

EL CONSUMIDOR Y EL CREDITO HIPOTECARIO.

Manuel Campoy Miñarro.

Fiscal. Fiscalía Provincial de Valencia.

Coordinador Sección Social, Contencioso Administrativo y Mercantil.

Curso “El Ministerio Fiscal y la protección de consumidores y usuarios”.

Madrid. 19 y 20 de febrero de 2.018.



Centro de
Estudios
Jurídicos

SUMARIO

1.- PREAMBULO.

2.- CONSUMIDORES. COMPETENCIA COMPARTIDA ENTRE UNION EUROPEA – ESTADOS MIEMBROS.

3.- CLAUSULAS DE REDONDEO.

4.- CLAUSULAS SUELO.

5. OTRAS CLAUSULAS ABUSIVAS.

6.- OTROS GASTOS ABUSIVOS A LA CANCELACION DEL PRESTAMO HIPOTECARIO.

7.- CESION DEL PRESTAMO HIPOTECARIO.

8.- SITUACIONES DE CRISIS SOCIAL Y PERSONAL CON CONSUMIDORES ESPECIALMENTE VULNERABLES.



RESUMEN

El uso indebido de los contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias para la adquisición de vivienda, cuyos prestatarios han sido personas físicas consumidores, plagados de cláusulas y gastos abusivos, ha generado y sigue generando numerosos problemas y conflictos jurídicos, económicos y sociales.

Los Juzgados y Tribunales han ido saneando a la mayoría de estos contratos de gran parte de esas cláusulas y gastos abusivos.

El Ministerio Fiscal ha tenido una intervención relevante en defensa de los consumidores y usuarios, en varios de los procesos judiciales que terminaron dictando las sentencias troncales sobre la materia (P.e. Clausulas suelo).

La intervención del Ministerio Fiscal no solo se proyecta sobre los procesos declarativos, sino también en los procesos ejecutivos, defendiendo el interés social cuando afectan a consumidores especialmente vulnerables.

Se expone la importancia de atender al derecho de la Unión Europea, así como la doctrina compartida del Tribunal de Justicia (UE) y del Tribunal Supremo Sala Civil, sobre las cuestiones de mayor relevancia en la materia: cláusulas de redondeo, cláusulas suelo, cláusulas de atribución de gastos (preparación, tributarios y arancelarios).

Se expone, asimismo, la existencia de otros gastos abusivos a la cancelación del préstamo hipotecario.

Se apunta al problema emergente y sorpresivo de la cesión de créditos hipotecarios.

Por último, se aborda la problemática social y personal, así como las medidas adoptables, en relación con las situaciones de crisis generadas en los procesos ejecutivos con prestatarios – consumidores especialmente vulnerables.

Y todo ello, desde la perspectiva de recordar en todo momento, que todos poderes públicos deben garantizar en sus actuaciones, el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, así como la defensa de los consumidores y usuarios en las actuaciones generadas para adquisición de la misma.

1.- PREAMBULO.

Quizás como preámbulo a todo lo que a continuación se expone, convenga tener siempre presente que el art. 47 de la Constitución Española, dispone como principio rector de la política social y económica, que debe informar la legislación positiva, practica judicial y la actuación de los poderes públicos (art. 53.3 CE), que:

“Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”.

En el mismo sentido, y con la misma naturaleza, el art. 51.1 CE, dispone que:

“Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

A la vista de ello, resulta necesario tener siempre presente que, todos poderes públicos deben garantizar en sus actuaciones, el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, así como la defensa de los consumidores y usuarios en las actuaciones generadas para adquisición de la misma.

2.- CONSUMIDORES. COMPETENCIA COMPARTIDA ENTRE UNION EUROPEA – ESTADOS MIEMBROS.

2.1.- Conforme al Principio de atribución (art. 5.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE), el art. 4.2. f) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), prevé la competencia compartida entre la Unión Europea (UE) y los Estados miembros, en el ámbito de la protección de los consumidores.

El art. 169.1 TFUE, prevé, asimismo, la promoción por parte de la UE, de un alto nivel de protección a los intereses de los consumidores, especialmente en los ámbitos de protección de la salud, la seguridad y aspectos económicos.

En el ámbito de protección de consumidores, al tratarse de una competencia compartida, no existen dos “sistemas jurídicos” - derecho interno y derecho de la Unión Europea -, sino un único y mismo sistema jurídico integrado; de modo que el derecho interno debe adaptarse y ser conforme al Derecho de la Unión Europea.

A la actividad de contratación de créditos y préstamos hipotecarios, resulta aplicable la transposición del derecho contenido en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores;

Art. 3.1. “Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas cuando, contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.

Art. 4. “1. Sin perjuicio del art. 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el

momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.

2. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.

Art. 5. “En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor”.

Art. 6. “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 éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.

2.2.- Principios del derecho de la Unión Europea.

El Tribunal de Justicia UE ha ido desarrollando los principios de relación entre el Derecho Unión Europea y Derecho interno de los Estados miembros.

. - Principio de Primacía del Derecho de la Unión.

“59. En efecto, según jurisprudencia asentada, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, que es una característica esencial del ordenamiento jurídico de la Unión (véanse los dictámenes 1/91, de 14 de diciembre de 1991, Rec. p. I-6079, apartado 21, y 1/09, de 8 de marzo de 2011, Rec. p. I-1137, apartado 65), la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado (véanse, en especial, las sentencias de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, Rec. p. 1125, apartado 3, y de 8 de septiembre de 2010, Winner Wetten, C-409/06, Rec. p. I-8015, apartado 61)”. P.e.: Sentencia Tribunal de Justicia (UE) Gran Sala, S 26-2-2013, nº C-399/2011.

. - Principios de Equivalencia y de Efectividad = DF. Tutela Judicial Efectiva.

“40. El Tribunal de Justicia ha declarado que los sistemas de que se trata deben responder al doble requisito de que no sean menos favorables que los que rigen situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el Derecho de la Unión (principio de efectividad) (véase, en este sentido, la sentencia Sánchez Morcillo y Abril García, C-169/14, EU:C:2014:2099, apartado 31 y jurisprudencia citada)”. P.e. Sentencia Tribunal de Justicia (UE) Sala 1ª, S 18-2-2016, nº C-49/2014.

. - Inferioridad objetiva del consumidor respecto de la empresa. Actuación de oficio del Juez nacional para establecer el equilibrio real.

“39. Para responder a esta cuestión, procede recordar de inmediato que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (sentencias de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C 240/98 a C 244/98, Rec. p. I 4941, apartado 25; de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, C 168/05, Rec. p. I 10421, apartado 25, y de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C 40/08, Rec. p. I 9579, apartado 29).

40. Habida cuenta de esta situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de la citada Directiva prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Como se desprende de la jurisprudencia, se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (sentencias Mostaza Claro, antes citada, apartado 36; Asturcom Telecomunicaciones, antes citada, apartado 30; de 9 de noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing, C 137/08, Rec. p. I-0000, apartado 47, y de 15 de marzo de 2012, Pereničová y Perenič, C 453/10, Rec. p. I-0000, apartado 28).

