

Fernando Gómez Pomar*
Mireia Artigot Golobardes*

CONTROL JUDICIAL SOBRE CLÁUSULAS PREDISPUESLAS Y DISEÑO DE CONTRATOS DE CRÉDITO HIPOTECARIO EN ESPAÑA

La aplicación de los controles judiciales de transparencia y abusividad de condiciones generales en contratos de préstamo hipotecario con consumidores ha provocado una ola de litigios en España. Un efecto colateral de esta nutrida litigación ha alcanzado al diseño del contrato de préstamo hipotecario y sus términos y ha inducido importantes cambios en ellos. No parece que el efecto en el diseño contractual haya aumentado la transparencia del contrato y el bienestar de los consumidores.

Judicial control on standard contract terms and design of mortgage contracts in Spain

The application of judicial transparency controls on standard contract terms in mortgage contracts with consumers has resulted in a litigation wave in Spain. A collateral effect of this massive litigation has been contract design of mortgage contracts, its terms and important changes in them. It does not seem that the new contract design has enhanced contract transparency and resulted in an increase in the consumers' welfare.

Palabras clave: cláusulas predispuestas, crédito hipotecario, diseño contractual, impuestos, tasas, aranceles.

Keywords: standard contract terms, mortgage contracts, contract design, taxes and fees.

JEL: K12.

1. Introducción

La Directiva 93/13 de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas contractuales abusivas en contratos con consumidores (en adelante, Directiva 93/13) constituye la pieza más importante en el panorama europeo. En los últimos años, su importancia y el uso activo de sus disposiciones por los tribunales nacionales y por el

Tribunal de Justicia Europeo ha alcanzado su punto álgido (Riesenhuber, 2013; Micklitz y Reich, 2014).

Este régimen sobre cláusulas predispuestas por la empresa en la contratación con consumidores tiene el potencial para generar una oleada de demandas privadas de proporciones significativas. Una ola de litigación puede ocurrir cuando las cláusulas no negociadas se utilizan en contratos de magnitud individual no trivial o incluso considerable. Esto ocurre típicamente con el préstamo hipotecario, posiblemente el contrato más importante que un consumidor celebra en su vida, dejando de lado tal vez los contratos de trabajo.

* Universidad Pompeu Fabra.

Versión de julio de 2020.

DOI: <https://doi.org/10.32796/ice.2020.915.7079>

Al mismo tiempo, la estandarización de las condiciones contractuales afecta a cláusulas que se extienden sobre millones de contratos en una economía: durante los años del *boom* inmobiliario en España (2000-2007) se concedían más de un millón de hipotecas al año.

Esta posibilidad se ha materializado entre nosotros. En relación con estas cuestiones, una parte considerable del PIB español se encuentra bajo enjuiciamiento ante los tribunales quienes deben decidir sobre la base de previsiones legales y conceptos jurídicos poco precisos, como el de «cláusula abusiva». Estas disposiciones legales, además, se han de aplicar por medio de criterios con una textura abierta, y que han sido objeto de una nutrida y compleja reinterpretación por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y por los tribunales españoles¹.

Sin sorpresa, los costes y la congestión del sistema judicial fruto de la litigación masiva produce grandes perjuicios a las partes, pero, lo que es más importante aún, a la sociedad en general. Dada la cantidad de reclamaciones esperadas (y confirmadas luego en la realidad) que se presentan e inundan los tribunales civiles, el Gobierno español se ha visto obligado a crear y asignar precipitadamente nuevos tribunales especializados en este tipo de casos². De hecho, durante 2017 se presentaron alrededor de 1.000 reclamaciones al día³. Aunque el ritmo ha descendido notablemente, sobre todo a partir de 2019, hasta septiembre de dicho año se habían presentado 456.769 asuntos en estos tribunales especializados⁴.

Uno de los efectos colaterales de la litigación masiva sobre cláusulas abusivas en la financiación hipotecaria ha sido sobre el diseño del contrato de préstamo hipotecario. En este trabajo nos ocupamos de cómo la incertidumbre creada por la litigación y las declaraciones de abusividad de ciertas cláusulas contractuales se han traducido, en gran medida, en un rediseño de los términos del contrato que reflejan y distribuyen los costes contractuales entre las partes, para hacerlos más opacos dentro del precio global del contrato o sacrificio económico a cargo del consumidor.

2. Controles judiciales de abusividad en los contratos de préstamo hipotecario

Los efectos de los controles judiciales de abusividad de cláusulas predispuestas (incluyendo la transparencia sustantiva de tales cláusulas) son particularmente perceptibles en el contexto de los contratos financieros, específicamente los de préstamo hipotecario. En ellos, una amplia gama de cláusulas contractuales relativas al objeto principal del contrato (tales como las cláusulas suelo⁵ en el tipo de interés variable del préstamo) y a otros aspectos del contrato (como por ejemplo, las cláusulas sobre el pago de gastos de constitución del préstamo hipotecario) han sido objeto de litigación. Esta, a su vez, ha resultado en un cambio en la forma en que los prestamistas estructuran los contratos de financiación hipotecaria con consumidores.

Es bien conocido que el mercado inmobiliario español muestra una de las tasas más altas de toda Europa de propiedad de vivienda en comparación con la de alquiler⁶. La mayoría de las compras de bienes

¹ De conformidad con el art. 3.1 Directiva 93/13, una cláusula estándar se considerará abusiva si «[...] contrariamente al requisito de buena fe, causa un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes nacidas del contrato, en detrimento del consumidor».

² Véase *El Economista*, 14 de noviembre de 2017. Los jueces de «cláusulas suelo» solo han resuelto el 7 % de las demandas. <http://www.economista.es/empresas-finanzas-ss/noticias/8742041/11/17/Los-jueces-de-clausulas-suelo-solo-han-resuelto-el-7-de-las-demandas-.html>

³ Véase *Cinco Días*, 17 de noviembre de 2017. Los españoles presentan 1.000 demandas contra la banca cada día (https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/11/16/midiner/1510850222_349769.html).

⁴ Quinto informe (diciembre de 2019) de la Comisión de seguimiento, control y evaluación prevista en el Real Decreto-ley 1/2017, en materia de cláusulas suelo.

⁵ Las cláusulas suelo, generalmente acompañadas de «techos», son términos contractuales que introducen límites (inferiores y, en el caso de los techos, superiores) a los tipos de interés variable (que en la práctica española generalmente consisten en el euríbor más un diferencial).

⁶ En España, aproximadamente el 75 % de los hogares son propietarios de viviendas.

inmuebles en España se han financiado (y todavía lo hacen) a través de préstamos hipotecarios, aunque el número de préstamos otorgados disminuyó significativamente tras la crisis financiera⁷.

Las consecuencias sociales y económicas de la crisis financiera abrieron la espita de un fuerte aumento en el número de impagos de los deudores en los contratos de hipoteca⁸ y en las ejecuciones hipotecarias promovidas por parte de los bancos y cajas de ahorro como acreedores hipotecarios. Esto, a su vez, dio lugar a un gran número de demandas de consumidores financieros. Estas demandas esencialmente impugnaron cláusulas contractuales de diversa naturaleza sobre la base de su eventual abusividad que a menudo han terminado delante del TJUE.

