



ZORU KLAUSULAK, HIPOTEKA GASTUAK ETA EGINTZA JURIDIKO DOKUMENTATUEN GAINEKO ZERGA. JURISPRUDENTZIAREN BILAKAERA ETA AUZIEN EBAZPENA (2013-2019).

Zuzenbide Zibila. Kontsumo Zuzenbidea. Hipoteka-Zuzenbidea.

Andoni POLO ROCA

AURKIBIDEA: I. Sarrera: 1. Zoru Klausulak.- **II. Zoru klausulen auziaren bilakaera eta horren nondik norakoak:** 1. Auziaren hasiera. 2. Auzitegi Goraren 2013ko maiatzaren 9ko epaia. 3. Kode Zibileko 1303. artikulua, atzeraeraginkortasun eza eta "*trastornos del orden económico*".- **III. Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren erabakia:** 1. EBJAren aurreko arazo prejudizialak. 2. EBJAren erabakia eta epaia.- **IV. EBJAren epaiaren ondorengo egoera:** 1. 1/2017 Errege Lege Dekretua, urtarrilaren 2koa, zoru klausulen arloan kontsumitzaileen babeserako premiazko neurriei buruzkoa. 2. Auzitegi Gorenaren jurisprudentziaren ildo aldaketa. 3. Gardentasun falta: gakoa. 4. EBJAren epaia eta epai irmoak. 5. Kostak.- **V. Egintza Juridiko Dokumentatuen gaineko zerga: horren auzia eta ebazpena:** 1. Egintza Juridiko Dokumentatuen gaineko zerga. 2. AGren Egintza Juridiko Dokumentatuen gaineko zergari buruzko auzia. 3. Abokazioa eta hierarkia AGko Salan. 4. Gobernuaren erantzuna: 17/2018 Errege Lege Dekretua.- **VI. Hipotekaren gastuak: notario, erregistratzaile, gestoria eta izapide gastuak:** 1. Hipoteka-gastuak, oro har. 2. 2019. urteko AGko epaiak: notario-, erregistratzaile- eta gestoria gastuak. 3. Bankuko irekitze komisioa.- **VII. Ondorioak.- Bibliografia.**

I. Sarrera

Merkatu hipotekarioan, errenta aldakorreko intereseko hipoteka maileguak kapital eta interesen itzultze izaeran komertzializatu ohi dira, beste edozein finantza-produkturen moduan, eta interes horiek *Euriborra*¹ gehi ehuneko-zifra finko bat izan ohi dira (adib. *Euribor* + %3), azken honi, batera, interes tasa deritzo. Interes tasa hori bankuak lagatuko maileguaren gain ezarriko da, itzuli diren eta itzuli ez diren kuotei dagokienez.

2007ko ekonomia-krisia zela eta, Europako Banku Zentralak (EBZ), euroa moneta moduan duten EBko estatukideen banku zentrala, europar finantza-merkatuaren egituraren funtzionamendu egokiaz arduratzen dena, moneta-fluxua sartu zuen merkatuan, estatukideen zor publikoa erostearen bidez, ekonomia suspertzeko eta krisiari aurre egitearren². Moneta-fluxu sartze horren ondorioz eta europar merkatuan diru kantitateak gora egin zuenez, interes tipoek behera egin zuten (diruaren prezioak behera egin zuten), haien artean *Euriborra*.

¹ *Euro Interbank Offered Rate* ingeles hitzen akronimoa, hau da, bankuarterko eskaintzaren europar tipoa, egunero argitaratzen den erreferentzia indizea dugu hau, hirugarrenei (partikular edo enpresa) lagatzeko helburuarekin europar banku ugarik haien artean, epe laburrean, egiten dituzten maileguen batz besteko interes tipoa.

² EBZk estatukideen zor publikoa erostean duenean eta merkatuan diru sartzen duenean, merkatuan diru kantitate gehiago dago, eta horrek diruaren prezioak behera egitea ekartzen du.





Diruaren prezioak (interes tipoa) behera egin zuenez, transakzio ekonomikoak merkeago egin ziren, bankuek haien artean egiten dituzten maileguen prezioa barne, horrek mailegu horien prezioak (*Euribor*) behera egitea suposatu zuen.

Hori aurreikusita, banku-erakundeak, haientzat oso kaltegarria izango litzatekeen interes tasa negatibo bat ekiditeko, hipoteka-maileguen kontratueta klausula berezi batzuk sartzen hasi ziren, non ezarriko zen interes tasa, memento horretan edozein zela ere, ez zela inoiz ere zifra zehatz bat baino txikiagoa izango (adib. %4). Modu horretan, egoera ekonomiko txarrean interes tasa %4 baino gutxiagokoa izatea ekartzen bazuten, mailegu-hartzaileek %4ko muga hori ordaintzen jarraituko lukete. Horri deritzogu zoru klausulak.

1. Zoru Klausulak

Aurretik esan bezala, krisialdiak interes-tasan izango zituen eraginak kontuan hartuta, bankuak, hipoteka-kontratueta, interes-tasa ezingo zela inoiz ere “x” baino txikiagoa izan jasotzen hasi ziren eta hor zoru klausulak delakoak agertu zitzaizkigun.

Zoru klausula (*cláusula suelo*) edo hipoteka-zorua (*suelo hipotecario*), hipoteka-mailegu aldakor baten kontratuan ezartzen den kontratu-klausula bat da, zeinak mailegu kuotari ezarriko zaion gutxieneko interes-tasa muga bat ezartzen duen; modu honetan, interes-tasa negatiboa izan arren, mailegu kontratueta ez da inoiz ere negatiboa izango, hau da, klausula horrek ekidindo du interes negatibo hori hileko kuotari ezarri ahal izatea.

Gerta daiteke, zoru klausularekin batera, sabai klausula (*cláusula techo*) edo hipoteka-sabaia (*techo hipotecario*) ere egotea, zoru klausula bezalako beste kontratu-klausula bat da, baina, kasu honetan, klausula honek ekidindo du interes-tasak gora egiten duenean gehieneko muga bat ezartzea.

Hemen ikus dezakegu zoru klausula eta sabai klausula duen hipoteka-mailegu baten kontratu baten klausula: *“No obstante lo anterior, ambas partes acuerdan que el interés a aplicar en la presente operación no podrá ser nunca inferior al tres por ciento anual nominal, ni superior al quince por ciento nominal, de tal forma que si del cálculo del tipo de interés a aplicar en cada periodo de revisión, según lo dispuesto en los párrafos anteriores, resultará un interés inferior al citado tres por ciento, o superior al quince por ciento, se aplicarán estos últimos tipos, según corresponda.”* Argi ikus daitezke zoru eta sabai "klausulak" kontratu honetan³, interesa ehuneko hiru baino gutxiagoa ezingo dela izan (zorua) eta ehuneko hamabost baino gehiagokoa ezingo dela izan (sabaia).

II. Zoru klausulen auziaren bilakaera eta horren nondik-norakoak

³ "Klausula" deritze baina, berez, ez dira kontratu-klausula *per se*, kontratua osatzen duten klausulen artean horretako klausula batek jasotzen dituen interes "arau" edo "irizpideak" baizik. Klausula bakarrak jaso ohi ditu eta, normalean, ezargarria izango den interesa jasotzen duen klausularen barnean jasotzen dira.





