

1.3. Derechos reales

Transparencia y abusividad de la cláusula de gastos en los préstamos para adquisición de vivienda.

(Análisis de la situación anterior y posterior a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario)

Study about transparency and unfairness control in the formalization expenses in mortgage loans for housing acquisition.

(Analysis about the situation before and after the Law of Real Estate Credit Contracts)

por

LORETO CARMEN MATE SATUÉ¹

Investigadora Predoctoral de Derecho Civil

Universidad de Zaragoza

RESUMEN: Este trabajo aborda el tema de la cláusula de gastos a cargo del prestatario en los contratos de préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda. A través del mismo, se pretenden exponer las causas por las que la sentencia de 23 de diciembre de 2015 ha generado en la jurisprudencia menor una importante diversidad de criterios en torno a los efectos jurídicos derivados de la nulidad de la cláusula, y que son: las razones en las que la sentencia funda la nulidad de la cláusula y los límites inherentes al procedimiento en el que se resolvió el recurso de casación.

La situación de diversidad jurisprudencial ha requerido varios pronunciamientos del Tribunal Supremo, el último en enero de 2019, dirigidos a matizar la sentencia de 23 de diciembre de 2015. En esta línea resulta relevante destacar que incluso se pretendió modificar la doctrina sobre quién es el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados.

Por último, en el trabajo se reflexiona sobre la inadecuación del criterio del Tribunal Supremo en el que ampara la nulidad de la cláusula de gastos y se compara con la respuesta que el legislador ha proporcionado a los gastos hipotecarios, a través de la Ley de Crédito Inmobiliario.

ABSTRACT: This paper present the issue of the mortage expenses in the mortgage loan contracts for the acquisition of housing. Through this study, we will expose the causes because the Sentence of 23 December 2015 by the Spanish Supreme Court has generated in the others Spanish courts, an important diversity of criterion about legal effects derived from the nullity of the clause, and that are: the reasons on which the judgment bases the nullity of the clause and the inherent limits to the judicial process in which the appeal was resolved.

The situation about diversity of criterion has even generated that the Supreme Court has had to pronounce later, to qualify this resolution and, even modify its doctrine about taxpayer.

Finally, the study reflects on the inadequacy of the Supreme Court's criterion in which it argue the nullity of the mortgage expenses and analyzes the treatment that the legislator has provided to the expenses through the Real Estate Credit Bill.

PALABRAS CLAVE: Cláusulas abusivas. Préstamos hipotecarios. Gastos hipotecarios. Vivienda. Condiciones generales de la contratación. Control de contenido y control de transparencia. Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario.

KEY WORDS: *Unfair terms. Mortgage loans. Mortgage expenses. House. General terms and conditions of contracts. Transparency control and unfairness control. Law of real estate credit contracts.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL TRABAJO.—II. LA CLÁUSULA DE GASTOS A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA: CONTENIDO Y RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE.—III. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS HIPOTECARIOS: DESDE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA PRIMERA) DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015 A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA PRIMERA) DE 23 DE ENERO 2019: 1. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015 COMO PUNTO DE PARTIDA DE LA DISPARIDAD JURISPRUDENCIAL EXISTENTE SOBRE LOS EFECTOS DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS: *A. Por el contenido de la resolución:* a) El fundamento de la nulidad. b) La alusión al artículo 89.2 del TRLGDCU. *B. Por razón de los límites del propio procedimiento:* a) El procedimiento se deriva de una acción colectiva. b) Existencia de otros gastos que no fueron objeto de pronunciamiento por el Tribunal Supremo. 2. ANÁLISIS DE LOS GASTOS QUE CONFORMAN LA CLÁUSULA DE GASTOS HIPOTECARIOS: RÉGIMEN JURÍDICO E INTERPRETACIÓN POR PARTE DE LOS TRIBUNALES. *A. Gastos notariales:* a) Argumentos a favor de la declaración de nulidad. b) Argumentos en contra de la declaración de nulidad. *B. Gastos registrales.* *C. El impuesto de actos jurídicos documentados:* a) Sentencias favorables a la restitución del impuesto de actos jurídicos documentados. b) Sentencias contrarias a la restitución del impuesto de actos jurídicos documentados. *D. Seguro de daños.* *E. Gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza.* *F. Gastos de gestión y tramitación de la escritura y de los impuestos:* a) Argumentos a favor de la declaración de nulidad. b) Argumentos en contra de la declaración de nulidad. *G. Gastos de tasación:* a) Argumentos a favor de la declaración de nulidad. b) Argumentos en contra de la declaración de nulidad.—IV. REFLEXIONES SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS HIPOTECARIOS.—V. LOS GASTOS HIPOTECARIOS EN LA LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO.—VI. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO DEL TRABAJO

El presente trabajo pretende exponer cómo la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 sobre la nulidad de la cláusula

de gastos hipotecarios ha auspiciado la diversidad de criterios jurisprudenciales en torno a los efectos de la nulidad de esta cláusula. Esta diversidad surge por el fundamento en el que la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 ampara la nulidad de la cláusula y por la no determinación en la misma de las consecuencias derivadas de esta declaración de nulidad o, al menos, de unas pautas que facilitaran la interpretación de la normativa que regula cada uno de los gastos que conforman la estipulación.

Con estos antecedentes, el trabajo tiene como objetivo exponer sucintamente las cuestiones controvertidas que plantea la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 y su impacto en la Jurisprudencia menor, lo que ha provocado la necesidad de nuevos pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la cuestión. En concreto, de la Sala Primera a través de sus sentencias de 15 de marzo de 2018 y 23 de enero de 2019 y de la Sala Tercera en sus sentencias de 16 de octubre, 22 de octubre y 23 de octubre de 2018 que han desembocado en una modificación normativa con carácter de urgencia, a través del Real Decreto Ley 17/2018, de 8 de noviembre.

Por último, se abordarán los motivos por los que considero que la respuesta del Tribunal Supremo sobre el fundamento de la nulidad no es adecuada y, cuál es la postura del legislador en torno a la repercusión de los gastos hipotecarios a los prestatarios en la Ley de Crédito Inmobiliario.

II. LA CLÁUSULA DE GASTOS A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA: CONTENIDO Y RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

En los contratos de préstamo hipotecario es frecuente que se incluya una estipulación en virtud de la cual se atribuye de forma genérica y predispuesta a la parte prestataria la obligación de sufragar todos los gastos e impuestos, *presentes y futuros*, que se originen por la formalización, rectificación, cumplimiento, ejecución y extinción del préstamo. En concreto, se atribuye al prestatario la obligación de abonar los gastos que se originen en concepto de: tributos, tasación del inmueble hipotecado, inscripción en el Registro de la Propiedad, aranceles notariales devengados y los vinculados a la tramitación de la operación.

La estipulación de gastos hipotecarios tiene en la mayoría de los supuestos la consideración de condición general de la contratación², atendido lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC), al concurrir en ellas los requisitos de: *contractualidad, predisposición, imposición y generalidad* exigidos por la jurisprudencia para que la cláusula tenga dicha condición.

La consideración de la estipulación de gastos hipotecarios como condición general de la contratación supone la aplicación de la LCGC y, por tanto, la posibilidad de efectuar el control de incorporación de la cláusula al contrato en los términos que se expondrán, con independencia de si el prestatario tiene o no la condición de consumidor.

En el presente estudio se van a analizar las cláusulas de gastos hipotecarios suscritas entre una entidad bancaria y consumidores, excluyéndose del mismo los supuestos en los que el prestatario no tiene esta condición *ex artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre*, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU)³.

La suscripción de la cláusula entre una entidad bancaria y un consumidor, supone la aplicación del TRLGDCU al contrato y, por tanto, el sometimiento de la cláusula al control de contenido y su posible declaración de abusividad.

III. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS HIPOTECARIOS: DESDE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA PRIMERA) DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015 A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA PRIMERA) DE 23 DE ENERO DE 2019

El punto de partida para analizar la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios es la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera), de 23 de diciembre de 2015 que en el seno de una acción colectiva de cesación interpuesta por la Organización de Consumidores y Usuarios que impugnaba determinadas cláusulas contenidas en contratos bancarios, confirmó la declaración de nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios inserta en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria que el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA (en adelante, BBVA) suscribió con sus clientes.

El análisis jurisprudencial que se ha efectuado para este trabajo ha puesto en evidencia la disparidad de criterios de los órganos judiciales que han tenido que resolver las demandas planteadas sobre la cláusula de gastos por los prestatarios consumidores. Esta disparidad de criterios, como se ha dicho al comienzo del trabajo, se justifica en parte por los términos en los que se llevó a cabo el pronunciamiento de la Sala Primera del Tribunal Supremo en su resolución de 23 de diciembre de 2015.

En este apartado del trabajo se señalarán los motivos por los que la resolución del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 ha fomentado esta situación y, por otro lado, se expondrá en relación con cada gasto la normativa reguladora del mismo, y las posturas jurisprudenciales que se han adoptado sobre ellos, haciendo especial referencia a los cambios derivados de las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 15 de marzo de 2018 y 23 de enero de 2019 y las de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 16 de octubre, 22 de octubre y 23 de octubre del 2018.

1. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015 COMO PUNTO DE PARTIDA DE LA DISPARIDAD JURISPRUDENCIAL EXISTENTE SOBRE LOS EFECTOS DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 23 de diciembre de 2015 es el punto de partida de la evolución jurisprudencial sobre la materia. Esta resolución plantea cuestiones de fondo que deben ser abordadas y también peculiaridades inherentes al procedimiento en el que se dictó, que justifican la situación jurisprudencial generada en los órganos judiciales menores y en los Juzgados especializados creados *ad hoc*⁴ para conocer sobre condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física, al tener la labor de interpretar la normativa sectorial aplicable a cada uno de los gastos.

Se exponen a continuación las cuestiones que plantea esta sentencia y que deben ser objeto de reflexión:

A. Por el contenido de la resolución

a) El fundamento de la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios: La principal reprobación que merece la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 a mi juicio, es la fundamentación de la nulidad de la cláusula al amparo del artículo 89.3 letras a) y c) del TRLGDCU.

En la resolución se subsumen los conceptos incluidos en la cláusula de gastos del préstamo hipotecario dentro de las letras del artículo 89.3 TRLGDCU previstas específicamente para el contrato de compraventa de viviendas⁵. Esta circunstancia fue justificada por el Tribunal Supremo aludiendo a dos resoluciones de la Sala anteriores; en concreto, a la Sentencia de 1 de junio de 2000 relativa a los gastos derivados de la constitución de hipoteca sobre el inmueble y a la sentencia de 25 de noviembre de 2011 sobre los tributos.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, consciente de las críticas generadas en torno al fundamento de la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios en la sentencia de 23 de diciembre de 2015, aprovechó las sentencias de 15 de marzo de 2018 para matizar que la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios se basa en la aplicación «analógica» de las letras del artículo 89.3 del TRLGDCU. Así, el Tribunal Supremo en el Fundamento de Derecho quinto de las resoluciones determina que: «Por lo que una cláusula que cargue indiscriminadamente el pago de todos los tributos al prestatario, sin distinción o salvedad alguna, puede ser abusiva, por aplicación analógica del artículo 89.3 c) TRLGCU, que en los contratos de compraventa de viviendas considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario; dado que los préstamos sirven para financiar esa operación principal que es la adquisición de la vivienda». No obstante, en opinión de MARÍN LÓPEZ (2018)⁶, que suscribo en este punto, no existe motivo para la aplicación analógica de esta norma a los supuestos de estipulaciones contenidas en contratos de préstamos hipotecarios, al entender que no existe laguna en el ordenamiento jurídico que se deba colmar; esta cuestión será abordada con mayor detalle cuando al final del trabajo se profundice en el análisis del fundamento de la nulidad.

b) La alusión al artículo 89.2 del TRLGDCU: Por otro lado, en el tratamiento que la sentencia de 23 de diciembre de 2015 hace del fundamento de la nulidad también menciona el artículo 89.2 del TRLGDCU⁷. Esta referencia es, compartiendo la opinión de MARÍN LÓPEZ⁸ inadecuada, porque el contenido de dicho precepto no guarda relación alguna con la cuestión abordada. De modo que, resulta probable como ha puesto de manifiesto alguna resolución judicial [por todas, sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 26 de enero de 2017], que la referencia a este precepto pueda deberse a una errata de la propia resolución.

B. Por razón de los límites del propio procedimiento:

a) El procedimiento se deriva de una acción colectiva: Este hecho es el que ha generado las principales diferencias de criterios a las que se aludía anteriormente entre la jurisprudencia menor, puesto que como puso de relieve el Tribunal Supremo en sus sentencias de 15 de marzo de 2018 al referirse a la sentencia de 23 de diciembre de 2015 señala que: «[...] no se pronunció sobre el resultado concreto de la atribución de gastos (en sentido amplio), entre las partes de un

contrato de préstamo hipotecario, sino que, en el control realizado en el marco de una acción colectiva en defensa de los intereses de consumidores y usuarios, declaró abusivo que se imputara indiscriminadamente al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la operación».

