

¿Son abusivas las cláusulas que imponen al consumidor el pago de los gastos notariales y registrales del préstamo hipotecario?*

Are the contractual terms that oblige the consumer to pay the Notary and Land Registry fees in case of entering into a mortgage loan contract considered abusive?

por

M.^a LUISA MORENO-TORRES HERRERA
Catedrática de Derecho civil

RESUMEN: Tomando como punto de partida el Derecho positivo, —en particular las disposiciones legales sobre el pago de los aranceles notariales y registrales, así como la normativa sobre transparencia bancaria—, y tras un completo análisis de la jurisprudencia sobre el tema, se defiende que en el ordenamiento jurídico español no son abusivas las cláusulas que en los contratos de préstamo

* Este trabajo se ha realizado en el ámbito del Proyecto I+D del Subprograma estatal de generación del conocimiento, como proyecto de excelencia, titulado «El desarrollo práctico de la tutela legal de los deudores hipotecarios» (DER2013-48813-C2-2-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

hipotecario hacen recaer en su totalidad sobre el consumidor los gastos notariales de otorgamiento de la escritura de préstamo y los de su inscripción en el Registro de la Propiedad, aun cuando se trate de cláusulas no negociadas individualmente. Tales estipulaciones no son intrínsecamente abusivas, ni tampoco abusivas por falta de transparencia. Distinto es que no superen el control de incorporación de los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y del artículo 80.1 a) del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, lo que ocurrirá en aquellos casos en los que esta previsión se incluya en una estipulación sobre gastos que por su amplitud y generalidad deba ser considerada ambigua o no concreta. Además, tratándose de préstamos celebrados con posterioridad al 13 de junio de 2014, el consumidor podrá, en su caso, reclamar el reembolso de los gastos notariales y registrales pagados al prestamista, al amparo de lo dispuesto en el artículo 60 bis del citado Texto Refundido.

ABSTRACT: This paper studies a contractual term that imposes the payment of the Notary and Land Registry fees to the consumer or borrower in case of contracting a mortgage loan. This is a typical banking sector «take it or leave it» clause, that therefore, cannot be negotiated. This research aims to identify if this type of clause should be considered abusive or unfair. For this purpose, we have studied not only the substantive law applicable, especially, notary fees and banking transparency regulations, but also the most recent Spanish case law. Our conclusion is that this type of contractual terms is neither intrinsically abusive, or non-transparent. However, it is possible that in certain circumstances, if the term contains ambiguous wording, lacks specificity or is too general, it could not override the incorporation control provided by Articles 5 and 7 of the Ley de Condiciones Generales de Contratación (General Contracting Terms Act) and the article 80.1 a) Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (Consolidated Drafting of the General Law on the Defence of Consumers and Users, TRLCU). Finally, if the loan contract would have been concluded after 13 of June of 2014, the consumer could claim for reimbursement of the Notary and Land Registry fees paid to a lender when getting a mortgage, as established by article 60 TRLCU.

PALABRAS CLAVE: Préstamo hipotecario. Gastos notariales. Gastos registrales. Consumidores. Transparencia bancaria. Condiciones generales de la contratación. Cláusulas abusivas. Control de inclusión. Control de contenido. Control de transparencia.

KEY WORDS: Mortgage loan. Notary fees. Land Registry fees. Consumers. Banking transparency. General terms and conditions of contracts. Abusive clauses incorporation control. Content control. Transparency control.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CUESTIONES PREVIAS: 1. LAS DISPOSICIONES LEGALES SOBRE EL PAGO DE LOS ARANCELES NOTARIALES Y REGISTRALES: A) *Aranceles notariales*: a) Normas reguladoras de la relación contractual. b) Legislación notarial. B) *Aranceles registrales*. 2. LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL SOBRE LOS GASTOS DE OTORGAMIENTO E INSCRIPCIÓN DE LA ESCRITURA DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO. 3. RECIENTES PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES SOBRE LA VALIDEZ DE CLÁUSULAS QUE, ENTRE OTROS, IMPONEN AL PRESTATARIO EL PAGO DE LOS GASTOS NOTARIALES Y REGISTRALES: A) *Antecedentes*. B) *Tribunal Supremo*. C) *Audiencias provinciales*. D) *Juzgados de Primera Instancia*.—III. ANÁLISIS DE LA VALIDEZ DE LA CLÁUSULA QUE ATRIBUYE AL PRESTATARIO EL PAGO DE LOS GASTOS NOTARIALES Y REGISTRALES: 1. CONTROL DE CONTENIDO. 2. CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL. 3. CONTROL DE INCORPORACIÓN.—IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Entre los diversos gastos que originan los préstamos hipotecarios se encuentran los aranceles notariales ocasionados por el otorgamiento de la escritura pública y los aranceles derivados de su inscripción en el Registro de la Propiedad. Ambos son necesarios para el nacimiento del derecho real de hipoteca, dado el carácter constitutivo de la inscripción registral (art. 1875 del Código Civil y art. 2.2 LH). En la práctica es lo habitual que en el contrato se establezca que estos gastos son a cargo del prestatario. También es frecuente que el prestatario efectúe una provisión de fondos a favor de la entidad financiera, antes incluso de la formalización del préstamo, asumiendo esta las distintas gestiones que conlleva el otorgamiento de la escritura y la inscripción registral, entre ellas el abono de sus honorarios al notario y al registrador.

La estipulación que atribuye al prestatario el pago de los aranceles notariales y registrales del préstamo hipotecario no había generado apenas conflictividad, hasta hace muy poco. Sin embargo, desde que la STS, Sala de lo Civil, Pleno, de 23 de diciembre de 2015 (Ponente: Pedro José VELA TORRES) declarase nula por abusiva la cláusula que imponía al prestatario consumidor, entre otros gastos, los de otorgamiento de escritura pública y los derivados de la inscripción registral, parece haberse extendido como la pólvora la idea de que es abusiva la imposición al prestatario del pago de los gastos del préstamo, entre los que se encuentran los aranceles notariales y registrales. También se han publicado ya algunos pronunciamientos judiciales en el mismo sentido, los cuales están contribuyendo a consolidar dicha opinión.

El asunto merece un análisis detenido, al objeto de precisar si efectivamente debe ser considerada abusiva, y en qué casos, la cláusula que hace recaer sobre el consumidor tales gastos, cuál es el fundamento jurídico en el que debe descansar el juicio de abusividad, y cuál es el criterio que debe ser aplicado para decidir a cuál de los dos contratantes corresponde el pago de los aranceles

notariales y registrales del préstamo hipotecario en los supuestos en los que la estipulación que se los atribuye al prestatario sea nula.

Clarificar estas cuestiones es algo que no solo posee interés para el prestatario, sino también para las entidades financieras y, por supuesto, para los aplicadores del Derecho.

Por lo que se refiere al prestatario, es cierto que la cuantía de los gastos notariales y registrales no es demasiado elevada si se la compara con otros gastos derivados del contrato de préstamo, como el pago de los impuestos, pero también es verdad que no son del todo irrelevantes para el prestatario, especialmente si se trata de una persona física que se vale del préstamo para financiar la compra de su vivienda habitual. Piénsese que el contrato de adquisición del inmueble genera también sus propios gastos.

Por lo que atañe a las entidades financieras, les interesa saber a qué atenerse, una vez que el propio Tribunal Supremo ha abierto un camino para cuestionar la validez de una estipulación que es contenido habitual de los contratos de préstamo y que suele formar parte de las condiciones generales. ¿Significa la doctrina jurisprudencial que los prestamistas deben eliminar esta condición general?, ¿les conviene, si es así, sustituirla por otra de contenido distinto, o será preferible que el contrato guarde silencio sobre el tema?