1. Auziaren hasiera

Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC) elkarteak, akzio kolektibo baten egikaritzan, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA)*, *Cajamar Caja Rural*, *Sociedad Cooperativa de Crédito* eta *Caja de Aborros de Galicia-Caixa Galicia*⁴ banku-erakundeen aurka kontsumitzaileen eta erabiltzaileen defentsarako kontratazio baldintza orokorre berrak bukarazte-akzio (*acción de cesación*) bat tarteratu zuten.

2010. urtearen hasieran Sevillako Merkataritza Epaitegiak (2. zk.) demanda onetsi eta klausulen deuseztasuna adierazi zuen, bai eta *BBVA*, *Caixa de Galicia* eta *Cajamar* bankuei klausula horiek ez erabiltzeko agindua ezarri zien ere.

Demandatutako bankuek helegitea tarteratu zuten Sevillako Probintzia Auzitegiaren aurrean (bosgarren atalean) eta auzitegiak helegitea onetsi zuen, hiru bankuei arrazoia emanez, eta auzitegiak klausulen deuseztasunaren aurka egin zuen eta demandatzaileen uzi denak bertan behera utzi zituen. Horren aurka *AUSBANC* elkarteak Auzitegi Gorenaren aurrean kasazio helegitea aurkeztu zuen.

2. Auzitegi Goraren 2013ko maiatzaren 9ko epaia

Gauzak horrela, Auzitegi Gorenak, 2013ko maiatzaren 9an, 1.916/2013 epaia⁵ eman zuen. Auzitegi Gorenak zoru klausulak legezkoak direla adierazi zuen, hau da, zoru klausulak *per se* ez direla ez-legezkoak, baina AGk zoru klausulak ezartzeko era ez-legezkoa zela adierazi zuen, hori da ez-legezkotasunaren muina eta arrazoia.

Hau da, AGren aburuz, zoru klausulak ez dira gardenak izan, ez zelako informaziorik eman, ez zirelako argi azaldu, ez zirelako modu argian jaso... Auzitegiak adierazi zuen informazio falta horrek kontratu batek bete behar dituen betekizunen aurka jo zuela: adostasuna, objektua eta kausa (KZ 1261.1. art.).

Hortaz, borondatearen gaineko bizioa zegoen kontratu horietan eta, hori dela eta, zoru klausulen gaineko deuseztasuna ematen zen (KZ 1265. eta 1266. art.), baina klausulak ez ziren deusezak funtsa kontuan hartuta, horiek saltzeko moduaren argitasun falta kontuan hartuta baizik, horregatik AGk abusuzko klausulatzat hartu zituen, eta horregatik borondatearen gaineko bizioa zegoen, bezeroek jakin izan balute klausula hori zer zen eta zein eragin edukiko zituen horrek, ez luketelako onartuko. Hau da, bezeroek ez zekiten klausula hori zegoela, ez zitzaielako modu argian azaldu, horrek borondatea biziatu zuen eta klausula horiek deuseztasuna ekarri.

⁴ Gaur egun, *Nova Caixa Galicia* (*Caixa Galicia* eta *Caixanova* aurrezki kutxek 2010. urtean egindako fusioa, 2010-2012 urteen artean aurrezki kutxa izaeradun erakundea eta, 2012. urtetik aurrera, fundazio izaeradun eta Fundación Galicia Obra Social izendun erakundea).

⁵ AGko 2013ko maiatzaren 9ko 1.916/2013 epaia (errek. zk. 485/2012), epaile txostengilea Rafael Gimeno-Bayon Cobos magistratu jn.





3. Kode Zibileko 1303. artikulua, atzeraeraginkortasun eza eta "*trastornos del orden económico*"

Baina Auzitegi Gorenaren 1.916/2013 epaiak atzeraeraginkortasun⁶ bat ere ezarri zuen. Auzitegiak zoru klausula guztien deuseztasuna adierazi zuen, abusuzkoak baitziren (borondatearen gaineko bizioa zela eta), baina epaia eman zen egunetik aurrerakoak (2013ko maiatzaren 9a) bakarrik izango ziren erreklamatzeko modukoak. AGk, horretarako, hauxe arrazoitu zuen "*la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico*"⁷.

Hemen dugu arazo nagusia, Espainiako Kode Zibileko 1303. artikulua modu argian adierazten du: "*Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses*". Hau da, zoru klausula horien deuseztasuna behin adierazita, bi alderdiek (mailegu-emailea eta maileguhartzailea) elkarri berrezarri behar diote kontratuaren muina izan diren gauzak.

Kode Zibila, hortaz, argia da, bankuek diru guztia itzuli behar zuten espainiar legediari jarraiki, baina AGk arrazoi eta egoera ekonomikoa argudiatu zuen (*trastornos del orden económico*) KZko artikulua hori ez ezartzeko, legea bera ez ezartzeko. Auzitegi Gorenak, legea ezarri behar duen erakundeak, ez zuen legea ezarri, arrazoi ekonomikoa oinarri hartu zituen.

2015eko otsailaren 26an, Botere Judizialaren Kontseilu Orokorrak komunikatu bat eman zuen⁸ Auzitegi Gorenaren Zibil Salako Osoko Bilkurak zoru klausulen deuseztasuna berresten zuela adieraziz eta berrezartze-eraginak onartzen zirela 2013ko maiatzaren 9tik aurrera deusez adierazitako zoru klausulen kasuan. Hau da, AGk bere epaian esandako berdina, KZko 1303. artikulua hautsiz.

III. Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren erabakia

1. EBJAren aurreko arazo prejudizialak

Granadako Merkataritza Epaitegiak (1. zk.) eta Alacanteko Probintzia Auzitegiak, azken honek bi aldiz, bi auzi desberdinetan, Europar Batasuneko Justizia Auzitegiari hiru arazo prejudizial helarazi zizkieten, hirurak zalantza berdinarekin. Horien arazo prejudizialen oinarria, batik bat, bi arauetan zuen funtsa: batetik KZko 1303. artikuluan eta, bestetik, Kontseiluaren 93/13/CEE Zuzentaraua, 1993ko apirilaren 5koa, kontsumitzaileekin egiten

⁶ *retroactividad*, gaztelaniaz.

⁷ AGE 1.916/2013, 293. par.

⁸ Hauxe da emandako komunikatua: "*El Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo ha vuelto a debatir sobre las denominadas cláusulas 'suelo' hipotecarias [...] la Sala ha confirmado su propia doctrina que estableció que eran nulas, por abusivas, las cláusulas de ese tipo con falta de transparencia. Además, ha matizado que el efecto restitutorio de las cantidades ya abonadas en virtud de cláusulas suelo declaradas nulas por falta de transparencia se producirá desde la fecha de publicación de la sentencia de la propia Sala, de 9 de mayo de 2013 [...]*"





diren kontratuen abusuzko klausulei buruzkoa, bere 6.1. artikuluan. Haien zalantza AGk adierazi zuen atzeraeraginkortasun ezari buruzkoa zen.

2015eko irailaren 24an Europar Batzordeak, EBko Justizia Auzitegiak eskatuta, C-154/15 auziari (Granadako Merkataritza-Epaitegiaren arazo prejudiziala) buruzko txostena eman zuen, Espainiako Auzitegi Gorenaren doktrinaren aurka joz. Batzordeak auzitegi nazionalek kontsumitzaileek ordaindutakoaren itzulerari ezin diotela mugarik ezarri adierazi zuen, klausula bat deuseztat hartzen bada, jatorriz izango da deusez.