La avalancha de demandas en este asunto indujo al Gobierno español a crear nuevos tribunales con competencia especial sobre este tipo de casos. Durante 2017, se crearon 54 tribunales especializados en cláusulas abusivas en contratos hipotecarios con 60 jueces asignados a ellos. Desde que estos tribunales comenzaron su actividad, se han presentado alrededor de más de 450.000 reclamaciones ante ellos⁹. La velocidad de presentación de reclamaciones fue inicialmente superior al

pronóstico inicial¹⁰, pero ha disminuido en los últimos trimestres.

Litigación sobre cláusulas suelo

La mayoría de los contratos hipotecarios vivos en el mercado español contienen tipos de interés variable —solo en los últimos tres años ha vuelto con fuerza el interés fijo en los nuevos contratos de hipoteca—. Los tipos variables presentan mayor riesgo para el deudor que los tipos fijos (puesto que existe un riesgo de variación del tipo de interés que determina la cantidad que ha de afrontar cada año el prestatario como contraprestación de la financiación recibida), la oportunidad de establecer algunos límites a esta variabilidad en las tasas finales a pagar por el deudor surge como alternativa potencialmente deseable.

Así, los contratos de préstamos hipotecarios comercializados en los años del *boom* inmobiliario e incluso en los años posteriores por buena parte de las instituciones financieras comenzaron a incluir cláusulas suelo, generalmente —pero no siempre— acompañadas de techos, en los contratos a tipo variable.

Los tipos de interés en la eurozona han disminuido tras la crisis financiera, alcanzando mínimos históricos. A pesar de esta caída, muchos deudores veían cómo sus pagos hipotecarios disminuyeron solo de forma limitada, resultando en pagos mensuales más altos que los que habrían debido afrontar si hubieran pagado sus cuotas únicamente en función del euríbor más el diferencial, sin el límite inferior marcado por el suelo acordado en el contrato de hipoteca. Algunos consumidores comenzaron a alegar que no habían sido informados (correctamente, al menos) de la introducción de la cláusula suelo en su contrato de préstamo hipotecario y que

⁷ En los años de la burbuja de vivienda y de crédito (hasta 2008) hubo más de un millón de nuevos contratos de préstamos hipotecarios firmados en España cada año. Desde 2009, este número fue disminuyendo hasta un mínimo en 2013 y 2014 de menos de 300.000 nuevos contratos de hipoteca.

⁸ El número y el impacto social y económico de las ejecuciones hipotecarias disminuyeron después de su pico en 2012-2013, debido a las mejores condiciones económicas y de empleo de la economía española. Además de que a partir de 2013 se ofreció algún alivio legal a los deudores morosos de bajos ingresos. La tendencia decreciente se ha acelerado, puesto que en 2018 la cifra trimestral promedio de ejecuciones hipotecarias que afectan a consumidores por impago de hipoteca fue de alrededor de 2.200, mientras que la cifra equivalente en 2015 fue de 10.000. En esta dramática reducción, las decisiones del Tribunal Supremo español contra las cláusulas de vencimiento anticipado en la hipoteca seguramente han jugado un papel importante. Esta litigación sigue en curso, y su último eslabón ha sido la decisión del TJUE en Abanca, C -70/17 y C -179/17.

⁹ Véase <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Los-Juzgados-de-clausulas-abusivas-dictaron-30-744-sentencias-en-el-primer-trimestre-del-año-un-126-2-por-ciento-mas-que-en-el-mismo-periodo-de-2018>

¹⁰ El Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), estimó que durante el primer año de actividad de estos nuevos tribunales especializados se presentarían alrededor de 190.000 reclamaciones. Se presentaron en torno a 210.000 en el primer año, pero luego no se interrumpió el flujo de nuevas demandas, aunque se ha reducido en el 2019, sobre todo a partir del segundo trimestre.

no fueron capaces de advertir y sopesar las consecuencias económicas de la misma.

El Tribunal Supremo español, en una decisión muy relevante y controvertida, el 9 de mayo de 2013, declaró que las cláusulas suelo no eran abusivas en base a su contenido, sino que generalmente no cumplían con los requisitos sustantivos de transparencia que el Tribunal entendió que exigen la Directiva 93/13 y de la normativa legal que la traspone en el derecho español. Las consecuencias de esta sentencia fueron muy importantes. Las cláusulas suelo, aunque no declaradas abusivas *per se*¹¹, se sujetaron a requisitos de transparencia formulados en términos tan exigentes que de hecho, resultaron en su desaparición casi por completo del mercado hipotecario español.

El Tribunal Supremo, en esta sentencia de 2013, había tratado de detener la avalancha de demandas que se auguraba se presentarían por los prestatarios que habían estado pagando a sus prestamistas por efecto de la cláusula suelo, cuantías superiores a las directamente resultantes del tipo de interés variable del préstamo. El Tribunal Supremo intentó esta amortiguación a través de una restricción temporal en el efecto restitutorio que acompaña la nulidad de la cláusula (y que constituye el incentivo a litigar de los prestatarios con cláusula suelo y de sus abogados): ordenó la restitución a los consumidores solo de las cantidades que estos hubieran pagado en virtud de la cláusula suelo con posterioridad a la propia sentencia del Tribunal Supremo, y no de las cantidades que se hubieran pagado de más desde la celebración del contrato.

Este intento de limitar el número de litigios fracasó. Varios tribunales inferiores plantearon cuestiones prejudiciales ante el TJUE discutiendo la compatibilidad de la restricción temporal a la restitución ideada por el Tribunal Supremo con las exigencias de la Directiva europea 93/13. El TJUE, en la decisión *Gutiérrez*

Naranjo de 21 de diciembre de 2016 sostuvo que el límite de tiempo establecido por el Tribunal Supremo español para restituir las reclamaciones resultantes de la constatación de una cláusula uniforme abusiva no era compatible con el art. 6 (1) de la Directiva 93/13 que establece la no vinculación —sin límites— de los consumidores a las cláusulas abusivas.

Naturalmente, tras este pronunciamiento del TJUE las demandas de los prestatarios aumentaron, pese a que el Gobierno español estableció y alentó a los consumidores y bancos a utilizar un mecanismo de resolución alternativa de controversias, creado expresamente para lidiar con estas reclamaciones de restitución¹².

Cláusulas de vencimiento anticipado

Una segunda cláusula de contratos de préstamo hipotecario en España que ha sido objeto de litigación es la cláusula de vencimiento anticipado por impago del préstamo. Estas cláusulas permiten que el prestamista, en caso de incumplimiento del deudor de su obligación de pago, venza anticipadamente todo lo debido y exija el pago inmediato de todo el monto pendiente.

Con anterioridad a 2013, la ley española permitía a los prestamistas instar el vencimiento anticipadamente por el incumplimiento del deudor de cualquier pago mensual, siempre que la cláusula de vencimiento anticipado estuviera inscrita en el Registro de la Propiedad. No existía una previsión legal estableciendo un requisito mínimo de incumplimiento del deudor en base al cual podía solicitarse el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario, ni en términos de número de cuotas impagadas a la entidad financiera ni de una cantidad o porcentaje del préstamo que debía servir de base del

¹¹ Luego, a toro pasado, cuando ya habían desaparecido del mercado, el art. 21.3 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, las prohibió: «En las operaciones con tipo de interés variable no se podrá fijar un límite a la baja del tipo de interés».