Finalmente, el interés para los aplicadores del Derecho es claro. Interesa tanto a abogados, como a jueces, notarios y registradores, conocer con la mayor exactitud posible en qué casos y por qué es válida, y en cuáles no, la estipulación por la que el prestatario asume el pago de los gastos que origine el otorgamiento y la inscripción de la escritura de préstamo hipotecario. Ello ayudará a los abogados a no emprender, de manera indiscriminada, acciones judiciales solicitando una condena de la entidad financiera a la devolución de las cantidades pagadas por los consumidores en concepto de gastos notariales y registrales; a los jueces a fundamentar sus decisiones, en cada supuesto concreto, en los preceptos oportunos; y a los notarios y registradores a cumplir fielmente los deberes que les impone la ley, en particular, el de no autorizar y denegar la inscripción de las escrituras públicas de préstamo con garantía hipotecaria que sean contrarias a las leyes o que contengan cláusulas abusivas (art. 84 del Real Decreto Legislativo 1/2007, 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 TRLCU) y el de velar por el cumplimiento de los requisitos de incorporación (art. 23 de la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación; en adelante LCGC).

II. CUESTIONES PREVIAS

Siendo el objetivo central de este trabajo el análisis y la determinación del posible carácter abusivo de la cláusula que hace recaer sobre el prestatario

consumidor el pago de los gastos notariales y registrales del préstamo hipotecario, deben abordarse, con carácter previo, distintas cuestiones. En primer lugar, es preciso establecer si según las leyes los gastos notariales y registrales son a cargo del prestamista o del prestatario. En segundo lugar, determinar si hay disposiciones legales que de modo específico impongan al prestamista o al notario el deber de informar al prestatario sobre tales gastos, bien en la fase precontractual, bien al tiempo de la celebración del contrato.

Las conclusiones que se extraigan del análisis del Derecho positivo referidas a cada una de estas cuestiones serán de gran utilidad a los efectos de determinar la validez de la cláusula que nos ocupa.

También se estima conveniente conocer los más recientes pronunciamientos de los tribunales sobre el tema, que por esta razón van a ser explicados y resumidos igualmente con carácter previo y sin perjuicio de reflexiones ulteriores.

1. LAS DISPOSICIONES LEGALES SOBRE EL PAGO DE LOS ARANCELES NOTARIALES Y REGISTRALES

A) *Aranceles notariales*

Aunque parezca una obviedad, lo primero que hay que decir es que el acreedor de los gastos de otorgamiento de la escritura pública es el notario, y que corresponde a la legislación notarial, y no a las normas reguladoras del contrato, determinar quién es el sujeto obligado frente al notario al pago de sus honorarios profesionales. Cuestión distinta es que, independientemente de lo anterior, puedan las leyes establecer un reparto o distribución de tales gastos entre los propios contratantes, con eficacia limitada a ellos mismos. Es lo que hace el artículo 1455 del Código Civil para la compraventa (GARCÍA CANTERO, 1980, 110; RODRÍGUEZ LLAMAS, 2011, 65)¹.

Partiendo de lo dicho, y en aras de la mayor claridad posible, se distingue a continuación entre la normativa contractual y la legislación notarial.

a) Normas reguladoras de la relación contractual

A diferencia de lo que ocurre respecto de algunos contratos típicos, el Código Civil no contiene norma alguna, ni siquiera de naturaleza dispositiva, sobre el pago de los gastos notariales de la escritura de préstamo hipotecario, ni de otros gastos que se deriven de su otorgamiento, lo que no es extraño si se tiene en cuenta la escasa regulación en dicho texto legal tanto del préstamo como del contrato de hipoteca.

Tampoco hay una norma específica en la legislación de consumo. Dispone el artículo 63.2 TRLCU que «Salvo lo previsto legalmente en relación con los contratos que, por prescripción legal, deban formalizarse en escritura pública, la formalización del contrato será gratuita para el consumidor cuando legal o reglamentariamente deba documentarse este por escrito o en cualquier otro soporte de naturaleza duradera». La regla que en este artículo se contiene, y que es de naturaleza imperativa, es que los gastos de documentación del contrato celebrado entre un empresario y un consumidor son a cargo del primero cuando una disposición legal o reglamentaria exija que el contrato se formalice por escrito o en un soporte de naturaleza duradera. Pero la regla se excluye precisamente respecto de los contratos que por prescripción legal deban formalizarse en escritura pública, siendo este el caso del préstamo hipotecario. La conclusión que se extrae del artículo 63.2 TRLCU, coincidente con lo dispuesto en el artículo 59.2 del mismo texto legal, es que habrá de acudir al Derecho común para determinar quién o quiénes son los obligados al pago de los gastos de documentación del préstamo hipotecario. Y se deduce también, a contrario, que la regla puede no ser la gratuidad para el prestatario, aun cuando sea un consumidor en el sentido del artículo 3 TRLCU.

Esta remisión al Derecho común resulta inútil para el caso del préstamo hipotecario, por cuanto que, como ya se ha indicado, no hay norma alguna que imponga los gastos de documentación del contrato a una de las partes, ni tampoco que los distribuya entre ambos.

Cuestión distinta es que se pudiera pensar en la aplicación por analogía del artículo 1455 del Código Civil.

Es dudosa, sin embargo, la existencia de una laguna legal. No parece que el hecho de que ninguna norma contemple un criterio de asignación entre los contratantes de los gastos de documentación del contrato sea propiamente un vacío de regulación, dado que el acreedor de los gastos es un tercero (el notario). La situación es la misma que se plantea a propósito de otros desembolsos que origina la celebración del contrato, como los impuestos. El acreedor de los impuestos será la Administración tributaria. Nada impide a los contratantes, salvo que se trate de un contrato de consumo, acordar que internamente se haga cargo de esos gastos un sujeto distinto del que resulta obligado por ley frente al acreedor, pero eso no quiere decir que haya una laguna legal si las leyes no prevén una distribución de esos tributos o gastos entre los contratantes. Es más, sería una previsión extraña y sorpresiva en la medida en que el gasto se pusiera a cargo de un sujeto distinto del que tiene la condición de deudor frente al acreedor del gasto o tributo. Es lo mismo que ocurre, por ejemplo, con los gastos de comunidad de la vivienda arrendada. El obligado al pago de los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble es el propietario [art. 9 e) de la Ley 49/1960, de propiedad horizontal], aunque puede válidamente estipularse, en el contrato de arrendamiento, que sean a cargo del arrendatario (art. 20 de la Ley 29/1994,

de arrendamientos urbanos). Sería poco razonable afirmar que hay una laguna legal por el hecho de que nada se diga sobre el tema en la ley arrendaticia, para el caso de inexistencia de acuerdo. No es necesario hacerlo, porque si no hay un pacto entre el arrendador y arrendatario, es claro que el primero no podrá exigir al segundo el pago de unos gastos de los que él es deudor frente a un tercero. Idéntico razonamiento vale para el caso que nos ocupa: a falta de pacto válido entre prestamista y prestatario respecto de los honorarios del notario, el que venga legalmente obligado a su pago no podrá, evidentemente, reclamárselos al otro.

Cuestión distinta, sobre la que luego se volverá, es que, conforme a la legislación notarial, sean o puedan ser varios los obligados al pago de los aranceles al notario.

En definitiva, no hay una norma en nuestro ordenamiento jurídico que reconozca a prestamista o prestatario el derecho a exigir del otro el importe de todo o parte de los honorarios satisfechos al notario por el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario, lo que en sí no significa que haya una laguna legal.

Otra cosa es que fuera conveniente la existencia de una previsión en la ley sobre el obligado al pago de tales gastos, máxime a la vista de la elevada conflictividad que últimamente están generando. Ello ayudaría a disipar dudas y, sobre todo, a evitar que se acuda a la legislación notarial y registral en busca de la respuesta a un problema que ni se regula ni se debe regular en ella.

b) Legislación notarial

El artículo 63 del Reglamento Notarial, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944 (en adelante, RN), dispone con carácter general que «La retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios». Como complemento de lo anterior, el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, sobre arancel de los notarios, establece que «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» (Regla sexta del Anexo II).