2. EBJAren erabakia eta epaia

2016ko abenduaren 21ean EBko Justizia Auzitegiak, bere Sala Nagusiak, auzi honi buruzko epaia eman zuen⁹. EBJAk adierazi zuen auzitegi nazionalek ezin ziotela mugarik ezarri kontsumitzaileek ordaindutakoaren itzulerari, bestela kontsumitzaileen babes hautsiko litzateke eta babes gabe geldituko lirateke horiek (72. par. eta hur.). Klausula, halaber, deuseztat hartzen bada, ezingo da mugarik ezarri berrezartze eskubidean, klausula jatorriz delako deuseza, eta, ondorioz, elkarri berrezarri behar diote klausula horren existentzia ezaren mementoan zegoen zuzenbide eta egitatezko egoera¹⁰.

Desberdindu behar da, bestalde, preskripzio epea eta atzeraeraginkortasuna, kontsumitzaileek bere eskubidea egikartzeko preskripzio epe bat izatea legezkotzat hartu zuen EBJAk (Kode Zibilak horrela ezartzen duelako), baina, esan bezala, AGk ezarritako atzeraeraginkortasun eza guztiz hautsi zuen europar auzitegiak.

Horretarako EBJAk Kontseiluaren 93/13/CEE Zuzentaraua, 1993ko apirilaren 5koa, kontsumitzaileekin egiten diren kontratuen abusuzko klausulei buruzkoa hartu zuen kontuan, orokorrean, eta bereziki bere 6.1. artikulua, eta KZko 1303. artikulua. Epai honekin EBJAk abokatu orokorraren aurka egin zuen, azken horrek, bere ondorioetan, mugapenaren alde egiten baitzuen; eta, epaiarekin, banku-erakundeen aurka egin zen ere, horiek argudiatutako "trastornos del orden económico" eta "quiebra del sistema bancario y financiero" arrazoiak bertan behera utziz¹¹.

⁹ EBJA (Sala Nagusia), 2016ko abenduaren 21eko epaia, C-154/15, C-307/15 eta C-308/15 pilatutako auziei buruzkoa (Gutiérrez Naranjo *v.* Cajasur Banco, Palacios Martínez *v.* BBVA, Irlés López eta Torres AndreuBanco *v.* Popular Español auziak).

¹⁰ 2016ko abenduaren 21eko EBJAko epaia (66. par.): "[...] *que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva.*"

¹¹ Arraro izan ziren, auzi honetan, Paolo Mengozzi Abokatu Orokor jaunaren ondorioak, EBJAk azkenean emandako epaiaren guztiz desberdinak izan baitziren. Bere ondorioetan abokatu orokor honek klausulak abusuzkoak zirenen alde egin zuen, baina horien berrezartze eraginak mugatzearen alde, Espainiako Auzitegi Gorenaren epaiaren alde eginez. "L'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, lu à la lumière des principes d'équivalence et d'effectivité, doit être interprété en ce sens que, dans les circonstances propres aux litiges au principal, il ne s'oppose pas à une décision d'une juridiction suprême par laquelle cette dernière constate le caractère abusif des clauses « plancher », ordonne la cessation de leur





IV. EBJAren epaiaren ondorengo egoera

1. 1/2017 Errege Lege Dekretua, urtarrilaren 2koa, zoru klausulen arloan kontsumitzaileen babeserako premiazko neurriei buruzkoa

Epai horrek *boom* hutsa ekarri zuen panorama juridikora. Horretarako Espainiako Gobernuak 1/2017 Errege Lege Dekretua, urtarrilaren 2koa, zoru klausulen arloan kontsumitzaileen babeserako premiazko neurriei buruzkoa onartu zuen. Bertan, abusuzko klausulen ondorioz, hipoteka-maileguetan soberan ordaindutako kantitateak erreklamatzeko epai bidez kanpoko prozedura bat ezarri zuen Gobernuak, epaitegien kolapsoa eman ez zedin, batez ere.

Araua indarrean sartzen zen mementotik (2017ko urtarrilaren 21a) bankuek hilabeteko epean kontsumitzaileek arlo honetan egingo dituzten erreklamazioez arduratuko den sail espezializatu bat sortu behar dute eta erreklamazioa aurkezten den mementotik hiru hileko epean erantzuna eman beharko zaie (3. art). Epe hori behin bukatuta bezero eta bankuaren arteko akordiorik ez balego epai bidezko prozedurara joan beharko litzateke.

2. Auzitegi Gorenaren jurisprudentziaren ildo aldaketa

2017ko otsailaren 15eko Auzitegi Gorenaren Zibil Salaren osoko bilkurak prentsa ohar bat eman zuen 740/2014 zk. kasazio errekurtsoarekin harremanetan.

Kasu honetan, *BBVA* bankuak kasazio errekurtsua (740/2014 zk.) tarteratu zuen AGren aurrean Bartzelonako Probintzia-Auzitegiak emandako epaiaren aurka eta Auzitegi Gorenak, EBJAren 2016ko abenduaren 21eko epaiaren ezarpena eginez, Bartzelonako Probintzia-Auzitegiaren epaia oso-osorik berretsi zuen, zeinak atzeraeraginkortasun osoa adierazten baitzuen.

Prentsa oharrean aurreratu bezala, AGk 2017ko otsailaren 24an eman zuen epaia (Pedro José Vela Torres jn. epaile txostengilea) *BBVA* bankuaren errekurtsua gaitzetsiz eta Bartzelonako Probintzia Auzitegiaren epaia osorik berretsiz.

Epai hori erabili zuen Auzitegi Gorenak bere jurisprudentzia ildoaren aldaketa egiteko, epaiaren bosgarren zuzenbide-oinarrrian argi ikus daitekeen moduan. Zentzu horretan auzitegiak gogorarazten du arazo prejudizialen epaiek *erga omnes* eraginak dituztela eta arazo prejudiziala egin duen epailea lotu ez ezik, epaile guztiak lotzen dituztela. Hori dela eta AGk argi uzten du 2013ko jurisprudentzia hausten duela, EBJAren ildo barne bilduz.

usage et leur élimination des contrats existants et déclare leur nullité tout en limitant, en raison de circonstances exceptionnelles, les effets, notamment restitutoires, de cette nullité à la date de son premier arrêt rendu en ce sens." Paolo Mengozzi Abokatu Orokor jaunaren Ondorioak (2016ko uztailaren 13a).





3. Gardentasun falta: gakoa.

Lehen esan bezala, Auzitegi Gorenak, bere 2013ko maiatzaren 9ko 1.916/2013 epaian, zoru klausulak abusuzkoak zirela adierazi zuen, baina ez *per se*, funtsean, ez-legezkoak direlako, horiek ezartzean gardentasun falta egon delako, kontsumitzaileei ez zitzaielako ondo azaldu zer ziren eta ez zitzaielako informaziorik eman, horrek borondatearen gaineko bizioa ekarri zuen eta horrek klausulen deuseztasuna (KZ 1265. eta 1266. art.).

Gardentasun hori oso garrantzitsua da, izan ere, Auzitegi Gorenak, bere 2017ko martxoaren 9ko 788/2017 epaian¹², zoru klausulei buruzko erreklamazio bat gaitzetsi zuen, klausula legezkoa zela eta abusuzkoa ez zela adieraziz. Kasu honetan, zoru klausula horrek elementu tipografiko bereziak zituen (beltzaranez, letra larriz eta nabarmenduta zegoen), hortaz, gardentasun azterketa pasa zuen klausula horrek eta, ondorioz, klausula ezin har zitekeen abusuzko klausulatzat.