¹² El quinto informe (diciembre de 2019) de la Comisión de seguimiento, control y evaluación prevista en el Real Decreto-ley 1/2017, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, indica que hasta septiembre de 2019 se habían presentado por el cauce extrajudicial de resolución 1.204.444 solicitudes, de las cuales se habían estimado 533.633.

incumplimiento. Los bancos, por tanto, podían incluir en los contratos de préstamo hipotecario cláusulas según las cuales un simple incumplimiento mensual conllevaría el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo (Miquel González de Audicana, 2017).

Este era el escenario legal hasta 2013, cuando el TJUE, en la sentencia Aziz¹³, exigió al legislador español que modificara las normas de procedimiento civil de conformidad con las exigencias de protección del consumidor en materia de cláusulas abusivas en la Directiva 93/13. En 2013, la Ley de Enjuiciamiento Civil española fue modificada¹⁴ para acomodar la doctrina Aziz, y la misma disposición legal se modificó nuevamente en 2015¹⁵. Esta reforma posterior conservó el requisito de inscripción para las cláusulas de vencimiento anticipado, pero requirió que el deudor incumpliera, al menos, tres cuotas hipotecarias mensuales, o que, independientemente del número de cuotas incumplidas, el incumplimiento fuera equivalente, al menos, al montante de tres pagos mensuales de la deuda.

Como consecuencia de Aziz y su progenie en el Tribunal Supremo español, las ejecuciones hipotecarias iniciadas en virtud de una cláusula de vencimiento anticipado (la gran mayoría de las ejecuciones hipotecarias que se practican) se suspendieron o retrasaron significativamente (sin duda un factor entre otros varios que se relaciona con la reducción drástica observada en las ejecuciones hipotecarias desde 2015).

La incertidumbre generada en la litigación relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado se redujo con la adopción de la Ley 5/2019, de 15 de marzo,

reguladora del crédito inmobiliario¹⁶ que estableció reglas imperativas relativas a las cláusulas de vencimiento anticipado y condicionó su efectividad a un incumplimiento significativo del deudor.

Las cláusulas de vencimiento anticipado seguían siendo objeto de litigios ante el TJUE y el Tribunal Supremo no obstante la adopción de la ley. Por un lado, el TJUE analizó dichas cláusulas en el caso Abanca¹⁷ de marzo de 2019. En el mismo año, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 11 de septiembre de 2019, se pronunció sobre este tipo de cláusulas. Esta decisión, sin embargo, se refiere en realidad a los contratos anteriores a la nueva Ley 5/2019, de contratos de crédito inmobiliario, y en los cuales se hubiera producido un vencimiento anticipado por el prestamista. Para los contratos posteriores a la entrada en vigor de la Ley 5/2019 se aplica el artículo 24 de la Ley. La Sentencia del Supremo ha establecido una solución compleja para estos casos de vencimiento anticipado «atascados», que permitirá, aunque con retrasos, llevar adelante la mayor parte de ellos, aunque sea con base en los impagos que se estén produciendo ahora, esto es, mucho tiempo después de los primeros impagos.

Gastos de constitución de los préstamos hipotecarios

Las compras de bienes inmuebles y los contratos de préstamo hipotecario comportan el pago de una serie de gastos de constitución del préstamo hipotecario en forma de, por ejemplo, tasas e impuestos, como el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, así como aranceles de notarios y registradores de la propiedad,

¹³ Mohamed Aziz contra Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (CatalunyaCaixa), C-415/11. En esta sentencia, el TJUE no consideró que las cláusulas de vencimiento anticipado, en tanto que términos contractuales, fueran abusivas *per se*, pero sostuvo que una cláusula de vencimiento a causa de solo un incumplimiento mensual lo sería. El Tribunal Supremo español ha aplicado este criterio emanado de la jurisprudencia del TJUE desde 2015: STS 23.12.2015; STS 18.12.2016.

¹⁴ Los artículos 639.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española fueron modificados en 2013 por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

¹⁵ Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.

¹⁶ Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2019, páginas 26.329 a 26.399 (71 págs.).

¹⁷ Los asuntos acumulados Abanca Corporación Bancaria S.A., contra García Salamanca Santos (Asunto C-70/17) y Bankia S.A., contra Lau Mendoza y Rodríguez Ramírez (Asunto C-179/17) UE: 2019: 250. Aquí, el TJUE consideró las condiciones para que un tribunal nacional reemplace un término declarado abusivo en un contrato con las reglas dispositivas aplicables en ausencia de cláusula contractual.

puesto que la hipoteca debe ser otorgada en escritura notarial e inscrita en el Registro de la Propiedad para su validez.

La regulación de los aranceles notariales y del Registro de la Propiedad establecen las cantidades correspondientes, pero no asignan de forma totalmente precisa quién ha de proceder al pago.

Además de los aranceles notariales y registrales hay otros gastos en favor de otras partes que intervienen en la transacción: el tasador independiente que valora la propiedad con el propósito de estimar la relación préstamo-valor y el gestor administrativo que, habitualmente, se encarga de tramitar la documentación y el pago de los impuestos inherentes a la transacción (los relativos a la compra-venta y al préstamo hipotecario) y que promueve la inscripción tanto de la transmisión de propiedad como del préstamo hipotecario.

Con respecto a las tasas e impuestos aplicables al contrato de compraventa de bienes inmuebles, no se han suscitado dudas relevantes acerca de que quienes son los que compran el bien y adquieren la propiedad (sean consumidores o no) son los que deben hacerse cargo de estas en su totalidad. Con respecto al préstamo hipotecario, que es un contrato separado del de compraventa y que genera sus propias tasas e impuestos, las reglas legales de fondo han sido, desafortunadamente, poco precisas en España.

Los contratos de préstamo hipotecario contenían de forma universal una cláusula no negociada que repercutía a cargo del prestatario todos los gastos de constitución del préstamo hipotecario —impuestos, honorarios y tasas inherentes a la transacción. Habitualmente, el contrato de préstamo hipotecario contenía esta cláusula de alcance general sobre asignación de los costes, sin proporcionar el detalle de los gastos que se asignaba. Sin embargo, los prestamistas estaban obligados por normas de regulación de transparencia bancaria a proporcionar al prestatario una estimación del monto total de gastos de constitución del préstamo hipotecario antes de contratar el préstamo. El importe de esta estimación se detraía de lo que recibía el prestatario para pagar al

vendedor en la compra inmobiliaria¹⁸. Si una vez abonados los gastos e impuestos resultaba una cantidad remanente positiva, esta se entregaba al prestatario.

Al hilo de la litigación hipotecaria, los consumidores españoles comenzaron a cuestionar las cláusulas sobre gastos de constitución del préstamo hipotecario en base a su eventual abusividad. Los consumidores alegaban que dicha cláusula suponía una imposición genérica e indiscriminada al prestatario de todos los impuestos y tasas. El Tribunal Supremo español, en una serie de decisiones, compartió esta visión y sostuvo que esas condiciones generales (al menos aquellas con una formulación amplia que abarcase «todos» los impuestos y tasas) eran abusivas¹⁹. Esta visión ha sido confirmada recientemente por el TJUE que ha entendido, como previamente hizo el Tribunal Supremo, que la atribución de la totalidad de los gastos de constitución —y cancelación— del préstamo hipotecario al consumidor constituía una cláusula abusiva²⁰.

Dado que la cláusula del contrato que asignaba todos los gastos de constitución del préstamo hipotecario al prestatario había sido eliminada por abusiva, los tribunales españoles tuvieron que emprender una tarea de asignación minuciosa y por separado, a una u otra parte contractual de cada uno de los conceptos integrantes de los tributos y gastos, o a dividirlos proporcionalmente entre ambas partes contratantes.