A diferencia de lo que ocurre con los artículos 1455 y 1555.3 del Código Civil, que son normas dispositivas cuyo objeto es distribuir entre las partes del contrato los gastos de otorgamiento de la escritura, la regla sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989 no persigue resolver cuál de los contratantes ha de hacer frente al pago de los aranceles notariales, sino algo muy distinto. El destinatario de esta norma es el notario; el precepto le aclara a quién le puede exigir el cumplimiento. Como no podía ser de otro modo, será a los sujetos que hayan requerido sus servicios. Pero este no es el único criterio legal, sino que se añade que «en su caso» están obligados al pago los «interesados» según las normas sustantivas y fiscales.

Aunque la norma suscita algunos interrogantes², es bastante evidente que protege los intereses del acreedor de los honorarios, a quien se le reconoce legitimación para dirigirse, no solo frente a quien haya solicitado sus servicios, —que es la solución que resultaría de la aplicación de las reglas generales sobre el contrato de prestación de servicios—, sino también frente al sujeto interesado en su actuación profesional, que podría no coincidir con aquel. A cualquiera de ellos les puede exigir la totalidad de la deuda.

En la práctica no es infrecuente que la persona que solicita los servicios del notario sea un mandatario o gestor. Resulta lógico suponer que esta realidad ha sido tenida en cuenta por la ley, y que con la referencia a «los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario» se haya querido aludir, no al mandante, sino al mandatario. Y ello con la finalidad de que, pese a su condición de mandatario, quede personalmente obligado al pago de los honorarios, sin perjuicio, obviamente, de la acción que le corresponda frente al mandante. De ser correcta esta interpretación, se trataría de una excepción a la regla general de no vinculación personal por parte del mandatario a los actos realizados en su condición de tal (art. 1725 del Código Civil).

El efecto práctico de la regla sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, en el caso del contrato de préstamo hipotecario, es doble: por una parte, que el sujeto que solicita la actuación notarial no puede eludir el pago de los honorarios alegando que está gestionando los intereses de otro; por otra parte, que ni prestamista ni prestatario pueden negarse a efectuar el pago de los aranceles si se los reclama el notario. No pueden oponerse con el argumento de que no demandaron sus servicios, ni tampoco invocando pacto alguno entre ellos sobre el pago de tales gastos, pacto que sería eficaz únicamente entre los otorgantes, en el caso de existir (art. 1257 del Código Civil).

Esta ineficacia frente al acreedor de los gastos de los pactos entre los contratantes está bien aceptada en el caso de los impuestos, pero por alguna razón no se tiene tan en cuenta cuando se trata de aranceles notariales o registrales, para los que vale sin embargo el mismo razonamiento. Como es bien sabido, las cláusulas por virtud de las cuales un contratante distinto del sujeto pasivo se obliga al pago de un determinado tributo, no son oponibles a la Administración tributaria. Resulta así tanto del artículo 1257 del Código Civil, que consagra el principio de relatividad del contrato, como del artículo 17. 5 de la Ley General Tributaria, a cuyo tenor «Los elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares, que no producirán efectos ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas».

Una vez sentado que la regla 6.^a del anexo II del Real Decreto sobre arancel de los notarios no es una norma que regule las relaciones contractuales entre prestamista y prestatario, la duda que surge es si, a falta de previsión contractual y legal específica, debe aplicarse también en este ámbito.

La norma serviría, ciertamente, para resolver el problema que nos ocupa, en el caso de señalar a un único obligado al pago de los aranceles, o en el caso de establecerse en ella, con toda claridad, un criterio de distribución interna de la deuda entre los distintos deudores solidarios. Pero no ocurre ni lo uno ni lo otro.

Si se atribuyese a un único sujeto la condición de deudor, la situación sería idéntica a la que se plantea en referencia a los impuestos. Si la ley dispone que el obligado al pago del impuesto de transmisiones patrimoniales es el prestatario y no hay pacto entre las partes o este no es válido, ello quiere decir que el prestatario no puede reclamar al prestamista cantidad alguna por tal concepto. El mismo razonamiento sirve para otros gastos o contratos distintos. Así, para el arrendamiento de inmuebles situados en edificios en régimen de propiedad horizontal: si la ley prevé que el obligado al pago de los gastos ocasionados por el adecuado sostenimiento del inmueble es el propietario del inmueble y no hay un acuerdo válido por virtud del cual los asuma el arrendatario, el efecto es que aquel los afronta definitivamente, por cuanto que no puede exigir su reembolso del arrendatario.

Se demuestra con lo anterior que, no existiendo un convenio válido o una previsión legal sobre cuál de los contratantes ha de realizar un determinado gasto o desembolso debido a un tercero, el sujeto que tenga la consideración de obligado según la ley que resulte de aplicación, soporta de modo definitivo dicho gasto.

La particularidad de los aranceles notariales estriba en que, en aplicación de lo dispuesto en la normativa que los regula, están obligados tanto el prestamista como el prestatario, pues ambos poseen la condición de interesados: la garantía hipotecaria refuerza la posición del prestamista, pero el interesado en la concesión del préstamo es el prestatario. Así lo revelan las manifestaciones vertidas por la STS, Pleno, de 23 de diciembre de 2015 (séptimo motivo del recurso de casación) cuando afirma que «si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista». También estaría obligado, en el caso de ser un sujeto distinto, el solicitante de los servicios del notario.

Así las cosas, es claro que la regla sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989 no extiende sus efectos a los otorgantes de la escritura de préstamo hipotecario, no solo porque consagra la responsabilidad solidaria de una pluralidad de sujetos, frente al notario, sino, fundamentalmente, porque no recoge criterio alguno de distribución (interna) de dichos gastos entre ellos.

Podría pensarse que el silencio legal en cuanto a la medida de la responsabilidad definitiva de los varios deudores solidarios debe resolverse aplicado un criterio de distribución por partes iguales, en línea con lo dispuesto en el artículo 1138 del Código Civil para las obligaciones parciarias, pero ello llevaría a una conclusión que debe ser rechazada por absurda: que el mandatario, el prestamista y el prestatario deberían hacer frente al pago de los aranceles notariales por terceras partes.

No hay duda de que el mandatario que paga con cargo a fondos propios los honorarios del notario, tiene la correspondiente acción frente al mandante, dirigida a obtener su reembolso. Y no hay duda tampoco de que si es el prestamista quien paga y es el prestatario el que se obligó a hacerlo, el primero tendrá acción de repetición frente al segundo; o viceversa.

Todo indica que el hecho de que la ley consagre la responsabilidad solidaria frente al notario de varios sujetos, sin abordar el asunto de la distribución de la deuda entre ellos, no es propiamente un olvido del legislador, sino que más bien está sobreentendiendo que ello es algo que debe decidirse libremente por los propios otorgantes de la escritura. Desde esta perspectiva, resultan sumamente útiles los acuerdos de prestamista y prestatario sobre el pago de los honorarios del notario, tanto si tuvieron lugar en el momento de celebrarse el contrato de préstamo, como si se adoptan con posterioridad.

Dicho de otro modo: la legislación notarial que regula el pago de los aranceles cuenta con la existencia de ese pacto, que, como se ha dicho, es irrelevante para el notario.

Interesa destacar, por último, el importante efecto que se deriva de la ausencia de pacto: si el prestatario paga los aranceles notariales, nada podrá reclamar del prestamista, y lo mismo ocurrirá en el caso inverso. No es de aplicación la acción de reembolso del artículo 1145 del Código Civil, al estar prevista para el caso de una fragmentación interna de la deuda entre los deudores solidarios, que aquí no existe. Tampoco cabría acudir a los artículos 1158 y 1159 del Código Civil, dado que no hay un pago por tercero; el prestamista o el prestatario que pagan los aranceles notariales no paga una deuda ajena. Para que el sujeto que paga pueda ser calificado como tercero es preciso que el acreedor no le pueda exigir el pago (DÍAZ PAIRÓ, 1960, 78, y DELGADO VERGARA, 2003, 201, ambos citados por ORDELÍN FONT, 2014, 2878).