Es decir, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 23 de diciembre de 2015 enunció la posibilidad de que la aplicación de la normativa sectorial reguladora de cada gasto que se devengaba con la suscripción de un contrato de préstamo hipotecario fuera distinta a las determinadas por las cláusulas de gastos insertas en contratos de préstamo con garantía hipotecaria, pero sin señalar qué reparto de los gastos correspondía a cada una de las partes del contrato. Por ello, los órganos judiciales menores que han tenido que resolver en el ámbito de su competencia este tipo de reclamaciones, han tenido que efectuar sin unos criterios prefijados por el Tribunal Supremo, lo que se ha denominado un «control de contenido como control legal que busca contrastar la regla contractual con la norma legal»⁹.

Este control consiste en que el órgano judicial contrasta el contenido de la estipulación cuya abusividad pretende el demandante, con el tenor literal de la normativa que resulta aplicable al gasto, para apreciar de este modo, si la cláusula genera un injusto desequilibrio entre las partes, lo que ha provocado consecuentemente entre los órganos judiciales, distintas interpretaciones de la misma norma, que han quedado resueltas finalmente, en las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019.

El Tribunal Supremo entiende en estas resoluciones de 23 de enero de 2019 que no resulta aplicable el efecto restitutorio derivado del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y previsto en el artículo 1303 del Código Civil, porque los destinatarios de esos pagos son terceros. Por tanto, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor si no hubiera existido la cláusula, exige que la entidad bancaria abone al consumidor las cantidades, o parte de ellas, que le hubieran correspondido de no haber mediado la estipulación abusiva, por lo que exige la aplicación de la normativa sectorial para la determinación del efecto restitutorio de la cláusula.

b) Existencia de otros gastos que no fueron objeto de pronunciamiento por el Tribunal Supremo: El elenco de gastos que se imputa a los consumidores a través de la cláusula de «gastos a cargo de la parte prestataria» no se reduce a los analizados por la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015: gastos notariales, registrales, impuesto de actos jurídicos documentados, seguro de daños y gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, y ello porque es frecuente que a través de esta estipulación se imputen también al consumidor el pago de los gastos de gestión y de tasación del inmueble.

No obstante, como sucedía respecto al otro aspecto analizado anteriormente, la cláusula de gastos revisada en el recurso de casación que dio lugar a la sentencia de 23 de diciembre de 2015 no atribuía expresamente estos gastos al prestatario, de modo que el Tribunal Supremo no pudo pronunciarse sobre los mismos, lo que ha provocado nuevamente disparidad de criterios jurisprudenciales respecto a estos conceptos. Las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 al resolver los recursos de casación en los que se reclamaba la devolución de los gastos de gestoría, determina el porcentaje de distribución de este concepto entre la entidad bancaria y el prestatario consumidor.

2. ANÁLISIS DE LOS GASTOS QUE CONFORMAN LA CLÁUSULA DE GASTOS HIPOTECARIOS: RÉGIMEN JURÍDICO E INTERPRETACIÓN POR PARTE DE LOS TRIBUNALES.

A. *Gastos notariales*

Este gasto está regulado por la norma sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989¹⁰, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios y, el artículo 63 del Decreto de 2 de junio de 1944¹¹, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado.

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 que trata conjuntamente los gastos notariales y registrales, considera que la elevación a escritura pública del contrato y la inscripción en el Registro de la Propiedad, se hace en beneficio de la entidad prestamista por cuanto de ese modo se obtiene un título ejecutivo [art. 517 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC)], se constituye una garantía real [arts. 1875 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante, CC)] y art. 2.2 del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (en adelante, Ley Hipotecaria)] y, adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 de la LEC). Además, reconoce que la normativa reglamentaria permite una distribución equitativa del gasto, de modo que la atribución indiscriminada al prestatario le supone un desequilibrio relevante que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada.

A pesar del pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre los gastos notariales, la jurisprudencia menor ha encontrado argumentos a favor y en contra de la declaración de nulidad de la cláusula, por la que se repercute este gasto a la parte prestataria.

a) Argumentos a favor de la declaración de nulidad: En este sentido se considera que el requirente de la intervención del notario es el prestamista, pues es quien presenta la minuta al Fedatario Público para que se redacte la escritura¹² y también, porque al prestatario le resulta indiferente la forma en la que se suscribe el contrato, pudiendo hacerse a través de un documento privado¹³.

Si bien la línea jurisprudencial mayoritaria considera que la cláusula es nula porque la repercusión íntegra del gasto al consumidor genera un desequilibrio que perjudica a este, existen resoluciones que defienden que es un gasto que beneficia a ambas partes del contrato y que, por tanto, cada una de ellas debe abonar un porcentaje del mismo.

Las resoluciones judiciales que aprecian un beneficio compartido del prestatario y del prestamista en la formalización del contrato en escritura pública, entienden que el prestatario tiene interés en este modo de formalización del contrato porque: por un lado, esta modalidad le permitiría tener un documento dotado de fe pública que proporciona una mayor seguridad jurídica al determinar el importe máximo del préstamo que no puede ser rebasado en caso de ejecución y, por otro lado, porque la garantía hipotecaria permite pagar un interés menor que el que se fijaría en el caso de concederse un préstamo personal. Respecto a los argumentos que permiten entender que dicho modo de formalización beneficia al prestamista, como ya hemos anticipado, pueden destacarse que es requisito necesario para la constitución de la garantía y, que normalmente, es la entidad prestamista la requirente de la intervención del notario [Por todas, sentencias del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 bis de Zaragoza de 21 de julio de 2017 y del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Bilbao, de 6 de septiembre de 2017].

No obstante, hay algunas resoluciones¹⁴ que, si bien consideran que puede existir en abstracto un beneficio compartido, entienden que tras la declaración de nulidad no procede realizar un reparto en porcentajes de los gastos hipotecarios porque ello supondría la integración o moderación de una cláusula declarada nula, eliminando el efecto disuasorio que persigue la Directiva 93/13/CEE a que se sigan incluyendo cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

b) Argumentos en contra de la declaración de nulidad: Esta postura es excepcionalmente sostenida por la Jurisprudencia y solo puede fundamentarse realizando una compleja interpretación del tenor de la norma arancelaria¹⁵. La interpretación que se propone y que es mantenida por alguna entidad bancaria en sus contestaciones a las reclamaciones extrajudiciales presentadas por los consumidores, es la siguiente: la norma arancelaria aplicable al gasto proporciona un doble mecanismo de imputación del pago de carácter subsidiario: «en primer lugar y con carácter principal el pago debería ser asumido por quien hubiera solicitado la intervención del fedatario público, lo cual requiere una prueba acerca de quién solicitó la intervención del Notario y, si no resultara lo suficientemente probada, procede la aplicación del segundo criterio, es decir, la asunción del gasto por parte del interesado sustantiva y fiscalmente, el cual, siguiendo el criterio de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 15 de marzo de 2017 es el prestatario, por entender que la concesión del préstamo ha sido interesada por el consumidor para la adquisición de una vivienda».

Los criterios jurisprudenciales expuestos se han visto modificados por las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 que si bien tenían como objetivo aclarar el pronunciamiento de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, en lo relativo al impuesto de actos jurídicos documentados, la Sala aprovechó las referidas resoluciones para dejar claro —aunque excedía del objeto de los recursos de casación— que, la normativa que regula los gastos que conforman la estipulación permite la diferenciación de distintos conceptos y, por tanto, la posible distribución del pago de los mismos entre las partes.

En concreto, sobre la distribución de los gastos notariales determina lo siguiente: «[...] a falta de pacto entre las partes, debe considerarse que tanto prestatario como prestamista están interesados en el préstamo y a ambos beneficia el documento notarial, siendo razonable por tanto, distribuir por mitad la cuota correspondiente a la matriz, mientras que respecto de las copias, debe considerarse sujeto pasivo a quien las solicite».

Este pronunciamiento ha provocado que algunos órganos judiciales menores hayan variado el criterio que habían adoptado respecto a la distribución de este gasto, para adaptarlo a estas resoluciones del Tribunal Supremo. Así, pueden advertirse distintas posturas: desde la no modificación de su criterio y la condena a la entidad bancaria a abonar el 100% de los gastos relativos a los aranceles notariales [sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Huesca, de 20 de abril del 2018], a la condena a la entidad bancaria al abono de los gastos notariales una vez descontada la cuantía de los timbres de la escritura matriz y las de las copias, si las ha solicitado el prestatario [Por todas, sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 24 de abril del 2018¹⁶ y de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 17 de mayo de 2018].

También hay otras resoluciones que, en aplicación de los criterios que señala el Tribunal Supremo en sus resoluciones de 15 de marzo de 2018 para

condenar a la entidad bancaria al abono de los gastos notariales reducen la mitad de la cuantía de los timbres de la escritura matriz y las de las copias solicitadas por el prestatario [Por todas, sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 27 de abril del 2018 y de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de mayo de 2018].

El reparto de los gastos notariales propuesto en las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 ha sido confirmado por el Tribunal Supremo en sus resoluciones de 23 de enero de 2019, al determinar que: «[...] como la normativa notarial habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor —por la obtención del préstamo—, como el prestamista —por la garantía hipotecaria—, es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento».

En estas resoluciones de 23 de enero de 2019 el Tribunal Supremo da solución a los gastos hipotecarios derivados de otros eventuales supuestos como son: la escritura de modificación de préstamo hipotecario, que deberá ser abonada por ambas partes al considerar que las dos están interesadas en la modificación o novación del préstamo con garantía hipotecaria. Se aborda igualmente, la escritura de cancelación de hipoteca, correspondiendo su pago al prestatario por ser el interesado en la liberalización del gravamen; y por último, respecto a las copias de las escrituras, determina que su abono corresponderá a quien las solicite.

B. Gastos registrales

A este concepto resulta de aplicación la norma octava del Anexo II del Real Decreto 1427/1989¹⁷, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad y que obliga al pago a aquel sujeto a cuyo favor se inscriba el derecho¹⁸.

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 como se ha indicado con anterioridad hace un tratamiento conjunto de este gasto con el de los aranceles notariales; con el objetivo de evitar tediosas reiteraciones, nos remitimos a lo señalado anteriormente sobre esta cuestión.

La jurisprudencia menor entiende de forma mayoritaria que es un gasto que debe abonar la entidad bancaria. Los argumentos que se utilizan para sustentar que la inscripción del derecho real se hace a favor del prestamista, son: que la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad tiene carácter constitutivo —*ex artículo 1875 del Código Civil*—. Además, se señala que el titular del derecho real que se inscribe es la entidad bancaria (acreedor hipotecario), por lo que habilita a la entidad prestamista a hacer uso de los mecanismos especiales que la Ley le concede en caso de impago, ostentando además dicho crédito la condición de preferente (art. 1923.3.º del Código Civil) o de privilegio especial en caso de concurso de acreedores (art. 90.1.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal).

La obligación de que las entidades bancarias costeen los gastos registrales ha sido confirmada por las sentencias de 23 de enero de 2019 por entender que la garantía hipotecaria se inscribe a su favor. En contraposición, según estas resoluciones los gastos derivados de la cancelación de la inscripción, debe abonarlos el prestatario, por suponer la liberación del gravamen.

C. Seguro de daños

El Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de diciembre de 2015 considera que la imputación al prestatario del pago del precio del seguro de daños no es abusiva por cuanto se deriva de una obligación legal que corresponde al tomador del mismo [artículo 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y artículo 14 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro].

D. Gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza

El Alto Tribunal entiende que esta estipulación infringe normas procesales de orden público, lo que comporta su nulidad con base en los artículos 86 del TRLGDCU y 8 de la LCGC, y que, además, supone un importante desequilibrio para las partes, por cuanto no permite ningún tipo de modulación.

E. Gastos de gestión y tramitación de la escritura y de los impuestos

La labor de gestoría respecto a la tramitación del préstamo hipotecario consiste en preparar junto con la Notaría la firma de la escritura notarial de préstamo hipotecario, tramitar la liquidación del impuesto de actos jurídicos documentados y presentar la escritura ante el Registro de la Propiedad para la anotación del gravamen.

El estudio de este concepto planteaba una doble problemática: en primer lugar, porque sobre este gasto no se había pronunciado el Tribunal Supremo hasta las sentencias de 23 de enero de 2019 y, por otro lado porque, a diferencia de las partidas anteriormente analizadas no existe ninguna norma sectorial que determine quién debe abonar los gastos de gestoría¹⁹.

La gestoría interviene en la operación de préstamo con garantía hipotecaria, en virtud de un contrato de servicios o de obra²⁰, por tanto, a priori la obligación de pago (art. 1544 del Código Civil) corresponderá al que tenga la cualidad de prestatario, siendo su determinación una cuestión fáctica que deberá ser objeto de prueba.

a) Argumentos a favor de la declaración de nulidad: El principal argumento que existe para la declaración de abusividad es considerar que a través de la cláusula de gastos hipotecarios la entidad prestamista obliga al prestatario a contratar la prestación de unos servicios de gestión y tramitación, que constituyen un servicio complementario o accesorio no solicitado por el consumidor y que por tanto, resultaría abusivo al amparo del artículo 89.4 del TRLGDCU^{21, 22}. La no obligatoriedad de intervención de la gestoría en la formalización de contratos de préstamo con garantía hipotecaria, es reconocida por el propio Tribunal Supremo en sus últimos pronunciamientos, al entender que: «estas gestiones no necesitan el nombramiento de un gestor profesional, ya que podrían llevarse a cabo por el propio banco o por el propio cliente».

b) Argumentos en contra de la declaración de nulidad: La entidad bancaria podrá en su caso, defender que la intervención de la gestoría no es un servicio complementario o accesorio si puede acreditar que fueron los prestatarios del

préstamo con garantía hipotecaria y no la entidad bancaria, quienes solicitaron este servicio de gestoría.