En una serie de decisiones, el Tribunal Supremo español ha intentado proporcionar orientación con respecto a la asignación de los distintos componentes del

¹⁸ Por lo general, lo que sucedía en la práctica es que el monto del préstamo aumentaba para cubrir estos impuestos y gastos: si el precio de la propiedad a financiar era X, y los impuestos y gastos estimados eran el 10 % de X, entonces el importe nominal del préstamo concedido al prestatario sería (X + 10 % de X). El prestatario obtenía X para pagar al vendedor, y el banco usaba el 10 % de X para pagar todos los costes (impuestos y tasas) en nombre y por cuenta del prestatario.

¹⁹ STS, 23.12.2015; STS, 15.3.2018 (dos decisiones idénticas de la misma fecha).

²⁰ Véase la sentencia del TJUE en los asuntos CY vs. Caixabank, S.A. (C-224/19) y LG, PK vs. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (C-259/19) de 16 de Julio de 2020.

conjunto de tasas e impuestos que pesan sobre un contrato de préstamo hipotecario²¹.

La decisión más problemática del Tribunal Supremo fue la del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, que dio lugar en el otoño de 2018 a una extraordinaria polémica judicial en la Sala Tercera del Tribunal Supremo, con cambios de criterio, desautorizaciones de una sección por el Pleno y fuerte intercambio de criterios.

El punto de partida de la discusión interpretativa en el Tribunal Supremo se encuentra en la interpretación formalista y a la vez expansiva del artículo 89.3 del TRLGDCU (Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), una norma «idiosincrática» —ausente de los listados de cláusulas abusivas de otros países— del derecho español, por obra de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Se ha interpretado que la atribución contractual al prestatario del pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados (IAJD) y otros honorarios y gastos asociados a la celebración del contrato, se incardinaba dentro del ámbito de aplicación del artículo 89.3 TRLGDCU y, por ello, estaría vedado a una cláusula no negociada, puesto que dicha provisión legal prohíbe la imposición al consumidor del abono de gastos derivados de las tareas de documentación y tramitación que la ley atribuye al empresario.

La Ley del IAJD, en su artículo 29, preveía antes de su modificación en noviembre de 2018 que «será sujeto pasivo 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». A su vez, el Reglamento que desarrollaba la Ley del IAJD, en su artículo 68, interpretaba la fórmula legal —ambigua, ciertamente— aclarando que el adquirente en un contrato de préstamo con garantía

hipotecaria (el sujeto pasivo del impuesto, según la Ley y el Reglamento) era el prestatario.

La práctica de las Administraciones tributarias y la interpretación jurisprudencial habían mantenido, sin discrepancias apreciables, la interpretación de la fórmula legal operada por el Reglamento del tributo. Tras la Sentencia de la Sala Primera de 23 de diciembre de 2015, que cuestionó la validez de cláusulas en condiciones generales de imposición global al consumidor de los gastos e impuestos del préstamo hipotecario, incluyendo el IAJD, comenzaron a surgir dudas. Hasta octubre de 2018, la Sala Tercera del Tribunal Supremo mantenía la posición tradicional que ponía en valor el artículo 68 del Reglamento. Sin embargo, en la jurisprudencia menor de la jurisdicción civil, la cuestión era polémica. Mientras algunos tribunales entendían que el impuesto lo debía soportar el acreedor, es decir, la entidad financiera, otros consideraban que este coste fiscal lo debía soportar el consumidor deudor.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, en esta materia, se hacía eco de la posición prevalente en la Sala Tercera en cuanto al sujeto pasivo del IAJD (prevalente, como veremos, hasta octubre de 2018, aunque el cambio de criterio se revelara, finalmente, efímero).

Irrumpió entonces el (efímero) cambio jurisprudencial en la Sala Tercera del Tribunal Supremo por obra de varias sentencias de octubre de 2018. Esta modificación de la doctrina judicial contencioso-administrativa tuvo corta vida. En esas nuevas sentencias, la sección correspondiente de la Sala Contencioso-administrativa del Tribunal Supremo acordó la anulación del artículo 68.2 del Reglamento del IAJD, por contradicción con la interpretación que la propia Sala daba de la fórmula legal que configuraba el sujeto pasivo del tributo en el caso de escrituras de préstamos hipotecarios, según la cual el IAJD debía ser pagado por el prestamista y no por el prestatario. El fundamento argumental del cambio de criterio es que la hipoteca que garantiza el préstamo es el negocio inscribible que determina el obligado al pago del impuesto y que el interesado en la elevación a escritura pública

²¹ Decisiones del Tribunal Supremo español 44/2019, 46/2019, 47/2019, 48/2019 y 49/2019, todas con fecha de 23 de enero de 2019. Posteriormente, el legislador, en el art. 14.1. e) de la Ley 5/2019 se ha apartado de lo resuelto por el Tribunal Supremo, especialmente en relación con los gastos notariales y de gestoría.

e inscripción es el prestamista y, por lo tanto, debía ser considerado como sujeto pasivo del impuesto.

De forma extraordinaria, sin embargo, pocas semanas más tarde, el Pleno de la Sala Tercera corregía el cambio jurisprudencial operado el 18 de octubre anterior por medio de varias sentencias, de 27 de noviembre de 2018, según las cuales y con base en las exigencias de la «seguridad jurídica», restablecía la jurisprudencia anterior que entendía que el sujeto pasivo del IAJD sobre préstamos hipotecarios era el prestatario. La avalancha de litigios —que hubiera empequeñecido de largo la de las cláusulas suelo— que se temió fue, finalmente, evitada por el Pleno de la Sala Tercera. El episodio fue, sin embargo, revelador de la falta de comprensión de la realidad económica subyacente por parte de nuestro más alto Tribunal (Gómez Pomar y Artigot, 2020).

3. Los efectos de los controles judiciales en el diseño contractual

La multitud de demandas relacionadas con cláusulas abusivas en los contratos de hipoteca ha producido varios efectos en distintos niveles. Los cambios en el diseño contractual por parte de los prestamistas pre-disponentes del contenido del contrato están seguramente entre los más importantes.

Una consecuencia general de la ola de litigios, sin duda, aunque difícil de caracterizar con precisión, y mucho menos cuantificar, es la incertidumbre legal creada respecto la validez de las cláusulas de los contratos de hipoteca a lo largo de los últimos años. Tres factores parecen señalar que la incertidumbre contractual es un problema grave en este caso: *i)* la extensión, variedad y amplio espectro de las impugnaciones judiciales a las condiciones generales de contrato prevalentes en el mercado hipotecario español han sido muy importantes (desde las cláusulas de vencimiento anticipado hasta los intereses de demora, desde las de asignación de costes e impuestos hasta las cláusulas suelo); *ii)* los resultados que podía arrojar la