En suma, a falta de previsiones contractuales sobre el abono de los gastos de documentación del préstamo hipotecario, el efecto que provoca la aplicación de la norma contenida en la regla 6.^a del anexo II del Real Decreto 1426/1989, es que los gastos notariales serán a cargo, de manera definitiva, del contratante que efectúa su pago al notario. Es lo que podría estar entendiendo la Audiencia Provincial de Pontevedra cuando, pese a declarar abusiva la cláusula que impone al prestatario el pago de los gastos causados por el otorgamiento de la escritura, desestima la pretensión de reembolso de las cantidades satisfechas en tal concepto por el consumidor (SSAP de Pontevedra de 23 de diciembre de 2015 y de 19 de enero de 2016). No obstante, su razonamiento es muy distinto al aquí defendido: «[...] expulsar la estipulación nula del contrato no significa atribuir necesariamente al predisponente el pago de los concretos gastos reclamados en el presente litigio, pues ello dependerá bien de la exigencia de una norma imperativa, bien de norma que regula el concreto gasto en que el acreedor es un tercero ajeno al contrato, o bien del concreto pacto contractual concertado con pleno

conocimiento de sus consecuencias, como producto de la negociación individual. Resulta posible que, en el caso concreto, al margen de las estipulaciones abstractas de la estipulación contractual, las partes hayan convenido que el adherente consumidor soporte el pago del arancel notarial devengado por el otorgamiento de la escritura o de la inscripción en el Registro de la Propiedad. Y este pacto en concreto (como por ejemplo la norma dispositiva que atribuye al vendedor los gastos de escritura de compraventa según el art. 1445 del Código Civil), que individualiza una obligación derivada del contrato, no necesariamente ha de resultar nulo si no causa desequilibrio ni sorprende la buena fe del consumidor, de forma que respete el control de transparencia y el control de incorporación»³.

De *lege lata*, la consecuencia de que los gastos notariales son a cargo de modo definitivo del sujeto que paga, puede evitarse únicamente mediante una estipulación que haga recaer de modo expreso sobre una de las partes del contrato de préstamo, la obligación de pago de los gastos notariales, o que los distribuya entre ambos. Por consiguiente, si el pacto existe y es válido, resulta de gran utilidad, porque significará que, independientemente de quien afronte el gasto ante el notario, los contratantes cuentan con una regla clara y conocida de antemano, que constituirá el fundamento, en su caso, de la acción de reembolso del *solvens* frente al obligado internamente.

De *lege ferenda*, resultaría deseable, tal y como se ha apuntado con anterioridad, contar con una norma expresa que atribuyese a prestamista o a prestatario, o que repartiese entre ambos, los gastos de otorgamiento de la escritura pública, aunque no es una tarea que deba abordar la legislación notarial. Ni el Real Decreto que regula el arancel de los notarios, ni el Reglamento Notarial —cuyo objeto es la organización y régimen del Notariado— son el lugar adecuado para establecer obligaciones contractuales. Y es un error atribuirles esta virtualidad, como están haciendo respecto del préstamo hipotecario, tanto la doctrina como la jurisprudencia. Nótese que ello no ocurre respecto de otros contratos, como la compraventa de inmuebles, lo que sin duda se explica por la existencia del artículo 1455 del Código Civil. Y este es el aspecto que hay que destacar: que si el artículo 1455 o el 1555.3 del Código Civil conviven sin dificultades con las citadas normas reglamentarias, es porque se mueven en planos diferentes. Mientras que la legislación notarial se ocupa de establecer el sujeto obligado frente al notario al pago de sus aranceles, el Código Civil se centra en la relación contractual.

B) Aranceles registrales

También en referencia a los aranceles registrales se impone distinguir entre las normas que los distribuyen entre los contratantes —que no existen para el caso del préstamo hipotecario— y las normas cuyo objeto es establecer qué sujeto ostenta frente al registrador acreedor de los gastos derivados de la

inscripción, la condición de deudor. De esto último se ocupan las normas que regulan los aranceles registrales, las cuales guardan un evidente paralelismo con las establecidas para los aranceles notariales, aunque resultan más claras.

La regulación de los aranceles de los registradores de la propiedad se encuentra contenida en el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre. La norma octava de su anexo II dispone 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». Por su parte, el artículo 6 LH, referido a las personas que pueden pedir la inscripción de los títulos en el Registro, menciona en su apartado b) al sujeto que transmita el derecho, y en el apartado c) a quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir».

La aplicación de lo dispuesto en esta norma a los casos en los que el documento presentado para su inscripción sea una escritura de préstamo hipotecario, llevaría a la conclusión de que, además de la persona que haya presentado el documento (que puede ser un mero mandatario), el sujeto legalmente obligado al pago de los derechos del registrador de la propiedad es el prestamista, en tanto que la garantía hipotecaria se constituye en su interés. Sin embargo, no es menos cierto que también el prestatario tiene interés en la constitución de la hipoteca, en la medida en que de ello depende la real y efectiva celebración del contrato de préstamo.

Las anteriores consideraciones explican que el Tribunal Supremo, en la ya citada sentencia de 23 de diciembre de 2015, haya sostenido que la normativa reglamentaria permitiría una distribución *equitativa* entre acreedor y deudor hipotecario (séptimo motivo del recurso de casación).

En el plano teórico, pues, el problema no está claramente resuelto en las leyes. Por un lado, porque la condición de sujeto a cuyo favor se inscriba el derecho, puede predicarse tanto del prestamista como del prestatario. Y, por otro lado, porque no es este el único deudor de los derechos del registrador, los cuales se dice que son exigibles también a la persona que haya presentado el documento.

Los efectos prácticos que provoca esta norma son idénticos a los que se han referido anteriormente para el caso de los aranceles notariales: el sujeto que efectúa el pago, sea el prestamista o sea el prestatario, no puede aspirar a obtener su reembolso, total o parcial, del otro contratante, salvo en los casos en que exista un pacto válido entre ellos sobre el pago de tales gastos.

2. LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL SOBRE LOS GASTOS DE OTORGAMIENTO E INSCRIPCIÓN DE LA ESCRITURA DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Se reúnen en este apartado, de modo muy sucinto⁴, las principales normas que, en contratos de préstamo celebrados con consumidores, se refieren a los

deberes de información sobre los gastos notariales y registrales que corresponden a la entidad de crédito⁵ y a los deberes de información o de otro tipo que en relación con ello imponen las leyes al notario autorizante de la escritura. Con ello se persigue, simplemente, ofrecer al lector unas pinceladas del estado de la cuestión en nuestro ordenamiento jurídico y de los cambios que se están gestando sobre el tema. Estas nociones son necesarias para la adecuada comprensión de las ideas que se defenderán posteriormente al tratar del control de transparencia.

La Orden Ministerial EHA/2899/2011, de 28 de octubre de 2011, sobre transparencia y protección de servicios bancarios, actualmente en vigor⁶ alude de modo expreso a los costes de formalización del préstamo hipotecario como uno de los aspectos a los que debe ir referida la información precontractual. La información precontractual se traslada a los clientes a través de dos fichas distintas: la llamada ficha de información precontractual (FIPRE), cuyo contenido es muy general y meramente orientativo (art. 21), y la ficha de información personalizada (FIPER), la cual habrá de ser entregada a todos los clientes de préstamos hipotecarios «de forma gratuita, con la debida antelación y, en todo caso, antes de que el cliente quede vinculado por cualquier contrato u oferta» (art. 22). La información de esta última vincula a la entidad de crédito por un plazo determinado, que en la propia ficha se indica, haciéndose constar que después de esa fecha puede variar con arreglo a las condiciones del mercado.