41. Con el fin de garantizar la protección a que aspira la Directiva 93/13, el Tribunal de Justicia ha subrayado ya en varias ocasiones que la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato (véanse las sentencias, antes citadas, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, apartado 27; Mostaza Claro, apartado 26; Asturcom Telecomunicaciones, apartado 31, y VB Pénzügyi Lízing, apartado 48).

42. Así, a la luz de estos principios, el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional (véanse, en este sentido, las sentencias Mostaza Claro, antes citada, apartado 38; de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C 243/08, Rec. p. I 4713, apartado 31; Asturcom Telecomunicaciones, antes citada, apartado 32, y VB Pénzügyi Lízing, antes citada, apartado 49).

43. Por consiguiente, el papel que el Derecho de la Unión atribuye al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (véase la sentencia Pannon GSM, antes citada, apartado 32". P.e. Sentencia Tribunal de Justicia (UE) Sala 1ª, S 14-6-2012, nº C-618/2010.

2.3.-Vulneración de la tutela judicial efectiva por indebida inaplicación del Derecho de la Unión Europea.

La Sentencia del Tribunal Constitucional. Pleno, 5-XI-2.015, nº. 232715, BOE 296/15, de 11-XI-15, rec. 1709/2013, tiene declarado que los jueces y tribunales deben resolver conforme al sistema de fuentes establecido; por lo que “*el desconocimiento y preterición*” de una “*norma del derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia*”, cuando no existe una “*duda clara, objetiva y terminante*”, sobre su contradicción con el derecho interno, “*puede suponer una selección irrazonable y arbitraria*” de la norma nacional aplicable al proceso, “*que puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva*” del art. 24 CE (FD 5º).

3.- CLAUSULAS DE REDONDEO.

3.1.- Concepto.

Se trata de condiciones generales de la contratación contenidas en los préstamos hipotecarios a tipo variable, predisponiendo a favor de la entidad de crédito, fórmulas de redondeo al alza de las fracciones de punto.

3.2.- La sentencia del Tribunal de Justicia (UE) Sala 1ª, S 3-6-2010, nº C-484/2008, ya tenía declarado que:

“1) Los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que autoriza un

control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible.

2) Los artículos 2 CE, 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE, apartado 1, no se oponen a una interpretación de los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva 93/13 según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible”.

3.3.- La sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, S 29-12-2010, nº 861/2010, rec. 1074/2007, confirmó la declaración de nulidad, por tener carácter de cláusula abusiva, de la condición general de la contratación contenida en los préstamos hipotecarios a tipo variable, que contienen fórmulas de redondeo al alza de las fracciones de punto; fundamentando entre otras que:

“La sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 2.010, núm. 663 EDJ 2010/251799, declaró abusivas para los consumidores las “fórmulas de redondeo al alza de las fracciones de punto”, con base en los artículo 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril EDL 1998/43305 y 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio EDL 1984/8937, al tratarse, como en el presente caso, de estipulaciones no negociadas individualmente, que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato; y por otro lado, de que resulta indiferente si se trata o no de fijación del precio porque la Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2.010 -C 484/08 - EDJ 2010/78261 ha resuelto, en interpretación del artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, que el mismo no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio o retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida”(FD.5º).

4.- CLAUSULAS SUELO.

4.1.- Concepto

Se trata de condiciones generales de la contratación contenidas en los préstamos hipotecarios a tipo variable, en las que, para limitar los efectos de eventuales oscilaciones del tipo interés, se preestablecen a favor de la entidad de crédito, limitaciones a la baja, que operan como topes mínimos de los intereses a pagar por el prestatario.

4.2.- Declaración de nulidad de las cláusulas suelo. STS n, 241/13, de 9 de mayo.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, n. 241/13, de 9 de mayo 2.013 (ROJ STS 1916/13), estimo parcialmente el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, formalizado por el Fiscal D. Antonio Ocaña Rodríguez (por entonces, Teniente Fiscal de la Fiscalía Provincial de Sevilla).

De sumo interés resulta la lectura del artículo publicado por el propio Antonio Ocaña Rodríguez, explicando la gestación del recurso de casación y el análisis de la sentencia estimatoria.¹

¹ Ocaña Rodríguez, Antonio. “Cláusulas suelo en las hipotecas: Recurso de la Fiscalía de Sevilla y Sentencia del TS de 9-5-13”. 1-10.2013. Revista La Toga. Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla. n. 188.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, n. 241/13, de 9 de mayo 2.013, expone en primer lugar lo que son las cláusulas suelo:

“21. Los préstamos concedidos por bancos y entidades financieras a consumidores, garantizados por hipoteca, son préstamos retribuidos en los que el prestatario, además de obligarse a devolver al prestamista el capital prestado, se obliga a pagar intereses fijos o variables. En el caso de intereses variables, el tipo de interés a pagar por el prestatario oscila a lo largo del tiempo y se fija, básicamente, mediante la adición de dos sumandos: a) el tipo o índice de referencia, que es un tipo de interés, oficial o no, que fluctúa en el tiempo (el más frecuente el EURIBOR a un año); y b) el diferencial o porcentaje fijo que se adiciona al tipo de referencia.

22. En consecuencia, de forma simplificada, la fórmula para determinar el interés a pagar por el prestatario es la siguiente: interés de referencia + diferencial = interés a pagar.

23. Para limitar los efectos de las eventuales oscilaciones del interés de referencia, pueden estipularse limitaciones al alza -las denominadas cláusulas techo- y a la baja -las llamadas cláusulas suelo-, que operan como tope máximo y mínimo de los intereses a pagar por el prestatario.

24. Con relación a estas últimas -únicas que son objeto de litigio-, las fórmulas utilizadas varían, pero conducen a idéntico resultado, de tal forma, que en unas ocasiones se fija directamente el tipo de interés mínimo y en otras, se fija el tipo mínimo del interés de referencia.

25. Cuando el índice de referencia o la suma del índice de referencia más el diferencial descienden por debajo del tope (suelo) fijado, estas cláusulas impiden que la bajada se traslade al prestatario”.

Tras varios razonamientos, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, n. 241/13, de 9 de mayo 2.013, fundamenta, entre otras:

“224. Lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo -recordemos que el BE indica que estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza”.

Pese a lo anterior, fundamenta a continuación:

“255. Antes de entrar en el examen del carácter abusivo de las cláusulas impugnadas, conviene rechazar la pretensión de las recurrentes a fin de evitar equívocos.

256. Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.

257. No es preciso que exista equilibrio "económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los tope señalados como suelo y techo -máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-.