4. EBJAren epaia eta epai irmoak

Auzitegi Gorenak gogorarazi du ere, bere 2017ko apirilaren 4ko autoan¹³, epai irmoei buruzko doktrina. Kasu horretan, Torremolinoseko Lehen Auzialdiko Epaitegiak emandako epai irmo baten aurka tarteratutako kasazio errekurtsua zen, EBJAk emandako epaiak ekarritako aldaketak berrikuspenera ahalbidetzen zuela argudiatuta.

AGk ez zuen berrikuspenerako kasazio errekurtsua tramitera onartu, ondorengo epai batek (EBJAko 2016ko abenduaren 21eko epaia) aurreko epai baten arrazoiketarekin bateraezina den jurisprudentzia ezarri arren, ezin dela epai irmo baten berrikuspenik egin adierazi zuen. Auzitegiaren arabera EBJAren epaia ez delako Auzipetze Zibilaren Legeak 510.1.1. artikuluan jasotzen duen "berreskuratutako dokumentu" (*documento recobrado*) terminoaren barruan sartzen.

Espainiar zuzenbide-antolamenduak, bestalde, epaien irmotasunari ematen dio gailentasuna, jurisprudentziaren ondorengo aldaketen gainetik, bai eta horiek Auzitegi Gorenak edo Konstituzio Auzitegiak ematen dituztenean ere, eta epai zibil irmo baten berrikuspenera bakarrik izango da posible, 7/2015 Lege Organikoa¹⁴ indarrean sartu ondoren, kasu berezietan, Europako Giza Eskubideen Auzitegiak epai hori Europako Giza Eskubideen Hitzarmenak jasotako eskubideren bat urratzen duela adierazten duenean.

¹² AGko 2017ko martxoaren 9ko 788/2017 epaia (errek. zk. 2223/2014), epaile txostengilea Ignacio Sancho Gargallo jn.

¹³ AGko 2017ko apirilaren 4ko autoa (errek. zk. 7/2017 zk.), epaile txostengilea Rafael Saraza Jimena jn.

¹⁴ 7/2015 Lege Organikoa, uztailaren 21ekoa, 6/1985 Lege Organikoa, uztailaren 1ekoa, Botere Judizialari buruzkoa aldatzen duena





5. Kostuak

Kostei dagokienez, Auzitegi Gorenak, 2017ko uztailaren 4ko 2.501/2017 epaian¹⁵, kostuak, arau orokor moduan, bankuak ordaindu beharko dituela, abusuzko zoru klausulak direla eta bankua kondenatua den prozesu orotan. Bosgarren zuzenbide-oinarrian auzitegiak argudiatzen du errekurtsua tarteratu duen kontsumitzaileak, auzia irabazi arren, auzialdietako bere defentsa eta ordezkariak ordaindu behar balitu, abusuzko klausularen existentzia ezaren zuzenbide eta egitatezko egoeraren berrezarpena ez litzatekeela emango.

Auzitegi Gorenak, horrela, Auzipetze Zibilaren Legeak eta 1/2017 Errege Lege Dekretuaren, urtarrilaren 2koaren, zoru klausulen arloan kontsumitzaileen babeserako premiazko neurriei buruzkoaren 4. artikulua jasotakoari aurka egiten dio.

V. Egintza Juridiko Dokumentatuen gaineko zerga: horren auzia eta ebazpena

1. Egintza Juridiko Dokumentatuen gaineko zerga

2018an liskar berri bat sortu zen hipoteka gastu eta zergen inguruan: norik ordaindu behar du Egintza Juridiko Dokumentatuen zerga¹⁶?

2015eko abenduaren 23ko 5.618/2015 epaian Auzitegi Goreneko Zibil Salak adierazi zuen, Ondare Eskualdatze eta Egintza Juridiko Dokumentatuen Zergari buruzko Legearen¹⁷ 28. artikulua oinarri hartuta, Egintza Juridikoaren Zergaren subjektu pasibotzat hartu behar zela mailegu-erakundea, hipoteka berme eskubide erreala bere alde eratzen baitzen eta eragin betearazle eta inskribagarriak dituzten kopiak bere alde egiten direlako ere. Horri jarraiki, tributu hori kontsumitzaileak ordaindu behar zuela ezartzen zuen klausula deuseztat zela adierazi zuen, abusuzkoa baitzen.

Epai eta erabaki hori hainbat fiskalistek eta tributu-eremuko adituek kritikatu zuten, OE eta EJDren Zergari buruzko Erregelamenduaren¹⁸ 68.II. artikulua zergaren subjektu pasiboa mailegu-hartzailea izango dela ezartzen duela¹⁹ argudiatuz eta jurisprudentziak horrela ere defenditu izan du (2017ko azaroaren 22ko 4.178/2017 epaia)²⁰.

¹⁵ AGko 2017ko uztailaren 4ko 2.501/2017 epaia (errek. zk. 2.425/2015), epaile txostengilea Francisco Marin Castan jn.

¹⁶ Zerga honen izen osoa hau da: Ondare Eskualdaketen eta Egintza Juridiko Dokumentatuen gaineko Zerga (*Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, gatzelaniaz)

¹⁷ 1/1993 Errege Legegintza Dekretua, irailaren 24koa, Ondare Eskualdatze eta Egintza Juridiko Dokumentatuen Zergari buruzko Legearen testu bategina onartzen duena.

¹⁸ 828/1995 Errege-Dekretua, maiatzaren 29koa, Ondare Eskualdatze eta Egintza Juridiko Dokumentatuen Zergari buruzko Erregelamendua onartzen duena.

¹⁹ "Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario." 68.II. art.

²⁰ Fiskalistek erabilitako argudio honi, halere, kritika handia egin diezaiokegu, artikuluko bereko lehen paragrafoak ondasun edo eskubidea lortzen duena, notario-dokumentuak eskatzen dituen edo dokumentua egotean interesa duen hori zergaren subjektu pasibotzat hartuko dela argi ezartzen baitu. Kasu honetan, bankuak izango du interes gehien notario dokumentua egitean.



AGko Zibil Salako eta Administrazioarekiko Auzi Jurisdikzioko ildo desberdinek epaitegi eta auzitegiei arazo asko eman zieten, bai eta hiritarrei, horien segurtasun juridikoa kolokan jartzen zuelako ildo bi horien arteko desberdintasunak.

2. AGren Egintza Juridiko Dokumentatuen gaineko zergari buruzko auzia

Gauzak horrela, 2018ko urriaren 16an, Auzitegi Goreneko hirugarren salak, Administrazioarekiko Auzi Jurisdikzioko Salak, 3.422/2018 epaian²¹, zergaren legea eta erregelamendua interpretatuz, adierazi zuen mailegu-hartzailea ez dela zergaren subjektu pasiboa hipoteka bermea duen maileguetako notario-idazkietan, mailegua ematen duen erakundea baizik, inskribagarria den negozioa hipoteka delako eta inskribatzeko helburuarekin eskritura publikoan jasotzeko interesa duena mailegu-emailea da, soilik inskripzio horren bidez hipotekak ematen duen akzio betearazle eta pribilegiatua egikaritu ahalko duelako.

