

El pronunciamiento del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre los gastos de hipoteca hace unos días, totalmente diferente a aquella sentencia de diciembre del 2015 y la consideración de la comisión de apertura como válida, al ser parte del contrato, ha sorprendido a la comunidad jurídica.

Pocos creen que estas sentencias, algunas de ellas opuestas a otros fallos diferentes, estén generando seguridad jurídica.

Celestino García, abogado y socio de **Ivolex Abogados**, despacho ubicado en Avilés, se ha especializado en temas hipotecarios, sobre todo comisiones al descubierto y tarjetas revolving donde está logrando muchas sentencias favorables.

“Creo que tenemos más de treinta y cinco asuntos en casación en estos momentos por resolver”, aclara. De las cinco sentencias que vio el Supremo en Pleno, tres eran suyas.

“Curiosamente lo que le planteamos a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Asturias ha sido lo que el Supremo ha fijado ahora en el tema de gastos hipotecarios”, indica. Para este abogado, “dicho reparto salomónico de los gastos hipotecarios es increíble. No se puede conjugar con el derecho comunitario. Si estamos hablando de cláusulas abusivas no pueden tener ningún efecto. Lo que hace el Tribunal Supremo, la cláusula que dice que es nula, a través del derecho interno. Al final el efecto disuasorio del derecho de consumo no está por ningún lado. Ahora el consumidor tendrá que pagar la mitad de unos gastos pese a que la causa es abusiva. No es muy lógico”.

García advierte la evolución de 180 grados del Tribunal Supremo que, en diciembre del 2015, señaló que los gastos hipotecarios debería pagarlos el banco en su totalidad. “Si se aplica el derecho comunitario y el tribunal dice que es abusiva, no puede tener efecto y hay que restituir lo que se ha pagado. Esperemos que alguna Audiencia Provincial plantee alguna cuestión prejudicial. La solución a la que llega el Tribunal Supremo es incorrecta. No podemos saltarnos el derecho comunitario que es ley en muchos países”, apunta.

Nuestro interlocutor, como tantos abogados, ha llevado muchos temas donde se reclama en la misma demanda los gastos hipotecarios y la comisión de apertura. “En ellas nos daban la razón, aunque la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Asturias iba

en esa línea, incluso la Cuarta llevo decir que la cláusula no era abusiva, por eso me estimaron el recurso con posterioridad”, señala. Sus asuntos, sobre los que ha decidido el Supremo, son de 2016. “Una con Liberbank, otra con Caja Rural y una tercera Banif. En todas ellas recurrimos nosotros. En la primera dijeron que la cláusula de gastos no era abusiva. Nos desestimaron y nos pusieron las costas. Aquí nos hablaban del pago a medias de los gastos. Y las otras recurrimos porque la Sección Sexta dijo que eran abusivas pero hizo el reparto de los gastos hipotecarios a medias que ahora ha hecho el Supremo. En esa línea creo que, en cuanto al Registro, también debería pagar el banco la cancelación y no ir a medias como ahora ha quedado”, manifiesta.

Respecto a la **comisión de apertura**, “esa es de un recurso que se interpuso en Canarias. No es nuestra. Pero no estamos de acuerdo. La comisión es algo accesorio. Préstamo e intereses es lo que paga el consumidor realmente. Las comisiones se regulan por una normativa sectorial que señala que debe ir relacionada con algún servicio bancario. Es una cláusula abusiva porque se establece porcentualmente y cada banco estipula la suya sin informar a clientes. García también se muestra sorprendido del giro del Tribunal Supremo en otros asuntos hipotecarios.

Es el caso de las novaciones o acuerdos entre banco y clientes o en la propia comisión de apertura con el cambio de criterio.

“Ahora, el consejo que le podemos dar a aquellos ciudadanos que tengan asuntos de este tipo es que esperen a ver como evolucionan los juzgados. Si hay sentencia firme, no hay problema. Lo problemático está en los temas que tenemos ya en vía judicial”. Y recuerda que en la Audiencia Provincial de Asturias ganó todos los recursos en materia de comisión de apertura. “Ahora veremos que planteamientos tiene”, concluye.

