

CRITERIOS UNIFICADORES DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 50 DE BARCELONA EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.

En el actual contexto de litigación masiva en materia de cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios y ante la necesidad de que todos los agentes implicados contribuyamos a la resolución de los asuntos pendientes de la forma más rápida posible, consideramos necesario facilitar a los profesionales implicados unos criterios unificadores con el objeto de ofrecer uniformidad y fiabilidad en nuestras resoluciones. Nuestro objetivo es avanzar en la homogeneización de nuestras resoluciones y aportar una herramienta que ofrezca transparencia contribuyendo a la solución pactada de los conflictos.

Los presentes criterios no tratan de imponer una determinada doctrina, sino que responden a la necesidad evidente de unificar la interpretación que damos en nuestra práctica a la ley y la jurisprudencia aplicable. Y lógicamente no cierran ningún debate jurídico ni es intención nuestra proporcionar una guía de soluciones de obligado cumplimiento, sino presentar una propuesta razonable de soluciones jurídicas a los problemas que nos encontramos, debidamente consensuada, pero que no exime de fundamentar jurídicamente cualquier pretensión ante nuestros Juzgados. Naturalmente estos criterios están sometidos a lo que los tribunales vayan resolviendo sobre estas materias.

Por ello, los magistrados del Juzgado de Primera Instancia número 50 de Barcelona, especializado en materia de condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física, adoptamos los siguientes criterios:

I. Cláusula de gastos de constitución de hipoteca

1. El pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados por parte del prestatario no es abusivo pues cumple con la normativa imperativa que rige la tributación. En este sentido, el artículo 29 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados regula que el sujeto pasivo, como criterio principal, es el adquirente del bien o derecho, y en su defecto, establece dos reglas subsidiarias alternativas: las personas que solicitan los documentos notariales o aquellos en cuyo interés se expiden. Este precepto se complementa con el artículo 68 del Reglamento, al determinar también como criterio principal, que el sujeto pasivo es el adquirente del bien o derecho, y que cuando se trata de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considera adquirente al prestatario. En el mismo sentido, el artículo 8 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que: “estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: *a) en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que*

los adquiere (...) c) en la constitución de derechos reales, aquél a cuyo favor se realice este acto (...) d) en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el prestatario". No obstante, dicho precepto es matizado en el artículo 15.1 del mismo texto normativo, que señala que: *"la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo"*. Por tanto, cuando el mencionado artículo 29 señala que el sujeto pasivo es el adquirente del bien o derecho, el derecho al que se refiere el precepto es el préstamo, y por ende, el adquirente del préstamo es el prestatario. **En definitiva, esta cláusula no vulnera el artículo 89.3 c) LGDCYU porque no impone al consumidor el pago de tributos cuyo sujeto pasivo sea el empresario.**

2. Con referencia a la cláusula en virtud de la cual se establece que serán de cargo del prestatario los **aranceles notariales** se debe partir del artículo 89.3.a TRLGDCU, el cual califica como cláusulas abusivas: *"La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la compraventa de viviendas: a) La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación)"*. Por lo tanto, seguidamente debemos examinar si a la vista de la normativa reguladora de los aranceles notariales, dicha cláusula tendría que ser declarada abusiva. En este sentido, la persona obligada al pago de los gastos notariales viene determinada por la Norma Sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Notarios. Dice textualmente que: *"La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente"*. Aplicando tal normativa, la formalización de la escritura de compraventa se solicita e insta por las partes contratantes en la misma, quienes presentan ante el Notario los títulos correspondientes, advirtiendo que para el pago del precio se otorgará un préstamo hipotecario que gravará la finca adquirida. Respecto al segundo criterio relativo a cuáles son los interesados en los servicios prestados por el Notario, como se expone a continuación, lo son tanto la entidad prestamista como el propio prestatario. Por un lado, el prestamista obtiene un título ejecutivo, constituye una garantía real y adquiere la posibilidad de ejecución especial. Además, la formalización de la escritura pública constituye un requisito imprescindible para el acceso posterior de la hipoteca en el Registro de la Propiedad. Por otro lado, el prestatario adquiere un inmueble mediante compraventa, y el préstamo hipotecario es el medio de satisfacer todo o parte del precio de la vivienda. También cabe destacar que través de la constitución de la garantía hipotecaria, se establecen unos plazos de amortización y un tipo de interés inferior al que se fijaría en el caso de concederse un préstamo personal. **En consecuencia, atendiendo a todo lo expuesto, se considera que no incurriría en desequilibrio para las partes una solución más equitativa consistente en atribuir al consumidor el pago del 50% de los gastos notariales, y que la**

entidad bancaria abonara el restante 50%.

