago de diversos gastos, comisiones e impuestos, cláusulas estas últimas que el registrador de la propiedad calificante considera abusivas (RRDGRN de 20 junio; 7 abril 2016 y 22 julio 2015);
- Cuando tras la apariencia de un interés fijo, se prevé en realidad un interés variable (STJUE, Sala Novena, de 26 de febrero de 2015, Volksbank, préstamo hipotecario de 7 marzo 2008).

Sin embargo, la ponente declaró que no tiene sentido equiparar los intereses remuneratorios fijos a las cláusulas suelo, pues el establecimiento de un interés fijo es una forma más de determinar el precio –un precio cierto-.

Por lo tanto, cuando se estime usura, una vez constatado el acercamiento entre falta de transparencia y usura, debería asimismo traerse de oficio el TRLGDCU, estimarse la nulidad parcial y el mantenimiento de la hipoteca. Pero en caso de que dicha nulidad parcial no pueda estimarse (por ejemplo, porque las circunstancias tenidas en cuenta para la declaración de usura tengan su origen en la situación de angustia y así lo pida el deudor, o porque el TRLGDCU no pueda traerse ni remotamente al proceso), no se puede mantener la hipoteca, por su carácter accesorio del préstamo nulo (STS 20.6.2001).

Ya en el turno de debate, la ponente expuso también las peculiaridades del proceso monitorio⁷.

4.2. Hipotecas multidivisa: ¿son realmente productos financieros?

D. Luis Cazorla González-Serrano

Profesor Contratado Doctor. Universidad Rey Juan Carlos

El profesor Luis Cazorla comenzó aclarando qué es una hipoteca multidivisa. Una hipoteca multidivisa es un préstamo hipotecario en divisa extranjera regulado en el art. 312 Ccom con una garantía hipotecaria, a la que resulta de aplicación la normativa de protección de consumidores y la normativa bancaria en materia de préstamos. Las hipotecas multidivisa no son más que hipotecas en divisa extranjera en las que la entidad incluyó una cláusula que permitía al prestatario cambiar de una

⁷ Para el estudio de esta cuestión, así como de un abundante número de citas jurisprudenciales que completan la intervención puede verse el texto de la ponencia publicado en la web de CESCO (http://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Intereses_remuneratorios_fijos.pdf)

moneda a otra sin necesidad de novación (opción multidivisa), para que el prestatario se evitase el riesgo de los devenires de la moneda extranjera en la que inicialmente se concedía el préstamo.

Sin embargo, el TS comprendió en su sentencia de 30.6.2015 que las hipotecas multidivisa constituían instrumentos financieros. No obstante, una hipoteca multidivisa no es más un préstamo hipotecario que está nominado en divisa extranjera. Si bien el hecho de que coloquialmente se conozca a estos préstamos como "multidivisa" puede inducir a pensar que incorporan un derivado financiero, lo cierto es que no es así. No comporta derivado financiero alguno, ni pueden ser calificadas como instrumentos financieros. Además, recordó que las hipotecas multidivisa no formaron parte de estrategias comerciales agresivas por parte de la entidad bancaria, sino que fueron determinados colectivos profesionales bastante identificables los que mediante «el boca a boca» comenzaron a solicitar este tipo de productos, lo que incentivó el interés de los consumidores en estos productos.

La consecuencia de que el TS considerara que se trataba de un producto financiero fue la aplicación de la normativa del mercado de valores, exigiendo el cumplimiento de los deberes informativos y de formación del perfil del «inversor minorista» exigidos en el paquete MiFID. Sin embargo, la STJUE de 3.12.2015 aclaró que las hipotecas multidivisas constituyen productos bancarios en los que el cambio de divisas que se produce durante la ejecución del contrato es simplemente la ejecución de una serie de obligaciones, sin incorporar un derivado financiero vinculado a divisas, de forma que no constituía un instrumento financiero ni estaba sujeto a la Directiva MiFID.