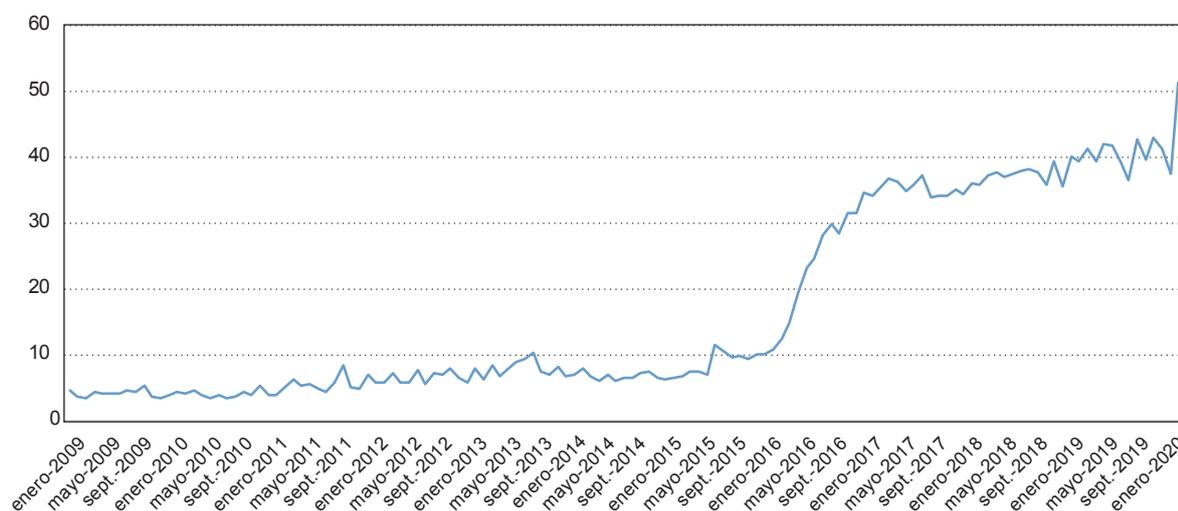
aplicación de los nuevos test y criterios sobre transparencia y abusividad que estaban diseñando e implementando los tribunales para resolver las disputas planteadas eran —y en buena medida continúan siendo— difíciles de predecir con alto grado de fiabilidad; y *iii)* el número de contratos potencialmente afectados era (y es) extremadamente alto. Diseñar los contratos de préstamos hipotecarios para intentar evitar desafíos similares en el futuro no es tarea fácil y, en consecuencia, es razonable esperar costes importantes por efecto de la inseguridad jurídica en este terreno contractual²².

Claramente, en algunos casos observamos que los efectos de la intervención de los tribunales al apreciar la abusividad de las condiciones generales de contrato son relativamente predecibles, aunque las consecuencias finales para el bienestar no sean fáciles de discernir y evaluar. Por ejemplo, la cláusula suelo (y su acompañante habitual, el techo) después de haber sido mal vista por el Tribunal Supremo, prácticamente desapareció del mercado hipotecario español, incluso antes de que fuera prohibida por la nueva legislación en materia de contratos de crédito hipotecario, aprobada en marzo de 2019. Aun cuando los tribunales españoles no condenaron *per se* a la cláusula suelo y solo hallaron deficiente su transparencia de cara a la plena comprensión por los prestatarios, los prestamistas parecen haber optado por lo seguro y, con rapidez, abandonaron su uso. Ahora, el mercado está dominado por hipotecas de tipo variable sin suelo o techo y por tipos de interés fijo. El Gráfico 1 muestra el enorme crecimiento de las hipotecas a tipo de interés fijo en el mercado español con posterioridad a 2015.

²² Merece la pena señalar que la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2019, págs. 26.329 a 26.399, ha intentado proporcionar criterios —en algunos casos a través de normas imperativas— para la inclusión de ciertas cláusulas en los contratos. Sin embargo, independientemente de la previsión normativa —dispositiva o imperativa— la distribución de dichos costes entre las partes contractuales y su eventual incorporación en el precio que se analiza en los apartados siguientes se mantiene vigente.

GRÁFICO 1

PORCENTAJE DE HIPOTECAS DE TIPO DE INTERÉS FIJO EN ESPAÑA (2009-2020)



FUENTE: INE, <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=24456#!tabs-tabla>

Aunque es difícil atribuir causalidad al resultado de la litigación sobre cláusulas suelo, no es una conjetura descabellada pensar que la jurisprudencia contraria a las cláusulas suelo fue un factor que ha contribuido a la disminución de contratos de préstamo hipotecario referenciados a interés variable y, a su vez, al crecimiento de los préstamos a tipo fijo²³.

Asimismo, la litigación sobre las cláusulas de vencimiento anticipado parece haber disminuido sustancialmente el número de ejecuciones sobre viviendas hipotecadas. Muchos tribunales inferiores reaccionaron a la decisión del Tribunal Supremo de diciembre

de 2015 (que consideró que las cláusulas de vencimiento anticipado tras un solo impago mensual eran abusivas) suspendiendo los procedimientos de ejecución hipotecaria resultantes de las cláusulas de vencimiento anticipado. Una vez más, no podemos hacer una afirmación de naturaleza causal aquí, pero la correlación parece clara.

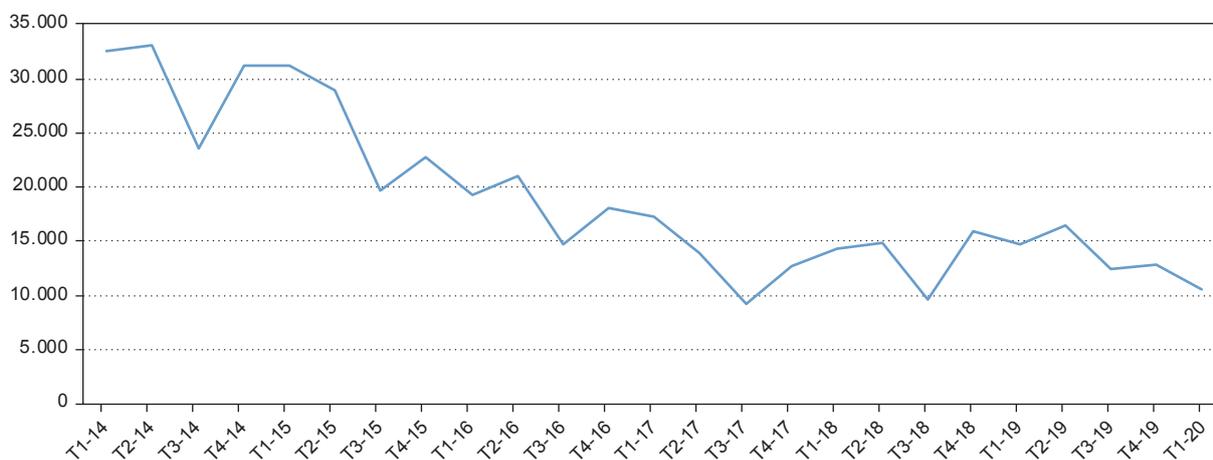
Merece la pena señalar que la disminución de ejecuciones hipotecarias también ha sido posible como consecuencia de la aprobación del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos²⁴. Esta Ley creó un Código de Buenas Prácticas al que las entidades de crédito podían adherirse voluntariamente para facilitar la contribución de las entidades financieras en mitigar los efectos de la crisis financiera en deudores con problemas para cumplir con sus obligaciones

²³ Los tipos euríbor bajísimos (incluso negativos) que se observaron desde mediados de 2012 (http://sdw.ecb.europa.eu/quickview.do?SERIES_KEY=143.FM.M.U2.EUR.RT.MM.EURIBOR3MD_HSTA) podrían haber sido un importante factor impulsor del aumento en la cantidad de préstamos hipotecarios con tipos de interés fijo. A la luz del euríbor más bajo de la historia y, por lo tanto, de los costes financieros mínimos de los contratos hipotecarios de tipo variable desde 2012, la expectativa de este tipo de estructura variable a medio y largo plazo solo puede incrementar el coste financiero.