3. En cuanto a la nulidad por abusiva de la cláusula del contrato de préstamo hipotecario en virtud del cual se establece que serán de cargo del prestatario los **aranceles registrales** que se originen en virtud de la formalización, rectificación, cumplimiento, ejecución y extinción del préstamo, incluyendo la primera copia de la escritura debidamente liquidada e inscrita, en este caso, del mismo modo que en el arancel notarial, se debe partir del artículo 89.3.a TRLGDCU. En cuanto a la normativa aplicable, la persona obligada resulta de la norma octava del Anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, donde se señala que los derechos del registrador deben pagarse por aquel o aquellos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho. Así, la hipoteca inscrita es una garantía que el comprador ofrece al Banco para conseguir la deseada financiación, pues la inscripción de la hipoteca sería imposible si no es el dueño el que intenta procurarla mediante su consentimiento; además, el Banco difícilmente va a prestar el capital solicitado si no puede cerciorarse de la inscripción de la garantía a su favor mediante la gestión de todo el proceso de inscripción de compraventa e hipoteca. Concretamente, en el caso del arancel registral, también la aplicación de la normativa reglamentaria permite una distribución equitativa, y en este caso la estipulación ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante. Dicha cláusula es abusiva en la medida que hace cargar al consumidor con todos los gastos derivados de la preparación de la titulación, también los que son a cuenta del Banco porque este tiene el mismo interés en inscribir el derecho. **Por ello, estimamos equilibrado repartir los gastos registrales que se reclaman por mitad.**

4. Sobre la solicitud de nulidad por abusiva de la cláusula en virtud de la cual se fija que serán a cargo del prestatario los gastos de tasación de la finca, debe ponerse en relación también con el artículo 89.3.a TRLGDCU el cual podría resultar incumplido. Se debe tener en cuenta que el beneficiario del préstamo es el consumidor. Es así que el ofrecimiento de garantía real inmobiliaria es requisito legal imprescindible para la obtención del tipo de préstamo que nos ocupa, pues resulta del artículo 5.2§ de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario, tras la reforma operada en 2013, que reza: *"El préstamo o crédito garantizado con esta hipoteca no podrá exceder del 60 por ciento del valor de tasación del bien hipotecado. Cuando se financie la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo o crédito podrá alcanzar el 80 por ciento del valor de tasación, sin perjuicio de las excepciones que prevé esta Ley"*. De ello se infiere que quien elige la modalidad de préstamo hipotecario es quien debe acreditar la suficiencia de la garantía ofrecida a la entidad financiera y por tanto ninguna lesión se deriva de la atribución de ese gasto. Además, se ha de valorar quién es el verdadero beneficiado o quién ostenta el principal interés en la tasación del inmueble. A estos efectos, si bien se estima que el Banco puede tener interés en la realización de la tasación, por cuanto constituye uno de los requisitos necesarios para la iniciación del procedimiento de ejecución y le permite

obtener certeza de cuál es el importe real del bien que garantiza su operación, no ha de perderse de vista que es el consumidor el que ofrece el bien al Banco como garantía o aval del préstamo solicitado, logrando en su caso –mediante la acreditación de su valor real– la concesión del citado préstamo y la elaboración por parte del Banco de las condiciones que le van a ser ofertadas (en cuanto a capital, plazos de amortización, tipo de interés). Así se entiende también por la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, en su sentencia 225/2016, de 17 de octubre (recurso núm. 114/2015). En consecuencia, quien debe acreditar que el inmueble tiene un valor suficiente para responder del préstamo es la parte que lo ofrece como garantía, que es el prestatario. **Por todo ello, la inclusión de dicho apartado no contraviene disposición legal imperativa alguna, ni implica desequilibrio relevante en los derechos y obligaciones de las partes en el contrato, por lo que no procede su declaración de nulidad.**

5. En último lugar, respecto de la posible nulidad por abusiva de la cláusula que establece que serán de cargo de la parte prestataria los gastos de gestoría, conviene advertir un primer aspecto que puede influir en el juicio de su eventual carácter abusivo, como es lo previsto en el art. 89 del TRLGDCU, que establece que: *“en todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas: 4) la imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (...) 5) los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso, expresados con la debida claridad o separación”*. A estos efectos, la entidad bancaria impone al consumidor la contratación de los servicios de gestión de otra entidad mercantil, con la finalidad de que sea ésta quien se ocupe de la tramitación de la escritura pública (y la expedición de sus consiguientes copias) y de la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad, repercutiendo su importe al consumidor. Son dos las consideraciones a realizar. En primer lugar, la gestión de los trámites previstos anteriormente se impone unilateralmente por el banco al consumidor como condición general no solicitada por el consumidor, siendo la entidad gestora elegida o designada por el propio Banco –aun cuando se hace constar en la escritura que se designará de común acuerdo entre las partes–. Mas no hay que olvidar, que aun cuando se imponga por el Banco, la gestión también beneficia al consumidor, por cuanto supone la realización de los trámites –de carácter técnico o burocrático ante el fedatario público y el registrador– necesarios no solo para la constitución de la hipoteca, sino también para la formalización del préstamo concedido al demandante y, en su caso, el abono del IAJD, cuyo sujeto pasivo es el prestatario, tal y como se ha analizado anteriormente. De esta manera, es abusiva la cláusula que imponga su pago íntegramente al consumidor, mas sería válida cuando estableciese una distribución equitativa de su importe entre ambas partes. **De esta manera, se considera proporcionado imputar al consumidor el abono del 50 % de los gastos de gestoría**