258. Más aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo”.

Además, añadió, en cuanto a la eficacia de la declaración de nulidad de las “cláusulas suelo” que acuerda en la sentencia:

300. Sin embargo, tal proyección erga omnes exige tener en cuenta que la EM LEC, al tratar de la tutela de intereses jurídicos colectivos llevados al proceso, afirma que “[e]n cuanto a la eficacia subjetiva de las sentencias, la diversidad de casos de protección impone evitar una errónea norma generalizadora”, y en el caso enjuiciado, la demandante, pese a que interesó la declaración de nulidad indiscriminada de las cláusulas suelo de los préstamos a interés variable celebrados con consumidores, no interesó su eficacia ultra partes, lo que, unido al casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de la información, nos obliga a ceñirlos a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos”

La no declaración de nulidad de las condiciones generales de la contratación que contenían “cláusulas suelo”, y su consiguiente no extirpación del ordenamiento jurídico, ha conducido a la aplicación de un denominado “doble filtro de transparencia” (parágrafos 209 y ss.), que obliga a ir analizando caso por caso, en cada proceso individual, si el prestatario ha comprendido realmente a lo que se estaba obligando.

Dicha solución se aparta del principio general de desequilibrio objetivo del consumidor en la negociación e información con la empresa, para llegar a la necesidad de probar en cada supuesto la existencia de un desequilibrio subjetivo.

Ello ha supuesto, además, la necesidad de que cada consumidor deba accionar judicialmente, reclamando la nulidad de las “cláusulas suelo”, predispuestas en su contrato, así como la reclamación de las cantidades indebidamente pagadas, en caso de que la entidad de crédito no las elimine voluntariamente y restituya el importe indebidamente cobrado; con la consiguiente acumulación y colapso de demandas en los Juzgados y Tribunales.

Quizás habría bastado con haber estimado el recurso del Ministerio Fiscal en sus propios términos, que promovía, entre otras:

. - La consideración de las “cláusulas suelo” como condiciones generales de la contratación (tal y como se había estimado en las STS de 29-12-10 nº 861/120 (ROJ 148/11) y de 2-3-11 nº 75/11 (ROJ 1833/11), a propósito de la “cláusula de redondeo”, que claramente afectaba al “precio”).

. - La declaración de nulidad de las condiciones generales de la contratación que contenían “cláusulas suelo” por abusivas, con su consiguiente eliminación del ordenamiento jurídico, dado que al tiempo que se juzgaban, solo perjudicaban al consumidor y beneficiaban a la entidad de crédito (proporcionándole una ganancia injustificada más allá de una expectativa razonable), pues el interés remuneratorio “variable” del préstamo nunca puede bajar de un tope fijo; de modo que la realidad es que nunca paga menos el consumidor; y a modo de compensación se establecen unas “cláusulas techo” irreales.

En cualquier caso, dada la situación real existente, que conduce a analizar en cada caso si las “cláusulas suelo” son o no transparentes, habrá de estarse a la doctrina del Tribunal de Justicia (UE), sobre la interpretación de redacción de manera “clara y comprensible”

La sentencia del Tribunal de Justicia (UE) Sala Segunda, de 20 de septiembre de 2017. Asunto C- 186/16, declara que:

“El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible supone que, en el caso de los contratos de crédito, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes,debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto”.

4.3.- Retroactividad de la declaración de nulidad de las “cláusulas suelo”.

4.3.1.- Convulsión jurisprudencial.

La sentencia del Tribunal de Justicia (UE) Gran Sala, de 21-12-2016, nº C-154/2015, nº C-308/2015, nº C-307/2015, por la que resolvía las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Mercantil n. 1 de Granada y la Audiencia Provincial de Alicante, dinamitó y convulsiónó el sistema jurisprudencial interno, tras declarar que el art. 6.1 de la Directiva 93/13 CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1.993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo.

Como consecuencia de ello, la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª Pleno, de 24-2-2017, nº 123/2017, rec. 740/2014, modificó radicalmente su propia jurisprudencia iniciada partir de la sentencia n. 241/2013, de 9 de mayo, rec. 485/2012; y no parece que queden muchas dudas sobre el derecho de los consumidores a que se les reconozcan los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo de cláusulas suelo, sin la limitación temporal de 9 de mayo de 2.013, respecto de los nuevos procesos judiciales que se inicien o sobre los que, ya iniciados, no hubiere recaído sentencia firme.

Pero, ¿Qué ocurre con aquellos supuestos en los que se inició un proceso judicial y, por los motivos que fuere, recayó sentencia firme, limitando temporalmente a 9 de mayo de 2.013, los efectos restitutorios vinculados a la declaración abusiva de una cláusula suelo? ¿Y en los que ya había cosa juzgada con anterioridad a dicha fecha? ¿Se tiene derecho y se puede reclamar la restitución de las cantidades indebidamente pagadas con anterioridad a dicha fecha? ¿Lo impide la autoridad de cosa juzgada formal y material (art. 207 y 222 LEC)?

Nada aclaró sobre dichos extremos el RD Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo (BOE 18/2017, de 21 de enero de 2017).

Por su parte la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª Pleno, S 24-2-2017, nº 123/2017, rec. 740/2014, tan solo aclara que existe “cosa juzgada material”, en los supuestos de identidad subjetiva del predisponente (FD 3º.1), y de identidad objetiva, sobre cláusulas declaradas nulas idénticas, que no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos (FD3º.1).

4.3.2.- Tutela Judicial Efectiva. Principio de Efectividad y Cosa Juzgada.

Dichas cuestiones surgen con motivo de la aplicación del derecho de la UE, generado por la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, conforme a la interpretación del Tribunal de Justicia (UE).

La UE, conforme al “principio de atribución” (art. 5 del Tratado de la Unión Europea.), asumió la competencia compartida con los Estados miembros, en el ámbito de protección de los consumidores (art. 4.2 f Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea); promoviendo y garantizándoles un alto nivel de protección (art. 169 TFUE).

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, con valor jurídico de Tratado (art. 6.1 TUE), reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva a toda persona, cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados (art. 47), así como dispone que los Estados miembros apliquen las disposiciones de la Carta cuando apliquen el Derecho de la Unión (art. 51.1).

La sentencia del Tribunal de Justicia (UE) Sala 1ª, 17-7-2014, nº C-169/2014 ha declarado que:

“la obligación de los Estados miembros de garantizar la efectividad de los derechos, que la Directiva 93/13 confiere a los justiciables frente a la aplicación de cláusulas abusivas, implica una exigencia de tutela judicial, consagrada asimismo en el artículo 47 de la Carta, que el juez nacional debe observar” (35).

El Tribunal de Justicia (UE) ha dictado numerosas sentencias, sobre cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, relativas a la incidencia que, sobre la regulación nacional de la “cosa juzgada”, tiene del “principio de efectividad” (las regulaciones procesales internas no deben hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión).