²⁴ Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, BOE núm. 60.

GRÁFICO 2

NÚMERO TOTAL DE PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN ESPAÑA (2014-2020)



FUENTE: INE, <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=7709#!tabs-tabla>

contractuales. El Código tiene tres líneas de actuación. La primera, relativa a facilitar la reestructuración de la deuda hipotecaria de forma que sea viable ateniendo a las circunstancias económicas del deudor. La segunda, relativa a que las entidades financieras pudieran, si lo consideran conveniente, ofrecer una quita de la deuda al deudor y, la tercera, prevista para los casos en los que las anteriores no funcionaran, una posible dación en pago para liberar al deudor de su deuda permitiendo a las familias permanecer en la vivienda durante dos años a cambio de una renta asumible por ellos.

No parece posible derivar relaciones causales entre incertidumbres judiciales y la adopción del Código de Buenas Prácticas y la disminución del número de ejecuciones hipotecarias en España que muestra el Gráfico 2. Sin embargo, parece posible afirmar que distintos factores de naturaleza muy heterogénea —normativa y jurisprudencial— han contribuido a esta disminución.

La incertidumbre creada por el exhaustivo escrutinio judicial de las cláusulas sobre constitución del

préstamo hipotecario ha resultado en una alteración de la forma en que se asignan los costes exógenos asociados a la contratación de un préstamo hipotecario.

Anteriormente, los contratos redactados por los prestamistas contenían cláusulas contractuales que colocaban a cargo del prestatario todos los costes exógenos²⁵ derivados de la firma del contrato de préstamo hipotecario. El examen de abusividad que realizó el Tribunal Supremo español acabó con esas cláusulas. Como reacción, las entidades financieras modificaron el diseño contractual y optaron, principalmente, por absorber inicialmente los costes exógenos al momento de contratar, repercutiéndolos a los prestatarios a través del precio del contrato, bien en forma

²⁵ Los impuestos y honorarios impuestos directa o indirectamente por ley u otras normas de obligado cumplimiento constituyen costes de la operación o contrato, pero son «exógenos» a las partes, pues estas no influyen acerca de su existencia y cuantía en el contrato, ni a través del diseño contractual pueden reducirlos o eliminarlos, solo determinar en qué proporción han de ser absorbidos por las partes. La distinción entre costes endógenos y exógenos se desarrolla en el apartado siguiente de este trabajo.

de comisiones iniciales más elevadas por la concesión del préstamo, bien en forma de tipos de interés más altos (tipos de referencia más elevados o diferenciales superiores en contratos de hipoteca a interés variable) o mediante una combinación de ambas.

El cambio en la asignación de costes exógenos, que supone reemplazar cláusulas predispuestas *ad hoc* que imponen estos costes desde el inicio del contrato a los prestatarios por otras que los asignan a través del incremento de uno o más componentes del precio del contrato, no es fácil de evaluar desde el punto de vista de su impacto en la transparencia general del contrato. Para determinar el impacto de estos cambios de diseño contractual en la transparencia del contrato, que es uno de los principales objetivos de los controles judiciales *ex post* establecidos por la Directiva 93/13, es necesario realizar un análisis pormenorizado que incorpore dimensiones adicionales.

Desde una perspectiva general, incluir en el precio del contrato (comisiones bancarias por apertura o concesión del préstamo o categorías similares y/o tipos de interés o diferenciales sobre tipos de referencia) otros elementos de coste distintos a los costes operativos y financieros del prestamista, como sucede con los costes exógenos del préstamo, podría, en apariencia, juzgarse de forma positiva para los consumidores. Con ello, se les permite apreciar y comparar más fácilmente el sacrificio económico total que implica el préstamo hipotecario. Independientemente de si el consumidor es consciente de los diversos elementos incluidos en el precio del contrato, tener el coste exógeno dentro de los componentes del precio (comisiones e intereses) podría hacerlos más llamativos, *salient*, destacados y propiciar una toma de decisiones por parte de los consumidores más racional e informada. Desde esta perspectiva, la inclusión en el precio de elementos de coste (los costes exógenos) que previamente se asignaban a través de una cláusula contractual *ad hoc* y separada de las de comisiones e intereses en el contrato podría entenderse que proporcionaría efectos positivos para el bienestar de los consumidores.

Sin embargo, un análisis más detallado de los diferentes ingredientes que forman parte del precio puede diluir esta percepción inicialmente favorable. Para este análisis, se deben considerar dos dimensiones de los costes involucrados en estos contratos. Primero, el hecho de que estamos tratando con un coste exógeno y no endógeno. Segundo, si el coste puede calcularse con precisión en el momento en que se celebra el contrato.

Costes exógenos: un elemento contractual razonablemente relevante o un componente más del precio

Algunos costes del contrato son endógenos: dependen de las acciones de las partes de un contrato, las contingencias a las que se enfrentan y cómo el contrato las concreta para las partes. Otros, en cambio, son exógenos, es decir, independientes de las elecciones y acciones de las partes. Resultan de circunstancias ajenas a las partes, con frecuencia, determinados por las autoridades públicas. Esta segunda es la naturaleza de los impuestos que gravan la contratación hipotecaria como operación fiscalmente sujeta a tributación, pero también de otros gastos e importes impuestos por las normas legales en este ámbito.

Esta diferencia es relevante puesto que los costes endógenos pueden verse influidos por el proveedor de bienes y servicios (el prestamista, en este caso) y una comparación entre ellos permite al consumidor comparar entre diferentes oferentes y elegir al que tiene la estructura de costes más eficiente que, por ello, puede hacer la oferta más atractiva para los consumidores. En cambio, los costes exógenos son, por definición, iguales para todos los oferentes de financiación. Es decir, los impuestos y otros gastos de un crédito hipotecario de un cierto importe no difieren según quien sea el prestamista.

Comparar costes exógenos entre prestamistas es baladí, pues son costes determinados por terceros en modo que no depende de la identidad o las

características del oferente de crédito. No proporciona información valiosa para el consumidor para elegir un prestamista u otro, puesto que todas las transacciones, independientemente del prestamista y del prestatario, generan este tipo de costes idénticos. La única información importante para el prestatario se refiere a la existencia y a la cuantía de tales costes exógenos, a fin de poder comprender el sacrificio económico que comportará contratar la financiación hipotecaria que se le ofrece para la adquisición de la vivienda en comparación con otras alternativas (comprar sin financiación ajena; comprar con financiación ajena pero no hipotecaria, si está disponible o no comprar).

Desde este punto de vista, la inclusión de los costes exógenos como parte del precio, en lugar de una cláusula estándar *ad hoc* que contempla y asigna estos costes, no parece disminuir la transparencia global del contrato para el consumidor. Incluso podría considerarse que se mejora la probabilidad de tomar conciencia sobre la presencia de esos costes exógenos si esa cláusula contractual que los contempla específicamente, aunque sea una cláusula no negociada, corría el riesgo de pasar inadvertida a los prestatarios. Sin embargo, si se tienen en cuenta las particularidades del entorno contractual del caso español, es difícil poner en duda que la existencia e importe de los costes exógenos es conocida por el prestatario, pues es un requisito de información precontractual la comunicación específica al consumidor del total estimado de esos costes exógenos, y la cuantía estimada se deduce en el momento de firmar el contrato del nominal del préstamo que se recibe.