Dado que la naturaleza jurídica del préstamo hipotecario con opción multidivisa es la de préstamo, responde a la causa propia de los préstamos, esto es, la entrega de una cantidad de dinero y la devolución de una cantidad de dinero con unos intereses trascurrido un periodo de tiempo, con la única diferencia de que está nominado en una divisa extranjera. Se aleja, por tanto, de las finalidades de los instrumentos financieros (inversión), como afirma el TJUE, siendo su finalidad la financiación y no la inversión. Así pues, lo único que diferencia a un préstamo hipotecario en euros a un préstamo hipotecario multidivisa es el riesgo derivado de la fluctuación de la moneda. Al riesgo del tipo de interés se une el riesgo del tipo de cambio.

La aplicación o juego de las divisas extranjeras tiene que ver simplemente con la ejecución de una de las obligaciones del préstamo hipotecario. Es cierto que hay determinadas cláusulas, como puede ser la que establece una comisión por realizar el cambio de divisa que podría someterse al control de abusividad. Pero la mal llamada «cláusula multidivisa», en referencia a aquélla que establece la divisa en que se concede el préstamo, constituye elemento esencial del contrato y no puede ser sometida al control de abusividad.

4.3. Productos vinculados: ¿Cuándo puede reputarse abusiva su contratación?

D^a. Lourdes García Montoro

Investigadora del CESCO. Universidad de Castilla-La Mancha

La ponente comenzó su intervención señalando que recientemente se ha producido un estallido por el que todos los consumidores están interesados en hacer valer sus pretensiones en vía judicial reclamando la devolución de las cláusulas suelo y de los gastos hipotecarios, motivado por la STJUE de 21.12.16 y la STS de 15.12.2015, pero no sólo eso. Se interesa también la nulidad de determinadas cláusulas que imponen la adquisición de determinados productos o contratación de determinados servicios, como seguros de vida vinculados al préstamo hipotecario, seguros de amortización del préstamo, seguros del hogar, etc. A la hora de suscribir un préstamo hipotecario las posibilidades son infinitas. Dado que el objetivo principal del consumidor es comprarse una vivienda, entonces ¿para qué necesita contratar todos estos servicios accesorios?

El marco de abusividad en el que nos encontramos es el art. 89.4 del TRLGDCU que prohíbe la imposición de la contratación de productos accesorios no solicitados por el consumidor. Así, tras la STS de 23.12.2015, la forma en que las entidades bancarias comercializan este tipo de productos vinculados es ofreciendo una bonificación del tipo de interés, manifestándolo en la escritura de la siguiente forma: *«3.bis.3. Bonificación de tipo de interés. El Banco manifiesta que el "tipo de interés vigente" aplicable en cada "período de interés" que resulte de acuerdo con las reglas y condiciones anteriores será objeto de una bonificación de tipo de interés equivalente a los puntos porcentuales del tipo de interés ordinario nominal anual que más adelante se indican, siempre que al menos una de las personas integrantes de la parte prestataria mantenga los productos o servicios bancarios que, a su expresa solicitud, tenga suscritos o domiciliados en el Banco».*

En primer lugar, la redacción de dicha cláusula puede resultar compleja para que un consumidor «de a pie» pueda entender la extensión o las consecuencias jurídicas y económicas que le puede producir una cláusula de este tipo. La forma de redactar dicha cláusula hace que no pudiera considerarse abusiva ya que se deja a voluntad del consumidor que suscriba o no estos productos por la expresión aparecida en dicha cláusula: *«a su expresa solicitud»*. Con esta expresión, el banco está dando la posibilidad de suscribir el préstamo sin ir asociado a ningún tipo de producto vinculado, matizando que en caso de contratarlo es a solicitud expresa del cliente, saliendo pues del supuesto de hecho del art. 89.4 TRLGDCU (por haber existido negociación).

No obstante, como se señaló en el debate posterior, existen precedentes en los que la apariencia de negociación de una cláusula ha sido destruida si el predisponente no ha podido probar la existencia real de negociación (por ejemplo, se ha declarado la nulidad de la adhesión a arbitrajes distintos al de consumo que constaba en condiciones particulares o incluso en documento aparte en contratos de prestación de servicios de telefonía móvil, cuando realmente la adhesión venía predispuesta por el operador sin que el consumidor fuese consciente de la adhesión).