De no ser posible dicha acreditación, existen resoluciones que aprecian que se trata de un servicio que se efectúa a favor del prestatario por dos motivos: el primero de ellos es que la cuantía del préstamo se proporciona en la mayoría de las ocasiones con antelación a la inscripción de la garantía real en el Registro de la Propiedad²³, de modo que el interés de la entidad prestamista le obliga a no poner a disposición del prestatario la cuantía si no tiene una absoluta certeza de que se va a inscribir en el Registro de la Propiedad el gravamen hipotecario, entendiendo la entidad bancaria que con su intervención se garantiza la futura inscripción del gravamen. Por otro lado, la intervención de la gestoría genera como beneficio al prestatario la exoneración de realizar cualquier otra actuación burocrática (por ejemplo, liquidación del impuesto de actos jurídicos documentados), derivada de la suscripción del préstamo hipotecario.

El Tribunal Supremo en sus resoluciones de 23 de enero de 2019 ha resuelto esta cuestión considerando que debe abonarse el pago de este concepto por mitad, puesto que entiende que la intervención de la gestoría beneficia a ambas partes del contrato.

F. Gastos de tasación

Este es el otro concepto cuya traslación al consumidor mediante la cláusula de gastos hipotecarios resulta habitual y que hasta el momento no ha sido analizado por el Tribunal Supremo. A diferencia de lo que sucedía con los gastos de gestión, respecto a la tasación de los bienes inmuebles sí que existe normativa reguladora de este gasto, pero en la que no se determina a quién corresponde el abono de la misma.

El artículo 7.1 de la Ley 2/1981^{24, 25}, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario exige que para que el crédito hipotecario pueda ser movilizado mediante la emisión de títulos negociables debe haber sido tasado. Por su parte, el artículo 682.2 de la LEC exige conste en la escritura el valor de tasación. Por su parte, el artículo 40 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios proporciona al prestatario la posibilidad de elegir junto con la entidad bancaria, al tasador.

a) Argumentos a favor de la declaración de nulidad: El interés del prestamista en efectuar la tasación es claro por cuanto le interesa conocer si la garantía que se ofrece cubre o no el importe del préstamo y el resto de responsabilidades que pueden generarse en caso de incumplimiento²⁶.

Además, es necesario destacar que la tasación según el artículo 7.1 de la Ley 2/1981 solo es exigible cuando se pretende emitir títulos negociables que permitan a la entidad bancaria vender esos préstamos con garantía hipotecaria a inversores, pero no para la constitución de la operación interesada por el prestatario. En el mismo sentido, hay que tener en cuenta que el gravamen hipotecario solo interesa económicamente al Banco, limitándose el interés del prestatario a cumplir con las condiciones para que le sea concedido el préstamo²⁷.

b) Argumentos en contra de la declaración de nulidad: En contra de la declaración de nulidad puede alegarse que el gasto de tasación es de naturaleza

precontractual y que, por tanto, debe ser a cargo del futuro prestatario por ser el obligado a poner a disposición del prestamista los datos necesarios para la elaboración de la oferta²⁸ o, en similar sentido, que el prestatario es el principal interesado en acreditar la suficiencia de la garantía que le ofrece a la entidad bancaria²⁹.

G. El impuesto de actos jurídicos documentados

La suscripción y documentación de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria tributa por el impuesto de actos jurídicos documentados. La normativa aplicable a este gravamen es el Texto Refundido de la Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (en adelante, TRLITPAJD), que regula dos impuestos: el de transmisiones patrimoniales y el de actos jurídicos documentados.

En lo que respecta al impuesto de actos jurídicos documentados, el artículo 29 del TRLITPAJD determina 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, pero no señalaba de forma concreta, hasta la aprobación del Real Decreto Ley 17/2018, de 8 de noviembre, a quién correspondía el pago del impuesto; en contraposición a la modalidad de transmisiones patrimoniales que sí que lo establece expresamente³⁰.

Por su parte, el artículo 68 del Reglamento del impuesto, reproduce lo señalado por el artículo 29 del TRLITPAJD y añade, que cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario. Este precepto ha sido declarado ilegal por las sentencias dictadas por la Sección 2.^a de la Sala Contencioso — Administrativo del Tribunal Supremo de 16 de octubre, 22 de octubre y 23 de octubre de 2018.

El cambio de criterio jurisprudencial realizado por la Sección 2.^a de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y la declaración de ilegalidad respecto al artículo 68 del Reglamento del impuesto en las señaladas sentencias, así como la decisión del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de volver al criterio jurisprudencial anterior³¹, ha provocado que el Gobierno a través del Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre de 2018, haya modificado en lo que en este punto interesa, los artículos 29 y 45 del TRLITPAJD. El artículo 29 del Texto Refundido mantiene su tenor anterior y se añade lo siguiente: «[...] Cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista».

El artículo 45 del TRLGDCU también resulta modificado por el Real Decreto-ley 17/2018, en el sentido de establecer una exención subjetiva del impuesto sobre las escrituras de préstamo hipotecario cuando el prestatario sea alguna de las personas o entidades incluidas en el artículo 45.1.A del Texto Refundido. Así, la entidad prestamista estará exenta del abono del impuesto cuando el prestatario sea: el Estado y las Administraciones públicas territoriales e institucionales y sus establecimientos de beneficencia, cultura, Seguridad Social, docentes o de fines científicos; las entidades sin fines lucrativos a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 49/2002; las cajas de ahorro y las fundaciones bancarias, por las adquisiciones directamente destinadas a su obra social; la Iglesia Católica y las iglesias, confesiones y comunidades religiosas que tengan suscritos acuerdos de cooperación con el Estado español; el Instituto de España y las Reales Academias integradas en el mismo, así como las instituciones de las comunidades

autónomas que tengan fines análogos a los de la Real Academia española; los partidos políticos con representación parlamentaria; la Cruz Roja española y la Organización Nacional de Ciegos Españoles y, la Obra Pía de los Santos Lugares.

La reforma operada por el Real Decreto Ley 17/2018 carece de efectos retroactivos y afecta a las escrituras públicas que se formalicen a partir del día 10 de noviembre de 2018 (cfr. disposición final tercera del referido Real Decreto Ley). La irretroactividad de la reforma es también apuntada por las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019.

Establecido el marco normativo con la reciente modificación efectuada por el Gobierno procede exponer la situación jurisprudencial que ha motivado este cambio en la determinación del sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados en los préstamos con garantía hipotecaria.

Una vez más, el punto de partida lo constituye la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera), de 23 de diciembre de 2015 que, tras describir el contenido de los artículos 8 c) y 27 del TRLITPAJD argumenta lo siguiente: «[...] la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante».

Tras la sentencia de 23 de diciembre de 2015 los órganos judiciales menores declaraban de forma bastante unánime, la nulidad de la cláusula por la que se repercutían al consumidor todos los impuestos; sin embargo, la disparidad de criterios surgía en torno a los efectos de la declaración de la nulidad. Es decir, si procedía o no condenar a la entidad bancaria a la devolución del impuesto abonado por el prestatario en virtud de dicha estipulación. La resolución de esta cuestión pasaba por determinar quién es el sujeto pasivo³² del impuesto de actos jurídicos documentados.

Hasta las resoluciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 existían dos corrientes jurisprudenciales:

a) Sentencias favorables a la restitución del impuesto de actos jurídicos documentados: Las escasas resoluciones que se mostraban a favor de la restitución del importe del impuesto al consumidor, como regla general reproducen bien los argumentos establecidos por el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de diciembre de 2015 o el tenor del artículo 28 del TRLITPAJD [Por todas, sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de San Sebastián, de 14 de junio de 2017, Audiencia Provincial de Badajoz de 11 de mayo de 2017 y del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Granollers, de 12 de junio de 2017].

La única resolución de las analizadas que condena a la entidad bancaria al abono del tributo y, argumenta el por qué, según su criterio, no procede la aplicación del artículo 68 del Reglamento del Impuesto y resulta más convincente la interpretación de la Sala Primera del Tribunal Supremo que la efectuada por la Sala Tercera, es la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Fuenlabrada, de 26 de mayo de 2017.

b) Sentencias contrarias a la restitución del impuesto de actos jurídicos documentados: Los argumentos en contra de la devolución de la cuantía abonada en concepto del impuesto —es la postura mayoritaria adoptada por la jurisprudencia menor—, se basaban en dos ideas: la primera es que el orden competente

para resolver quien resulta sujeto pasivo del impuesto es la jurisdicción contencioso administrativa y no la civil³³ y, en segundo lugar, que el artículo 68 del Reglamento del Impuesto, determina que el sujeto pasivo es el prestatario y, por tanto, concluyen las resoluciones advirtiendo de que no procede la devolución del impuesto, en tanto que ha sido abonado por el que reglamentariamente ha sido determinado como obligado tributario³⁴.

La situación expuesta se mantuvo hasta las sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 15 de marzo de 2018³⁵ que resuelven dos recursos de casación interpuestos contra dos resoluciones de la Audiencia Provincial de Asturias que declaraban la nulidad entre otras, de la estipulación de gastos hipotecarios, con excepción de los impuestos; es decir consideraban estas resoluciones que la cláusula de gastos hipotecarios era parcialmente abusiva.

El Tribunal Supremo (Sala Primera) en las sentencias de 15 de marzo de 2018 estima en parte los recursos de casación en el sentido de considerar que la cláusula de gastos no solo es parcialmente abusiva, sino que es abusiva en su totalidad, puesto que sin negociación alguna, atribuye al prestatario/consumidor el pago de todos los impuestos derivados de la operación, cuando en palabras del Tribunal Supremo: «[...] la ley considera sujetos pasivos al prestamista o al prestatario en función de los distintos hechos imponibles».

Con base en lo anterior, el Tribunal Supremo diferencia claramente entre la declaración de abusividad de la cláusula por la que se atribuye al prestatario consumidor el abono de la totalidad de los impuestos, con la consecuente nulidad de la estipulación y, por otro lado, los efectos restitutorios inherentes a tal declaración de nulidad, debiendo, respecto a esta última cuestión, abordar quién es el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados y cómo se debe distribuir el gravamen entre la entidad prestamista y el consumidor prestatario.

En primer lugar, el Tribunal Supremo declara que el hecho imponible del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados [artículo 7.1 b) y 8 del TRLITPAJD] es la constitución del préstamo hipotecario. De manera que, según el Tribunal Supremo, si se atiende exclusivamente a la garantía (hipoteca), el sujeto pasivo sería la entidad acreedora puesto que esta se constituye a su favor, mientras que, si se atiende al préstamo, el sujeto pasivo sería el cliente deudor. Sin embargo, esta aparente dicotomía se resuelve según el Alto Tribunal, atendiendo al artículo 15 del TRLITPAJD que reconoce que la constitución de los derechos de hipoteca tributará exclusivamente por el concepto de préstamo, aunque dicho precepto alude a la modalidad de transmisiones patrimoniales.

La Sala Primera del Tribunal Supremo recoge en sus resoluciones de 15 de marzo de 2018, la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre quién es el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados [por todas, sentencias de 19 de noviembre de 2001 o de 27 de marzo de 2006] y justifica su decisión, en la constitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional respecto a los artículos 8 d) y 15 del TRLITPAJD en relación con el artículo 68 del Reglamento [cfr. Auto del Tribunal Constitucional de 18 de enero de 2005].

Por otro lado, el Tribunal Supremo en las sentencias de 15 de marzo de 2018 diferencia, por una parte, la constitución del gravamen hipotecario que como ya se ha indicado corresponde al prestatario, y por otra, el gravamen por la documentación en escritura pública de ese préstamo con garantía hipotecaria. En este sentido, y al amparo de los artículos 27.3 y 28 del TRLITPAJD y de los artículos 66.3 y 67 del Reglamento del impuesto, este tiene dos modalidades: un

derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta y otro derecho de cuota fija, por los actos jurídicos del timbre de los folios de papel en los que se redacta la matriz y las copias autorizadas.

Con base en lo anterior, el Tribunal Supremo entiende que le corresponde al prestatario el abono del derecho a la cuota variable cuya base imponible viene constituida por el importe de la obligación o capital, incluyendo los intereses indemnizaciones y otras cantidades incluidas en la garantía (cfr. artículo 68 del Reglamento). En cuanto al derecho a la cuota fija, al que están sujetas las matrices, primera, segunda y sucesivas copias —no las copias simples—, las actas y los testimonios, hay que distinguir entre el timbre de la matriz, que corresponde al prestatario —salvo, que exista acuerdo entre las partes sobre la distribución de los gastos de notaría y registro—, y el timbre de las copias, del que habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite.