Una perspectiva conductual: conciencia de costes inmediatos versus costes a largo plazo e inciertos

El análisis conductual, *behavioral*, es de gran importancia para la economía del contrato. Esta, de manera esencial, coloca a la elección individual de los contratantes como centro de atención. Al mismo tiempo,

las consideraciones conductuales también son cruciales para la normativa de contratos y de consumidores. La forma en que los individuos realmente deciden, los parámetros que afectan las elecciones que hacen y cómo las hacen, y la conciencia de los individuos con respecto a los posibles resultados de sus decisiones son fundamentales a la hora de diseñar y redactar reglas de derecho y evaluar su impacto potencial (Jolls, Sunstein y Thaler, 2000)²⁶.

Las consideraciones conductuales sugieren que la presentación de un coste global en el momento de celebrar el contrato tiene efectos distintos en la decisión del consumidor si se compara con incluirlo como un componente más de un precio que se paga a lo largo del tiempo y convertirlo, por lo tanto, en una variable incierta a largo plazo.

Es un resultado bien conocido del campo de economía y derecho del comportamiento sobre la contratación del consumidor que «[...] mientras las personas perciben con precisión los costes inmediatos y ciertos, tienden a subestimar los costes diferidos y contingentes» (Zamir y Teichman, 2018).

¿Se cumple esta predicción general en nuestro caso? El impacto en la transparencia y en la conciencia del consumidor de presentar los costes exógenos del contrato como un coste separado que se debe afrontar de inmediato e íntegramente en el momento de contratar o como un elemento integrante del precio del contrato que se pagará durante toda la vigencia del mismo (y recuérdese que el préstamo hipotecario es un contrato de largo plazo; en la práctica española, típicamente entre 20 y 30 años, en algunos casos incluso más) depende de una serie de sesgos cognitivos que pueden afectar a los consumidores: el sesgo de proyección, el exceso de confianza, los límites al autocontrol o la fuerza de voluntad limitada y el descuento hiperbólico del futuro.

²⁶ Creemos que el hecho de que muy a menudo la educación y el análisis jurídico, e incluso la propia legislación, hayan prestado más atención a otras dimensiones (tanto normativas como técnicas) no menoscaban este juicio.

El sesgo de proyección se refiere a la suposición (errónea, como acredita la evidencia empírica disponible) por parte de los individuos de que sus preferencias no cambiarán a lo largo del tiempo. Al tomar decisiones, los seres humanos tendemos a suponer que nuestras decisiones y elecciones, independientemente de si se adoptan en el presente o se adoptarán en el futuro, se ordenarán de la misma manera, suponiendo que las preferencias futuras serán idénticas a las actuales (Loewenstein, O'Donoghue y Rabin, 2003).

El sesgo de proyección es particularmente relevante para las decisiones que se adoptan en un momento específico en el tiempo, pero con un impacto en momentos posteriores, cuando las preferencias de los individuos pueden haberse modificado respecto de las que existen en el momento inicial.

La evaluación de eventos futuros, incluso sobre un futuro cercano, es un área en la que entran en acción importantes sesgos cognitivos y de conducta. Los individuos tienden a confiar demasiado en sus capacidades, habilidades y en la cantidad, calidad, veracidad y fiabilidad de la información que tienen a su alcance. Como resultado, tienden a subestimar la probabilidad y la magnitud de los acontecimientos negativos que pueden afectar a su bienestar. En este sentido, el exceso de confianza se refiere a la subestimación de eventos futuros potencialmente negativos en mayor grado del que sería procedente si utilizáramos la información estadística disponible sobre tales posibles eventos.

Asimismo, los individuos tienden a reaccionar a los eventos inmediatos con más intensidad que a los eventos futuros. Las personas tienden a sobreestimar su valoración del presente en el futuro, por lo que cualquier decisión que pueda proporcionar una recompensa a corto plazo parece preferible a posibles eventos positivos en el futuro. Por esa razón, los mecanismos para implementar el compromiso futuro son importantes y relevantes para las personas, a fin de garantizar que las recompensas a corto plazo no sean el elemento decisivo final y así, los intereses a largo

plazo se persigan de manera consistente (DellaVigna y Malmendier, 2006; Bar-Gill, 2004)²⁷.

El descuento hiperbólico se centra en la dirección de la valoración distorsionada de eventos futuros cuando se evalúa desde la perspectiva del presente. Las personas descuentan el impacto en su bienestar de eventos futuros, pero lo descuentan de forma hiperbólica. Este tipo de descuento se refiere al hecho de que los individuos se muestran impacientes a corto plazo pero muy pacientes cuando piensan en el largo plazo (DellaVigna y Malmendier, 2006)²⁸. Es decir, los eventos inmediatos se prefieren al futuro próximo, al que se le aplica una elevada tasa de descuento, pero los eventos que podrían tener lugar en el futuro lejano se descuentan muy ligeramente sobre los eventos futuros inmediatamente anteriores.

Estas ideas sobre las regularidades de los sesgos cognitivos y de conducta que aquejan a los humanos y, más concretamente, a los consumidores, cuando actúan en los mercados de bienes y servicios, apuntan en la dirección de que la imposición directa e inicial de los costes exógenos al consumidor al comienzo de la vigencia del contrato puede generar mayor conciencia en los consumidores del impacto del coste que han de afrontar. Por ello, probablemente inciden de manera más aguda en las decisiones de los prestatarios, que la alternativa de elevar (presumiblemente en pequeña cuantía) los pagos futuros de la hipoteca durante 30 o 40 años.

La segunda alternativa en cuanto a la repercusión sobre el consumidor de los costes exógenos sería claramente un tipo de «coste diferido» que la literatura de carácter *behavioral* ha señalado que se ignora con

²⁷ En DellaVigna y Malmendier (2006), las comisiones o recargos por falta de fondos en una cuenta bancaria o por descubiertos o excesos de disposición en una tarjeta de crédito, o las tarifas anuales, sin cargos por uso, para ser socio de un gimnasio pueden conceptualizarse como «mecanismos de compromiso». En Bar-Gill (2004), cabe señalar que estos mecanismos de compromiso podrían no ser efectivos o no tener el mismo impacto para todos los tipos de consumidores, por ejemplo, tener mayor eficacia para consumidores sofisticados que para consumidores ingenuos o menos conscientes de sus propios sesgos.

²⁸ Donde se ilustra el descuento hiperbólico a través de un exceso de confianza sobre el futuro en ciertas decisiones contractuales.

mayor facilidad y, por lo tanto, distorsiona el comportamiento del consumidor de más de lo que sucedería con una repercusión inmediata de tales costes. Con la repercusión de los costes exógenos en forma diferida en el tiempo a través de los pagos periódicos al prestamista durante un largo plazo, es más fácil para los consumidores ignorar o subestimar la magnitud de esos costes y, por ende, verse atraídos por un contrato que, por presentarse con costes inmediatos más bajos, parece más atractivo y menos costoso de lo que en realidad es a ojos de un consumidor sujeto a este sesgo de conducta (Bar-Gill, 2012).