El Tribunal de Justicia (UE) en reiteradas sentencias, como la STJ (UE) Sala 1ª, 18-2-2016, nº C-49/2014, ha declarado que:

“si bien el sistema de aplicación del principio de fuerza de cosa juzgada se rige por el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, en virtud del principio de autonomía procesal de éstos, este sistema debe en cualquier caso respetar los principios de equivalencia y efectividad” (48); así como que el “principio de efectividad”, “debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de éste ante las diversas instancias nacionales” (43), “tomando en consideración, en su caso, los principios sobre los que se basa el sistema judicial nacional, como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento” (44)

La propia STJ (UE) de 21-12-2016, n. C-154/2015, nº C-308/2015, nº C-307/2015, ha declarado que:

“el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13, ... De ello se deduce que el Tribunal Supremo podía declarar legítimamente, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, que esta última no

afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores con fuerza de cosa juzgada” (68).

A la vista de todo ello, se presentan dos escenarios diferentes, a los que resultaría aplicable la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia (UE): uno, relativo a los supuestos de cosa juzgada producidos con anterioridad a la STS de 9 de mayo de 2.013 y, otro, relativo a los de cosa juzgada producidos con posterioridad a la misma.

4.3.2.1.- Supuestos de cosa juzgada producida con anterioridad a la STS de 9 de mayo de 2.013.

La sentencia TJ (UE) Gran Sala, 6-10-2015, nº C-69/2014, ha declarado que:

“es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que, debido, en particular, al hecho de que una vulneración de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión por tal resolución no puede normalmente ser objeto de reconsideración, los particulares no pueden verse privados de la posibilidad de iniciar un procedimiento de responsabilidad patrimonial del Estado a fin de obtener por este medio una protección jurídica de sus derechos (véanse, en este sentido, las sentencias Kübler, C-224/01, EU:C:2003:513, n. 34, y Traghetti del Mediterráneo, C-173/03, EU:C:2006:391, n. 31”. (40)

El art. 32.7 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, reenvía las posibles reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, a los trámites y presupuestos previstos en el Título VI de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (arts. 292 y ss.).

4.3.2.2.- Supuestos de cosa juzgada producida con posterioridad a la STS de 9 de mayo de 2.013.

La sentencia del TJ (UE) Sala 2ª, 10-7-2014, nº C-213/2013, tras declarar que:

“el Derecho de la Unión no exige que, para tener en cuenta la interpretación de un precepto aplicable de ese Derecho adoptada por el Tribunal de Justicia con posterioridad a la resolución de un órgano jurisdiccional con fuerza de cosa juzgada, éste deba, por regla general, reconsiderar dicha resolución” (60), ha precisado que “ en la medida en que las normas procesales nacionales aplicables lo autoricen, un tribunal nacional ..., que se haya pronunciado en última instancia sin que el Tribunal de Justicia haya conocido previamente del asunto con carácter prejudicial, con arreglo al artículo 267 TFUE, debe o bien completar la cosa juzgada mediante su resolución anterior que dio lugar a una situación opuesta a la normativa de la Unión....., o bien reconsiderar esa resolución, con objeto de tener en cuenta la interpretación de esa normativa efectuada posteriormente por el Tribunal de Justicia” (64).

Una vía procesal simple y rápida, prevista en el derecho interno, que permitiría, en su caso plantearse si procede “completar” o “reconsiderar” las resoluciones con autoridad de cosa juzgada, dictadas con posterioridad a la STS de 9 de mayo de 2.013, podría ser el “Incidente Excepcional de Nulidad de Actuaciones” (art. 228 LEC), por posible vulneración de derechos fundamentales del art. 24 CE

5. OTRAS CLAUSULAS ABUSIVAS.

5.1.- La sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, S n. 705/15, de 23 de diciembre 2.015 (ROJ STS 5618/15), declaró la nulidad de otras condiciones generales de la contratación, que contenían cláusulas abusivas, predisuestas en contratos de préstamo con garantía hipotecaria, que fueron objeto de enjuiciamiento.

En el proceso intervino el Ministerio Fiscal, interesando la declaración de nulidad, recurriendo en apelación e impugnando el recurso de casación.

5.1.1- Vencimiento anticipado (F.D. 5º.5).

“Sobre estas bases, la cláusula controvertida no supera tales estándares, pues aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - art. 693.3, párrafo 2, LEC , en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio). Y, en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves”.

5.1.2.- Totalidad de los gastos tributarios del préstamo hipotecario al prestatario – consumidor (F.D. 5º. 7).

“En lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, nuevamente no se hace distinción alguna. El art. 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: en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el art. 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Pero el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

De tal manera que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho.

Ya dijimos en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre, si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, que la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión, era una cláusula abusiva, por limitar los derechos que sobre distribución de la carga tributaria estaban previstos en la legislación fiscal, por lo que la condición general que contuviese dicha previsión debía ser reputada nula”.

5.1.3.- Totalidad de los gastos de documentación y tramitación al prestatario – consumidor (F.D. 5º. 7).

Cláusulas que atribuyen al prestatario – consumidor el pago de la totalidad de los gastos de documentación y tramitación, que por su naturaleza corresponden a la entidad prestamista, tras considerar que así lo dispone el art. 88.3 TRLGCU, al calificar “*como abusivas, en todo caso...La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, --, 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*”

5.1.4.- Totalidad de los gastos arancelarios, notariales y registrales, al prestatario consumidor (F.D. 5º. 7).

“Baste recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU).

La totalidad de los gastos arancelarios por actuaciones notariales y registrales; por considerar que “quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (art. 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 Cc y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC)”.

5.1.5.- Totalidad de los gastos procesales en caso de incumplimiento al prestatario – consumidor(F.D. 5º. 7).

“En cuanto a los gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, y los derechos de procurador y honorarios de abogado contratados por la entidad prestamista, hemos de advertir en primer lugar que los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en los arts. 394 y 398 LEC, para los procesos declarativos, y en los arts. 559 y 561 de la misma Ley, para los procesos de ejecución. Tales normas se fundan básicamente en el principio del vencimiento, y en el caso concreto de la ejecución, las costas se impondrán al ejecutado cuando continúe adelante el despacho de ejecución; pero también podrán imponerse al ejecutante cuando se aprecie algún defecto procesal no subsanable o que no se haya subsanado en el plazo concedido al efecto (art. 559.2 LEC), o cuando se estime algún motivo de oposición respecto del fondo (art. 561.2 LEC); y cuando la estimación sea parcial, cada parte deberá hacer frente a las costas devengadas a su instancia.

Por consiguiente, la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales no solo infringe normas procesales de orden público, lo que comportaría sin más su nulidad ex art. 86 TRLCU y art. 8 LCGC, sino que introduce un evidente desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaer a todo trance las consecuencias de un proceso sobre una de ellas, sin tener en cuenta ni la procedencia legal de la reclamación o de la oposición a la reclamación, ni las facultades de moderación que la ley reconoce al Tribunal cuando aprecie serias dudas de hecho o de derecho.