Por tanto, puede concluirse que la principal carga económica del impuesto de actos jurídicos documentados, recae en el prestatario; porque según estas resoluciones, el prestatario es el obligado al abono de la cuota variable y también de la cuota fija de la matriz —salvo acuerdo previo de distribución de aranceles notariales y registrales— y de las copias, si son solicitadas por él.

En resumen, según las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 la carga económica del impuesto de actos jurídicos documentados por el contrato de préstamo hipotecario incumbe principalmente al prestatario. La cuota variable sobre el importe de la obligación o capital, según las resoluciones corresponde al prestatario de conformidad con el artículo 68 del Reglamento³⁶, y la cuota fija derivada de la documentación notarial de la operación, la de la matriz corresponde también al prestatario salvo que exista acuerdo entre las partes para el pago de aranceles notariales y registrales y, el de las copias, a quien las solicite.

Con posterioridad a las sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera), de 15 de marzo de 2018, los órganos judiciales menores han tenido que adaptar sus criterios a las pautas establecidas por la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la distribución del impuesto de actos jurídicos documentados tras la declaración de nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios.

Las sentencias de las Audiencias Provinciales analizadas que abordan la nulidad de la cláusula de gastos tras estos pronunciamientos, siguen los criterios pautados por el Tribunal Supremo respecto a la restitución del gravamen. No obstante, si bien algunas resoluciones consideran —sin entrar a valorar la cuota fija y variable—, que el impuesto de actos jurídicos documentados lo debe abonar íntegramente el prestatario [sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 24 de abril del 2018 y de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 26 de abril del 2018]; hay en cambio otras, como la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de mayo de 2018, que diferencian los conceptos establecidos por el Tribunal Supremo.

Tras las sentencias de la Sala Primera de 15 de marzo de 2018, parecía que el Tribunal Supremo había logrado fijar las pautas que permitían aunar los términos del pronunciamiento efectuado por esa Sala en su resolución de 23 de diciembre de 2015 con la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo relativa a quién resulta ser el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados en los préstamos con garantía hipotecaria. Sin embargo, la Sala Tercera (Sección 2.^a) del Tribunal Supremo³⁷ a través de las sentencias de 16 de octubre, 22 de octubre y 23 de octubre de 2018, pretendía un cambio jurisprudencial sobre quién debía considerarse sujeto pasivo del impuesto, que ha desembocado en

una modificación normativa de urgencia, por parte del Gobierno, en los términos expuestos *ut supra*.

A través de estos pronunciamientos la Sala Tercera del Tribunal Supremo debía resolver tres recursos de casación interpuestos por una empresa municipal por la liquidación del impuesto de actos jurídicos documentados, en los que la recurrente pretendía que se reconociera la exención del pago de este gravamen y la nulidad de la liquidación por entender que no era el sujeto pasivo del impuesto³⁸.

Los recursos de casación fueron admitidos a trámite bajo el siguiente interés casacional: «precisar, aclarar, matizar, revisar o ratificar la doctrina jurisprudencial existente en torno al artículo 29 LITPAJD, en relación con la condición de sujeto pasivo en las escrituras de constitución de préstamo con garantía hipotecaria», a la luz del criterio sentado por la Sala Primera del Tribunal Supremo en su resolución de 23 de diciembre de 2015 y que ha sido en parte corregido por las sentencias de 15 de marzo de 2018.

La postura de la Sala de lo Contencioso-Administrativo por la que hasta las resoluciones de octubre de 2018³⁹ se consideraba que el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados es el prestatario, se amparaban en tres aspectos: el primero es, que el hecho imponible es el préstamo hipotecario, y por tanto, es único de conformidad con los artículos 8 d) y 15 del TRITPAJD; el segundo de ellos, es que la consideración de sujeto pasivo al «adquirente del bien o derecho» debe entenderse en el sentido de que el derecho al que se refiere el precepto es el préstamo; y, por último, que cuando la norma exige que las escrituras o actas contengan actos inscribibles en el Registro de la Propiedad, está refiriéndose indisolublemente, tanto al préstamo como a la hipoteca.

La Sección 2.^a de la Sala Tercera del Alto Tribunal, aunque considera que existen razones para mantener la doctrina establecida hasta el momento⁴⁰, apuesta por un cambio jurisprudencial, al entender que la documentación en instrumento público del préstamo y de la hipoteca que se constituye en garantía de la devolución del préstamo se hace en interés del acreedor hipotecario.

Para apoyar su postura se ampara también en tres argumentos: el primero de ellos relacionado con la *inscribibilidad*, este argumento se articula en que el impuesto solo es exigible cuando el acto incluido en la escritura notarial es inscribible en el Registro de la Propiedad y, atendiendo a la Ley Hipotecaria y al Reglamento Hipotecario, el préstamo en contraposición con la hipoteca que es un derecho real de constitución registral, no lo es. El segundo de los argumentos está relacionado con la configuración de la base imponible del impuesto, la Sección entiende que al amparo del artículo 30 del Texto refundido del impuesto, el único aspecto que ha tenido en cuenta el legislador para su configuración legal es la hipoteca. El último argumento al que se alude en las resoluciones, es el relativo al interés en la operación al amparo del artículo 29 del Texto refundido, y en este sentido concluye el Tribunal que: «desde esta perspectiva, no nos cabe la menor duda de que el beneficiario del documento que nos ocupa no es otro que el acreedor hipotecario, pues él (y solo él) está legitimado para ejercitar las acciones (privilegiadas) que el ordenamiento ofrece a los titulares de los derechos inscritos. Solo a él le interesa la inscripción de la hipoteca (el elemento determinante de la sujeción al impuesto que analizamos), pues esta carece de eficacia alguna sin la incorporación del título al Registro de la Propiedad».

Con base en lo expuesto, se concluyó que el artículo 68.2 del Reglamento no tiene el carácter interpretativo o aclaratorio que le otorga la jurisprudencia y que constituye un exceso que hace devenir en ilegal la previsión contenida en el mismo.

Estas resoluciones de la Sección 2.^a de la Sala Tercera del Tribunal Supremo fueron objeto de voto particular, por parte de dos magistrados en sentidos a su vez opuestos. El primer voto particular fue emitido por D. Nicolás Maurandi Guillén favorable al cambio jurisprudencial efectuado pero discrepante en cuanto a alguno de los argumentos en los que se amparan las resoluciones. El segundo voto particular, emitido por D. Dimitry Berberoff Ayuda es, en contraposición, partidario de mantener el criterio jurisprudencial anterior y considerar que el sujeto pasivo del impuesto es el prestatario.

Las repercusiones económicas y sociales que tuvieron la publicación de las resoluciones analizadas hicieron que el Presidente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo avocara al Pleno de la Sala el conocimiento de los recursos pendientes sobre la materia, al objeto de que este decidiera si el giro jurisprudencial efectuado debía ser o no confirmado. En fecha 6 de noviembre de 2018 el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo acordó por 15 votos a 13 volver al criterio jurisprudencial anterior, según el cual el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados en los préstamos hipotecarios es el prestatario, que fue materializado en resoluciones de fecha 27 de noviembre de 2018.

La situación generada por las sentencias de la Sección 2.^a de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y, posteriormente, la revocación por el Pleno del cambio jurisprudencial efectuado por las sentencias de octubre de 2018⁴¹ motivó que el Gobierno mediante Real Decreto-ley, modificara el texto refundido que regula el impuesto en los términos señalados, sin eficacia retroactiva.

De este modo, desde el 11 de noviembre de 2018 el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados en los préstamos con garantía hipotecaria es el prestamista.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 confirman el reparto de las cuotas del impuesto de actos jurídicos documentados establecidas en sus resoluciones de 15 de marzo de 2018 e insisten en que el cambio normativo derivado de la aprobación del Real Decreto-ley 17/2018 solamente es aplicable a los contratos de préstamo hipotecario celebrados con posterioridad a su entrada en vigor.

IV. REFLEXIONES SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS HIPOTECARIOS

En las líneas precedentes se ha anticipado mi discrepancia⁴² con el criterio establecido por la Sala Primera del Tribunal Supremo en torno al fundamento de la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios, tanto en relación con su resolución de 23 de diciembre de 2015 como con la aclaración efectuada mediante las sentencias de 15 de marzo de 2018, ya que sobre esta cuestión nada aportan las sentencias de 23 de enero de 2019.

En primer lugar, se van a exponer de forma más pormenorizada los motivos por los que considero que el fundamento de la nulidad no son las letras a)-c) del artículo 89.3 del TRLGDCU para posteriormente, ahondar en posibles alternativas.

La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 justifica la posible subsunción de la cláusula de gastos hipotecarios en las referidas letras del artículo 89.3 del TRLGDCU bajo el argumento de que, con anterioridad, la misma Sala había declarado la nulidad de la cláusula que repercutía a los compradores-consumidores, los gastos derivados de la constitución de hipoteca sobre el inmueble [sentencia del Tribunal Supremo (Sala

Primera) de 1 de junio del 2000] y los tributos [sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 25 de noviembre de 2011], considerando por tanto trasladable a los gastos de hipoteca la doctrina expuesta en estas sentencias. No obstante, el análisis de las resoluciones esgrimidas por el Tribunal Supremo no justifica, a mi juicio, la aplicación de esta doctrina a la cláusula de gastos hipotecarios, puesto que se trata de supuestos de hecho distintos.

En las resoluciones del Tribunal Supremo de 1 de junio del 2000 y de 25 de noviembre de 2011 se declara la nulidad de cláusulas insertas en un contrato de compra-venta de vivienda, que es lo que prevé el tenor de la norma, y no en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria. En este sentido, en la primera de las resoluciones, se declara abusiva la cláusula por la que el promotor de la vivienda (vendedor) repercute a los consumidores (compradores), los gastos derivados del préstamo hipotecario que el promotor había suscrito para financiar la construcción de la vivienda. En la segunda de las resoluciones y también nuevamente en el seno de un contrato de compra-venta, se considera como cláusula abusiva la repercusión por la promotora-vendedora del impuesto por plusvalía a los compradores-consumidores.

Lo anteriormente expuesto evidencia que los supuestos de hecho analizados en las sentencias de 1 de junio del 2000 y de 25 de noviembre de 2011 resuelven sobre cláusulas insertas en contratos de compra-venta de vivienda y no, en un contrato de préstamo hipotecario, que es el objeto de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015.

A renglón seguido, procede reflexionar sobre si los supuestos enumerados en las letras a) y d) del artículo 89.3 del TRLGDCU⁴³ pueden ser ampliados a otras modalidades contractuales como el préstamo. Para resolver esta cuestión es preciso acudir a la Exposición de Motivos de la Ley que incorporó esta previsión, la cual considera que el objetivo que tiene la referida modificación es reforzar la protección del consumidor adquirente de vivienda al declarar abusivas las cláusulas por las que se trasladan al consumidor gastos que corresponden al vendedor, tal es el caso de los impuestos en los que el sujeto pasivo es este, o los gastos de las conexiones a los suministros generales de la vivienda como el enganche del suministro de agua, alcantarillado, etc.⁴⁴.

De este modo, puede concluirse que el legislador estaba pretendiendo evitar situaciones de abusividad muy concretas, del vendedor de una vivienda al comprador de la misma y que, en principio, no resultan extensibles a otras modalidades contractuales que afecten a una vivienda, porque si esa hubiera sido la voluntad del legislador, la regulación se habría centrado en el bien objeto de tutela (la vivienda) frente a las cláusulas abusivas, sin hacer referencia alguna a las partes del contrato (vendedor/comprador), lo que permitiría que se declararan abusivas bajo este fundamento cláusulas insertas en otro tipo de contratos como, por ejemplo, un contrato de arrendamiento de vivienda, si se dieran las condiciones subjetivas para que resultara de aplicación el TRLGDCU.

La Sala Primera del Tribunal Supremo aprovechó las sentencias de 15 de marzo de 2018 para matizar que la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios se deriva de la aplicación analógica de las letras del artículo 89.3 del TRLGDCU. Sin embargo, tal y como expuso MARÍN LÓPEZ (2018)⁴⁵ cuya opinión suscribo en este punto, no existe motivo para la aplicación analógica de esta norma a los supuestos de estipulaciones contenidas en contratos de préstamos hipotecarios, al entender que no existe laguna en el ordenamiento jurídico que deba colmarse. Es decir, para que proceda la utilización del procedimiento analógico debe existir un vacío motivado por la inexistencia de una disposición normativa que regule el supuesto de hecho controvertido y como se va a exponer, existen otros

fundamentos jurídicos en los que se puede amparar la nulidad de esta cláusula. Por otra parte, entre el contrato de compra-venta y el de préstamo con garantía hipotecaria no existe identidad de razón en los términos exigidos por el artículo 4.1 del Código Civil y, en cualquier caso, entiendo que al ser la consecuencia de la aplicación analógica de la normativa, la nulidad de la cláusula, esta debe ser objeto de aplicación restrictiva.

Por último, la posible traslación de las previsiones de la compra-venta de viviendas al préstamo hipotecario no puede ampararse tampoco en el carácter vinculado entre estos contratos, puesto que en la actualidad en nuestro ordenamiento jurídico no existe ninguna norma que establezca la vinculación entre el contrato de compraventa de bienes inmuebles, y los solicitados para su financiación⁴⁶.