Obviamente, los argumentos de economía del comportamiento en favor de los costes inmediatos y no diferidos no implican que multiplicar el número de estos costes o comisiones iniciales en un contrato de consumo (sea un préstamo hipotecario u otra clase de contrato) no se pueda utilizar para distorsionar la percepción de los costes reales para el consumidor, y puede requerir medidas correctivas por el lado del derecho de los contratos o de la regulación financiera (Sarin, 2018; Zamir y Mendelson, 2017)²⁹. Sin embargo, este no parece haber sido el caso de los costes exógenos, dado que los prestamistas tenían que ofrecer una estimación global de todos ellos, así como recordarle al prestatario que dicha cuantía se deduciría del nominal del préstamo utilizable para pagar al vendedor de la vivienda.

En resumen, la litigación española sobre condiciones generales de contratos de hipoteca parece haber tenido un profundo impacto en el diseño de este tipo de contratos, tal y como la *praxis* contractual pone de manifiesto. No es del todo evidente que todos los cambios provocados por la interpretación judicial (española y europea) hayan redundado, en último extremo, en beneficio de los consumidores. Especialmente por lo que se refiere a los costes exógenos del contrato de hipoteca, en los que los términos contractuales *ad*

hoc (aunque sean predispuestos y no negociados), unidos a la obligación de proporcionar una estimación inicial del importe total de los mismos, se han visto reemplazados por un incremento de los precios (intereses) que a largo plazo transfieren esos mismos costes sobre los consumidores. Especialmente, si somos conscientes de los sesgos cognitivos y de conducta que pueden aquejar al comportamiento de los consumidores financieros, cabe dudar de la bondad de las consecuencias de este nuevo diseño contractual inducido por los posicionamientos judiciales en la interpretación de la normativa de protección del consumidor.

4. Conclusión

La intervención judicial orientada a depurar los contratos de préstamo hipotecario de cláusulas abusivas, ha tenido un impacto más que perceptible en España, en forma de una ola de litigación que aún persiste en los tribunales. También ha tenido efectos menos llamativos, pero no por ello menos relevantes, sobre el diseño del contrato de préstamo hipotecario utilizado en la práctica contractual.

La incertidumbre creada por la litigación sobre las condiciones generales de los contratos de hipoteca ha afectado a muchas de las cláusulas que asignaban costes entre las partes contratantes. Desde los términos del contrato que atribuían al prestatario tributos y gastos hasta otros que asignaban riesgos de evolución de tipo de interés variable entre las partes contratantes, como las cláusulas suelo.

Uno de los efectos colaterales de la litigación hipotecaria en España ha sido el rediseño de los contratos de préstamo hipotecario. El efecto de los cambios en el diseño contractual en la transparencia de los contratos de préstamo hipotecario y, por lo tanto, en el bienestar del consumidor dependen de variables que afectan las distintas cláusulas contractuales de forma heterogénea. Una primera variable hace referencia al tipo de coste contractual que distribuye la cláusula.

²⁹ Examinan la medida en Israel a través de una reducción en el número y en la complejidad de comisiones bancarias.

Así, el efecto del rediseño contractual no es concluyente en relación a los costes exógenos inherentes a un préstamo hipotecario como serían impuestos, tasas y gastos inherentes a la transacción, que por su naturaleza y definición son uniformes entre los oferentes de préstamos hipotecarios. Por un lado, la inclusión de costes exógenos en el precio del contrato no es necesariamente negativa desde el punto de vista de la transparencia dado que las obligaciones de información precontractual tienen por objetivo que el consumidor deudor conozca los costes inherentes a la transacción. Por su naturaleza, estos contratos son a largo plazo —típicamente de 20 o 30 años— y los individuos, en general, y los consumidores, en particular, tienen limitaciones y sesgos cognitivos que condicionan su toma de decisiones. Dichos sesgos condicionan y dificultan la toma de decisiones en relación a cláusulas y costes que no se explicitan en el momento de la aceptación del contrato sino a lo largo de la vida del contrato.

La heterogeneidad de las cláusulas contractuales y las distintas dimensiones que condicionan su transparencia no permiten concluir un efecto del rediseño contractual que han experimentado los préstamos hipotecarios en España en el bienestar de la población de consumidores en España.

Referencias bibliográficas

- Bar-Gill, O. (2004). Seduction by plastic. *Northwestern University Law Review*, 98(4), 1373-1434.
- Bar-Gill, O. (2012). *Seduction by contract: Law, economics, and psychology in consumer markets*. Oxford University Press.
- DellaVigna, S., & Malmendier, U. (2006). Paying not to go to the gym. *American Economic Review*, 96(3), 694-719.
- Gómez Pomar, F., y Artigot Golobardes, M. (2020). Costes, precios y excedente contractual en el control de la contratación de consumo, especialmente la hipotecaria. *Anuario de Derecho civil*, LXXIII(I), 7-100.
- Jolls, C., Sunstein, C. R., & Thaler, R. (2000). A Behavioral Approach to Law and Economics. En C. Sunstein (Ed.), *Behavioral Law and Economics* (pp. 13-58). Cambridge: Cambridge University Press.
- Loewenstein, G., O'Donoghue, T., & Rabin, M. (2003). Projection Bias in Predicting Future Utility. *The Quarterly Journal of Economics*, 118(4), 1209-1248.
- Micklitz, H. W., & Reich, N. (2014). The Court and Sleeping Beauty: The Revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD). *Common Market Law Review*, 51(3), 771-808.
- Miquel González de Audicana, J. M. (2017). Las cláusulas de vencimiento anticipado en el contrato de préstamo hipotecario. En L. Prats Albentosa y G. Tomás Martínez (Eds.), *Culpa y responsabilidad* (pp. 759-784). Thomson Reuters Aranzadi.
- Riesenhuber, K. (2013). *EU-Vertragsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Sarin, N. (2018). The Saliency Theory of Consumer Financial Regulation. *SSRN 3197353*. https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/2010
- Zamir, E., & Mendelson, T. (2017). Three Modes of Regulating Price Terms in Standard-Form Contracts -The Israeli Experience. *The Hebrew University of Jerusalem Legal Studies Research Paper Series*, 17(40), 1-20.
- Zamir, E., & Teichman, D. (2018). *Behavioral law and economics*. Oxford University Press.
- Zamir, E., & Mendelson, T. (2020). Three Modes of Regulating Price Terms in Standard-Form Contracts -The Israeli Experience. In *Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts* (pp. 429-450). Springer, Cham.

Legislación

- Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. *OJ L*, 95, 29-34. 21.4.1993.
- Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 116.
- López, M. J. M. (2019). Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 65.

Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013, en el caso C-415/11. Mohamed Aziz y Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa).
- Sentencia del Tribunal Supremo español 705/2015 de 23 de diciembre de 2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo español 79/2016, de 18 de diciembre de 2016.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de diciembre de 2016, en los asuntos acumulados C-154/15 y C-307/15 Gutiérrez Naranjo y Cajasur Banco, S.A.U., Ana María Palacios Martínez y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA), Banco Popular Español, S.A. y Emilio Irlés López y Teresa Torres Andreu.

Sentencia del Tribunal Supremo español 849/2019, de 15 de marzo de 2018.

Sentencias del Tribunal Supremo español 44/2019, 46/2019, 47/2019, 48/2019 y 49/2019, de 23 de enero de 2019.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de marzo de 2019, en los asuntos acumulados C-70/17 Abanca Corporación Bancaria, S.A. y García Salamanca Santos y C-179/17 Bankia, S.A. y Alfonso Antonio Lau Mendoza y Verónica Yuliana Rodríguez Ramírez.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de julio de 2020, en los asuntos acumulados C-224/16 CY y Caixabank, S.A. y C-259/19 LG, PK y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.