Epai horrek, beraz, Ondare Eskualdatze eta Egintza Juridiko Dokumentatuen Zergari buruzko Errege Dekretuko 68. artikulua indargabetzen du, horren aurkakoa baita. Epaiak bi boto partikular ditu: Dimitry Berberoff magistratu jaunarena, aurreko jurisprudentzia mantentzearen aldekoa dena, eta Nicolás Maurandi magistratu jaunarena, EK-ko 31. artikuluko ahalmen ekonomikoari lotutako bi zergen existentzia egon beharko litzatekeela defendatzen duena.

Epai honekin AGko Zibil eta Administrazioarekiko Auzi Jurisdikzioko bi Salen jurisprudentzia-ildo bat batu egin zen²², baina hautsak harrotu zituen ebazpen honek. Epai eman eta hurrengo egunean Auzitegi Goreneko hirugarren Salak, AAJkoak, gai honi buruzko errekurso guztiak geldiarazi zituen eta AGko AAJko Salako Presidenteak, Luís María Díez-Picazo jaunak, Osoko Bilkura deitu zuen (31 magistratuk osatutakoa), jurisprudentzia aldaketa honi buruz erabakitzeko, AAJko Salako Presidenteak jurisprudentzia aldaketa honek oihartzun, ondorio eta eragin ekonomiko-sozial oso handiak izango zituela argudiatuz.

2018ko azaroaren 6an Auzitegi Goreneko Administrazioarekiko Auzi Jurisdikzioko Salak, osoko bilkuran, 15 aldeko eta 13 aurkako bozekin (presidentearen boza ezinbestekoa izan zen)²³, mailegu-hartzailea (bezeroa) zela Egintza Juridiko Dokumentatuen zerga ordaindu behar zuena erabaki zuen. Modu honetan, AGk urriaren 16ko epai bertan behera utzi eta aurreko jurisprudentziara itzuli zen.

²¹ AGko 2018ko urriaren 16ko 3.422/2018 epaia (errek. zk. 5.350/2017, ebaz. zk. 1.505/2018), epaile txostengilea Jesus Cudero Blas magistratu jn.

²² Horren ondoren beste bi epai eman ziren ildo hori jarraituz: AGko 2018ko urriaren 22ko 1.523/2018 epaia (errek. zk. 4.900/2017) epaile txostengilea José Díaz Delgado magistratu jn eta AGko 2018ko urriaren 23ko 1.531/2018 epaia (errek. zk. 1.168/2017), epaile txostengilea Nicolás Antonio Maurandi Guillén magistratu jn.

²³ El País (2018): "El Supremo decide que el cliente pague el impuesto de las hipotecas tras un duro debate y por 15 votos a 13", https://elpais.com/economia/2018/11/06/actualidad/1541508837_018957.html, azken bisita 2019ko urtarrilaren 30ean





AGk 2018ko azaroaren 27ko 1.670/2018 epaian²⁴ eman zuen erabaki horren ezarpenean emandako lehen ebazpena. Horretan, Madrilgo JANeko banku-erakundeen aldekoak ziren epaien aurkako *Rivas-Vaciamadrid* Etxebizitza Udal Empresak²⁵ AGren aurrean tarteratutako hiru errekursoak ezetsi ziren.

Epai horrek AGren hirugarren Salako gatazka eta banaketa agerian utzi zuen, izan ere, osoko bilkurako 11 magistratuk 6 boto partikula oso gogor eman zituzten Salak hartutako erabakiaren aurka: jurisprudentzia aldaketa drastikoa²⁶, herritarrek justizian duten konfiantza apurtzea²⁷ eta segurtasun juridikoaren defentsa²⁸ bezalako kritikak egin zitzaion erabakiari epai horretako boto partikularretan.

Sortutako egoeraren ondorioz, Auzitegi Goreneko Administrazioarekiko Auzi Jurisdikzioko Salako Presidenteak, Luís María Díez-Picazo magistratu jaunak, ordena eskatu zuen Salaren barruan, Auzitegi Gorenak (horren magistratuek) bere jurisprudentziaren balioa zalantzatan jartzen badute, ezingo dela jurisprudentzia horren errespeturik eskatu esanez.

3. Abokazioa eta hierarkia AGko Salan

Esan bezala, Auzitegi Goreneko hirugarren Salak, Administrazioarekiko Auzi Jurisdikziozkoak, gai honi buruzko errekurso guztiak geldiarazi eta Salako buruak, Luís María Díez-Picazok, Osoko Bilkura deitu zuen, baina ondo egin al zen salako osoko bilkurarako “igoera” hori?

“Igotze” horri abokazioa deritzogu eta 40/2015 Legeak, urriaren 1ekoak, Sektore Publikoaren Araubide Juridikoari buruzkoak, bere 10.1. artikuluan, abokazioa hierarkikoki gorena den organo batek bere menpe dauden gai bat edo batzuk ahalko dituela abokatu (bereganatu), inguruabar ekonomiko, sozial, juridiko edo lurraldearrek hala eskatzen dutenean. Gakoa hemen “hierarkia” osagaia da, antolamenduaren barnean dagoen hierarkia.

BJLOko 196. artikulua idazkera hauxe da: “*En los casos en que la ley no disponga otra cosa bastarán tres Magistrados para formar Sala*”. Hiru magistraturen eratzek sortzen du Sala, hortaz. “*Bastard?*” hitzak argi uzten du Sala hiru magistratuk baino gehiagok osa dezaketela (KZ 3.1. art.) eta hori bera jasotzen du 196. artikulua amaieran: “*Ello no obstante, podrán ser llamados, para formar Sala, todos los Magistrados que la componen, aunque la ley no lo exija, cuando el Presidente, o la mayoría de aquéllos, lo estime necesario para la administración de justicia*”.

²⁴ AGko 2018ko azaroaren 27ko 1.670/2018 epaia (errek. zk. 1.049/2017), epaile txostengilea Jorge Rodríguez-Zapata Pérez magistratu jn.

²⁵ *Empresa Municipal de la Vivienda del Ayuntamiento de Rivas S.A. (Empresa Municipal de la Vivienda de Rivas Vaciamadrid)*, Rivas Vaciamadrid udalaren baltzu anonimoa.

²⁶ “*un drástico viraje jurisprudencial [...] tan inopinado como radical*”

²⁷ “[...] *la confianza queda gravemente quebrantada si, después de un cambio jurisprudencial extensamente argumentado, el más alto órgano jurisdiccional del Estado lo deja sin efecto, [...], en el breve espacio temporal de un número de días que no completa un mes.*”

²⁸ “[...] *la certidumbre y seguridad jurídica que descansa en la previsibilidad de las resoluciones judiciales, lo que resulta aún más importante en una materia como la tratada, en la que la sociedad está especialmente sensibilizada.*”





Testua, beraz, txarto ulertu du Auzitegi Gorenak, BJLOk ez du Salaren eta osoko bilkuraren arteko hierarkia-harremanik ezarri, “Sala bera” osatzeko forma desberdinak baizik, hiru magistratuz edo gehiagok osaturiko Sala bera (hiruk edo gehiagok osatzen dutenean Sala atal batean eratuko da eta osoko bilkurak osatzen duenean Sala osorik eratuko da).