Para reforzar la apariencia de negociación, se muestran al consumidor diversas opciones acumulativas, en algunos casos se hacen diferenciaciones por grupos, como el ejemplo que mostró la ponente, dividiéndose en:

- GRUPO A: domiciliación de la nómina y contratación del seguro multirriesgo del hogar (bonificación de 0.50 puntos en su diferencial).
- GRUPO B: Seguro de vida o seguro de amortización del préstamo y tarjeta de crédito (bonificación de 0,90 puntos).

- GRUPO C: Planes de pensiones, con un importe mínimo de 600 euros anuales (bonificación de 1 punto).

Sin embargo, el problema de fondo es que, en muchas ocasiones, el consumidor no tiene un conocimiento real de las consecuencias jurídicas o económicas que conlleva la suscripción de estos productos, tomando en consideración solo la bonificación pero sin tener en cuenta el alcance económico o coste de las obligaciones que adquiere a cambio.

Un mecanismo que permitiría que el consumidor evaluase tales costes sería que se contemplasen dentro de la TAE, cosa que, por desgracia, no se hace con demasiada asiduidad según afirma la ponente. En este sentido, una sentencia de la AP de León de 16.12.2016 que declaró abusiva una cláusula la cual se imponía al consumidor un seguro de prima única cuyo coste no se había incluido en la TAE.

La Directiva 2014/17/UE, concede al consumidor la posibilidad de elegir su propio proveedor de seguro y a la vez posibilita que los Estados miembro permitan a los prestamistas que exijan al consumidor suscribir una póliza de seguro en relación con el contrato de crédito. Además el art. 89.4 TRLGDCU, considera cláusula abusiva incluida en la llamada lista negra, sin criterios restrictivos de ponderación, aquella que impone al consumidor bienes o servicios complementarios o accesorios no solicitados. Por lo tanto, si la entidad impone o no deja alternativa alguna respecto a la contratación de esos productos accesorios estaríamos en presencia de una cláusula que podría declararse abusiva en virtud del art. 89.4 del TRLGDCU. El cliente debe tener la posibilidad real de elegir entre la contratación del préstamo hipotecario con dichos productos vinculados o sin ellos.

No obstante, desde otro punto de vista, en relación a la transparencia de la cláusula y no solamente en relación al art. 89.4 TRLGDCU, también es necesario que el consumidor, antes de la suscripción del contrato, pudiera conocer todas las consecuencias económicas y jurídicas que comporta. Es decir, si el consumidor no tuvo información precontractual sobre la necesidad de suscribir un producto vinculado, sobre los costes del mismo, sobre las coberturas en caso de seguros, etc., la cláusula podría ser igualmente abusiva por falta de transparencia aun cuando el consumidor hubiera podido elegir entre varias ofertas del prestamista.

Pero ¿existe obligación legal de disponer de un seguro? El seguro de daños es el único seguro que sí puede ir vinculado al préstamo hipotecario, en virtud del art. 8 de la Ley de Mercado Hipotecario y el art. 10 del RD 716/2009, ya que si el inmueble que actúa como garantía de cobro se destruye, la garantía desaparece. Ahora bien, existen ciertos límites, por ejemplo el hecho de que se imponga que la suma asegurada sea superior al valor en el que se tasó la finca a efectos del préstamo. En este sentido, la SAP de Madrid de 26.6.2013 declaró abusiva una cláusula que imponía la contratación de un seguro de daños por el valor total de reconstrucción de un inmueble, y ello porque el art. 8 LMH solamente exige que el seguro de daños se suscriba por el valor de tasación.

En resumen, no existe obligación legal de suscribir seguros, a excepción del de daños, u otros productos vinculados al préstamo hipotecario; la contratación de productos vinculados a préstamos hipotecarios sólo podrá considerarse abusiva cuando hayan sido impuestos por la entidad; la existencia de un catálogo de opciones alternativas para la contratación de productos vinculados no es abusiva, siempre que el

consumidor tenga la posibilidad de decidir. Con todo, podrá apreciarse la falta de transparencia en el supuesto de falta de información previa a la contratación de dichos productos.