LOS CLIENTES NO ENTIENDEN LO QUE PASA

Eloy Sánchez es abogado de Ciudad Real. Su padre, que trabajó toda su vida en una entidad bancaria, le introdujo el derecho hipotecario en las venas. Reconoce que en estos seis años de jurisprudencia europea, el papel del Tribunal Supremo ha desconcertado bastante tanto a expertos, como él, como a consumidores. “Muchos clientes nos preguntan qué pasa y no entienden estos cambios de criterios. Pero no es nuestra culpa. Nosotros no podemos hacer nada ante estas derivas”, aclara. Del

fallo más reciente, la sentencia 23 de enero pasado, dice que se limita al 50% gastos de constitución de hipoteca, menos el registro. Este fallo, según él, contradice a la sentencia 705/2015 de 23 de diciembre del Tribunal Supremo, que declaró abusiva la cláusula en la que el BBVA impone al prestatario el pago de todos los gastos, tributos y comisiones derivados del préstamo hipotecario, y cuyo texto es el siguiente IAJD.

Respecto a la **comisión de apertura**, es válida, según el Tribunal Supremo, porque no es un servicio sino que forma parte del precio. “No está bien justificado. El precio de la hipoteca siempre ha sido el interés que pago más el principal. No se demuestra que dicha comisión forme parte de ello”, afirma **Sánchez**. En este contexto, ahora habrá que ver la reacción de Audiencias Provinciales. Muchas de ellas lo han visto abusiva.

En su twitter hace un resumen de las sentencias de la Sala Civil del Supremo hasta el momento y de los citados cambios de criterio.

En **materia de cláusulas suelo**. La **sentencia de 9 de mayo de 2013** declaraba la nulidad de las denominadas **cláusulas suelo** por falta de transparencia y fijaba doctrina al declarar que los usuarios solo podrán recuperar el dinero destinado a este concepto a partir del 9 de mayo de 2013. La propia sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 corroboró lo mismo.

Curiosamente tras las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 21 de diciembre de 2016, nuestro Supremo recoge cable y el 24 de febrero de 2017 entiende que los efectos de la nulidad no pueda ser limitada. “Hemos sufrido cuatro años de procedimientos donde los consumidores han sido perjudicado en favor de la banca”, opina Sánchez.

GASTOS HIPOTECARIOS, NOVACIONES, CLÁUSULAS MULTIDIVISAS E IRPH

Respecto a los **gastos hipotecarios**, se ha pasado de la nulidad total y devolver los gastos a los clientes. La sentencia de 23 de diciembre de 2015 del Supremo, a la citada sentencia de 20 de diciembre de 2018, del cobro de intereses de los gastos hipotecarios a esta última de 25 de enero de 2019, donde se reparten esos gastos de forma salomónica. “La cantidad a cobrar puede ser menos de la mitad ahora”, apunta.

Sobre las **novaciones**, ahora en cuestión prejudicial ante el TJUE, el Supremo dijo el 16 de octubre de 2017 que siendo de cláusulas nulas no eran válidas. Pero varios meses después, en otra sentencia

de 14 de abril de 2018, recordaba que si eran transacciones si eran válidas.

En cuanto a las **cláusulas multivisas**, hasta que el TJUE, en una sentencia de 20 de octubre de 2017, que las declara nula, no cambia de opinión. A partir de ese momento están el fallo del Supremo de 15 de noviembre de 2017 y el del 31 de octubre de 2018, que las declara nulas.

“La nulidad tiene que ver porque fueron concedidas sin que la entidad bancaria informará al solicitante sobre los riesgos financieros que este tipo de producto bancario”, apunta Sánchez.

Por último en el **IRPH**, ahora en cuestión prejudicial, la sentencia de nuestro Alto Tribunal de 14 de diciembre de 2017 dijo que valía. Lo señalaba como un índice oficial que no está sujeto a control de transparencia. Este fallo tuvo dos votos particulares. Otro a favor de los bancos. Sin embargo, muchos juzgados lo declaraban nulo y uno lo elevó a Europa. Un informe previo de la Comisión Europea señaló que esta sentencia del Supremo pudiera chocar con la legislación comunitaria.

