



Préstamo hipotecario y nulidad de la cláusula que atribuye sus gastos

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

Préstamo hipotecario y nulidad de la cláusula que atribuye sus gastos, donde el cumplimiento de la normativa comunitaria se ha producido y de sus principios, sin que las otras normas internas que regulan los gastos, al afectar a terceros, deban dejar de ser aplicadas, porque una cosa es la nulidad y otra los efectos que deba producir.

Nos hallamos ante la subsistencia del contrato de préstamo a pesar de la nulidad, como si no hubiera existido la cláusula declarada nula. Lo cual significa que, a la hora de analizar si procede la integración o no del negocio jurídico, se parte de la inexistencia de disposición sobre los gastos, debiendo decidirse esta cuestión en función de la normativa interna.

Palabras clave: préstamo hipotecario; gastos; nulidad; consumidores; actos jurídicos documentados.

Fecha de entrada: 11-04-2019 / Fecha de aceptación: 25-04-2019

Enunciado

Amor y Luisa suscriben un préstamo hipotecario en el año 2016 con el Banco de la Amistad por 350.000 euros; en él se establece una cláusula –dentro del condicionado general– por la cual se acuerda el pago, a cargo de la prestataria, de todos los gastos que generen las escrituras, aranceles, notaría, gestorías, copias y actos jurídicos documentados. Al considerar los consumidores que esas estipulaciones eran nulas, demandan a la entidad y el juzgado les da la razón, distribuyendo los gastos, por mitad en algunos casos y por entero en otros, y declarando la nulidad de dicha condición general de la contratación y, por consiguiente, de la cláusula. También se acuerda que los impuestos inherentes por actos jurídicos documentados los pague el prestatario, integrando el contrato con el resto de las cláusulas válidas, sin proceder a la devolución de todo lo pagado.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

1. ¿Los prestatarios pueden alegar que la devolución de los gastos ha de ser total y no parcial en algunos casos, como consecuencia de que la nulidad de la condición general de la contratación supone su exclusión íntegra del contrato de préstamo, por incumplimiento de la normativa comunitaria?
2. ¿Es correcto atribuir a los prestatarios el pago del impuesto de actos jurídicos documentados?
3. ¿Cabe hablar de integración del contrato cuando una cláusula ha sido declarada nula? ¿Quién y cómo se han de pagar dichos gastos tras la nulidad de la cláusula?

Solución

1. ¿Los prestatarios pueden alegar que la devolución de los gastos ha de ser total y no parcial en algunos casos, como consecuencia de que la nulidad de la condición general de la contratación supone su exclusión íntegra del contrato de préstamo, por incumplimiento de la normativa comunitaria?

La petición del consumidor de que, al tener por no puesta la condición general de la contratación, deba ser excluida del contrato como si nunca hubiera existido o estado en

el clausulado, y que ello suponga la devolución total de los gastos y no parcial, en algunos casos parece correcta. Sin embargo, la sentencia del juzgado no le devuelve la totalidad de lo pagado al formalizar el contrato, sino parte. Por ello, se plantea solicitar el reintegro íntegro, disconforme con el fallo, por incumplimiento de la normativa española y comunitaria protectora de los derechos del consumidor, concretamente la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993.

Al respecto diremos, en lo relativo a esa normativa comunitaria que se invoca: dispone el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores que no vinculan al consumidor las cláusulas contractuales que se consideren abusivas en los contratos que se celebren con los profesionales (entidades bancarias). Esta norma es considerada una norma de orden público y por tanto de obligada aplicación en el derecho interno de los Estados. Con ella se busca reequilibrar en el contrato a las partes y proteger a la más débil en la negociación, que es el consumidor, y se aplica solo a las cláusulas no negociadas individualmente, sin perjuicio de que los Estados establezcan una norma más eficaz que la de la directiva («considerando no obstante que en el estado actual de las legislaciones nacionales solo se puede plantear una armonización parcial; que, en particular, las cláusulas de la presente directiva se refieren únicamente a las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual; que es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado, de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la presente directiva»).

Si nos fijamos, a su vez, en el contenido del artículo 7, la directiva se fundamenta en la efectividad propia de toda norma protectora, y se insta al Estado a dotar de los medios que hagan eficaz la protección del consumidor en este tipo de contratos de préstamo. Visto así, desde la frialdad de la directiva y de los textos protectores del consumidor, diríase que Amor y Luisa tienen razón y que el juzgado debe devolver el todo y no la parte de los gastos. Y en cuanto a la normativa española, esencialmente el artículo 82 sobre el concepto de cláusulas abusivas 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, nos dice:

Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

Expuesto el mapa legislativo más relevante, la queja del consumidor se plantea fundamentalmente porque considera que la sentencia no restituye la totalidad de los gastos, sino solo parte de ellos. Podría parecer una incongruencia ese fallo a la vista de los preceptos de derecho comunitario transcritos y de la declaración de nulidad total de las cláusulas y

de la exclusión contractual, sin embargo, la cuestión se resuelve en contra de su pretensión por una sencilla razón: una cosa es la nulidad y otra los efectos de la declaración de nulidad. La primera está declarada y se ve amparada en legalidad expuesta, pero la segunda, es decir, los efectos se basan en algo muy distinto. Como quiera que determinados gastos, por ejemplo, los de aranceles, tienen que ver con terceros ajenos al contrato (funcionarios públicos sujetos a arancel, gestores, etc.), son las normas que regulan la distribución de los mismos las que entran en juego y no colisionan con las otras de orden público ya referidas. En definitiva, que los consumidores no tienen razón, pues el cumplimiento de la normativa comunitaria se ha producido y también el de sus principios, sin que las otras normas internas que regulan los gastos, al afectar a terceros, deban dejar de ser aplicadas. Una cosa es la nulidad y otra los efectos que deba producir.