4.4. Impacto fiscal de las declaraciones de nulidad

D^a. Gemma Patón García

Profesora Titular Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Castilla-La Mancha

La ponente inició su exposición detallando que el impacto fiscal de la nulidad de las cláusulas suelo se regula a través del Real Decreto-ley 1/2017, - que, como otros muchos, refleja la reiterada tendencia a abusar de este instrumento normativo en materia tributaria, como ha puesto de manifiesto la reciente declaración de nulidad de la amnistía fiscal también aprobada mediante Real Decreto-ley.

El Real Decreto-ley 1/2017 regula el procedimiento de reclamación extrajudicial de los importes abonados indebidamente en aplicación de una cláusula suelo, y recoge en su disposición final primera los efectos fiscales de tal restitución. Ahora bien, el Real Decreto-ley 1/2017 permite que la restitución se efectúe en efectivo o mediante una medida compensatoria, junto con los intereses indemnizatorios correspondientes.

La disposición final primera del Real Decreto-ley 1/2017 establece como primera medida que esas cantidades devueltas en concepto de intereses abonados indebidamente por las cláusulas suelo, no deben integrarse en la base imponible del IRPF. Como segunda medida dispone que los intereses indemnizatorios abonados con la devolución de los intereses tampoco se integrarán en la base imponible.

Según comenta la ponente, esta medida que establece la disposición final primera del Real Decreto-ley es una consecuencia lógica y racional que el legislador tributario debe adoptar, ya que tales cantidades fueron gravadas previamente, es decir, ya se declararon como renta, con lo cual no es necesario volverlo a integrar en la base imponible ya que si no se estaría produciendo una doble imposición o sobreimposición de una misma renta. Sin embargo, respecto de los intereses indemnizatorios que se obtienen *ex novo*, la cuestión debería ser diferente. Es evidente que por su naturaleza de indemnización esos intereses sí que serían susceptibles de ser integrados en la base imponible, pero el legislador opta por la exclusión. Esta solución jurídica, había sido ya adoptada previamente en distintas consultas vinculantes por la Dirección General de Tributos, como por ejemplo, la de 3.6.2016 (nº V2429).

El problema para el consumidor contribuyente que desea obtener la devolución de las cantidades indebidamente pagadas es que esos intereses podrían haber sido utilizados como presupuesto para la aplicación de una deducción por la inversión en vivienda habitual dentro del IRPF. Aquí es donde la cosa se complica, ya que el contribuyente habría obtenido un beneficio fiscal derivado del pago de esos intereses a la entidad financiera. Por tanto, restituidos tales importes, resultaría razonable que se perdiera el derecho a la deducción por aquellos, debiendo ser incluidos tales importes en la declaración de la renta del ejercicio en el que se hubiera producido la restitución. Esta es la opción que se adopta si la devolución se produce en efectivo (siempre dentro del periodo de prescripción de los impuestos que en este caso es de

cuatro años), no así para el caso de que se produzca vía compensación, esto es, cuando la propia entidad financiera los destine a minorar el capital pendiente del préstamo.

Por lo tanto, en caso de devolución en efectivo se tendrá que presentar declaración complementaria, iniciándose el plazo de presentación desde la fecha de la sentencia, del laudo o acuerdo al que se alcanzase, finalizando en la fecha de finalización del siguiente plazo de la presentación de la declaración de IRPF. Con todo, si la devolución se realizó vía compensación, no existiría obligación de presentar declaraciones complementarias.

La ponente concluye afirmando el carácter racional de la medida adoptada, al limitar el impacto fiscal a los supuestos en los que se pierde el derecho a deducción, en caso de inversión en vivienda habitual o en los gastos deducibles en el rendimiento de capital inmobiliario. Además, según la ponente, parece que se está incentivando la compensación de los intereses abonados indebidamente⁸.

QUINTO PANEL: Deberes y responsabilidades de funcionarios públicos

5.1. Control notarial y registral en los préstamos hipotecarios. Protección del consumidor

D. Luis Mayorga Alcázar

Colegio Notarial de Castilla-La Mancha

El ponente comenzó desglosando la intervención del Notario en las tres fases de la contratación del préstamo hipotecario: la precontractual; la contractual -a través del otorgamiento de la escritura pública-, y la postcontractual -a través de la del título en el Registro de la Propiedad.