Respecto a la imputación al cliente de los honorarios de abogado y aranceles de procurador de los que se haya servido el prestamista, incluso cuando su intervención no sea preceptiva, la estipulación contraviene de plano el art. 32.5 LEC, que excluye tales gastos de la eventual condena en costas, salvo que el tribunal aprecie temeridad o que el domicilio de la parte representada o defendida en juicio esté en un lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio. Por lo que, además de la falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes y la dificultad para el consumidor de valorar las consecuencias por desconocer en el momento de la firma del contrato el cúmulo de actuaciones en las que eventualmente podría valerse la entidad contratante de tales profesionales sin ser preceptivo (actos de conciliación, procedimiento monitorio, juicio verbal en reclamación de cantidad inferior a la establecida legalmente...), lo que de por sí sería suficiente para considerar la cláusula como abusiva, resulta correcta la declaración de nulidad de la misma, conforme a los arts. 86 TRLCU y 8 LCGC”.

5.1.6.- Intereses moratorios (F.D. 5º.3).

La STS n. 705/15, tras diferenciar entre intereses remuneratorios e indemnizatorios, se remite a la STS 265/2015, de 22 de abril de 2015 (ROJ STS 1723/2015), para préstamos personales que considera abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo Personal, conforme al art. 576 LEC (F.D. 4º).

5.2.- Recurso de casación por interés casacional interpuesto por el Ministerio Fiscal, en relación con el pago de los gastos tributarios derivados de cláusulas declaradas nulas por abusivas.

Por la Fiscalía Provincial de Valencia, en coordinación con la Fiscalía de Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, se interpuso recurso de casación en interés de ley, de fecha 7 de diciembre de 2.017, contra la sentencia de la Audiencia Provincial Sec. 9ª, en el rollo recurso de apelación n. 918/17, que atribuía la totalidad de los gastos tributarios al prestatario consumidor, tras la declaración de nulidad de la cláusula que los imponía por abusiva.

Se fundamentaba, entre otras, y básicamente en:

.- “La decisión adoptada por la sentencia recurrida, consistente en desestimar la acción de restitución de las cantidades indebidamente abonadas por los prestatarios – consumidores, derivadas de los tributos devengados por la celebración de contratos privados de préstamos con garantía hipotecaria con entidades bancarias, por concluir que *“resulta fijado que el sujeto pasivo es el prestatario”*, tiene como efecto final considerar que los únicos responsables de su pago son los prestatarios - consumidores, así como que la entidad prestamista queda al margen de los mismos, pese a que fueron predispuestos por la misma a los prestatarios, mediante una cláusula de atribución de gastos declarada judicialmente nula por abusiva.

Ello supone vulnerar la doctrina establecida por la Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo, nº: 705/2015, de 23 de diciembre de 2.015 (Fundamento de Derecho Quinto - Motivo Séptimo. Decisión de la Sala. Punto 3), que establece claramente que: *“...la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante...”*”.

. - El Tribunal de Justicia (UE) Gran Sala, en sentencia de 21 de diciembre de 2016, nº C-307/2015, nº C-308/2015, nº C-154/2015, fundamenta que:

“56. Dada la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, y tal como se desprende del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con su vigesimocuarto considerando, esta Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores» (sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 78).

57. Para lograr tal fin, incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultado para modificar el contenido de la misma (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65).

....

61. De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.

62. De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes.

63. Efectivamente, la exclusión de tal efecto restitutorio podría poner en cuestión el efecto disuasorio que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 7, apartado 1, de esa misma Directiva, pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores”.

Dado que la regulación de la cuestión objeto del presente proceso (nulidad de cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores y consecuencias de dicha declaración), constituye una materia compartida y regulada por la Unión Europea y los Estados miembros, de conformidad con el art. 4 bis 1 LOPJ, resulta aplicable por los Jueces y Tribunales españoles, el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

.- El objeto del proceso civil, que corresponde resolver a los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil, no consiste en determinar el sujeto pasivo de cada tributo que se pueda devengar, sino en decidir, en el seno de una relación jurídica privada (entre consumidores - prestatarios y entidad bancaria – prestamista, surgida por la celebración de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria), sobre las consecuencias jurídicas entre ambas partes, derivadas de la previa declaración judicial de nulidad por abusiva, de una cláusula predispuesta por la empresa prestamista (entidad bancaria), consistente en atribuir al prestatario, de forma conjunta, indiferenciada y sin distinción alguna, el pago de la totalidad de gastos tributarios generados por dicha operación mercantil, contraviniendo normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo.

La determinación definitiva del posible sujeto pasivo de cada tributo se produce en el seno de relaciones jurídicas públicas – administrativas – tributarias (art. 17 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria - LGT), entre la Administración Pública Tributaria competente (art. 5 LGT) y los posibles obligados tributarios a título de contribuyentes o sustitutos de los contribuyentes (arts. 35.1. 2 a y b, 36.1 LGT), con motivo del ejercicio de la potestad tributaria en la aplicación de los tributos (arts. 4 y 5 LGT) y el cumplimiento de las obligaciones tributarias principales consistentes en el pago de la cuota tributaria (art. 19 LGT); siendo impugnables, en su caso, los posibles actos de la referida Administración Pública Tributaria, en vía administrativa y ante los juzgados y tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (art. 6 LGT).

El objeto de los procesos contencioso administrativos que se plantean ante los juzgados y tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, tienen un objeto diferente al que se plantea ante los juzgados y tribunales de la jurisdicción civil, dado que el aquéllos versa sobre el control de legalidad de los actos de las Administraciones Públicas Tributarias competentes, en el seno de las relaciones jurídico – públicas – administrativas (entre Administración Tributaria y obligados tributarios), surgidas con motivo del ejercicio de potestades tributarias, aplicación de los tributos y exigencia de cumplimiento de obligaciones tributarias (arts. 9.4 LOPJ y 1.1 LJCA).

En cualquier caso, no consta que en las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, citadas por las Audiencias Provinciales que resuelven desfavorablemente a la restitución, se haya resuelto definitivamente, sobre la impugnación formulada por consumidor - prestatario, contra actos de la Administración Pública Tributaria, exigiéndole el pago de tributos devengados por la celebración de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con una entidad bancaria, cuya cláusula de atribución de gastos tributarios haya sido declarada judicialmente nula por abusiva.

.- Denegar a los consumidores – prestatarios, la restitución del importe de los gastos tributarios que tuvieron que pagar por imposición de una cláusula predispuesta por la entidad bancaria, pese a que la misma ha sido declarada judicialmente nula por abusiva, crea una situación jurídica real que les perjudica, pues han sido los destinatarios de un acto ilícito impuesto por parte de la entidad prestamista, han demandado a la misma con el consiguiente esfuerzo que ello conlleva, incertidumbre, tiempos de espera y gastos procesales derivados; así como, finalmente, han obtenido una declaración judicial de nulidad, sin efecto económico alguno a favor de los mismos y sin responsabilidad económica para la entidad causante de la actuación ilícita.