Tras exponer los motivos por los que no considero adecuado la subsunción de los gastos contenidos en la cláusula de gastos hipotecarios en las letras del artículo 89.3 del TRLGDCU es preciso analizar si la cláusula supera los controles de contenido y de incorporación al contrato, al amparo del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

En mi opinión, la cláusula de gastos hipotecarios adolece de falta de concreción⁴⁷. Es cierto que cualquier cláusula de este tipo enumera los gastos que se repercuten al consumidor: aranceles notariales, registrales, impuestos, gastos de gestión y de tasación; sin embargo, no se determinan los conceptos de esos gastos que se trasladan al prestatario ni tampoco la carga económica que supone la suscripción de la misma. Con base en lo anterior y aunque no es la línea jurisprudencial mayoritaria⁴⁸, considero que la cláusula de gastos hipotecarios no supera el control de transparencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 80.1 a) del TRLGDCU y 5.5 de la LCGC.

Un pormenorizado examen de la Jurisprudencia sobre esta cláusula nos permite advertir que son escasas las resoluciones judiciales que plantean la posibilidad de efectuar sobre la cláusula de gastos hipotecarios un control de transparencia y, dentro de las que lo efectúan, no existe una posición unánime. Entre las sentencias que consideran que esta estipulación no supera el control de incorporación por su falta de concreción y claridad, podemos destacar las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, de 12 de junio de 2014, de la Audiencia Provincial de Valencia, de 25 de noviembre de 2015⁴⁹, de la Audiencia Provincial de Málaga de 5 de julio de 2016 y de la Audiencia Provincial de Álava de 11 de julio de 2016. En contraposición, existen resoluciones que descartan la realización del control de transparencia por entender bien que el control de transparencia formal no resulta relevante [sentencias del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de San Sebastián, de 14 de junio de 2017, del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 bis de Santander de 26 de julio de 2017 y del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Murcia, de 23 de octubre de 2017] o por considerar, que no procede el control de transparencia material porque la cláusula no afecta a un elemento esencial del contrato [sentencias del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de San Sebastián, de 14 de junio de 2017 y del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 bis de Zaragoza, 14 de septiembre de 2017].

A renglón seguido, es preciso abordar si la cláusula no supera el control de transparencia formal o no supera el control de transparencia material⁵⁰. A través del primero, se analiza si la cláusula resulta concreta, clara, sencilla y comprensible, mientras que el control de transparencia material, de construcción jurisprudencial [cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013] pretende determinar si el consumidor tiene un conocimiento de la carga económica que genera la cláusula, siendo ambos controles autónomos.

Al inicio de estas reflexiones sobre la validez de la cláusula de gastos hipotecarios se indicaba que el problema de esta estipulación es que, con su suscripción, el prestatario no conocía qué conceptos se repercutían y a qué cantidad aproximada ascendían los mismos; es decir, qué coste adicional al del préstamo deben sufragar los prestatarios para poder suscribir el contrato con garantía hipotecaria. Por ello, en abstracto podría entenderse que la cláusula no solo adolece de falta de concreción, sino que impide conocer al consumidor la carga económica derivada de la suscripción del contrato⁵¹. No obstante, los límites inherentes a la configuración jurisprudencial⁵² que se ha hecho del control de transparencia material permiten descartar que pueda llevarse el mismo en la cláusula de gastos hipotecarios. La configuración de este control exige que se deba hacer sobre cláusulas suscritas exclusivamente con consumidores⁵³ y que la cláusula afecte a un elemento esencial del contrato.

El inconveniente⁵⁴ que tiene la aplicación de este control de transparencia material a la cláusula de gastos hipotecarios, es si puede considerarse que esta cláusula afecta incidentalmente a un elemento esencial del contrato ya que, de responder afirmativamente, podría suponer la imposibilidad de realizar un control de contenido respecto a la cláusula. Dicho de otro modo, no es posible efectuar un control de contenido respecto a las cláusulas que inciden sobre elementos esenciales del contrato, al amparo del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE⁵⁵.

Para determinar si una concreta cláusula de contenido económico afecta o no al precio del contrato, uno de los parámetros a tener en cuenta es: *«el carácter eventual de la aplicación de la cláusula en cuestión»*⁵⁶. Según este criterio, cuando una cláusula prevea el pago de una cantidad económica si acaece una determinada circunstancia, que puede tener lugar o no a lo largo de la relación contractual, la misma no tiene la consideración de elemento esencial del contrato, sino que se refiere a un elemento accesorio. La aplicación de dicho criterio a la cláusula de gastos hipotecarios conllevaría, en principio, el reconocimiento de que afecta al precio del contrato, porque el prestatario lo debe abonar en cualquier caso.

Si bien conforme al criterio apuntado podría defenderse que la cláusula de gastos hipotecarios afecta incidentalmente a un elemento esencial del contrato, parece más adecuada la consideración de que esta cláusula tiene naturaleza accesoria en el contrato, porque tal y como expone MORENO TORRES⁵⁷: «no es sensato suponer que la estipulación que impone al prestatario el pago de los aranceles notariales y registrales sea determinante de la voluntad de contratar o no contratar el préstamo por parte del consumidor medio, o lo que es lo mismo, no puede presumirse que, de haberla conocido, el contrato no se habría celebrado».

En contraposición a la consideración de que la cláusula de gastos es accesoria en el contrato de préstamo hipotecario, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ⁵⁸ defiende que la repercusión de los gastos e impuestos de la operación sí que serán tenidos en consideración por los prestatarios a la hora de concertar su decisión de formalizar el contrato de préstamo hipotecario. Por ello para este autor, la falta de concreción de la cláusula de gastos, debería valorarse desde la óptica del control de transparencia material —aunque reconoce⁵⁹ que este no es el criterio utilizado por el Tribunal Supremo en su resolución de 23 de diciembre de 2015—. De tal modo que, si la información precontractual es clara y comprensible y el prestatario conoce con exactitud los gastos que debe abonar y la cuantía de los mismos, la cláusula es válida⁶⁰.

Descartado el sometimiento de la cláusula de gastos hipotecarios al control de transparencia material por las razones expuestas, es preciso analizar en este

punto si la cláusula de gastos no supera el control de transparencia formal, es decir si la falta de concreción es suficiente como para que se puedan aplicar las consecuencias de los artículos 7 y 8 de la LCGC.

Tras estudiar la jurisprudencia acerca de cómo interpretan los órganos judiciales la falta de concreción en estipulaciones insertas en contratos de préstamo con garantía hipotecaria, se pueden llegar a establecer los siguientes indicios, que sirven de pauta para concluir que una cláusula es concreta: debe permitir al prestatario conocer los efectos de la cláusula al tiempo de la suscripción del contrato [sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 22 de diciembre de 2017], debe destacarse el concepto de lo que se repercute [sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 15 de septiembre de 2014], debiendo evitarse redacciones abiertas y omnicomprensivas [sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 19 de enero de 2016] en las que se impida conocer cuáles son los específicos gastos o tributos que deban soportar los adherentes [sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 12 de junio de 2014].

De este modo, a mi juicio procede examinar en cada caso y de forma particularizada la redacción de la cláusula de gastos hipotecarios al objeto de determinar si la misma cumple o no, con los criterios de concreción expuestos anteriormente y, en su caso, si con anterioridad o simultáneamente a la suscripción del contrato de préstamo hipotecario, la entidad bancaria proporcionó al consumidor información sobre la cuantía y conceptos de los gastos que se repercutían bien a través de la oferta vinculante o mediante una petición de provisión de fondos.

En la doctrina más cualificada, se reconoce la falta de concreción de la que adolece habitualmente la cláusula de gastos hipotecarios, aunque con distintas consecuencias, MARÍN LÓPEZ⁶¹ aunque reconoce este defecto de la cláusula, entiende que solo se predica de la parte que no sea comprensible por falta de concreción y según este autor eso no se produce en todas las estipulaciones. Por su parte, MORENO TORRES⁶², entiende que la cláusula es ineficaz y que debe entenderse no incorporada al contrato.

En opinión de MORENO TORRES⁶³ —que, en este punto comarto— el reconducir el tratamiento de la cláusula de gastos a la no superación del control de inclusión —transparencia formal—, tiene como principales beneficios: que puede declararse la nulidad aunque el adherente no tenga la condición de consumidor (art. 2.1 LCGC) y que no resulta preciso revisar las circunstancias del caso concreto, a lo que añado que el no tener que realizar los órganos judiciales el denominado «control de contenido como control legal que busca contrastar la regla contractual con la norma legal» permitiría reducir en gran medida la complejidad en el tratamiento de esta cláusula que resulta a su vez agravada por la falta de claridad de las normas que regulan cada uno de los gastos que conforman la cláusula de gastos hipotecarios.

Por último, aunque no es la hipótesis que comarto, procede examinar si la cláusula de gastos hipotecarios es abusiva por razón de su contenido, ya que la inadecuación de la subsunción de la cláusula de gastos en las letras a) - c) del artículo 89.3 del TRLGDCU, no excluye que pueda considerarse abusiva al amparo de algún otro precepto del TRLGDCU, siendo las alternativas:

A. La inclusión en el supuesto general del artículo 89.3 del TRLGDCU

El supuesto general del artículo 89.3 del TRLGDCU determina que: «en todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas: la imposición al consumidor

de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario».

El fundamentar la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios en el supuesto genérico del artículo 89.3 del TRLGDCU o en el listado contenido en tal precepto, no es cuestión baladí, ya que tal y como acertadamente apunta CÁMARA LA-PUENTE «[...] mientras que las cláusulas previstas en los apartados a) y d) del artículo 89.3 TRLGDCU para el caso de la compraventa de vivienda son cláusulas negras, en el sentido de que resultan abusivas siempre, con independencia de las circunstancias, por decisión del legislador; el supuesto general contemplado en el artículo 89.3 TRLGDCU es un supuesto de cláusula gris, que podría no ser abusiva atendidas las circunstancias del caso concreto»⁶⁴.

Esta posibilidad no es compartida por la doctrina más cualificada, aunque con distinto fundamento. Para MARÍN LÓPEZ⁶⁵: «[...] la atribución al consumidor de gastos de documentación y tramitación que por ley dispositiva corresponden al empresario no convierte automáticamente a la cláusula que la contiene en abusiva, sino que habrá que juzgarla conforme a los criterios generales de abusividad (art. 82.1 del TRLGDCU) y los demás elementos de control circunstanciado (art. 82.3 del TRLGDCU)». Por su parte, MORENO TORRES⁶⁶ defiende que no puede ampararse la nulidad de la cláusula en el supuesto general del artículo 89.3 del TRLGDCU, por no darse el supuesto de hecho de la norma. Es decir, según esta autora a través de la cláusula de gastos no se imponen al consumidor gastos de documentación y tramitación que por ley corresponden al empresario, porque no existe una norma que ordene a quién corresponde el abono de los gastos derivados de la suscripción de un contrato de préstamo hipotecario, sí por el contrario, se da esa previsión en otros contratos, como en el de compraventa (art. 1445 del Código Civil).

B. La inclusión en el supuesto del artículo 82 del TRLDCU

El artículo 82 del TRLGDCU dispone que: «Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

Para valorar si la cláusula de gastos hipotecarios es abusiva conforme al artículo 82 del TRLGDCU es preciso realizar el ya aludido: «*control de contenido como control legal que busca contrastar la regla contractual con la norma legal*», es decir, se debe comparar el contenido de la cláusula con el contenido de la norma, para comprobar si se produce un desequilibrio importante para el prestatario consumidor. Esta es la operación jurídica que vienen realizando los órganos judiciales para resolver las reclamaciones judiciales que pretenden impugnar la cláusula de gastos hipotecarios y que es la enunciada por la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, aunque ampare la nulidad de la cláusula en otro precepto.

Nuevamente la doctrina no se muestra unánime, mientras para MARÍN LÓPEZ⁶⁷ el fundamento de la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios se encuentra en este precepto, porque entiende que la atribución indiscriminada de los gastos genera un desequilibrio importante que no se justifica conforme al derecho vigente y que, además, resulta contrario a la buena fe porque no hay razones que justifiquen la imposición al consumidor de estos gastos más

allá del exclusivo interés del empresario. En contraposición, MORENO TORRES considera que tampoco tiene encaje en el artículo 82 del TRLGDCU por cuanto entiende que difícilmente puede ser contraria a la buena fe una cláusula que recoge un uso muy extendido, mediante el cual se llena un vacío de regulación y que solo permite introducir certidumbre sobre cuál de los contratantes debe abonar los gastos derivados de la operación, y concluye señalando que el hecho de que abone los gastos el prestatario consumidor no provoca el desequilibrio que exige la Ley, que es jurídico y no económico⁶⁸.

Los principales problemas que plantea la aplicación del control de contenido a la cláusula de gastos hipotecarios son: por un lado, el analizar la normativa que regula cada uno de los gastos que integran la cláusula y que ha sido enunciada en este trabajo, por cuanto la misma resulta interpretable tanto a favor del consumidor prestatario como de la entidad bancaria prestamista al existir argumentos a favor y en contra de la declaración de nulidad de cada una de las subcláusulas que conforman la cláusula de gastos hipotecarios y que se demuestran por la existencia de pronunciamientos divergentes entre la jurisprudencia menor.