Se queja de que en la fase precontractual, apenas tiene relevancia la actuación notarial en nuestro ordenamiento jurídico. El art. 147 del Reglamento Notarial establece la obligación del notario de interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico la voluntad de las partes, pero esto no tiene aplicación en los préstamos hipotecarios ya que son contratos de adhesión donde la autonomía de la voluntad del adherente juega en el espacio límite de pactar las condiciones financieras, quedando el notario totalmente excluido. Sólo encontramos algunas disposiciones más específicas como la Orden de 5 de mayo de 1994 y la de 2011, en materia de transparencia. Por un lado, se establece la libre elección de notario, ya que es fundamental que éste sea objetivo e imparcial, por otro lado, el prestatario tiene el plazo de tres días antes de la firma de la escritura para examinar el proyecto de escritura y para que el notario le explique las condiciones financieras. Sin embargo, raramente el consumidor conoce y mucho menos ejerce este derecho. Habitualmente, acude a la firma de la escritura de préstamo hipotecario de forma apresurada e incluso en el mismo acto se introducen cambios «de última hora», que, en la mayoría de las ocasiones perjudican al consumidor. En este punto, critica la actuación de algunos notarios que firman un gran número de hipotecas al día pero no informan adecuadamente del

⁸ Esta ponencia trae causa en un trabajo de la profesora Patón publicado en la *Revista CESCO de Derecho de Consumo* núm. 22, 2017, <https://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/index>

contenido y consecuencias del préstamo hipotecario. El Anteproyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario pretende mitigar estas carencias y prevé la obligatoriedad de comparecer a presencia notarial en un plazo de entre tres y siete días para suscribir un acta notarial que da fe de que el consumidor conoce y comprende la información y sienta la presunción *ius tantum* de transparencia.

En sede contractual, en caso de que el notario aprecie cláusulas con las que esté disconforme, no puede apreciar su nulidad ni oponerse a otorgar la escritura, ya que el art. 84 TRLGDCU sólo le impone la obligación de no autorizar cláusulas abusivas que consten inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Señala que en tanto la legislación vigente no se modifique, el notario no puede apreciar de oficio la abusividad de una cláusula. Pero tampoco puede hacerlo el registrador, por la misma razón. Hace hincapié en que en Derecho de Consumo, si se quieren resultados concretos, las normas deben ser imperativas, porque lo que queda a «la potestad» del empresario, no se aplica.

Resalta el carácter fundamental de la educación financiera y jurídica pues una sociedad formada es una sociedad «más libre», y quizás la falta de formación «interesa» a ciertos colectivos. Aprovecha la ocasión para recordar el interés y disponibilidad del Colegio Notarial en participar en convenios de colaboración con la Administración educativa para proporcionar educación financiera al alumnado de Colegios e Institutos.

En conclusión, el ponente insistió en que debe reforzarse la educación financiera y jurídica del consumidor desde los inicios. Pero no sólo debe fomentarse la educación financiera del consumidor, sino también la labor informativa de todos los operadores jurídicos como las entidades bancarias, las gestorías y los propios notarios.

5.2. Efecto de las nulidades declaradas por el TS en Pleno sin posterior inscripción en el RCGC sobre la función notarial y registral

D. Manuel Montánchez Ramos

Registrador de Motilla del Palancar (Cuenca). Vicedecano Colegio de Registradores de Castilla-La Mancha

El ponente describió la evolución del mercado hipotecario en los últimos años. En el modelo clásico hipotecario español, modelo que aún pervive en el centro de Europa, la hipoteca no estaba al alcance de la gran mayoría de los consumidores pues los créditos hipotecarios se otorgaban a un interés muy alto (por ejemplo, el 18%), hasta que las entidades bancarias impulsan una bajada de tipos con la finalidad de captar negocio, desarrollando simultáneamente estrategias para mantener los beneficios, compensando dicha bajada mediante la introducción de productos accesorios como las comisiones, los seguros y otros contratos vinculados. Los contratos de préstamo hipotecario se hicieron cada vez más complejos, incluyendo todo tipo de pactos tendentes a flexibilizar el mercado hipotecario. Asimismo, se extendieron los plazos de devolución del capital, de forma que cualquier ciudadano podía acceder al préstamo hipotecario. En definitiva, se desreguló el mercado hipotecario y las entidades empezaron a abusar de su posición «de dominio», concediendo préstamos hipotecarios de forma indiscriminada, lo que no supuso ningún problema hasta el estallido de la crisis financiera en 2008. La pérdida del empleo llevó a muchos

deudores a situaciones de impago y es en este contexto en el que surten sus efectos los excesos de la época de bonanza. Correlativamente, se incrementa la conflictividad y se generalizan las reclamaciones antes las Administraciones públicas y las demandas antes los tribunales.