Vencimiento anticipado: El TJUE dictó sentencia el 26 de enero de 2017 resolviendo una de las cuestiones prejudiciales planteadas por un tribunal sobre la declaración de **nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado** tal como viene dispuesta en la mayoría de las hipotecas. A raíz de esta sentencia, el Supremo mediante **auto de fecha 8 de febrero de 2017, elevó una cuestión prejudicial al TJUE** para que se pronuncie si la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado impide al juez nacional español continuar con el procedimiento hipotecario (sobreserlo) o no. Esto ha hecho que muchos procedimientos estén en suspenso en nuestro país.

Con anterioridad, el Supremo cambió su anterior jurisprudencia y declaró en las sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016 que la cláusula de vencimiento anticipado por impago o incumplimiento de cualquier obligación del deudo era abusiva. Ahora el vencimiento anticipado son tres cuotas impagadas.

COMISIÓN DE APERTURA CUESTIONADA

Por su parte **José María Erausquín**, de Res Abogados, firma de San Sebastián, cuenta que acaba de ganar un pleito sobre cláusula de apertura hace un par de días. “Sin embargo, el nuevo pronunciamiento del Supremo sobre este tema hará que lo pierda”,

confiesa. Desde su punto de vista no queda claro qué servicio da el banco por esa comisión de apertura. “Tras este fallo del Supremo esa comisión puede ser de la cantidad que quiera el banco porque ahora dice que no se puede cuestionar al ser parte del préstamo”, relata. En opinión de este abogado, “lo lógico es que hubiera una justificación de ese servicio y que supiéramos el tiempo que ha dedicado el banco a estudiar la viabilidad del préstamo. Sin embargo, es curioso porque la futura Ley de Crédito Inmobiliario señala que cualquier estudio de solvencia que se haga con el consumidor lo pagará el banco. Una nueva contradicción hipotecaria”. A su juicio **“el problema de la comisión de apertura es que corresponde a un servicio que nadie conoce. Las comisiones son legales todas pero tienen unos límites, Y los límites tienen que ver con que justifiquen un servicio y, al mismo, tiempo que su precio sea razonable. Necesitamos saber cuál es el servicio que nos ofrecen y como se tarifa dicho servicio para saber si me han cobrado bien o mal”**.

En este caso se suele decir que la comisión de apertura corresponde al estudio y solvencia de la operación del cliente. “Si eso fuera así, creo que tenemos derecho a saber cuánto tiempo ha dedicado el banco a esa operación. Y saber si realmente estamos pagando lo que se corresponde o se infla la remuneración del servicio ante nuestro desconocimiento. De momento los bancos no nos dicen nada de la comisión de apertura aunque sabemos que tienen programas informáticos que les resuelven la gestión en minutos”, avanza.

Al mismo tiempo, Erausquin manifiesta que “si la gestión no forma parte de la actividad del banco, y se cobra aparte ,me tiene que cobrar el IVA como lo hace el notario o registrador en sus aranceles o la propia gestoría. Es un servicio ajeno al banco que no forma parte de su actividad normal, me lo tiene que facturar con IVA”. **“Que la comisión de apertura es válida porque todo el mundo la conoce, no es argumento suficiente**. Habría que ir caso por caso para que nos explicaran porque cuenta lo que cuesta. Hay bancos que cobran el 0,25 y otros el 2%”, indica. **Erausquin es uno de los abogados que acudirá a Luxemburgo a la vista fijada el próximo 25 de febrero sobre la cuestión prejudicial sobre el IRPH. “Le pediremos a la Comisión Europea si declara la nulidad del IRPH que le impida al Tribunal Supremo crear otro índice parecido a este existente y que sume en euros lo mismo que aquel”**. En su opinión, está claro que con los cambios de criterios “el Tribunal Supremo está pendiente de que los bancos no devuelvan el dinero cobrado de más, tanto en cláusulas suelo, vencimiento anticipado, comisión de apertura etc.”.

ConfilLegal