Por otro lado, al configurarse el control de contenido al amparo de los artículos 80 y siguientes del TRLGDCU, no podrán ser consideradas abusivas las cláusulas de gastos hipotecarios cuando el prestatario no tenga la consideración de consumidor y ello, aunque el tenor de la cláusula sea el mismo y el adherente carezca de capacidad para modificar el tenor de la cláusula.

V. LOS GASTOS HIPOTECARIOS EN LA LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO⁶⁹

La situación generada en España en torno a la reclamación de las cláusulas de gastos hipotecarios y a otras insertas en los contratos de préstamos hipotecarios ha motivado que, se haya aprovechado la oportunidad legislativa de transponer la Directiva 2014/17/UE⁷⁰ para intentar resolver normativamente la problemática generada en torno a los gastos hipotecarios.

La Directiva 2014/17/UE —de la que trae causa la Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (en adelante, LCCI)⁷¹— en lo que respecta a los gastos, señala de forma genérica en el artículo 11.2 c) que dentro de la información básica que se tiene que proporcionar a los consumidores, se especificará de forma clara, concisa y destacada entre otros conceptos, «[...] información sobre los gastos incluidos, en su caso, en el coste total del crédito para el consumidor», la cual es desarrollada en la FEIN (Ficha Europea de Información Normalizada).

Esta previsión ha sido objeto de transposición en España dentro del artículo 6.1 c) de la LCCI⁷² al determinar que toda publicidad relativa a los contratos de préstamo debe contener la información sobre los gastos incluidos, en su caso, en el coste total del préstamo para el prestatario.

Inicialmente, el Proyecto de Ley de Crédito Inmobiliario (en adelante, PLCCI) recogía la siguiente previsión respecto a los gastos hipotecarios en su artículo 12.1 d) del PLCCI⁷³: «el prestamista deberá entregar al prestatario o potencial prestatario, con una antelación mínima de siete días⁷⁴ respecto al momento de la firma del contrato, la siguiente documentación: una copia del proyecto de contrato, cuyo contenido deberá ajustarse al contenido de los documentos referidos en las letras anteriores e incluirá, de forma desglosada, la totalidad de los gastos asociados a la firma del contrato, especificando los que corresponden al arancel

notarial, a los derechos registrales, al impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados y a los costes de labores de gestoría».

Sin embargo, la aprobación por mayoría de una enmienda transaccional complementaria en sede parlamentaria ha modificado sustancialmente el tratamiento que de los gastos hipotecarios hace la LCCI. De modo que en su versión definitiva, la regulación de los gastos se efectúa en el artículo 14 de la LCCI, en concreto, en sus letras d) y e).

La redacción del artículo 14.1.d) de la LCCI tras la aprobación de la enmienda dispone lo siguiente: «El prestamista, intermediario de crédito o su representante designado, en su caso, deberá entregar al prestatario o potencial prestatario, con una antelación mínima de diez días naturales respecto al momento de la firma del contrato, la siguiente documentación: Una copia del proyecto de contrato, cuyo contenido deberá ajustarse al contenido de los documentos referidos en las letras anteriores e incluirá, de forma desglosada, la totalidad de los gastos asociados a la firma del contrato».

Por su parte, la letra e) del artículo 14 de la LCCI añade novedosamente que además, deberá proporcionarse: «información clara y veraz de los gastos que corresponden al prestamista y los que corresponden al prestatario. Los siguientes gastos se distribuirán del siguiente modo: i) Los gastos de tasación del inmueble corresponderán a prestatario y los de gestoría al prestamista. ii) El prestamista asumirá el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario y los de las copias los asumirá quien las solicite. iii) Los gastos de inscripción de las garantías en el Registro de la Propiedad corresponderán al prestamista. iv) El pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados se realizará de conformidad con lo establecido en la normativa tributaria aplicable».

La comparación del texto inicial del PLCCI y del texto finalmente aprobado en lo relativo a los gastos hipotecarios nos permite advertir distintas cuestiones: la primera, que se amplía el plazo inicial de siete días para proporcionar la documentación, a diez días naturales. Sin embargo, la más importante es que si bien el legislador parecía que había optado inicialmente por considerar válida la cláusula de gastos hipotecarios si se proporcionaba información desglosada de la totalidad de los gastos derivados de la formalización del préstamo hipotecario, la inclusión de la letra e) en la tramitación parlamentaria, efectúa de forma novedosa, sin seguir el criterio pautado por el Tribunal Supremo (Sala Primera), en sus sentencias de 23 de enero de 2019, una distribución de los gastos hipotecarios, en la que la mayor parte de la carga económica de los mismos se atribuye al prestamista, a salvo de los gastos de tasación y en su caso, de las copias de la escritura notarial si las solicita el prestatario.

La opción por la que se ha decantado finalmente el legislador al aprobar la enmienda transaccional se aparta de la opción establecida en el PLCCI de considerar que la cláusula de gastos es válida si se proporcionaba al prestatario información desglosada de los gastos asociados a la firma del contrato y opta, por establecer normativamente un reparto de los gastos inherentes a la suscripción de la operación mercantil para evitar desequilibrios entre los derechos y obligaciones de las partes. De este modo, el legislador pretende suprimir la litigiosidad respecto a las reclamaciones de nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria que se firmen desde la entrada en vigor de la LCCI.

En resumen, el legislador ha decidido sustraer de la autonomía de la voluntad, y en concreto, de la del predisponente, la distribución de los gastos inherentes a la suscripción de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria.

VI. CONCLUSIONES

I. La consideración de la cláusula de gastos hipotecarios como condición general de la contratación permite efectuar sobre ella un control de transparencia al amparo de la LCGC. Si el prestatario tiene a su vez, la consideración de consumidor la cláusula de gastos hipotecarios podrá ser sometida a un control de contenido.

II. Los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios han generado una situación de diversidad de soluciones jurisprudenciales motivada por los términos en los que se pronunció el Tribunal Supremo (Sala Primera) en su sentencia de 23 de diciembre de 2015. En concreto, ha sido especialmente controvertido lo relativo al fundamento de la nulidad de la cláusula. Y, por otro lado, los límites inherentes al procedimiento en el marco del cual se dictó este pronunciamiento, son en cierta medida, una de las causas determinantes de la disparidad de decisiones judiciales de los Tribunales inferiores en relación a esta materia.

III. Los términos de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 han hecho que la Sala Primera haya tenido que matizar su pronunciamiento y fijar los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos, en sus resoluciones de 15 de marzo de 2018 y 23 de enero de 2019. Por su parte, la Sala Tercera de dicho Tribunal ha llegado incluso a plantear la oportunidad de modificar su doctrina ya consolidada sobre quién es el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria.

IV. La valoración, acerca de lo acertado o no, de la posición del Tribunal Supremo respecto al fundamento de la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios pasa por examinar la normativa reguladora de cada gasto, a los efectos de efectuar una ponderación en la que se determine si ha existido un desequilibrio relevante en perjuicio de los consumidores. Esta regulación permite encontrar argumentos a favor y en contra de la declaración de nulidad, lo que, además supone una dificultad importante a la hora de determinar los efectos restitutorios concretos en caso de declaración de nulidad de la cláusula.

La situación de incertidumbre e inseguridad jurídica descrita se ha visto en cierto modo mitigada con la reforma de urgencia operada por el Gobierno a través del Real Decreto-ley 17/2018, de 16 de noviembre respecto al sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados, por la que se determina claramente, aunque sin efectos retroactivos, que el sujeto pasivo de este impuesto en los contratos de préstamo hipotecario es el prestamista, de modo que se resuelve la aparente contradicción existente en la normativa tributaria al respecto. Además, contribuyen a una situación más clara sobre la cuestión, las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019, las cuales fijan taxativamente los términos en los que debe efectuarse la restitución de los gastos hipotecarios tras la declaración de nulidad de la cláusula.

V. El análisis efectuado en el estudio de los controles aplicables a la cláusula de gastos hipotecarios permite concluir que el defecto del que adolece es de falta de concreción y, por tanto, puede decirse que la misma no supera el control de transparencia formal. Lo que procede es examinar en cada caso y de forma particularizada la redacción de la cláusula de gastos hipotecarios al objeto de determinar si la misma resulta concreta y, en su caso, si con anterioridad o simultáneamente a la suscripción del contrato de préstamo hipotecario, la entidad bancaria proporcionó al consumidor información suficiente respecto

a los conceptos y cuantía de los gastos que se repercuten por aplicación de la cláusula bien mediante la oferta vinculante o a través de la petición de provisión de fondos.

VI. Si bien la redacción inicial del Proyecto de Ley Reguladora de Contratos de Crédito Inmobiliario configuraba la cláusula de gastos como una cláusula válida, si se proporcionaba al prestatario información sobre los conceptos y cuantía de los gastos que tenía que asumir en caso de suscribir el contrato de préstamo, en la tramitación parlamentaria del Proyecto, el legislador ha mantenido la obligación de proporcionar información sobre los gastos, pero ha optado por determinar normativamente y sin seguir el criterio establecido por el Tribunal Supremo en las sentencias de 23 de enero de 2019, la distribución de los gastos derivados de la suscripción de un contrato con garantía hipotecaria, con el objetivo de suprimir desde la entrada en vigor del mismo, la litigiosidad derivada de las reclamaciones de nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS (Sala Primera), de 1 de junio de 2000
- STS (Sala Tercera), de 19 de noviembre de 2001
- STS (Sala Tercera), de 27 de marzo de 2006
- STS (Sala Primera), de 25 de noviembre de 2011
- STS (Sala Primera), de 9 de mayo de 2013
- STS (Sala Primera), de 23 de diciembre de 2015
- STS (Sala Primera), de 3 de junio de 2016
- STS (Sala Primera), de 30 de enero de 2017
- STS (Sala Primera), de 5 de abril del 2017
- SSTS (Sala Primera), de 15 de marzo de 2018
- STS (Sala Tercera), de 16 de octubre de 2018
- STS (Sala Tercera), de 22 de octubre de 2018
- STS (Sala Tercera), de 23 de octubre de 2018
- SSTS (Sala Tercera), de 27 de noviembre de 2018
- SSTS (Sala Primera), de 23 de enero de 2019

- SAP de Murcia (Sección 2.^a), de 31 de marzo de 2000
- SAP Madrid (Sección 28.^a), de 26 de julio de 2013
- SAP Alicante (Sección 8.^a), de 12 de junio de 2014
- SAP Barcelona (Sección 1.^a), de 15 de septiembre de 2014
- SAP Valencia (Sección 9.^a), de 25 de noviembre de 2015
- SAP Málaga (Sección 6.^a), de 5 de julio de 2016
- Auto AP Álava (Sección 1.^a), de 11 de julio de 2016
- SAP La Coruña (Sección 4.^a), de 26 de enero de 2017
- SAP Pontevedra (Sección 6.^a), de 15 de marzo de 2017
- SAP Badajoz (Sección 2.^a), de 11 de mayo de 2017
- SAP Castellón (Sección 3.^a), de 22 de diciembre de 2017
- SAP Zaragoza (Sección 5.^a), de 26 de febrero de 2018
- SAP Zaragoza (Sección 5.^a), de 24 de abril de 2018
- SAP Salamanca (Sección 1.^a), de 26 de abril de 2018
- SAP Teruel (Sección 1.^a), de 27 de abril del 2018
- SAP Valencia (Sección 9.^a), de 2 de mayo de 2018
- SAP Badajoz (Sección 2.^a), de 17 de mayo de 2018

- Sentencia del Jdo. Mercantil n.º 9 de Madrid, 8 de septiembre de 2011
- Sentencia del Jdo. Instancia de Fuenlabrada, 26 de mayo de 2017
- Sentencia del Jdo. Instancia n.º 5 de San Sebastián, 14 de junio de 2017
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Granollers, 12 de junio de 2017
- Sentencia del Jdo. Instancia n.º 1 de Zaragoza, de 27 de junio de 2017
- Sentencia del Jdo. Instancia n.º 3 de Santander, de 14 de julio de 2017
- Sentencia del Jdo. Instancia n.º 12 bis de Zaragoza, de 21 de julio de 2017
- Sentencia del Jdo. Instancia n.º 2 bis de Santander, de 26 de julio de 2017
- Sentencia del Jdo. Instancia n.º 11 de Bilbao, de 6 de septiembre de 2017
- Sentencia del Jdo. Instancia n.º 101 de Madrid, de 7 de septiembre de 2017
- Sentencia del Jdo. Instancia n.º 8 de Pamplona, de 14 de septiembre de 2017
- Sentencia del Jdo. Instancia n.º 7 bis de Pamplona, 14 de septiembre de 2017
- Sentencia del Jdo. Instancia n.º 12 bis de Zaragoza, de 14 de septiembre de 2017
- Sentencia del Jdo. Instancia n.º 11 de Murcia, de 23 de octubre de 2017
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Huesca, de 20 de abril del 2018

VIII. BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO ORTIZ, A. (2016). El control de transparencia tan solo es aplicable a consumidores, no a empresarios ni profesionales. Comentario a la STS (Sala de lo Civil), de 3 de junio de 2016, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 18, 144-148. Enlace: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1106/932>.