Eximir a la entidad bancaria prestamista y predisponente, de la obligación de restituir a los prestatarios – consumidores, el importe de los gastos tributarios que fueron pagados por los mismos, como consecuencia de haberles predispuesto una cláusula declarada judicialmente nula por abusiva, y siendo dicha entidad la responsable de la situación ilícita creada, produce, cuando menos, un resultado contrario al efecto disuasorio establecido en art. 6. 1 en relación con el art. 7.1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; y doctrina sobre la misma, establecida, entre otras, por la sentencia del Tribunal de Justicia (UE) Gran Sala, en sentencia de 21 de diciembre de 2016, nº C-307/2015, nº C-308/2015, nº C-154/2015. n. 63)

. - Se considera que, conforme a los principios normativos del derecho de la Unión Europea y del derecho interno, de garantizar por todos los poderes públicos un elevado nivel de protección a los intereses de los consumidores y usuarios, de no vinculación y efecto disuasorio de cláusulas nulas, así como a la doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo establecida por la sentencia del Pleno nº: 705/2015, de 23 de diciembre de 2.015. (Fundamento de Derecho Quinto - Motivo Séptimo. Decisión de la Sala. Punto 3), corresponde a la entidad bancaria prestamista y predisponente, restituir a los prestatarios – consumidores, el importe de los gastos tributarios devengados por la celebración de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, que fueron pagados por los mismos, por aplicación de una cláusula predispuesta y declarada judicialmente nula por abusiva, consistente en atribuir a los prestatarios, de forma conjunta, indiferenciada y sin distinción alguna, el pago de la totalidad de gastos tributarios generados por dicha operación mercantil, contraviniendo normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo.

. - Finalmente, se interesaba que se fije como doctrina: *“Cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia del Pleno nº: 705/2015, de 23 de diciembre de 2.015 (F.D. Quinto - Motivo Séptimo. Decisión de la Sala. Punto 3), se haya declarado o declare abusiva y, por ende, nula la cláusula de atribución de gastos tributarios al prestatario, predispuesta en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado con consumidores, corresponde a la entidad prestamista y predisponente, restituir a los prestatarios – consumidores, en el importe de los gastos tributarios pagados por los mismos, como consecuencia de la aplicación de la cláusula declarada nula”*.

6.- OTROS GASTOS ABUSIVOS A LA CANCELACION DEL PRESTAMO HIPOTECARIO.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a través de las importantes sentencias, *STS, Sala Civil, n. 241/13, de 9 de mayo 2.013 (ROJ STS 1916/13)*, *ST, Sala Civil, S n. 705/15, de 23 de diciembre 2.015 (ROJ STS 5618/15)*, *STJUE, Gran Sala, de 21 de diciembre de 2.016, nº C-307/2015, nº C-308/2015, nº C-154/2015*, establecieron las bases para sanear los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, celebrados con consumidores, de la mayoría de prácticas y gastos abusivos que les afectaban, tanto en el momento de su celebración como de su cumplimiento.

¿Pero y a su finalización? ¿La cancelación del préstamo hipotecario le puede también generar al prestatario – consumidor, gastos abusivos, injustificadamente excesivos y/o, indebidos?

6.1- Comisiones bancarias por actividades preparatorias.

Con motivo de la cancelación registral del préstamo hipotecario, algunas entidades bancarias, exigen el pago de una “comisión”, por actividades preparatorias y de gestión, relativas, entre otras, a: emisión de “certificado cancelación económica de deuda”, desplazamiento de apoderados de la entidad a la notaría, recopilación de documentación y antecedentes...

Se trata del cobro de comisiones que no responden a la prestación de un verdadero servicio al prestatario.

El Banco de España considera la improcedencia de su cobro (Memoria de Reclamaciones 2016, apartado n. 3 “Criterios del Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones - DCMR. Pags. 98 y 99).:

“Según el art. 82 del texto refundido de la Ley Hipotecaria, y de acuerdo con los criterios de buenas prácticas bancarias, el DCMR considera que las entidades no están legitimadas para el cobro de importe alguno por la simple emisión de un certificado de cancelación económica de la deuda ni, alternativamente, por su comparecencia en notaría si la declaración de cancelación de aquella se incorpora en escritura pública

Así, la comisión remunera la preparación de la documentación necesaria, a petición del cliente, para que sea la entidad la que realice las gestiones y tramitaciones precisas para la cancelación registral de la hipoteca. Es por ello por lo que el DCMR exige que se acredite que se ha prestado un verdadero servicio al cliente, supuesto ante el que estaríamos si la entidad hiciera las veces de gestoría, sustituyendo a esta en la tramitación completa de la operación, sin que quepa incluir en este supuesto:

. - La entrega al cliente de la documentación justificativa de la extinción de la obligación contractual frente a la entidad (la emisión de un certificado de deuda cero).

. - El simple desplazamiento del apoderado de la entidad a la notaría que a esos efectos indique el cliente, ya que, en estos supuestos, la actividad desarrollada no es otra cosa que el consentimiento otorgado por el acreedor hipotecario (exigido por el artículo 82 de la Ley Hipotecaria) para la cancelación de una inscripción hecha a su favor en virtud de escritura pública.

. - La recopilación de la documentación y antecedentes referidos al préstamo cancelado, junto con la minuta de la escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca”.

6.2.- Aranceles notariales y registrales.

El mayor o menor importe de las cantidades que puede verse obligado a pagar el prestatario – consumidor, correspondientes a derechos devengados por notarios y registradores, con motivo del otorgamiento e inscripción de la escritura de cancelación del préstamo hipotecario, dependerá de las bases y números de arancel aplicados; conforme a los Reales Decretos 1426/1989 y 1427/1989, de 17 de noviembre, por los que se aprueban los respectivos aranceles de Notarios y Registradores.

.- La sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de 6 de octubre de 2.012 (ROJ STS 6557/2012), confirmó la legalidad de las reducciones arancelarias, que efectuó el RD 1612/2011, de 14 de noviembre, por el que se modificaron los RD 1426/89 y 1427/89, de 17 de noviembre, reguladores de los aranceles de los notarios y los registradores, por el otorgamiento de escrituras e inscripciones sobre cancelación de préstamos hipotecarios, con independencia del capital pendiente de amortizar y de que la operación se integre o no en un proceso de subrogación o novación hipotecaria.

Con motivo de las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que confirmaron la legalidad de las reducciones arancelarias, efectuadas por el RD 1612/2011, de 14 de noviembre, el Fiscal D. José María Paz Rubio (Fiscal de Sala Jefe de lo Civil del Tribunal Supremo), incoó Diligencias Preprocesales, a raíz de la denuncia presentada por la Organización de Consumidores y Usuarios, y requirió a la Dirección General de los Registros y del Notariado, para que por parte de notarios y registradores, se procediera a devolver a los

consumidores, las cantidades indebidamente cobradas con motivo de la cancelación del préstamo hipotecario; que ascendían a unas cantidades totales próximas a los 400 millones de euros.