En el modelo de FIPER que figura en el Anexo II, hay un apartado denominado «vinculaciones y otros costes», destinado a informar de la existencia de otros costes, distintos de las cuotas periódicas, que conlleva el préstamo. En el citado apartado se incluye la siguiente advertencia: «Asegúrese de que tiene conocimiento de todos los demás tributos y costes (por ej., gastos notariales conexos al préstamo)».

En la misma línea, la Guía de acceso al préstamo hipotecario elaborada por el Banco de España en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 20 OMEHA/2899/2011, contiene un apartado denominado «Gastos anejos: tasación, seguros, gestiones administrativas, notarios, registros e impuestos», en el que se contiene una enumeración de posibles gastos que puede originar el préstamo, mencionándose de modo expreso «los gastos que cobre el notario por el hecho del otorgamiento de la escritura de hipoteca (aranceles notariales)» y «los gastos que cobre el Registro de la Propiedad por la inscripción en el Registro de la constitución de la hipoteca»⁷.

A los deberes de información de la entidad de crédito se suman los deberes de información del notario. Esta información tiene lugar, habitualmente, en el propio acto de otorgamiento de la escritura, porque si bien se reconoce el derecho del cliente a examinar el proyecto de escritura antes de la formalización del préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento, se admite la renuncia expresa del cliente al citado plazo (art. 30.2 OMEHA/2899/2011).

Se consagra el deber del notario de informar al cliente «del valor y alcance de las obligaciones que asume», lo que revela que es tarea del notario colaborar para que el cliente alcance una perfecta comprensión del contrato de préstamo (ORDÁS ALONSO, 2014, 176). Esta declaración de carácter general va seguida de la enumeración detallada de ciertos deberes de comprobación e información a cargo del notario. Entre ellos se encuentran el de comprobar si el cliente ha recibido adecuadamente y con la suficiente antelación la FIPER (art. 30.3 a) y el de «informar al cliente de los costes exactos de su intervención» (art. 30. 3 h)⁸.

Nótese cómo mientras en lo concerniente a los gastos de otorgamiento de la escritura, la entidad de crédito solo tiene que informar de su existencia, no es la entidad, sino el notario quien debe comunicar al cliente su coste exacto, lo que resulta sumamente lógico.

Por lo que se refiere al acto de otorgamiento, hay que estar también a lo establecido con carácter general en el Reglamento Notarial. Del artículo 193 RH se deduce el deber del notario de leer a las partes las escrituras que autoricen, o de permitirles leerlas, a su elección. La lectura debe ser íntegra, entendiéndose que lo es «cuando el notario hubiera comunicado el contenido del instrumento con la extensión necesaria para el cabal conocimiento de su alcance y efectos, atendidas las circunstancias de los comparecientes». Después de la lectura, el notario deberá dar fe de que «los comparecientes han hecho constar haber quedado debidamente informados del contenido del instrumento y haber prestado a este su libre consentimiento».

Por su parte, la Directiva 2014/17, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, contiene previsiones del mismo tipo, aunque no idénticas a las de la OMEHA de 2011⁹. Entre los aspectos que debe incluir la información general que han de proporcionar los prestamistas e intermediarios del crédito, de conformidad con el artículo 13 de la Directiva, se incluye «un ejemplo representativo del importe total del crédito para el consumidor, del importe total adeudado por el consumidor y de la TAE» (letra g), y «una indicación de otros posibles costes, no incluidos en el coste total del crédito, para el consumidor que deban pagarse en relación con un contrato de crédito» (letra h). Por su parte, el artículo 14, relativo a la información precontractual, prevé que la información personalizada se facilite mediante una ficha llamada FEIN, cuya emisión corresponde a la entidad de crédito. El apartado 4 de la citada ficha, se titula «Tipo de interés y otros gastos» y su objeto es explicar en informar sobre la TAE y los gastos que comprende. Tras ello, hay un apartado destinado a hacer constar aquellos gastos que son desconocidos para el prestamista y que por lo tanto no se incluyen en la TAE. Es, claramente, el caso de los aranceles notariales. Finalmente se incluye el siguiente texto: «Tendrá que pagar una tasa por registrar la hipoteca. Asegúrese de que tiene conocimiento de todos los demás tributos y costes conexos al préstamo».

La Directiva no se ha incorporado aún al Derecho español, pese a que el plazo de transposición finalizó el 21 de marzo de 2016. Hay que entender que desde esa fecha tienen eficacia directa en España las normas de la Directiva relativas a la información precontractual mediante la FEIN, al ser normas de contenido máximo y poseer una concreción absoluta (ALBIEZ DOHRMANN, 2016 a, 168).

Dentro del Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOCG de 17 de noviembre de 2017) tratan de la cuestión que aquí nos ocupa los artículos 12 y 13, ubicados en el capítulo dedicado a las normas de protección del prestatario. El primero ordena al prestamista entregar al prestatario, entre otros documentos (como la FEIN o ficha europea de información normalizada, y la FIAE o ficha de advertencias estandarizadas) «una copia del proyecto de contrato, cuyo contenido [...] incluirá, de forma desglosada, la totalidad de los gastos asociados a la firma del contrato, especificando los gastos estimados 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». Por su parte, el artículo 13 versa sobre el deber del notario de verificar la documentación relacionada en el artículo anterior. En el caso de que quede acreditado su cumplimiento, hará constar en un acta notarial previa a la formalización del préstamo, entre otros extremos, «que ha prestado asesoramiento relativo a las cláusulas específicas recogidas en la FEIN y en la FIAE, de manera individualizada y con referencia expresa a cada una, sin que sea suficiente una afirmación genérica (apartado c)». También incluirá el acta notarial «La manifestación manuscrita y firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido, con una antelación mínima de siete días, los documentos descritos en el artículo 12.1, así como que comprende y acepta su contenido y que entiende los riesgos jurídicos y económicos de la operación» (apartado d).

Tal y como señala la Exposición de Motivos del Proyecto, entre los aspectos más novedosos de la Ley se encuentra una regulación detallada de la fase contractual, en la que se ha ido más allá de la estricta transposición de la Directiva a fin de que el prestatario tenga a su disposición la información necesaria para comprender en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar y que, por lo tanto, se pueda considerar cumplido el principio de transparencia en su vertiente material. Esta medida se complementa atribuyendo al notario la función de asesorar imparcialmente al prestatario, aclarando todas aquellas dudas que le pudiera suscitar el contrato, comprobando el cumplimiento de los requisitos del principio de transparencia material, especialmente los relacionados con las cláusulas contractuales de mayor complejidad o relevancia, al tiempo de autorizar la escritura pública. Y se concluye: «De este modo, se constituirá prueba en beneficio de ambas partes —prestamista y prestatario— de que el primero ha cumplido con su obligación de entregar en los plazos previstos dicha documentación y el segundo podrá ejercer el derecho, que presupone también la existencia de un deber, a conocer las consecuencias de aquello a que se obliga».

Nótese como una cosa son los deberes de información a cargo de la entidad de crédito y otra distinta los deberes del notario, cuya tarea, en el texto proyectado, y frente a lo que ocurría en el Anteproyecto (ARROYO Y AMANUELAS, 2017, 34), no es solo cerciorarse de que el empresario ha cumplido sus deberes de transparencia material, y levantar acta de ello, sino también informar y asesorar. El acta en cuestión va a producir un efecto importante: excluir el control de transparencia material, el cual hay que entender que está llamado a poseer carácter excepcional, toda vez que el artículo 13.5 dispone: «Conforme al artículo 17 bis apartado 2.b) de la Ley del Notariado y el artículo 319 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el contenido del acta se presumirá veraz e íntegro, y hará prueba del asesoramiento prestado por el notario y de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos, a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material».