6/1985 Lege Organikoaren lege-testuak ez du behin ere aipatzen abokazio hitza, ezta hierarkia hitza ere, eta bere 61.3. artikuluan hauxe aurkituko dugu “*Una Sección, formada por el Presidente del Tribunal Supremo, el de la Sala de lo Contencioso-administrativo y cinco Magistrados de esta misma Sala, que serán los dos más antiguos y los tres más modernos, conocerá del recurso de casación para la unificación de doctrina cuando la contradicción se produzca entre sentencias dictadas en única instancia por Secciones distintas de dicha Sala*”. Modu horretan eratutako Sala hori izango da, ondorioz, eta (kasu honetan egon ez den) aurretiazko kasazio errekurtsioa tarteratuta, betiere, epaia eman eta doktrina batu ahalko duena.

29/1998 Legearen, uztailaren 13koaren, Administrazioarekiko Auzi Jurisdikzioa arautzen duenaren 6. artikulua administrazioarekiko auzi jurisdikzioa osatuko dutela AAJko epaitegiek, AAJko epaitegi zentralek, JANetako AAJko Salek, Auzitegi Nazionalako AAJko Salak eta Auzitegi Goreneko AAJko Salak. Zuzenbidearen printzipio orokorretako batek argi uzten du “legeak bereizten ez duena ezin da bereizi”²⁹ eta artikulua honek argi uzten du Administrazioarekiko Auzi Jurisdikzioak Sala bakarra duela, bi eratan osa daitekeen Sala bakarra, bi eraketa desberdin eduki ditzakeen Sala bakarra³⁰.

Hori guztiori berresten du 29/1998 Legearen 246. artikulua: “*Los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala se reunirán para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales [...]*”, baina irizpide desberdinen batasuna egitea ez da irrimoak diren epaiak ezeztatzea edo baliogabetzea.

Arazoa larriagoa da 29/1998 Legearen 92.7. artikulua ezartzen duelako gai baten garrantziak hala eskatuta Salako buruak, ofizioz edo errekurtsioaz ezagutzeko ataleko magistratuen gehiengoak eskatuta, bista eta epaitzaren bozketa osoko bilkuran izatea erabaki ahalko duela. Uler dezakegu, hortaz, *a sensu contrario* bista eta epaitzaren bozketa egin baino lehen batu beharko dela osoko bilkura eta ez horiek behin eginda, epai irmo baten aurrean egonda.

Gogoratu behar dugu, bestalde, abokazioa emateko, hierarkia-harremanaz aparte, delegazio edo eskuordetze bat beharko genukeela eta hemen Sala bakar bat dugu. Artikuluaren hitzez hitzezko idazkerari jarraiki (KZ 3.1. art.) zalantzarik gabeko interpretazio bat egin dezakegu: *primus inter partes* soil bat daukagu hemen, ez hierarkia-harremanik.

²⁹ *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, latinez (*donde la ley no distingue no se debe distinguir* edo *donde ley no distingue no cabe distinguir*, gaztelaniaz).

³⁰ *Cfr.* MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, BARONA VILAR, Silvia (2018): *Derecho Jurisdiccional I Parte General*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valentzia.





4. Gobernuaren erantzuna: 17/2018 Errege Lege Dekretua

Erabakia jakin bezain laster, Espainiako Gobernuak Ondare Eskualdatze eta Egintza Juridiko Dokumentatuen Zergari buruzko Legea aldatuko zuela iragarri zuen eta horrela egin zuen 17/2018 Errege Lege Dekretuarekin, azaroaren 8koarekin³¹.

Errege Lege Dekretu honek, azaroaren 9an indarrean sartu zenak, Ondare Eskualdatze eta Egintza Juridiko Dokumentatuen Zergari buruzko Legearen 29. artikulua aldatu zuen, hipoteka bermea duten maileguetako eskriturretan mailegu-emailea subjektu aktiboa izango dela ezarri.

VI. Hipotekaren gastuak: notario, erregistratzaile, gestoria eta izapide gastuak

1. Hipoteka-gastuak, oro har

2015eko abenduaren 23ko 5.618/2015 epaian³² Auzitegi Gorenaren Zibileko Salak ezarri zuen prozesuz aurreko, prozesuz barruko (kostak adib.) edo beste izaera bateko gastuak, Auzipetze Zibilaren Legeak arautzen duenaren menpe daudela, hortaz, AGk argi utzi zuen horrelako klausulek ez dutela soilik bezero, erabiltzaileen eta kontsumitzaileen babeserako legedia urratzen, Espainiako ordenamenduaren legedi orokorra ere, adibidez, aipatutako Auzipetze Zibilaren Legea (AZL 394. eta 398. art., adierazpen prozesuen kasurako, eta AZL 559. eta 561. art., betearazpen prozesuen kasurako).

Bigarrenik, eskritura notarialen formalizazioari edo inskripzioari, edo notarioen edo jabetza erregistratzaileen zergari dagokionez, ezin zaio bezeroari ezarri gastu hori, gastu hori izapide edo tramite horien onuraz gozatuko duen subjektuari ezarri behar zaizkiolako; hipoteka berme erreal batez babestutako mailegua denean, mailegu-emailea izango da onuraduna, maileguaren gaineko berme erreala eratuko delako (hipoteka), betearazpen-titulua lortuko duelako eta betearazpen berezia lortuko duelako (betearazpen hipotekariora)³³ eta tributu arloan banku-erakundea hartu zuen subjektu pasibotzat³⁴.

³¹ 17/2018 Errege Lege Dekretua, azaroaren 8koa, 1/1993 Errege Legegintza Dekretuak, irailaren 24koak, onartutako Ondare Eskualdatze eta Egintza Juridiko Dokumentatuen Zergari buruzko Legea aldatzen duena.

³² AGko 2015eko abenduaren 23ko 5.618/2015 epaia (errek. zk. 2.658/2013; ebaz. zk. 705/2015), epaile txotengilea Pedro José Vela Torres magistratu jn.

³³ AGE 5.618/2015, 5. ZO, 7. atala.

³⁴ "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.", AGE 5.618/2015, 5. ZO, 7. atala.





Gauza bera adierazi zen 2016ko azaroaren 14ko Pontevedrako Probintzia Auzitegiko 2.261/2016 epaian³⁵, bai tramiteen, bai notarioen eta erregistratzaileen bai prozesuzko gastuei buruz³⁶. Auzitegi Gorenaren epaia horretatik aurrera epaitegiek haien ebazpenak zabaldu dituzte, Auzitegi Gorenak berak mugatzaile funtzioak egiten baitzituen epai hau eman arte, batik bat.

Modu orokor batean, Auzitegi Gorenaren Zibil Salako 705/2015 epaia ere hartu behar dugu kontuan, izan ere, bertan adierazi egiten du AGk zein klausula izango diren deuzesak, zehazki aipatzen du hurrengo klausulak izango direla deusezak: *“las cláusulas que imponen al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato como consecuencia de la intervención notarial y registral y el pago de los tributos en los que el sujeto pasivo es el banco, como sucede en determinados hechos imponibles del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados”*.

Auzitegiak ildo honetatik ezarri egin du parte hartze notariala eta erregistralak sortutako gastuek ez dutela elkarrekikotasunik islatzen alderdien artean banatzeari dagokionez. Are gehiago, hipotekatzaileari ezartzen dio gastu horiek ordaintzeko beharra. Legeak aurreikusi egiten du banaketa bidezkoa egiteko aukera, izan ere suposatzen da mailegua egitearen onuraduna bezeroa izango dela, baina kontuan hartu behar da errealitatean ez dela horrela, izan ere hipotekaren bermea mailegu-emailearen onuran ezarri egiten da, hots, bankuaren onuran. Ondorioz, kontsumitzaile den bezeroarengan desoreka bat sortu egiten du, negoziazioa indibidualki egin izatekotan ez lukeelako gastu horiek onartuko. Gainera, klausula hori *TRLGCU*ko 89.2 artikuluan abusuzko klausula bezala tipifikatu egiten du.