— (2017). Análisis crítico de las últimas sentencias relativas a la cláusula de gastos y anexo jurisprudencial (hasta julio de 2017), en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 22, 52-85 Enlace: <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1435>

— (2018). Venceréis, pero no convenceréis: comentario a la STS 148/2018 de 15 de marzo de 2018 sobre la abusividad de la repercusión del ITP y AJD al consumidor que contrata un préstamo hipotecario, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*. Enlace: <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/3483-vencer%C3%A9is,-pero-no-convencer%C3%A9is-comentario-a-la-sts-148-2018-de-15-3-2018-sobre-la-abusividad-de-la-repercusi%C3%B3n-del-itp-y-ajd-al-consumidor-que-contrata-un-pr%C3%A9stamo-hipotecario-2>

BUESO GUILLÉN, P. J. (2014). Apuntes sobre las modificaciones de la Ley 1/2013 a la Ley del mercado hipotecario, en Alonso Pérez, M. T. (directora) *Vivienda y crisis económica*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 123-148.

CÁMARA LAPUENTE, S. (2006). *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

— (2011). Comentario al artículo 89.3 del TR-LGDCU, en *Comentarios a las normas sobre protección de consumidores*, dirigido por Cámara Lapuente, 919-927, Colex, Madrid.

CARRASCO PERERA, A. / CORDERO LOBATO, E. (2013). El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 7, 164-183. Enlace: <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/357>

DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F. (2000). Las cláusulas abusivas en contratos de consumo, en NIETO CAROL, U. *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Lex Nova, Valladolid.

HERNÁNDEZ SAINZ, E. (2017). El plazo de reflexión en la contratación de préstamos hipotecarios: instrumentos para su garantía, en *Revista para el Análisis del Derecho (InDret)*. Enlace: <http://www.indret.com/pdf/1351.pdf>

GONZÁLEZ PACANOSWKA, I. (2015). Comentario al artículo 89.3, en *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 1328 -1341.

MARÍN LÓPEZ, M. J. (2018). *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios*, Reus, Madrid.

MORALEJO IMBERNÓN, N. (2010), *El contrato de hipoteca inmobiliaria*, Thomson Reuters, Pamplona.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2008). Autonomía privada e imposición en los contratos de adhesión: una aproximación jurisprudencial, en *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, coordinado por Gómez Gállico, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra) 989-1011.

— (2016). Juicio crítico a la declaración del carácter abusivo de la cláusula que en préstamos hipotecarios impone los gastos de otorgamiento de la escritura pública, de la inscripción registral y del impuesto de actos jurídicos documentados al prestatario consumidor (a propósito de la STS 23 de diciembre de 2015), en *Revista Lex Mercatoria*, n.º 19, 93-99.

— (2017). Transparencia material y transparencia documental en los contratos de préstamo hipotecario, en *Los contratos de créditos Inmobiliario*, dirigido por Albiez Dohrmann y Moreno-Torres Herrera y coordinado por López Frías y Casado Casado, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 403-437.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2016). Cláusula suelo en préstamos con no consumidores: control de transparencia vs buena fe, en *Revista de Derecho Civil*, volumen III, n.º 4, 69-103. Enlace: <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/234/187>

RIBÓN SEISDEDOS, E. (2017). *Cláusula suelo y reclamación de gastos hipotecarios: Acciones para su eliminación y devolución de cantidades indebidamente percibidas*, Sepín, Madrid.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. (2018). Las sentencias de 15 de marzo de 2018 del Tribunal Supremo sobre el pago de actos jurídicos documentados derivados de la cláusula abusiva de gastos hipotecarios, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 5, 115-128.

TENAS ALÓS, M. A. (2017). *Préstamo para la compraventa de vivienda y vinculación de ambos contratos*, Reus, Madrid.

ZUMAQUERO GIL, L. (2018). La nulidad de la cláusula de gastos de los préstamos hipotecarios, en *Revista de Derecho Civil*, volumen 5, n.º 2, 149-191.

NOTAS

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco de la ayuda concedida por el Gobierno de Aragón para la contratación de personal investigador predoctoral en formación para el periodo 2016-2020; y dentro del Grupo de Investigación de referencia reconocido por el Gobierno de Aragón, LEGMIBIO.

² La consideración de la cláusula de gastos hipotecarios como condición general de la contratación es aceptada por las sentencias del Juzgado de Primera Instancia n.º 12 bis de Zaragoza, de 21 de julio de 2017 y del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 bis de Santander, de 26 de julio de 2017.

³ MARÍN LÓPEZ (2018) 31, pone de manifiesto que el Tribunal Supremo ha ampliado el concepto de consumidor, al entender por tal al que adquiere un bien con ánimo de lucro siempre que no lo haga con habitualidad [por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2017] y también, considera consumidor al que celebra un contrato con doble finalidad (personal y profesional), si el fin predominante es el personal [por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril del 2017]. Por su parte, RIBÓN SEISDE-DOS (2017), 193 y 194 reflexiona sobre la transcendencia de las cualidades subjetivas del prestatario y la posibilidad de impugnación de estas cláusulas cuando el mismo no tiene la consideración de consumidor

⁴ Se crearon mediante Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 25 de mayo de 2017 (BOE 27 de mayo de 2017). Dicho acuerdo produciría efectos desde el 1 de junio de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2017; sin embargo, ha sido objeto de prórroga por Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, de 28 de diciembre de 2017, durante seis meses adicionales.

⁵ Se muestran críticos con el fundamento de la nulidad de la cláusula de gastos realizada por el Tribunal Supremo en su sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2016), 94 y MARÍN LÓPEZ (2018), 87-89.

⁶ En el mismo sentido, MARÍN LÓPEZ (2018) 89 señaló con anterioridad a la publicación de las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018, que no puede aplicarse analógicamente la norma prevista en el artículo 89.3 a) del TRLGDCU a la estipulación de los gastos hipotecarios, puesto que el precepto mencionado solo entra en juego en la compraventa de viviendas y, no existe una laguna que deba colmarse.

⁷ La transcripción es la siguiente: «se trata de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGDCU)».

⁸ MARÍN LÓPEZ (2018) 51.

⁹ En este sentido, sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander, de 26 de julio de 2017.

¹⁰ La norma sexta del Anexo II de Real Decreto 1426/1989 señala: «la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente».

Sobre la aplicación de la norma sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, MARÍN LÓPEZ (2018) 53-56, considera que si bien la nulidad de la cláusula conlleva que el prestatario restituya el importe íntegro de los aranceles que sufragó el prestatario, la aplicación del precepto supondría que los aranceles notariales de la escritura pública de préstamo hipotecario deberían abonarse por mitades entre el prestamista y el prestatario.

Además, este autor (2018) 57 y 58 realiza un reparto sobre quién debe abonar cada arancel notarial. Siguiendo el criterio de MARÍN LÓPEZ, los derechos de matriz, el arancel por exceso de folios de la escritura matriz, el timbre matriz y la actualización de la información registral, debe ser abonada a partes iguales entre los sujetos del contrato. En contraposición, las copias deben ser abonadas por el sujeto solicitante y sobre el arancel derivado de la expedición y remisión de la escritura al Registro de la Propiedad, existen dudas puesto que si bien la inscripción es a favor del prestatario, la aplicación del artículo supondría que el abono del arancel, fuese a partes iguales.

¹¹ El artículo 63 del Decreto de 2 de junio de 1944 determina que: «la retribución de los notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios».

¹² En este sentido, sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 101 de Madrid, de 7 de septiembre de 2017.

¹³ Este argumento es utilizado entre otras, por las sentencias del Juzgado de Primera instancia núm. 101 de 7 de septiembre de 2017 y del Juzgado de primera instancia núm. 2 bis de Santander, de 26 de julio de 2017.

¹⁴ En este sentido, puede destacarse la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 bis de Zaragoza de 21 de julio de 2017.

¹⁵ En este sentido, puede destacarse la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Pamplona de 14 de septiembre de 2017.

¹⁶ Con esta resolución la Audiencia Provincial de Zaragoza modifica su criterio establecido en la sentencia de 26 de febrero del 2018 en el que se condenaba a la entidad bancaria al abono del 100% de los gastos de Notaría.

¹⁷ El Anexo II del Real Decreto 1427/1989 determina que: «Los derechos del Registrador se pagarán por aquel o aquellos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado».

¹⁸ El artículo 51 del Decreto de 14 de febrero de 1947, por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario determina que en el acta de inscripción se expresará la persona a cuyo favor se practica la inscripción, que no es otra que la propia entidad bancaria.

¹⁹ La falta de normativa legal reguladora de este gasto es una cuestión reconocida por el propio Tribunal Supremo en sus sentencias de 23 de enero de 2019 aunque considera que su intervención se da por supuesta en el artículo 40 del Real Decreto-ley 6/2000, que establece la obligación de ponerse de acuerdo en el nombramiento del gestor y considera el incumplimiento de esta obligación como una infracción administrativa.

²⁰ La naturaleza jurídica del contrato que media entre la gestoría y el arrendatario excede del objeto del presente trabajo, pero puede apuntarse que en la actuación de la gestoría tendente a la liquidación de los impuestos subyace una obligación de resultado (contrato de obra) y en la intervención de la gestoría consistente en efectuar los trámites precisos para que el registrador de la propiedad inscriba el gravamen, una obligación de medios (contrato de servicios), por cuanto la gestoría no puede asegurar la efectiva inscripción de la garantía hipotecaria. Sin embargo, MARÍN LÓPEZ (2018) 160, considera al respecto que: «técticamente, más que un contrato de prestación de servicios, se trata de un contrato de obra que obliga al deudor a obtener un resultado concreto: proceder a la inscripción de la hipoteca en el Registro. A cambio de ello el gestor tiene derecho a obtener un precio».

²¹ El artículo 89.4 del TRLGDCU determina que: «En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas: La imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados».

²² En este sentido, pueden destacarse entre otras las sentencias del Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián n.º 5, de 14 de junio de 2017 y la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Santander n.º 3, de 14 de julio de 2017.

²³ De modo que tal y como pone de relieve ZUMAQUERO GIL (2018): «La gestoría corre con los riesgos que supone entregar el importe del préstamo solicitado antes de llevar a cabo dicho trámite».

²⁴ El artículo 7.1 de la Ley 2/1981 determina que: «Para que un crédito hipotecario pueda ser movilizado mediante la emisión de los títulos regulados en esta Ley, los bienes hipotecados deberán haber sido tasados por los servicios de tasación de las Entidades a que se refiere el artículo segundo, o bien por otros servicios de tasación que cumplan los requisitos que reglamentariamente se establecerán».

²⁵ La Ley 2/1981 aunque no afecta al artículo 7, fue en algunos preceptos objeto de modificación por la Ley 1/2013 con el objetivo de dotar a las sociedades de tasación de una mayor independencia respecto a las entidades bancarias emisoras de los títulos o valores hipotecarios, al constituir estos el medio de movilización por excelencia del préstamo hipotecario. Al respecto, puede verse el trabajo de BUESO GUILLÉN, P.J. (2014).

²⁶ A este respecto, sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Santander, de 14 de julio de 2017.

²⁷ En este sentido, sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Murcia, de 23 de octubre de 2017.

²⁸ En este sentido se pronuncia la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 bis de Pamplona, de 14 de septiembre de 2017.

²⁹ A este respecto la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Pamplona, de 14 de septiembre de 2017.

³⁰ El TRLITPAJD determina respecto al gravamen de transmisiones patrimoniales en su artículo 8 que el obligado al pago del tributo en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza es el prestatario. Por su parte, el artículo 15 del mismo cuerpo legal, también en sede de transmisiones patrimoniales prevé que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo.

³¹ La decisión del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de volver al criterio jurisprudencial anterior, en virtud del cual el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales en préstamos con garantía hipotecaria es el prestatario se materializó en las sentencias de la Sala Tercera, de 27 de noviembre de 2018.

³² MARÍN LÓPEZ (2018) 116, advierte sobre la enorme controversia existente respecto a quién es el sujeto pasivo del impuesto y reconoce que si bien la respuesta a esta cuestión debería ser fácil «pues las leyes que fijan los impuestos al igual que las penales) deberían ser muy claras en la delimitación del hecho imponible de los tributos y del sujeto pasivo obligado al pago», no lo es respecto al impuesto de actos jurídicos documentados.

³³ Este es uno de los argumentos utilizados por la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2015 al entender que la interpretación de las normas de carácter tributario o fiscal, compete a la jurisdicción contencioso-administrativa, y en su cúspide, a la Sala Tercera del Tribunal Supremo, cuando la controversia versa sobre la existencia o contenido de la obligación tributaria o sobre la determinación del sujeto que resulta obligado en virtud de la misma.

³⁴ Además, las resoluciones partidarias de la no devolución del impuesto a los prestatarios consumidores amparaban su postura en que la doctrina jurisprudencial de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que hasta las sentencias de octubre de 2018, consideraban que el sujeto pasivo del impuesto es el prestatario, por aplicación del referido artículo 68 del Reglamento y por entender que la unidad del hecho imponible respecto al préstamo, obliga a que sea el prestatario [Por todas, sentencia de 27 de marzo de 2006], además, muchas de ellas matizaban además, que la interpretación de la Sala Tercera del Tribunal Supremo estaba avalada por el Tribunal Constitucional en su Auto de 18 de enero de 2005, que considera que es una opción legislativa constitucionalmente válida, que el sujeto pasivo de la modalidad del IAJD, sea el mismo que se erige como sujeto pasivo del negocio jurídico principal.