A modo de conclusión debe destacarse la necesidad de distinguir, en lo referente a los gastos notariales y registrales, el contenido de la información precontractual a cargo de la entidad de crédito y el contenido de la información precontractual que se impone al notario. La entidad de crédito se debe limitar a realizar una advertencia referida a que el otorgamiento de la escritura genera gastos que no están incluidos en el coste total del crédito, entre los que se encuentran los notariales. El notario, en cambio, debe hacer saber al prestatario el coste estimado de su intervención profesional. La distinción es perfectamente lógica, por cuanto que la entidad de crédito no conoce ni debe conocer la cuantía exacta de los honorarios profesionales.

Además, mientras que los deberes de la entidad de crédito son puramente informativos, los del notario autorizante de la escritura de préstamo son y pueden llegar a ser en un futuro inmediato, mucho más amplios y variados. Los textos legislativos más recientes y las normas en proyecto asignan a los notarios deberes específicos de asesoramiento y de comprobación del cumplimiento de los deberes de información precontractual del prestamista, ahondando así en una tendencia de reforzamiento del papel de los notarios, ya iniciada en 2011 (ZURITA MARTÍN, 2014, 72).

3. RECIENTES PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES SOBRE LA VALIDEZ DE CLÁUSULAS QUE, ENTRE OTROS, IMPONEN AL PRESTATARIO EL PAGO DE LOS GASTOS NOTARIALES Y REGISTRALES

A) *Antecedentes*

Con anterioridad al año 2015, diversas sentencias se ocuparon de la validez de cláusulas que en contratos de compraventa de inmuebles ponían a cargo del

comprador el pago de los gastos de constitución de hipotecas¹², pero no tenemos constancia de ninguna que aborde la cuestión concreta de la que nos ocupamos, la validez de la cláusula que en los préstamos hipotecarios hace recaer sobre el prestatario el pago de los gastos notariales y registrales.

Si bien referidas a un contrato distinto, resulta de utilidad analizar la jurisprudencia sobre cláusulas de gastos incluidas en contratos de compraventa entre la promotora y los adquirentes de los inmuebles, sobre todo porque, como luego se verá, algunas de estas sentencias se han invocado para resolver el problema en contratos de préstamo. El análisis jurisprudencial demuestra que los tribunales han venido distinguiendo entre los gastos de constitución del préstamo hipotecario para financiar la construcción del inmueble por el promotor y los gastos de constitución del préstamo hipotecario para financiar la adquisición del inmueble por el consumidor. Con buen criterio, las cláusulas que hacen recaer los primeros sobre el consumidor se estiman válidas, incluso si el préstamo tenía como finalidad inicial la financiación de la construcción, pero luego se subroga en él el comprador (STS de 24 de julio de 2002¹³). En cambio, se han venido calificando como abusivas las cláusulas que imponían al consumidor el pago de gastos de constitución del préstamo hipotecario obtenido por el promotor para financiar la construcción. Este es el caso de la STS de 1 de junio de 2000, invocada por la STS de 23 de diciembre de 2015, de la que se trata en el siguiente apartado.

En la jurisprudencia menor, pueden citarse la SAP de Cáceres, secc. 2.^a, de 18 de diciembre de 1995¹⁴, la SAP de Soria de 22 de julio de 2002¹⁵, la SAP de Barcelona, secc. 16.^a, de 22 de febrero de 2005¹⁶, la SAP de Valencia, sección 9.^a, de 12 de mayo de 2006¹⁷ y la SAP de Madrid, sección 13.^a, de 18 de febrero de 2011¹⁸. Todas ellas confirman la doctrina expuesta, que distingue entre los gastos de constitución y cancelación del préstamo concedido a la promotora —que no es lícito imponer al consumidor—, y los gastos de constitución del préstamo concedido al comprador o del que este se beneficia por la vía de la subrogación en la posición de la vendedora —cuya repercusión sobre el consumidor se estima perfectamente válida—.

Lo hasta aquí expuesto es la doctrina jurisprudencial referida al contrato de compraventa del inmueble.

Por lo que respecta al contrato de préstamo, solo muy recientemente se han dictado pronunciamientos judiciales sobre el posible carácter abusivo de cláusulas sobre gastos. Mediante ellos se da respuesta, la mayor parte de las veces, a pretensiones individuales de consumidores que solicitan que se declare abusiva la condición general que les impone el pago de diversos gastos causados por el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario. Interesa señalar que es dato común a todos los casos que se recogen a continuación el hecho de que la cláusula cuya validez se cuestionaba no se refería única y exclusivamente a los aranceles notariales y registrales derivados del

otorgamiento e inscripción de la escritura de préstamo hipotecario, sino que comprendía otros gastos, como tributos, cancelación de la hipoteca, tasación de la finca o los derivados de la comprobación de la situación registral del inmueble.

B) Tribunal Supremo

La muy conocida STS de 23 de diciembre de 2015 (Sala de lo Civil, Pleno), que resuelve una acción de cesación ejercitada por la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU), declara nula por abusiva, en lo que aquí interesa, una condición general de la contratación sobre gastos del préstamo hipotecario del tenor literal siguiente: «Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación —incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía— y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11.^a.

La parte prestataria faculta al Banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que en este acto se constituye y de los títulos previos a esta escritura, así como los gastos derivados de la cancelación de cargas y anotaciones preferentes a dicha hipoteca. Los gastos suplidos podrán ser cargados en cuenta a la parte prestataria en la forma y condiciones que se indican al final de esta cláusula.

Los mencionados servicios complementarios que, a solicitud de la parte prestataria, el Banco decida libremente realizar, serán facturados por este con arreglo a las tarifas de comisiones y gastos que tenga vigentes el Banco en el momento de dicha solicitud. En todo caso, se considerará que constituyen un servicio objeto de facturación los trabajos de preparación de antecedentes que deba realizar el Banco para el otorgamiento de la escritura de cancelación de hipoteca.

La parte prestataria queda obligada a satisfacer y resarcir al Banco cuantos daños, perjuicios, costas y gastos procesales o de otra naturaleza, se generen u originen al Banco por incumplimiento del contrato o para el cobro del crédito, incluyendo los gastos y costes directos o indirectos, causados por las actuaciones del Banco que tengan por objeto la reclamación de la deuda (tales como, en especial, los requerimientos de pago por correo, teléfono, telegrama, notariales), así como los derivados de los procedimientos judiciales o extrajudiciales motivados por todo ello, incluidos los honorarios de Abogado y Procurador

aun cuando su intervención en las actuaciones y procedimientos judiciales o extrajudiciales no fuere preceptiva.

El Banco queda facultado para cargar en cuenta o reclamar en cualquier momento a la parte prestataria cuantas cantidades se le adeuden por los conceptos antes indicados. Las cantidades así adeudadas al Banco devengarán, desde la fecha en que este las hubiera satisfecho y sin necesidad de reclamación, intereses de demora con arreglo a la cláusula 6.^a, y quedarán garantizadas con arreglo a la cifra prevista para gastos y costas en la cláusula 9.^a».

La anterior condición general de la contratación había sido declarada abusiva en primera instancia y en apelación, lo que se discute en casación por el Banco recurrente, quien denuncia infracción del artículo 89.3 TRLCU. Se cuestiona la aplicación de los supuestos de abusividad previstos en las letras a) y c) del citado precepto porque solo se refieren al contrato de compraventa de viviendas. Se aduce que la cláusula se limita a recoger unas atribuciones de gastos o costes a los prestatarios, ya previstos en las leyes para determinadas prestaciones realizadas a su favor. Se arguye en concreto que, puesto que la garantía constituida es una hipoteca unilateral, corresponde al prestatario el pago de los honorarios de notario y registrador.