Auzitegi Gorenak sententzia honetan, 550/2000 epaia ere aipatu egiten du, kontsumitzaile edo erosleari ezarri zaion klausula, hipoteka bat sortzeagatik eratortzen diren gastuak ordaintzeko beharra, gehiegikeriazkoa eta ondorioz, deuseza dela adieraziz.

2. 2019. urteko AGko epaiak: notario-, erregistratzaile- eta gestoria gastuak

Honi guztiari aldaketa berri bat eman zion Auzitegi Gorenak 2019. urtearen hasieran. AGko Zibil Salako Osoko Bilkurak abenduaren 23ko 705/2015 epaiak mailegu-hartzaileari gastu eta zerga guztiak ordaintzeko betebeharra ezartzen dion klausularen gain adierazitako deuseztasunaren eraginei buruz ebatzi zuen urtarrilaren 23an emandako bost epaietan³⁷.

³⁵ Pontevedrako PAko 2016ko azaroaren 14ko 2.261/2016 epaia (errek. zk. 662/2016; ebaz. zk. 534/2016).

³⁶ *“Ahora bien, la cuestión ha sido resuelta por la STS de 23 diciembre 2015 que se refiere concretamente a este impuesto, considerando abusiva la carga de satisfacer su coste de forma total y absoluta al prestatario.”*

³⁷ AGko 2019ko urtarrilaren 23ko 44/2019 epaia (errek. zk. 2.982/2018), epaile txostengilea Rafael Sarazá Jimena magistratu jn.; AGko 2019ko urtarrilaren 23ko 46/2019 epaia (errek. zk. 2.128/2017), epaile txostengilea Pedro José Vela Torres magistratu jn.; AGko 2019ko urtarrilaren 23ko 47/2019 epaia (errek. zk. 4.912/2017), epaile txostengilea Pedro José Vela Torres magistratu jn.; AGko 2019ko urtarrilaren 23ko 48/2019 epaia (errek. zk. 5.025/2017), epaile txostengilea Pedro José Vela Torres magistratu jn.; AGko 2019ko urtarrilaren 23ko 49/2019 epaia (errek. zk. 5.298/2017), epaile txostengilea Pedro José Vela Torres magistratu jn.



Gastu notarialeak dagokienez, maileguaren eta hipotekaren gogoeta unitarioa egin behar dela: mailegu hipotekarioa; eta horren gain ezarriko da zerga notariala.

1426/1989 Errege Dekretuaren, azaroaren 17koaren, Notarioen zerga onartzen duenaren II. Eranskinaren seigarren arauak ezartzen du ordainketa betebeharra notarioaren parte hartzea eskatzen duen aldeari dagokiola edo, kasuz kasu, arau substantibo eta fiskalen arabera interesdun direnei.

Araudi hori kontuan hartuta AGk notarioaren parte hartzea bi alderdiei interesatzen zaiela adierazten du³⁸, mailegu-emailearen interesa betearazpen titulu batean aurkituko dugulako (AZL 517.2.4. art.) eta mailegu-hartzailearen interesa hipoteka bermea duen mailegu bat lortzean, berme erreala duten maileguek duten interes gutxiago duena. Auzitegiak, beraz, gastu notarialak erdi bana egin beharko direla ezarri zuen.

Modifikazio edo aldaketa kasurako berdina ebatzi zuen auzitegiak, erdi bana, baina b kasurako, ordea, AGk argudiatu zuen mailegu-hartzailearentzat onura bat dela (karga horretaz askatzen delako) eta bera dela interesduna, mailegu-hartzaileak ordaindu behar duela ezarri³⁹.

Mailegu hipotekarioarekin harremana duten eskritura notarialen kopiei dagokionez, horiek eskatzen dituenak ordaindu beharko ditu, eskaera egiteak interesdun izatea ekartzen baitu.

Jabetza erregistroaren gastuei begira, 1427/1989 Errege-Dekretuaren, azaroaren 17koaren, Jabetza Erregistratzaileen Arantzela onartzen duenaren II. Eranskinaren Zortzigarren Arauak, bere lehenengo atalean, ezartzen du erregistratzailearen gastuak eskubidea bere alde inskribatu duenak ordainduko duela.

Horri jarraiki, AG ebatzi zuen mailegu hipotekarioa mailegu-emailea den bankuaren alde inskribatzen dela, berari dagokio, hortaz, mailegu hipotekarioa duen kontratuaren inskripzioak ekartzen dituen gastuak ordaintzea⁴⁰. Bertan behera uzteko eskrituraren inskripzioa, ordea, karga horretaz askatzen duenez eta mailegu-hartzailearentzat onura bat denez, mailegu-hartzaileak ordaindu beharko ditu⁴¹.

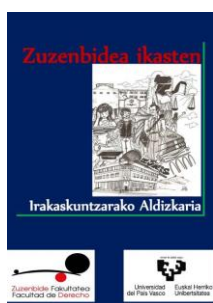
Gestoria gastuak nork ordaindu behar dituenari buruzko auzia zailagoa izango zaigu, ez dagoelako ordaintzea nori (mailegu-emaile edo mailegu-hartzaile) dagokion ezartzen duen

³⁸ Erabaki hau kritikagarria izan daiteke, izan ere, mailegu-emaileak izango du interes gehien notarioaren parte hartzean, Espainiako sistema hipotekarioan hipotekaren inskribapena eratzaila delako, ez adierazpen hutsezkoa, eta mailegu-emaileak nahiko du "berme" hori edukitzea (eta erregistroan bakarrik dokumentu publikoak inskribatu daitezke), horrek, gainera, betearazpen titulua emango diolako (AZL 517.2.4. art.), hortaz, ezin daiteke modu orokor batean esan bi alderdiek notarioaren parte hartzean dutela interesa, mailegu-emaileak izango baitu gehienetan.

³⁹ AGko 2019ko urtarrilaren 23ko 103/2019 epaia (errek. zk. 4.912/2017), epaile txostengilea Pedro José Vela Torres Magistratu jn., 5. ZO

⁴⁰ AGE 44/2019, 7. ZO, 17. atala.

⁴¹ AGko 2019ko urtarrilaren 23ko 103/2019 epaia (errek. zk. 4.912/2017), epaile txostengilea Pedro José Vela Torres Magistratu jn., 6. ZO





araurik. Horretarako AGk argudiatzen du 6/2000 Errege Lege Dekretuak, ekainaren 23koak, Ondasun eta Zerbitzuen Merkatuen Lehia areagotzeko berehalako neurriei buruzkoak, bere 40. artikuluan, gestorea izendatzerakoan bi alderdiak ados jarri behar direla ezartzen duela eta betebeharrak ez betetzea arau-haustetzat hartzen duela 26/1988 Legearen, uztailearen 29koaren, Kreditu Erakundearen Diziplina eta Esku-hartzeari buruzkoaren 48. artikulua ezartzen duenari jarraiki⁴².