necesarios para la formalización de la escritura pública mientras que el Banco deberá hacerse cargo del 50 % del importe restante.

6. Las consecuencias de la nulidad por abusividad son las previstas en el artículo 83 LGDCYU: *“Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”*. Así pues, la nulidad de la cláusula no impide la subsistencia del contrato, quedando por determinar quién es el obligado legalmente. **Por tanto, si se ha abonado su totalidad por la actora en virtud del pacto contractual declarado nulo, debe restituírsele el exceso de lo abonado y, en consecuencia, condenar a la entidad bancaria al pago del 50% de la totalidad de los gastos notariales, registrales y de gestoría.**

II. Cláusula de vencimiento anticipado

1. Respecto de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, se trata de una estipulación impuesta por la entidad financiera, por la cual si esta queda facultada para instar el vencimiento anticipado del contrato de crédito y reclamar la totalidad de la deuda, desde el mismo momento en que resulte impagada cualquiera de las cuotas o incumplida cualquiera de las obligaciones fijadas en la Escritura, se debe reputar la misma abusiva. En este sentido, el tribunal nacional debe analizar la cláusula de vencimiento anticipado, que únicamente debe permitir a la entidad prestamista dar por vencido el préstamo ante un incumplimiento del deudor que tenga la consideración de esencial y suficientemente grave - en relación con la duración y cuantía del préstamo-. Dicho vencimiento anticipado debe constituir una excepción y no la forma general de proceder ante el incumplimiento del prestatario, debiendo extenderse el examen a los medios de los que dispone el deudor para evitar o mitigar los efectos de la aplicación de dicha cláusula, que han de ser “adecuados y suficientes” en palabras del TJUE.
2. La abusividad de esta cláusula financiera conlleva la declaración de su nulidad de pleno derecho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, a tenor del cual: *“las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”*.

III. Cláusula de intereses de demora

1. Entrando en el análisis de la posible abusividad de la cláusula relativa a los intereses de demora, debemos tener en consideración que en la

actualidad, el interés de demora en los préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de vivienda habitual se encuentra limitado por el art. 114.3 de la Ley Hipotecaria, en su nueva redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. En concreto, se establece que tales intereses *“no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero”*. Sin embargo, tal como establece su disposición transitoria segunda, esta limitación solo será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley –la cual tuvo lugar el 15 de mayo de 2013-. No obstante, en el caso de préstamos anteriores a su entrada en vigor se aplicará la mencionada limitación a los intereses moratorios que se devenguen a partir de tal fecha y a los que, habiéndose devengado en dicha fecha, no hubieran sido satisfechos.

2. La posible abusividad de los intereses moratorios establecidos en la contratación con consumidores es cuestión de actualidad jurisprudencial. En las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero el Tribunal Supremo concluye que «El art. 114.3 Ley Hipotecaria no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa sobre protección de consumidores» y que “respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la mencionada sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales, de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado”. Sin embargo, como reconoce el Alto Tribunal en su sentencia 364/2016, de 3 de junio, hasta el momento no había establecido ningún criterio objetivo, similar al contenido en la STS 265/2015, de 22 de abril –a propósito de los préstamos personales destinados al consumo- para considerar abusivo el tipo de interés moratorio previsto en el contrato. En la misma sentencia de 2016, recuerda el razonamiento seguido por la Sala para considerar abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal, y ello por entender que: «el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores, que no suponga la imposición de una indemnización alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones. [...] La adición de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales supondría un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que resultan de la aplicación de las normas nacionales a que se ha hecho referencia». En definitiva, la cuestión más destacable de esta sentencia 364/2016, de 3 de junio radica en que el Tribunal Supremo, partiendo del presupuesto condicionante de que el límite legal previsto en el art. 114.3 LH para los intereses de demora en préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la primera vivienda no sirve de criterio para el control de abusividad, advierte la conveniencia, por seguridad jurídica, de establecer un criterio objetivo; y al no encontrar razones para separarse

del adoptado en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales considera el interés de demora pactado del 19% en el caso objeto de recurso era manifiestamente superior al interés remuneratorio incrementado en dos puntos, razón por la cual lo declara abusivo y estima este motivo que era objeto de recurso. **En definitiva siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, consideramos abusivos los intereses de demora siempre que superen en más dos puntos los intereses remuneratorios pactados.**