El TS manifiesta que «resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto». Tras invocar los artículos 89.3, núm. 2.º y 3.º, 89.3. 3.º, letras a y c, 89.3. 4.º y 89.3. 5.º TRLCU, declara: «Sobre tales bases legales, no cabe considerar que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguna de las normas legales citadas como infringidas, al declarar la abusividad de la cláusula. Baste recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (art. 571 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 del Código Civil y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación

que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLCU).

En la sentencia 550/2000, de 1 de junio, esta Sala estableció que la repercusión al comprador-consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. Y si bien en este caso la condición general discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso».

Aunque no es todavía el momento de valorar la STS, sí debe ya indicarse que la STS de 1 de junio de 2000, que aquí se cita, había confirmado el fallo de la Audiencia que condenaba a la vendedora de las viviendas al reintegro de los gastos de constitución del préstamo hipotecario, que esta había repercutido sobre los compradores. Pero se trataba del préstamo concedido a la promotora vendedora para financiar la construcción del edificio, supuesto diferente al que nos ocupa, y que encontraba un claro encaje en el artículo 10.1.c) 11 de la Ley 26/1984, General para la defensa de los consumidores y usuarios, a cuyo tenor debía considerarse nula por abusiva «En la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación, que por su naturaleza corresponda al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación)».

C) Audiencias Provinciales

El mismo día en que el TS dictaba la sentencia recogida en el apartado anterior, que es la única en la que hasta el momento se pronuncia sobre el tema que nos ocupa, la sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Pontevedra dicta una sentencia referida a una cláusula que imponía al consumidor muy diversos gastos, entre ellos los gastos de Notaría, tramitación y Registro de la Propiedad, así como los tributos causados por el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario. Se trata de la SAP de Pontevedra, secc. 1.^a, de 23 de diciembre de 2015. Durante el año siguiente, la misma Sala dicta otras dos sentencias sobre la cuestión: la SAP de Pontevedra, secc. 1.^a, de 19 de enero de 2016 y la SAP de Pontevedra, secc. 1.^a, de 7 de abril de 2016, a la que se suma la más reciente de 28 de marzo de 2017. En tres de ellas el prestatario consumidor, además de solicitar la nulidad de la cláusula¹⁹, reclamaba la restitución de las cantidades que en aplicación de ella se habían entregado al Banco predisponente.

En todos los casos se declara abusiva la cláusula, por entenderse que genera un desequilibrio importante en contra del consumidor, tratándose de una

estipulación que no cabe pensar que él hubiera aceptado en el marco de una negociación individualizada. Ahora bien, se deja claro que el citado desequilibrio deriva de la «generalidad» de la cláusula, de que la repercusión en el consumidor de todos los gastos y de todos los tributos se hace «sin distinción alguna», con independencia de que, respecto de algunos de los conceptos, vulnere normas de carácter imperativo.

También hay valoraciones referidas en concreto a los aranceles notariales y registrales. La Sala entiende que los Reales Decretos 1426/1989 y 1427/1989, de los que nos ocupamos en anteriores apartados, «atribuyen la responsabilidad de pago al solicitante del servicio de que se trate (sea la prestación de una función o la expedición de una copia) o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación» y que «En la generalidad de los casos la que gestiona la formalización del contrato y solicita la intervención del fedatario público es la entidad financiera, que también es la persona jurídica a favor de la que se inscribe el mismo», concluyendo que la cláusula «lejos de asegurar una mínima reciprocidad entre los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, hace recaer su práctica totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que, a falta de pacto expreso entre las partes, la aplicación de la norma reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista» (Fundamento de Derecho quinto de la SAP de Pontevedra de 19 de enero de 2016). Nótese cómo el punto de vista de la Sala es opuesto al que venimos defendiendo: se interpreta que las normas que regulan los reglamentos notariales y registrales distribuyen los aranceles entre los contratantes, algo que también hizo la STS de 23 de diciembre de 2015; nuestra opinión en cambio es que regulan únicamente las relaciones entre el notario o registrador y los sujetos a los que estos prestan sus servicios.

Un aspecto destacado de la doctrina de la AP de Pontevedra sobre la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios es que, no obstante declararla abusiva, no siempre se estima la pretensión del demandante de que se le restituyesen las cantidades pagadas en aplicación de lo dispuesto en ella. La argumentación de la Sala es la siguiente:

«[...] expulsar la estipulación nula del contrato no significa atribuir necesariamente al predisponente el pago de los concretos gastos reclamados en el presente litigio, pues ello dependerá bien de la exigencia de una norma imperativa, bien de norma que regula el concreto gasto en que el acreedor es un tercero ajeno al contrato, o bien del concreto pacto contractual concertado con pleno conocimiento de sus consecuencias, como producto de la negociación individual.

Resulta posible que, en el caso concreto, al margen de las estipulaciones abstractas de la estipulación contractual, las partes hayan convenido que el adherente

consumidor soporte el pago del arancel notarial devengado por el otorgamiento de la escritura, o de la inscripción en el Registro de la Propiedad. Y este pacto en concreto (como por ejemplo la norma dispositiva que atribuye al vendedor los gastos de escritura de compraventa según el artículo 1455 del Código Civil, que individualiza una obligación derivada del contrato, no necesariamente ha de resultar nulo si no causa desequilibrio ni sorprende la buena fe del consumidor, de forma que respete el control de transparencia y el control de incorporación.

En el caso sometido a enjuiciamiento falta todo razonamiento en relación con la concreta estipulación que atribuyó al prestatario la obligación de soportar los gastos del impuesto, de la inscripción o del otorgamiento de la escritura notarial en el concreto supuesto de hecho. La automaticidad que la demanda predica de la nulidad de la estipulación abstracta proyectada sobre el pacto concreto relativo a un concreto pago no resulta conforme con el control de contenido o de incorporación propio del derecho de condiciones generales en contratos concertados con consumidores. Falta toda prueba y todo razonamiento sobre tal cuestión, que consideramos esencial para el éxito de la pretensión de reintegración de aquellos pagos [...]. La voluntaria renuncia al derecho a la prueba en el acto de la audiencia previa, a salvo la documental, impidió conocer las concretas circunstancias que rodearon la asunción de los pagos cuya reintegración se reclama, lo que nos lleva a la estimación parcial del recurso en el sentido de dejar sin efecto la condena dineraria.

Por otra parte, en lo que concierne a los gastos arancelarios por los servicios de notario y registrador, la ausencia de pacto alguno comportaría, en principio, la necesidad de discriminar si el destinatario y obligado al pago es una u otra parte o, en su caso, ambas, a falta de designación expresa o si se entiende que el acto se realiza en interés de las dos (véase, por ejemplo, la expedición de copias; en la factura se indica que se expidieron tres, de las que alguna o algunas serían entregadas al prestatario...). Tal aclaración no consta, ni siquiera se ha intentado.

A mayor abundamiento, no es posible confundir los efectos de la nulidad de la cláusula, en tanto que expulsada del contrato, cuando la cláusula únicamente ha tenido efectos entre las propias partes, con la situación que se plantea cuando la aplicación de la cláusula no se ha limitado a los contratantes, sino que afecta a terceros, en este caso, los profesionales destinatarios del pago. Piénsese en lo que sucedería si se condena a la entidad financiera a devolver la total cantidad satisfecha al tercero, incluida la que, hipotéticamente correspondería al deudor; ¿podría la entidad de crédito reclamar al profesional el reembolso de la parte que le incumbía satisfacer? ¿Y en este caso vendría el profesional obligado a la restitución y podría a su vez reclamar la cuota o la partida que incumbía al deudor? En suma, la afectación de un tercero, que no ha sido parte en el procedimiento y que no ha podido alegar y probar en su defensa lo que considerara pertinente, impide hacer una aplicación acrítica del artículo 1303 del Código Civil.