2. ¿Es correcto atribuir a los prestatarios el pago del impuesto de actos jurídicos documentados?

(Tenemos en cuenta la fecha del contrato de préstamo –año 2016– y la normativa en vigor entonces). Para comprender mejor este apartado, partimos de la siguiente disposición legal: el artículo 89 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. Son cláusulas abusivas las que:

Afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato. En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas:

3. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley correspondan al empresario. En particular, en la compraventa de viviendas:

c) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.

En el caso se nos dice que hay una condición general en el contrato de préstamo que establece que los gastos derivados de los impuestos corresponden al prestatario.

Por consiguiente, tenemos dos puntos de interés: uno es la condición general de la contratación que ha sido declarada nula; otra la imposición de los actos jurídicos documentados al prestatario no obstante la declaración de nulidad de esa cláusula. Y como consecuencia de esa nulidad, parecería lógico entender que los actos jurídicos debe pagarlos el banco, porque su imposición en dicha cláusula no negociada individualmente con los prestatarios conlleva la prohibición de su imposición a los consumidores, pues, como es de ver en el precepto indicado, se trata de un préstamo para una vivienda y la condición de consumidores de ambos es ineludible.

Pero razonemos desde el principio. Hay que deducir si existe un desequilibrio declarado entre las partes en lo relativo a los derechos y obligaciones recíprocos. Como no hubo acuerdo previo y la condición y el impuesto se impusieron unilateralmente –valga la redundancia–, tenemos que remitirnos a las normas nacionales y a las comunitarias. El juez debe valorar si se produce el desequilibrio aplicando la legislación al respecto, y no basta con analizar el asunto desde una perspectiva exclusivamente económica de la carga o del gasto que supone para los prestatarios el montante de la operación sumando el impuesto. Conviene, por tanto, aclarar de entrada que la nulidad o no, y las consecuencias que ello comporte en lo relativo al pago del impuesto, no es una cuestión de tipo económico, sino jurídica; es decir, el juez debe estudiar si la nulidad de la cláusula se produce por la restricción u obstáculo en los derechos del consumidor, o por la imposición de condiciones contractuales por el banco no previstas legalmente, y ello a la luz de lo dispuesto en la normativa. Amor y Luisa firmaron el contrato de préstamo con el clausulado y no nos consta que estuvieran convenientemente informados del contenido ni de que pudieran intervenir en la negociación, admitiendo o no el pago de todos los gastos e impuestos (incluido el de actos jurídicos documentados). Por otro lado, el juez ha de observar la naturaleza del bien o del servicio que se contrata y el conjunto de circunstancias del contrato y el clausulado en general. En definitiva, las normas del derecho interno y las de la directiva comunitaria, especialmente la de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, son las importantes y desde ellas y con ellas resolveremos la cuestión del impuesto, dado que queda clara la nulidad de la condición general impuesta.

Una vez indicado lo anterior, es importante separar la nulidad de los efectos en la integración total del contrato, porque pareciera que declarada nula esa condición, nula ha de ser la obligación que subyace de pagar el impuesto –y como se ha dicho al principio, la legislación es la vigente en el año 2016–. La esencia de la decisión depende de la normativa interna una vez más. Expulsada la cláusula, la normativa viene constituida por la ley que regula el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. Es cierto que hubo desequilibrio, pues, de no haberse incluido la condición general, en virtud de la aplicación de la normativa española no tiene por qué corresponder al prestatario el pago de todos los gastos e impuestos; de ahí que haya un claro desequilibrio. Pero eso no significa que los actos jurídicos documentados deban ser pagados por el banco necesariamente, porque la ley del impuesto no lo prevé así y la interpretación de la norma por la doctrina de la jurisprudencia más actual, tampoco. En cualquier caso, aquí se trata de confirmar la jurisprudencia cambiante sobre esta materia que confirma con las sentencias del pleno de la Sala Tercera del Supremo 1669/2018 (NFJ071991), 1670/2018 (NFJ071992) y 1671/2018 (NFJ071993), de 27 de noviembre la doctrina anterior de las sentencias 147 (NFJ069784) y 148/2018 (NFJ069783), de 15 de marzo.