La Dirección General de los Registros y del Notariado en la resolución (vinculante) de 19.4.2006 llegó a afirmar que el registrador no podía calificar las cláusulas financieras sino que debía limitarse a «transcribirlas». En otros términos, se constataba que el registrador no puede ejercer función pública como si de un juez se tratara sino que tiene que calificar en función de los medios a su disposición. Por lo tanto, conforme a esta resolución, el registrador como funcionario público carece de la posibilidad cuestionar la validez de las cláusulas contractuales pues esa es una función reservada a jueces y tribunales, lo que, consecuentemente, le impide también calificarlas como abusivas.

Este contexto, caracterizado por la conflictividad, los fallos de la legislación y de la propia DGRN conduce al nacimiento de un grupo de jueces a los que el ponente denominó «jueces indignados», entre los que se encuentra el magistrado del Tribunal Supremo Javier Orduña, que «enarbolan la bandera del Derecho de Consumo» y reprochan a ciertos colectivos de funcionarios (notarios y registradores) la falta de control de las cláusulas incluidas en los contratos de préstamo hipotecario.

A estos reproches responde el ponente señalando que el único medio de que disponen notarios y registradores de cribar la inclusión de cláusulas abusivas es mediante su previa inclusión en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (art. 84 TRLGDCU), por lo que denunció la falta de inscripción de las sentencias declarativas de nulidad en el mencionado registro, instando a los operadores jurídicos, y muy especialmente a los jueces, a utilizar dicho mecanismo, pues de lo contrario, ni notarios ni registradores pueden actuar en caso de observar una cláusula abusiva.

En todo caso, la DGRN (Resolución de 28.4.2015) considera que el registrador deberá calificar negativamente las cláusulas del préstamo contrarias a normas imperativas (art. 6.3 CC). Lo mismo habrá de hacer respecto de las cláusulas cuya abusividad haya sido declarada en sentencia judicial firme y estén inscritas en el RCGC, o aquellas para las que se pueda determinar la abusividad de manera objetiva.

5.3. La responsabilidad de notarios y registradores

D. Francisco Javier García Mas

Notario de Tarancón y Ex Letrado de la DGRN

El ponente comenzó poniendo de manifiesto que, conforme a la legislación notarial, corresponde al notario realizar un control de legalidad (art. 1 de la Ley del Notariado y art. 1 del RN). Y al hilo de la intervención de su predecesor apunta que «todos los colectivos implicados (entidades financieras, consumidores, notarios y registradores, jueces y el propio legislador) han tenido la culpa» de la crítica situación por la que actualmente atraviesa el crédito hipotecario.

Según el ponente, son tres los principios fundamentales en la actuación notarial: la independencia, la imparcialidad y la competencia (libre elección del notario).

Respecto al principio de independencia e imparcialidad, manifestó que es esencial que el notario sea independiente para cumplir con su función informativa, especialmente en el marco de la contratación en masa, en la que el notario debería realizar un examen y un control más exhaustivo. En ocasiones, esta forma de contratación afecta también a la posición del notario, que se halla en una situación de inferioridad producida por la presión de las entidades de crédito. En estos casos, el notario se encuentra con un problema añadido, y es que no dispone del tiempo necesario para realizar un efectivo control de legalidad, tanto material como formal de los documentos, informando y realizando un seguimiento de la licitud del documento.