Horri begira, auzitegiak, gestore baten zerbitzuak kontratatu direnean, gestio denak bi alderdien interes edo onuran egin direla ulertu zuen, beraz, gestoria gastuak erdi bana egin beharko direla ezarri zuen⁴³.

3. Bankuko irekitze komisioa

Irekitze komisioari dagokionez (*comisión de apertura*, gaztelaniaz), 2019ko epaien ebazpenei jarraiki, Auzitegi Goreneko Zibil Salak ulertu du irekitze komisioa ez dela maileguaren prezioetik at dagoen zerbitzu, ordaintze-interesak eta irekitze komisioak, biek, maileguaren prezioa osatzen dute, besteak beste, finantza-erakundeak mailegua ematearen truke jasoko dituen ordainketa nagusiak direlako.

Abenduaren 23ko 705/2015 epaiak mailegu-hartzaileari gastu eta zerga guztiak ordaintzeko betebeharrak ezartzen dion klausula deusez adierazi zuen, baina 2019an emandako bost epai hauetan iritzia aldatu du AGk. Auzitegiaren aburuz, irekitze komisio honek gardentasun azterketa gainditzen du eta informazio nahiko ematen da komisio honi buruz, hortaz, ezin da abusuzkoa dela esan eta AGk, horrela, irekitze komisioaren onarpena egin zuen.

AUZITEGI GORENAK EZARRITAKO GASTUEN ORDAINKETARI BURUZKO IRIZPIDEAK (2019. urtea)

	Interesduna	Nork ordaindu behar	Araudia
Ondare Eskualdatze eta Egintza Juridiko Dokumentatuen Zerga (2018ko azaroaren 8ra arte)	Mailegu-hartzailea (<i>Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario.</i>)	Mailegu-hartzaileak	828/1995 Errege-Dekretua, maiatzaren 29koa, OE eta EJDen Zergari buruzko Erregelamendua onartzen duena (68.II. art.)

⁴² AGko 2019ko urtarrilaren 23ko 103/2019 epaia (errek. zk. 4.912/2017), epaile txostengilea Pedro José Vela Torres Magistratu jn., 7. ZO

⁴³ AGE 44/2019, 9. ZO.





Ondare Eskualdatze eta Egintza Juridiko Dokumentatuen Zerga (2018ko azaroaren 8tik aurrera)	Mailegu-emailea (Bankua) <i>(Cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista)</i>	Mailegu-emaileak (Bankuak)	17/2018 Errege Lege Dekretua, azaroaren 8koa
Gastu notarialak: Notarioaren parte hartzea	Bi alderdiak	Erdi bana	1426/1989 Errege Dekretuaren, azaroaren 17koaren, Notarien Arantzela onartzen duena (II. Erans. 6. araua)
Gastu notarialak: kantzelazioa	Mailegu-hartzailea (Kargaz askatzen da)	Mailegu-hartzaileak	
Gastu notarialak: eskrituren kopiak	Eskatzen dituenak	Eskatzen dituenak	
Erregistro gastuak: mailegu hipotekarioaren inskribapena	Mailegu-emailea (Bankua) (Hipoteka bermea eta betearazpen titulua lortzen du)	Mailegu-emaileak (Bankuak)	1427/1989 Errege Dekretuaren, azaroaren 17koaren, Jabetza Erregistratzaileen Arantzela onartzen duena (II. Erans. 8. araua)
Erregistro gastuak: kantzelazio eskrituraren inskribapena	Mailegu-hartzailea (Kargaz askatzen da)	Mailegu-hartzaileak	
Gestoria gastuak	Bi alderdiak	Erdi bana	6/2000 Errege Lege-Dekretua, ekainaren 23koa (40. art.)

VII. Ondorioak

Zoru klausulak legezkoak ez direla argi dago, zoru klausulak ezartzeko era ez-legezkoa izan baitzen, horregatik, abusuzkoak zirela adierazi zuen AGk eta zirelako modu argian eta garbian ezarri. Lotsagarria da, bestalde, AGk arrazoi eta egoera ekonomiko argudiatu izana (*trastornos del orden económico*) KZ ez ezartzeko, legea bera ez ezartzeko; legea ezarri behar duen erakundeak, ez zuen legea ezarri eta hori oso arriskutsua da Zuzenbidezko Estatu batean, EBJA sartu behar izan zen AGk espainiar legedia (KZ) ezarri behar zuela esatera.



EBJAren ondoren egondako aldaketa handia izan zen, bai jurisprudentzia arloan, bai legerloan, baina AGk gogorik gabe ezarri zuen europar erabakia eta muga asko jarri zizkion erabakiari. Kosten arloan, AGk ez zien kontsumitzaile eta bezeroei "arrazoirik" eman, haien alde egin zuen legea (AZL) ezarri behar zela eta klausula batek ezin duela legea urratu argudiatuz.

Zergen eremuan egoera oso kaskarra izan da eta segurtasun juridikoa guztiz suntsitu da. AGko Zibil eta Administrazioarekiko Auzi Jurisdikzioko Salen arteko desberdintasunek segurtasun juridikoa kolokan jarri zuten, baina AAJko Salan 2018ko urritik aurrera egondako egoerak modu zuzenean eraso zuen segurtasun juridikoa, hiritarrek justizian izan behar duten konfiantza guztiz urratuz. AGk egindako "abokuzazioa" BJLOren guztiz aurkakoa izan zen, baina badirudi onartu egin dela, inork ez duelako erabaki hori epai bidez aurkaratu.

Hipoteka gastuen auziak ere segurtasun juridikoa hautsi du, 2015. urteaz geroztik erantzun bat eman zitzaielako gastuak nork ordaindu behar zituen auziari eta 2019. urtean jurisprudentzia aldaketa egin zuen AGk. Arrazoitzea, bestalde, nahiko *in extremis* izan zen, argi dagoelako hipoteka bermea mailegu-emailearen aldekoa dela eta hark ordaindu beharko lituzke notario eta erregistro gastuak, beraz.

Bibliografia

- AA.AA. (2017): *Cláusulas Suelo y otras Cláusulas hipotecarias abusivas: Soluciones judiciales y extrajudiciales*, Ed. SA Francis Lefebvre, Madril.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (2013): *Tratado de Contratos*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valentzia.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (2015): *Manual de Derecho Civil: Contratos*, Ed. SA Bercal, Madril.
- BERIAIN FLORES, Irantzu (2013): *Kontratuen teoria orokorra eta kontratuak banan-banan*, Ed. Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea (sare argitalpena), Bilbo.
- IMAZ ZUBIAUR, Leire (2011): *Zuzenbide zibila: obligazio-zuzenbidea eta erantzukizun zibila*, Ed. Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea (sare argitalpena), Bilbo.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (2016): *Curso de Derecho Civil II Volumen I: Teoría General de la Obligación y el Contrato*, Ed. Edisofer SL, Madril.
- MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, BARONA VILAR, Silvia (2018): *Derecho Jurisdiccional I Parte General*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valentzia.
- MORENO GARCÍA, Lucía (2015): *Cláusulas Suelo y el Control de Transparencia: Tratamiento Sustantivo y Procesal*, Ed. Marcial Pons, Madril.
- PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco (2017): *La Nulidad de las Cláusulas Suelo en Préstamos Hipotecarios*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valentzia.
- PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco (2017): *La Nulidad de las Cláusulas Suelo en Préstamos Hipotecarios*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valentzia.