En conclusión, la nulidad no impide que Amor y Luisa paguen el impuesto de actos jurídicos documentados; porque en las hipotecas de este tipo el prestatario es el obligado al pago del impuesto, ya que se le considera el sujeto pasivo. Solo se excluye el pago del timbre de los folios para uso notarial y de las copias autorizadas, no así del timbre de la matriz, que lo debe pagar el prestatario a falta de pacto en contrario. Es correcto, entonces, que

los consumidores paguen el impuesto a pesar de la nulidad de esa cláusula, al distinguirse esa nulidad de la ley aplicable al impuesto sobre actos jurídicos documentados, distinta de la normativa y directiva que protegen los derechos de los consumidores. Es un tema de legalidad ordinaria.

3. ¿Cabe hablar de integración del contrato cuando una cláusula ha sido declarada nula? ¿Quién y cómo se han de pagar dichos gastos tras la nulidad de la cláusula?

Tratamos en este punto la denominada reducción conservadora del contrato, o también conocida como integración contractual. Es decir, si declarada nula esa cláusula, cabe moderar el contrato y reinterpretarlo en su totalidad a falta de esa disposición anulada, procediendo la restitución de lo pagado por Amor y Luisa. Para ello hemos de tomar en consideración dos preceptos esenciales: el artículo 83 del TRLCU, RDL 1/2007, y el 6.1 de la Directiva comunitaria 93/13/CE.

Dice el artículo 83:

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.

Dice el 6.1:

Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

En ambos casos se observa el principio de conservación del contrato suscrito, si puede seguir siendo válido excluida la condición general declarada nula. El caso plantea que la imputación de todos los gastos les corresponde a los prestatarios. Se nos indica que Amor y Luisa han de pagar aranceles, notaría, registros, etc. Eso es nulo porque no puede ser imputado solo a una de las partes unilateralmente. No lo es la imposición de los actos jurídicos documentados porque la norma que los regula es independiente de las obligaciones impuestas al banco en el resto de los gastos, y porque, con arreglo al derecho interno, nuestra ley es interpretada por la jurisprudencia sin que la nulidad de la cláusula suponga la de la obligación, pues esta nace al margen del préstamo –como ya se ha dicho–. Por ello,

una vez más, nos hallamos ante la subsistencia del contrato a pesar de la nulidad, como si no hubiera existido la misma, lo cual significa que, a la hora de analizar la integración o no del negocio jurídico suscrito entre el banco y Amor y Luisa, se parte de la inexistencia de disposición sobre el resto de los gastos, debiendo decidirse esta cuestión en función de la normativa interna. No se trata de una moderación contractual, de una integración contractual. Lo que no existe tras la nulidad (decisión contractual sobre gastos) tampoco puede ser integrado con restitución de sus efectos; por ello, los artículos 83 y el 6.1 permiten la subsistencia del contrato de préstamo, pero sin posibilidad de reinterpretarlo o de integración. Claro está que el préstamo sigue siendo válido. Además sucede que los gastos no son adeudados al banco, sino a terceros (notarios, registradores, funcionarios...), de ahí que la nulidad de la obligación no conlleve la restitución del banco de un dinero que no ha sido para él, y esos terceros tiene derecho a cobrar; otra cosa es quién deba pagar, si el banco o los prestatarios, y esto debe venir establecido en la norma nacional. Por otro lado, el artículo 1.303 del CC señala que «declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas», los frutos y el precio con los intereses. Esta restitución o integración no es posible en este caso, no solo porque está proscrita por los preceptos 6.1 y 83, sino porque el préstamo con garantía hipotecaria sigue vivo, como si no se hubiera dispuesto nada sobre gastos y sobre ellos hubiera que decidir según la normativa interna. Y esta normativa es la que dispone el artículo 63 del Reglamento Notarial, que, según la interpretación jurisprudencial, decide quién paga los aranceles, quién las modificaciones de escrituras o cancelación, etc., entendiendo que la palabra «interesados» se refiere tanto al prestamista como al prestatario, y de ahí que sea por mitad, pues el préstamo con garantía hipotecaria conlleva precisamente esa doble realidad jurídica inescindible: la hipoteca (casa) y el dinero (que da el banco). Lo mismo podría decirse de los gastos de registro, habría que interpretar el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre por el que se aprueba el arancel, en su norma octava del anexo II, apartado 1º. La jurisprudencia interpreta que la inscripción del préstamo la debe pagar el banco, pues se está inscribiendo una garantía hipotecaria a su favor; la cancelación, por el contrario, al liberar el gravamen, debe pagarla el prestatario.

En fin, queda dicho que no cabe la restitución de los gastos por los argumentos indicados y que se interpreta la norma interna para distribuirlos entre las partes, al considerar que no hay disposición alguna sobre ellos en el contrato de préstamo tras la declaración de nulidad de una cláusula que debe ser tenida por inexistente.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, art. 1.303.
- 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, arts. 82 y 83.



- Directiva 93/13/CEE (Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores), art. 6.1.
- SSTJUE de 30 de mayo de 2013, Dirk Frederik Asbeeek Brusse, C-488/1; 6 de octubre de 2019, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08; 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/156; 26 de enero de 2017, Banco Primus C-421/14.
- ATJ de 16 de noviembre de 2010, Pohotovost, C-76/10.
- SSTS 1331/2007, de 10 de diciembre; 705/2015, de 23 de diciembre, y 725/2018, de 19 de diciembre.