3. En cuanto a las consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios, por abusiva, son las mismas que para los préstamos personales prevé el Tribunal Supremo en su sentencia 265/2015, de 22 de abril, tal y como reitera en sus otras sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, 79/2016, de 18 de febrero y 364/2016, de 3 de junio. Así, *«lo que se anula y suprime completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que no estaba aquejado de abusividad y que seguía cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución [...] Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada».*
4. Las consecuencias de esta declaración de nulidad vienen constituidas por la supresión de la cláusula declarada abusiva, la cual ha de tenerse por no puesta, subsistiendo en lo demás el contrato, que sigue siendo obligatorio para las partes en los mismos términos. **En definitiva, la supresión de una cláusula que contiene un tipo de interés moratorio abusivo, conllevará que las cantidades que eventualmente resulten debidas por el prestatario devenguen únicamente el interés remuneratorio pactado hasta su efectivo pago.**

IV En materia de hipotecas multidivisa.

Como no podía ser de otra forma aplicamos el criterio expresado por el Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo en su reciente Sentencia 608/2017, de 15 de noviembre. La sentencia aplica los criterios de la sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017 (caso Andriciuc) y considera que aunque el consumidor medio puede prever el riesgo de un cierto incremento de las cuotas de amortización por efecto de la fluctuación de las monedas sin necesidad de una especial información, no ocurre lo mismo con otros riesgos asociados a estas hipotecas. En ellas, la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado, lo que determina que, pese al pago de las cuotas de amortización periódica, el prestatario puede adeudar un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo. Incluso

aunque se cumpla la obligación de pagar las cuotas, el banco pueda dar por vencido anticipadamente el préstamo si el euro se devalúa, por encima de ciertos límites, sobre la divisa extranjera. **En consecuencia, las cláusulas cuestionadas deben superar el control de transparencia y su nulidad determinaría la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros.**

V En materia de IRPH

Seguimos el criterio expresado por la Sentencia 669/2017, de 14 de diciembre del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Una cláusula inserta en un préstamo con un interés variable, referenciado al índice IRPH, no implica falta de transparencia ni abusividad.

VI Cláusula relativa a los límites de variabilidad del tipo de interés (cláusula suelo)

Seguimos la jurisprudencia comunitaria y la STS de 9 de mayo de 2013 que exige que se someta a las misma al doble control de transparencia (control de inclusión o incorporación en los términos de los artículos 5 y 7 de la Ley 7/98 y control de transparencia real de manera que el que el consumidor sea informado para la «comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato» f 215, STS 241/2013).

Las consecuencias económicas de la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia la devolución de los importes indebidamente abonados que debe realizarse desde la fecha de suscripción del contrato más el interés legal del dinero desde cada cobro indebido y hasta la fecha de la sentencia, art. 1.303 del CC, y desde ésta y hasta el completo pago en el establecido en el artículo 576 de la LEC.

VII En materia de costas.

1. En relación con el importe de las costas, hacemos la siguiente observación: **valoramos positivamente una posible reducción de honorarios del letrado** en los recursos de revisión frente a los decretos aprobatorios de la tasación de costas, aplicando para ello la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo (autos 22 de febrero de 2017, 15 de marzo de 2017, 27 de abril de 2017) que viene entendiendo que en la tasación de costas deben recogerse criterios tales como el trabajo efectivamente realizado, el grado de complejidad del asunto o la dedicación requerida, ya que en los supuestos de “litigación masa” como el de cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios, la uniformidad y reiteración en los contenidos de las demandas y contestaciones puede hacer aconsejable tal limitación.

2. En relación con la parte demandada condenada en costas, se **valorará la procedencia de apreciar mala fe en su conducta**, si se aprecian en el procedimiento circunstancias que así lo aconsejen, como ocurre cuando pese a haber un requerimiento extrajudicial fehaciente con carácter previo al inicio de la acción judicial se obliga al consumidor a pleitear pudiendo haber conocido fácilmente que no le asistía razón se advierte contumacia en la oposición a sabiendas delo improcedente de su pretensión. Ello conllevaría la inaplicabilidad del límite de la tercera parte de la cuantía del proceso prevista en el artículo 394.3 LEC.

En Barcelona a 8 de enero de 2018

Miguel Angel Chamorro González
Magistrado Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Barcelona

Marta Nadal Disla
Juez de refuerzo Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de
Barcelona

Jennifer Rocío Alamo
Juez de refuerzo Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de
Barcelona.