. - El RD 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se Aprueba el Arancel de los Notarios, incluye en el Arancel n. 1 (“*Documentos sin cuantía*”), las escrituras de cancelación de préstamo hipotecario; precisando que:

“Por las escrituras de cancelación de crédito o préstamo hipotecario, y con independencia del capital pendiente de amortizar y de que la operación se integre en un proceso de subrogación o novación hipotecaria, se percibirá 30,050605 euros, sin que se devengue cantidad alguna a partir del quinto folio de matriz y de copia, sea copia autorizada o copia simple” (Anexo I. Regla 1ª.f.)

Las sentencias del TSJ Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 1ª, de 21-6-2013, nº 1056/2013, rec. 908/2013 (ROJ: STSJ M 7200/2013), y de la Sec. 7ª, de 20-11-2015, nº 772/2015, rec. 272/2014 (ROJ: STSJ M 14880/2015), entre otras, confirman que debe aplicarse el Arancel n. 1 (“*Documentos sin cuantía*”), a las escrituras de cancelación de préstamos hipotecarios; sin que coexistan regímenes arancelarios distintos, según que se haya amortizado o no la totalidad del capital, así como que se integre o no en un proceso de subrogación o novación hipotecaria.

. - El RD 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se Aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, incluye en el Arancel n. 2 (“*Inscripciones*”), la inscripción registral de la cancelación de hipoteca, precisando que:

“El arancel aplicable a la inscripción de escrituras de subrogación, novación modificativa y cancelación de créditos o préstamos hipotecarios será el contemplado en este apartado, tomando como base el capital pendiente de amortizar reducido en un 90 por 100 y con independencia de que la operación se integre o no en un proceso de subrogación o novación hipotecaria....

En todos los supuestos de este número se aplicará una rebaja del 5 por 100 del importe del arancel a percibir por el registrador de la propiedad, ...” (Anexo I, n. 2 g).

La sentencia del TSJ de Andalucía Sala de lo Contencioso Administrativo, con sede en Málaga, Sc. 2ª, de 16-3-2015, n. 622/2015(ROJ STSJ AND 7445/2015), entre otras, confirma que debe aplicarse el Arancel n. 2. 1. g), a la inscripción registral de escrituras de cancelación hipotecaria; sin que coexistan regímenes arancelarios distintos, según que la operación se integre o no en un proceso de subrogación o novación hipotecaria, así como que exista o no capital pendiente.

Confirma, asimismo que en caso de cancelación de préstamo hipotecario cuyo capital pendiente sea cero, resulta aplicable el Arancel n. 2. 1. a), por el que se establece que “...se percibirán las cantidades...:Si el valor de la finca o derecho no excede de 6.010,12 euros, 24,040484 euros”; sobre el que se debe aplicar la reducción del 90%, resultando un importe de 2,40 euros (F.D. 6).

. - Las sentencias del TSJ Comunidad Valenciana Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sc. 5ª, de 4-4-2017, nº 340/2017, rec. 988/2014 (ROJ: STSJ CV 3108:2017) y la TSJ Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sc 7ª, de 28-3-2017, n. 168/2017, rec. 291/2015 (ROJ: STSJ M 3832/2017), entre otras, estiman que, a las cancelaciones

hipotecarias ajenas a operaciones de saneamiento y reestructuración de entidades financieras, no les resultan aplicables los más elevados aranceles notariales y registrales, establecidos por la Disposición Adicional Segunda de la Ley 8/2012, de 30 de octubre, sobre Saneamiento y Venta de los Activos Inmobiliarios del Sector Financiero.

6.3.- Impuesto por Actos Jurídicos Documentados.

El art. 45 B. 18 del RDLeg 1/1993, de 24 de septiembre, TR de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, de momento, declara exentas:

“Las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase, en cuanto al gravamen gradual de la modalidad «Actos Jurídicos Documentados» que grava los documentos notariales”.

7.- CESION DEL PRESTAMO HIPOTECARIO.

Por determinadas entidades de crédito se ha procedido a ceder en bloque créditos hipotecarios con prestatarios- consumidores a otras sociedades, entidades o fondos.

. -El art. 149 de la Ley Hipotecaria (LH), dispone que:

“El crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el art. 1526 del Código Civil. La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad.

El deudor no quedará obligado por dicho contrato a más que lo estuviere por el suyo.

El cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente”.

Añadiendo el art. 151 LH, que:

“Si en los casos en que deba hacerse, se omite dar conocimiento al deudor de la cesión del crédito hipotecario, será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta”.

. - El art. 1.535 del Código Civil, dispone que:

“Vendiéndose un crédito litigioso, el deudor tendrá derecho a extinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que éste fue satisfecho.

Se tendrá por litigioso un crédito desde que se conteste a la demanda relativa al mismo.

El deudor podrá usar de su derecho dentro de nueve días, contados desde que el cesionario le reclame el pago”.

. - La sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, 1-4-2015, nº 165/2015, rec. 1748/2013 (ROJ: STS 1420:2015), en un asunto referido a cesión de créditos litigiosos en bloque, aunque concertados con prestatarios consumidores, ha resuelto que:

“.. no cabe proyectar la figura del retracto de crédito litigioso cuando éste ha sido transmitido conjuntamente con otros, en bloque, por sucesión universal, no de forma individualizada, de acuerdo con la doctrina sentada por esta Sala y que, ahora, confirmamos”.

. - Por su parte el Auto del Tribunal de Justicia (UE) Sala 5ª, de 5 de julio de 2016, asunto C- 7/16, sobre una Cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia n. 11 de Vigo, declaró:

“La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, debe interpretarse en el sentido de que no es aplicable a una normativa nacional, como la que es objeto del litigio principal, relativa al derecho del deudor de un crédito cedido por el acreedor a un tercero a extinguir su deuda reembolsando a éste el precio que haya pagado por esa cesión”.

8.- SITUACIONES DE CRISIS SOCIAL Y PERSONAL CON CONSUMIDORES ESPECIALMENTE VULNERABLES.

8.1.- Actuación y personación del Ministerio Fiscal en procesos con consumidores especialmente vulnerables.

Tal y como razona el Fiscal D. Fernando Santos Urbaneja (Fiscal de la Fiscalía Provincial de Córdoba):

“la condición de “consumidor” lleva aparejada una nota de vulnerabilidad a la que nadie escapa.

Desde el año 2002 y de modo progresivo, la protección de los consumidores se ha incorporado a las funciones protectoras del Ministerio Fiscal como muestra las sucesivas reformas de los arts. 11, 15.1, 519 y 11.5 LEC.

A raíz de la crisis económica surgió un nuevo grupo vulnerable, la de los consumidores que suscribieron préstamos con garantía hipotecaria que no pudieron atender los pagos y han perdido o han estado en trance de perder sus viviendas, colocándoles en el umbral de la exclusión social o directamente inmersos en ella.

La justificación de la intervención del Fiscal será aún mayor cuando se vean afectadas personas especialmente vulnerables por razón de edad (mayores, menores), discapacidad o trastorno mental.