En este punto, el ponente destacó la importancia de disponer de un Código Deontológico Notarial que establece ciertas cautelas ante determinadas modalidades de contratación, regula la responsabilidad de los notarios y establece los instrumentos para preservar la imparcialidad y facilitar el control de legalidad. Así, por ejemplo, se prohíbe una práctica habitual en otras épocas, como era la habilitación de centros de firma en las entidades financieras y se exige que las escrituras de préstamo hipotecario sólo se firmen en el despacho del notario. En este sentido, insta a la DGRN a reforzar las inspecciones y a adoptar medidas disciplinarias contra las faltas de profesionalidad de algunos notarios. Para justificar estas reivindicaciones pone de manifiesto que aquellos notarios que firman al año entre 7000 y 8000 documentos no pueden realizar un adecuado control de legalidad por imposibilidad material. En estos casos, se deben llevar a cabo inspecciones y, si es preciso, adoptar medidas disciplinarias que pueden consistir incluso en el apartamiento del servicio.

Por otro lado, el ponente remarcó la especial importancia del principio de competencia notarial reflejado en los arts. 3 y 126 del Reglamento Notarial, del que deriva la libertad de elección del notario, particularmente significativa en el seno de las contrataciones en masa. Puso en valor la competencia entre notarios, «la competencia es buena», -aseveró-, siempre que la elección no esté condicionada por la realización de malas prácticas notariales (por ejemplo, cobrar por debajo del arancel). Sin embargo, según el ponente, «a las entidades financieras no les gusta la libre elección». En este aspecto, destacó que quien ostenta el derecho a elegir notario no es la entidad bancaria sino el consumidor. «El banco no debe elegir ni al notario ni a un grupo de notarios», sentenció.

Los notarios deben colaborar para garantizar esa libre elección del notario al igual que la Dirección General de los Registros y el Notariado y los Colegios profesionales, que deben garantizar la libre elección y controlar su aplicación a través de inspecciones, atención a reclamaciones, información al usuario, etc.

Como sus compañeros de mesa, D. Javier García Mas demandó cambios legislativos que doten de mayor seguridad a la función del notario. Sería deseable una lista negra de cláusulas abusivas, que permitiera realizar un control de legalidad con arreglo a criterios objetivos y negarse a autorizar un documento que contuviera dichas cláusulas. También sería deseable que una norma imperativa definiera los criterios de integración contractual para el caso en el que una o varias cláusulas fueran declaradas nulas.

Concluye el ponente afirmando que «las profesiones se justifican si son útiles a la sociedad». Notarios y registradores realizan una función de servicio público, su

presencia en la contratación debe ser un «sello de calidad». En particular, los notarios sirven a una sociedad, a la que todos los actores deben adaptarse, conservando los principios esenciales de confianza, fe pública y seguridad jurídica.

A la pregunta de uno de los asistentes sobre la posible aplicación del artículo 145 del Reglamento Notarial (negativa de los notarios a intervenir o autorizar un instrumento público por las causas previstas en el Reglamento), responde diciendo que este precepto sólo se puede aplicar a contratos en los que intervenga «gente formada» pero no a préstamos hipotecarios sobre vivienda. Con rotundidad afirma el ponente que «el notario que aplica este artículo a contratos de préstamo hipotecario sobre vivienda, sobra en la profesión».

CLAUSURA

Clausuran el curso sus codirectoras, -Dña. Ana Isabel Mendoza Losana y Dña. Pilar Domínguez Martínez-, y el Decano del Ilustre Colegio Notarial de Castilla-La Mancha. Ana Isabel Mendoza agradece la colaboración y plena disponibilidad de los ponentes y la activa participación de los asistentes, a quienes desea que el curso haya resultado de gran interés para su actividad académica y/o profesional. Asimismo, agradece el incondicional apoyo del Ilustre Colegio Notarial de Castilla-La Mancha, la ayuda del Vicerrectorado de Cultura, Deporte y Extensión Universitaria de la UCLM y la colaboración en la organización del curso de todos los compañeros y compañeras que componen CESCO y, muy especialmente, muestra su gratitud a Pilar Domínguez, Alicia Agüero y a Iuliana Raluca. Posteriormente el Decano del Ilustre Colegio Notarial de Castilla-La Mancha, D. Luis Fernández-Bravo Francés, tras felicitar a CESCO por la organización del curso y agradecer a todos los ponentes sus magníficas intervenciones y a todos los asistentes su participación, declara clausurado el curso.