³⁵ Sobre el tratamiento del impuesto de actos jurídicos documentados realizado por las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018, pueden verse los trabajos de RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI (2018) y AGÜERO ORTIZ (2018).

³⁶ Al respecto, debe llamarse la atención de que este precepto ha sido declarado ilegal por la Sección 2.^a de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en sus resoluciones de 16 de octubre, 22 de octubre y 23 de octubre de 2018 y, tras la aprobación del Real Decreto 17/2018, el sujeto pasivo del impuesto cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista.

³⁷ Debe llamarse la atención sobre la competencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo para determinar quién es el sujeto pasivo de los impuestos, de conformidad entre otras con la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera), de 15 de marzo de 2018.

³⁸ En la resolución de los recursos de casación interpuestos se dio prioridad al tratamiento de la nulidad de la liquidación porque si se declaraba la nulidad del acto administrativo ya no procedía abordar la cuestión de la exención.

³⁹ Por todas, sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2016, 31 de octubre de 2006 y 20 de enero de 2006.

⁴⁰ Estas resoluciones consideran que podría mantenerse la doctrina anterior porque la hipoteca como derecho real de garantía es accesoria del negocio principal que es el préstamo; por otro lado, porque el propio texto refundido de la ley del impuesto en relación con este tipo de negocios complejos (en sede del impuesto de transmisiones patrimoniales) determina que tributan en concepto de préstamo y, por último, porque el artículo 68.2 del Reglamento, señala que el sujeto pasivo del impuesto es el prestatario.

⁴¹ La nota de prensa de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre la decisión de volver al criterio jurisprudencial anterior por el cual, el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados en los préstamos hipotecarios es el prestatario, está disponible en el siguiente enlace: [http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Sala-de-prensa/Nota-informativa-de-la-Sala-Tercera-del-Tribunal-Supremo--6-11-2018-](http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Sala-de-prensa/Notas-de-prensa/Nota-informativa-de-la-Sala-Tercera-del-Tribunal-Supremo--6-11-2018-) [última consulta, noviembre de 2018].

⁴² Esta discrepancia sobre el fundamento de la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios, ha sido puesta de manifiesto por: PERTÍNEZ VÍLCHEZ (2016), 94 y MARÍN LÓPEZ (2018), pp.87-89.

⁴³ Estas letras fueron incorporadas al artículo por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre de mejora de la protección de consumidores y usuarios por la que se modificó la cláusula n.º 22 de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

⁴⁴ GONZÁLEZ PACANOSWSKA (2015) 1.328, señala que: «el hilo conductor de los distintos apartados del artículo 89.3 es evitar que en un contrato de compraventa de vivienda se encuentre el consumidor ante una serie de obligaciones adicionales y cargas administrativas o, en su caso, costes que forman parte del proceso constructivo cuando se compra un inmueble futuro[...]». En el mismo sentido anteriormente apuntado, MORALEJO IMBERNÓN (2010) 42 señala refiriéndose al artículo 89.3 a) del TRLGDCU que: «[...] este inciso estaría prohibiendo que se trasladen al comprador los gastos de constitución, división o cancelación del préstamo y de la hipoteca que lo garantizase concertados por el vendedor para financiar la construcción, previa o no a la subrogación del comprador [...].».

⁴⁵ En el mismo sentido, MARÍN LÓPEZ (2018) 89 señaló con anterioridad a la publicación de las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018, que no puede aplicarse analógicamente la norma prevista en el artículo 89.3 a) del TRLGDCU a la estipulación de los gastos hipotecarios, puesto que el precepto mencionado solo entra en juego en la compraventa de viviendas y, no existe una laguna que deba colmarse.

⁴⁶ Sobre la vinculación del contrato de préstamo y compra-venta de vivienda puede verse, TENAS ALÓS (2017) 424. Existe sin embargo, algún pronunciamiento judicial como el efectuado por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Zaragoza, de 27 de junio de 2017, siguiendo la doctrina fijada por el Tribunal Supremo, considera que el hecho de que el préstamo hipotecario tuviera como finalidad una reforma de la vivienda, no excluye la aplicación del artículo 89.3 del TRLGDCU —relativa a los gastos de preparación o titulación de obra nueva—, porque el carácter abusivo según dicha resolución, no se basa exclusivamente en el contenido, sino en la condición de consumidor con la que actuó el actor al contratar el préstamo y la posición que por ello tuvo frente al demandado.

⁴⁷ En cuanto a la falta de concreción de la cláusula de gastos, ZUMAQUERO GIL (2018) 159 y 160 pone de relieve que: «[...] la fórmula abierta que normalmente se utiliza por las entidades bancarias para redactar este tipo de cláusulas hacen que la misma adolezca de falta de concreción, hasta el punto que no queda claro en la mayoría de los casos qué gastos va a repercutir el banco al consumidor, terminando en ocasiones incluso con la palabra etcétera, lo que le deja indefenso ante cualquier tipo de cargo que se le quiera efectuar».

⁴⁸ En el procedimiento del que trae causa la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 se planteó que la cláusula de «gastos a cargo de la parte prestataria» conculcaba el principio de concreción y transparencia. Así, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Madrid, de 8 de septiembre de 2011 consideró que la estipulación además de resultar abusiva, no cumplía con los requisitos de claridad y concreción del artículo 5.5 de la LCGC. Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 26 de julio de 2013, entiende que la estipulación supera el control de incorporación. Al no plantearse esta cuestión en el recurso de casación, el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de diciembre de 2015, no se pronunció.

⁴⁹ La sentencia de la Audiencia Provincial del Valencia de 25 de noviembre de 2015 reconoce que: «[...] Ello por cuanto de su redacción (único extremo al que hemos de atender) se pude deducir que se hace cargo del pago de tributos cualquiera que sea el sujeto pasivo. La estipulación ha de excluirse por no colmar el control de incorporación por

ambigua (arts. 5.5 y 7 LCDC). Ello implicará que la prestataria habrá de hacerse cargo de los impuestos de acuerdo con la normativa tributaria».

⁵⁰ Este control de transparencia material también recibe el nombre de «control cualificado de incorporación» AGÜERO ORTIZ, (2016) 146 o «control de transparencia real» SÁENZ DE JUBERA HIGUERA (2016) 80. Sobre la naturaleza jurídica del control de transparencia como control de incorporación reforzado o control de abusividad, puede destacarse MARÍN LÓPEZ (2018), 179.

⁵¹ En este sentido, se pronuncia ZUMAQUERO GIL (2018), 157 y 158.

⁵² El control de transparencia material en el ordenamiento jurídico español es una construcción doctrinal y jurisprudencial, al amparo del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE y en la que ha tenido especial relevancia las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y 23 de diciembre de 2015.

⁵³ Por todas, sentencias del Tribunal Supremo, de 3 de junio de 2016 y de 30 de enero de 2017.

⁵⁴ Esta cuestión es reconocida por MARÍN LÓPEZ (2018), 187 y ZUMAQUERO GIL (2018), 159.

⁵⁵ Este apartado segundo de la Directiva no fue transpuesto al ordenamiento jurídico español, lo cual ha provocado una importante discusión doctrinal sobre si procede o no efectuar un control de contenido cuando una cláusula afecte al objeto principal del contrato. A favor de esta posibilidad, puede destacarse a DUQUE DOMÍNGUEZ (2000) 485 y 486, que es partidario de considerar que la no transposición formal fue una decisión voluntaria del legislador español para permitir la revisión judicial de precios; en el mismo sentido, CARRASCO PERERA / CORDERO LOBATO (2013) 176. En contra de tal posibilidad, se puede destacar, a CÁMARA LAPUENTE (2006) 66-69, el cual considera que la no transposición del apartado segundo del artículo 4 de la Directiva se deriva de un error en la votación parlamentaria y, por tanto, no es una omisión voluntaria de la regla comunitaria. Además, reconoce que en el sistema normativo español existen otros mecanismos para atajar conductas abusivas sobre elementos esenciales del contrato, sin necesidad de recurrir al régimen de las cláusulas abusivas.

⁵⁶ Sobre este particular, véase PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2008) 994.

Dicho criterio es aplicado por las Sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia de 31 de marzo del 2000. Esta última resolución de la Audiencia Provincial de Murcia de 31 de marzo del 2000 determina que: «[...] En cambio, el discurso debe ser distinto en lo que se refiere a la cláusula que determina los intereses moratorios aplicables en caso de incumplimiento del prestatario, por tratarse de una cláusula que no se refiere a las prestaciones principales derivadas del contrato, dado el carácter eventual de su aplicación, que solo procederá en el caso de que el desarrollo de la relación contractual entre en una fase patológica, lo que justifica que las mismas puedan y deban ser objeto de control para determinar su posible carácter abusivo, ya que es indudable que la relevancia que tales cláusulas tienen para el adherente en el momento de contratar es muy inferior a la que asumen las condiciones relativas a los intereses remuneratorios, plazos de amortización, etc., lo que redundará en una menor reflexión a la hora de manifestar la adhesión.»

⁵⁷ MORENO TORRES (2018), 174.

⁵⁸ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2016), 97-99.

⁵⁹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017), 430 y 431. Este autor considera que: «[...] el enfoque del Tribunal Supremo español de prescindir de la transparencia en la valoración de unas cláusulas que son parte integrante del coste del crédito es erróneo, lo cierto es que este enfoque no puede considerarse contrario al artículo 4.2 de la Directiva UE1993/13, de cláusulas abusivas en contratos con consumidores, ya que de acuerdo con el carácter de mínimos de la directiva (art. 8) nada impide que en un ordenamiento nacional algunos aspectos del objeto principal del contrato queden sustraídos al control de transparencia y sujetos directamente a un control de equilibrio, que es lo que ha hecho la Jurisprudencia española respecto de esas cláusulas de imputación de gastos».

⁶⁰ Así las cosas, reconoce este autor que con la Orden Ministerial EHA 2899/2011, de 28 de octubre, dentro de la Ficha de Información Personalizada debe informarse al prestatario de los costes que conlleva el préstamo, al igual que lo hacía la Orden de 5 de mayo de

1994, que exigía que en el folleto informativo se incluyera información de los impuestos y aranceles a cargo del prestatario. Por tanto, PERTIÑEZ VILCHEZ considera que si implícitamente la normativa de transparencia bancaria valida la repercusión de los gastos, si se ha proporcionado al prestatario información suficientemente, no puede entenderse que la cláusula sea abusiva por razón de su contenido.

⁶¹ MARÍN LÓPEZ (2018) 37 y 38 A modo ejemplificativo, este autor expone que: «Si en un contrato bancario el documento debe mencionar las comisiones que el cliente debe abonar, indicando con precisión cuando hay que abonarlas y por qué cuantía, sin que sea posible el reenvío a las tarifas puestas a disposición del público por la entidad bancaria o expuestas en el tablón de anuncios, lo mismo debe suceder respecto a los otros gastos que debe sufragar el prestatario en un préstamo hipotecario: deben mencionarse en el documento contractual, sin que sea posible una genérica alusión a los mismos».

⁶² MORENO TORRES (2018), 177-179.

⁶³ MORENO TORRES (2018), 179.

⁶⁴ CÁMARA LAPUENTE (2011), 919 y 920.

⁶⁵ MARÍN LÓPEZ (2018), 89-91.

⁶⁶ MORENO TORRES (2018) 171.

⁶⁷ MARÍN LÓPEZ (2018) 95.

⁶⁸ MORENO TORRES (2018), 172.

⁶⁹ A la finalización de este trabajo, la tramitación parlamentaria de la Ley Reguladora de Contratos de Crédito Inmobiliario ha finalizado y está pendiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

⁷⁰ Para un estudio comparado sobre el tratamiento que tienen los gastos derivados de la formalización de los préstamos hipotecarios en otros países de la Unión Europea, puede verse SAINZ-ROZAS (2017).

⁷¹ El texto de la Ley Reguladora de Contratos de Crédito Inmobiliario, tras su tramitación parlamentaria puede consultarse en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-12-7.PDF [última consulta: marzo de 2019]

⁷² Según la Exposición de Motivos de la Ley, uno de los aspectos más novedosos de la misma es que se pretende aprobar es establecer una regulación de la fase precontractual cuya finalidad es garantizar que el principio de transparencia material se cumpla y permitir que el prestatario tenga a su disposición la información necesaria para que pueda comprender en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar. Señalando igualmente, que de este modo, se constituirá una prueba en beneficio de ambas partes, de que el prestamista cumplió con su obligación de entrega en los plazos previstos dicha documentación y que el prestatario, podrá ejercer el derecho —y también deber— de conocer las consecuencias de aquello a lo que se obliga.

⁷³ El texto inicial del Proyecto de la Ley de Crédito Inmobiliario puede consultarse en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-12-1.PDF [última consulta, octubre de 2018]

⁷⁴ Sobre el plazo de reflexión en la contratación de préstamos hipotecarios, puede verse HERNÁNDEZ SAINZ (2017).