*La personación e intervención se realizaría en base a lo dispuesto en los arts. 48 a 51, 53.3 y 124.1 CE y 13 LEC”.*²

De hecho, siguiendo la estela de la Fiscalía Provincial de Córdoba, así se ha venido haciendo por el Ministerio Fiscal, personándose en procesos judiciales de ejecución hipotecaria, ante la situación el interés social existente cuando se encuentran implicados consumidores especialmente vulnerables (P.e.: Auto de 6 de septiembre de 2.016, del Juzgado de Primera Instancia n. 2 de Córdoba, Procedimiento Ejecución Hipotecaria n. 332/2016).

² Santos Urbaneja, Fernando. “Sobre legitimación Procesal del Ministerio Fiscal en defensa de los consumidores”. Blog de Fernando Santos Urbaneja. 28 de mayo 2.016. Entrada n. 88.

En relación a la posible intervención del Ministerio Fiscal en procesos ejecutivos hipotecarios, amparándose en la legitimación para ejercitar la acción individual (art. 11.5 y 13 LEC), el Fiscal D. Carlos – Eloy Ferreirós Marcos (Fiscal de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado), razona, entre otras, que:

“2.3.2. Centrada nuestra intervención en el derecho a la tutela judicial efectiva ante situaciones de indefensión, el siguiente problema consiste en concretar las características que debe revestir la persona afectada. De nuevo, la normativa nos facilita dos criterios para su determinación. El primero de carácter subjetivo (la integración en un grupo de personas especialmente vulnerable); el segundo de carácter objetivo (la afectación a «bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado»).”³

8.2.- Medidas que se pueden promover por el Ministerio Fiscal en los procesos judiciales ejecutivos con consumidores especialmente vulnerables.

8.2.1.- La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, dispone la suspensión de los lanzamientos en procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria, sobre viviendas habituales de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad, cuando se hubieren adjudicado las mismas al acreedor o a persona que actúe por su cuenta (art. 1)

8.2.2.- El Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, establece medidas ante la dramática realidad en la que se encuentran y se han encontrado inmersas muchas familias que, como consecuencia de su situación de desempleo o de ausencia de actividad económica, prolongada en el tiempo, han dejado de poder atender el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de los préstamos o créditos hipotecarios concertados para la adquisición de su vivienda.

Establece medidas de reestructuración de la deuda hipotecaria y de flexibilización de los procedimientos de ejecución hipotecaria, destinadas a deudores hipotecarios, sus fiadores y avalistas, respecto de su vivienda habitual, que se encuentren situados en el umbral de exclusión, padeciendo extraordinarias dificultades para atender su pago (arts. 2 y 3).

Se prevé la moderación de los intereses moratorios, por el impago de los contratos de crédito o préstamos garantizados con hipoteca inmobiliaria, en los que el deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión, hasta un máximo, equivalente a la suma de los intereses remuneratorios pactados en el préstamo más un 2% del capital pendiente del préstamo (art. 4).

Se regula un Código de Buenas Prácticas, de adhesión voluntaria por parte de las entidades de crédito o de cualquier otra entidad que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios (art. 5 y Anexo).

Se prevén diferentes tipos de medidas sobre las ejecuciones hipotecarias:

. - Medidas previas a la ejecución hipotecaria. Reestructuración.

³ Ferreirós Marcos, Carlos Eloy. “El papel del Ministerio Fiscal en la protección jurídica de los consumidores y usuarios”. Revista del Ministerio Fiscal n. 4 /2.017. Pags. 17, 18.

- . - Medidas complementarias. Quita.
- . - Medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria. Dación en pago de la vivienda habitual.
- . - Medidas finales. Alquiler

La Resolución de 5 de septiembre de 2017, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, acuerda la publicación de la lista de entidades que han comunicado su adhesión al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre vivienda habitual (BOE n. 225, de 18 de septiembre de 2017).

8.3.- Medidas complementarias y externas a los procesos judiciales ejecutivos con consumidores especialmente vulnerables.

8.3.1.- La Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, regula los mecanismos de resolución extrajudicial interna y externa de las entidades de crédito, respecto de las reclamaciones y quejas de los usuarios de servicios financieros:

8.3.1.1. - Mecanismos Internos (art. 29):

- . - Obligatorio. Departamento de atención al cliente: se prevé la obligación de las entidades de crédito, de disponer un departamento o servicio de atención al cliente, para atender y resolver las quejas y reclamaciones que pueden presentar los usuarios de servicios financieros; debiendo dar respuesta motivada y por escrito.

- . - Potestativo. Defensor del Cliente: se prevé que las entidades de crédito puedan designar un Defensor del Cliente (entidad o experto independiente de reconocido prestigio), para la atención y resolución de reclamaciones, así como para promover el cumplimiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela y de las buenas prácticas y usos financieros; cuyas resoluciones favorables a los reclamantes producen efecto vinculante para la entidad; sin que ello impida a los clientes de acudir a la vía judicial, administrativa u otros mecanismos de resolución de conflictos.

Sus respuestas deben ser motivadas y por escrito.

8.3.1.2.- Mecanismo externo (art. 30). Servicio de reclamaciones del Banco de España.

Se trata de un servicio creado en el seno de dicha entidad pública, con la función de atender las quejas, reclamaciones y consultas, que presenten los usuarios de servicios financieros, relacionadas con sus intereses y derechos, y que deriven de presuntos incumplimientos por las entidades reclamadas, de la normativa de transparencia y protección de la clientela o de las buenas prácticas y usos financieros.

Su organización y funcionamiento debe ajustarse a los principios de independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad y representación.

La reclamación ante el Servicio de reclamaciones tan solo procede tras haber formulado previamente la misma, por escrito, dirigido al departamento o servicio de atención al cliente o, en su caso, al Defensor del Cliente de la entidad contra la que se reclame; así como haber transcurrido el plazo de dos meses desde la fecha de presentación de la reclamación, sin que haya sido resuelta o que ha sido denegada la admisión de la reclamación o desestimada su petición.

8.3.2.- Servicios de reclamaciones bancarias como entidades de resolución alternativa en el ámbito de la actividad financiera.

La D.A. 1ª de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, dispone que, para la resolución, con carácter vinculante o no, de litigios de consumo en el sector financiero, será creada por ley, y comunicada a la Comisión Europea, tras su acreditación por la autoridad competente, una única entidad, con competencias en dicho ámbito.

Transitoriamente y hasta que entre en vigor la futura ley, el servicio de reclamaciones del Banco de España, será el encargado de atender las quejas y reclamaciones que presenten los usuarios de servicios financieros, que estén relacionadas con sus intereses y derechos legalmente reconocidos, y que deriven de presuntos incumplimientos por las entidades reclamadas, de la normativa de transparencia y protección de la clientela o de las buenas prácticas y usos financieros (art. 30 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero).

Se prevé que los servicios de reclamación referidos deban acomodar su funcionamiento y procedimiento a lo previsto en la Ley 7/2017, de resolución alternativa de litigios en materia de consumo y, en especial, garantizar su independencia organizativa y funcional en el seno de los organismos donde están incardinados, con el fin de poder ser acreditados como entidad de resolución alternativa de litigios financieros.