Cuestión distinta es que la declaración de nulidad, lógicamente, sí que extiende sus efectos hacia el futuro, impidiendo que por el juego de la cláusula declarada nula se pretenda imponer al prestatario el pago de gastos que no le correspondan legalmente o que, a falta de previsión legal, se pretenda imputarlos en su integridad» ((Fundamento de Derecho tercero de la sentencia de 19 de enero de 2016).

En una primera aproximación no resulta fácil comprender ni justificar algunos de los razonamientos que se han transcrito. Si se sostiene que la condición general que pone a cargo del consumidor los gastos de otorgamiento e inscripción de la escritura de préstamo hipotecario, es nula por abusiva, parecería lo lógico estimar la pretensión de reintegro del consumidor que demuestre las cantidades exactas que pagó por tal concepto. Sin embargo, la Sala entiende que ello no es algo automático, sino dependiente de las concretas circunstancias que rodearon los pagos. Con esta afirmación parece estar admitiendo la existencia de una suerte de pacto no escrito, deducido del hecho de que el demandante soportase los gastos sin objeción durante muchos años, y que sería este pacto —y no la condición general impugnada— el fundamento para desestimar la pretensión de reembolso.

También pesan sobre la decisión de desestimar la condena dineraria que se le había solicitado, las dificultades para determinar, a falta de pacto, quién es el sujeto obligado al pago de los gastos arancelarios por los servicios de notario y registrador. Y parece referirse no solo a la dificultad que en general se plantea para decidir en interés de quién se realiza el acto, sino también al desconocimiento, en el caso concreto, del sujeto o sujetos a los que les fueron entregadas las copias de la escritura.

Finalmente, y como argumento *obiter dicta*, la Sala afirma que la nulidad de la cláusula afectaría a los profesionales que fueron destinatarios del pago, lo que resulta claramente equivocado. Obviamente, la condena a la entidad financiera a devolver al prestatario el importe de los gastos satisfechos por este en aplicación de una cláusula abusiva, no produciría ningún efecto respecto del destinatario de este pago. La estipulación cuya validez se discutía, como el resto del contenido contractual, era eficaz únicamente *inter partes* (art. 1257 del Código Civil).

En la última SAP de Pontevedra sobre el tema, de 28 de marzo de 2017, se matizan pronunciamientos anteriores sobre las consecuencias de la nulidad de la cláusula de gastos. Se insiste en la idea de que son las normas reguladoras de los aranceles notariales y registrales las que contienen la respuesta sobre si es el prestamista o es el prestatario el obligado a su pago. La consecuencia de ello es que, una vez declarada la nulidad de la cláusula (asunto este que se afirma que «no ofrece duda»), tales normas son la clave para estimar o desestimar las pretensiones de devolución de los pagos realizados por el consumidor por este concepto. La novedad de esta sentencia es que razona por separado respecto

de los aranceles notariales y los del Registro de la Propiedad. Resulta lógico, habida cuenta de que unas y otras normas no son totalmente coincidentes. Sobre esta base, se estima parcialmente el recurso de apelación formulado contra la sentencia de primera instancia, que había denegado la devolución de cantidades al consumidor; la sentencia se revoca en el único sentido de ordenar la devolución de las cantidades satisfechas en concepto de gastos de Registro de la Propiedad. La doctrina de esta sentencia con respecto a los gastos derivados de notaría es la siguiente: se sostiene que han de ser abonados por aquel contratante que haya solicitado los servicios del notario y que, en caso de no conocerse ese dato, se aplicarán las normas fiscales correspondientes, siendo el prestatario el que debe hacerse cargo de ellos; la expedición de copias habrá de ser abonada por quien la haya solicitado. La solución es distinta para los gastos registrales, que se entiende que deben ser asumidos por la entidad bancaria, por el sujeto a cuyo favor se inscribe el derecho.

Hay un aspecto de la anterior doctrina que resulta curioso, a saber, que la Sala parece estar eligiendo, de entre los distintos criterios que se contienen en las normas arancelarias de los notarios, aquel que le parece mejor. Recuérdesse que la norma sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, sobre arancel de los notarios, dice literalmente que «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»²⁰. Pues bien, ante la ausencia de datos en el procedimiento sobre quién solicitó los servicios del notario, se prescinde de ese criterio; sin embargo, no se acude al del interesado según las normas sustantivas, sino al interesado según las normas fiscales. Conforme a las normas sustantivas, y según el parecer de la propia Sala, serían tanto prestamista como prestatario, pero se aplica directamente, y sin explicación alguna, el criterio del interesado según las normas fiscales. Afirma el tribunal que el segundo criterio fijado en el arancel es un criterio seguro y que supone «imputar los gastos de las escrituras al obligado fiscalmente al pago del impuesto de ellos derivado [...], que no es otro que el prestatario» (Fundamento de Derecho quinto).

En cuanto a los honorarios registrales, la norma octava del Anexo II del Real Decreto 1427/1989 señala 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». Probablemente porque tampoco en este caso había constancia de la persona que presentó la escritura para su inscripción, se declara que el pago de estos gastos corresponde al acreedor hipotecario por su condición de sujeto a cuyo favor se inscribe el derecho. Lo criticable es que ahora —no en cambio en el caso de los aranceles notariales— se desprecian los razonamientos que conducen a atribuir la condición de interesados tanto al prestamista como al prestatario, lo que no resulta coherente.

Además de la Audiencia Provincial de Pontevedra, otras Audiencias Provinciales han acogido ya la decisión de la STS de 23 de diciembre de 2015, declarando la nulidad por abusiva de la cláusula de gastos, formulada con alcance muy general, en préstamos hipotecarios. Pueden citarse en este sentido la SAP de Huelva, secc. 2.^a, de 24 de febrero de 2016, la SAP de Murcia, secc. 4.^a, de 25 de febrero de 2016, y la SAP de Barcelona, 15.^a, de 30 de junio de 2016, así como la SAP de Asturias, secc. 6.^a, de 27 de enero de 2017, que declara que «el reintegro de los gastos que se pretende en base a esa declaración de abusividad formal o abstracta, solo podrá ser declarada si la parte que lo insta prueba cumplidamente que los abonados a que se refiere el mismo no le correspondían, sino que eran a cargo de la entidad financiera predisponente, existiendo una repercusión indebida».

En la SAP de Murcia de 25 de febrero de 2016, la Sala admite la dificultad del análisis de la validez de la condición general cuestionada²¹, dificultad que deriva «de la técnica empleada en su redacción en la que se acumula en una sola cláusula una amalgama de conceptos cuya naturaleza no es idéntica». La Audiencia confirma la sentencia de primera instancia, que la había declarado abusiva, afirmando que «el carácter abusivo de lo referente a impuestos, aranceles y gastos de formalización del contrato y constitución y cancelación de hipoteca deriva, además de lo dicho por el TS²², porque la redacción de la cláusula impone su repercusión al consumidor, sin distinción alguna, al comprender todos, lo que incluye también aquellos que por su naturaleza pudieran ser de cargo del empresario o de los que este fuese el sujeto pasivo». Y añade: «El que el Banco en el recurso diga que no es ese el sentido de la cláusula, no excluye la nulidad, porque no puede dejarse la misma al albur de la interpretación, más o menos restrictiva, que la entidad bancaria pueda hacer del alcance de la misma. No se trata aquí de enjuiciar la aplicación de esa cláusula en una reclamación concreta si no si el tenor literal de la cláusula permite una reclamación de gastos desproporcionados. La respuesta es afirmativa y permitiría, en consecuencia, un resultado desmedido, sin que, como dice la SAP de Madrid de 26 de julio de 2013, pueda confiarse la suerte de su aplicación a la decisión eventual o interpretación que en cada momento, según sus intereses o necesidades, pueda el Banco hacer de la misma, bastando con que confiera la posibilidad de que se pudiera llegar a producir una aplicación de ella de un modo abusivo para que deba ser expurgada» (Fundamento de Derecho segundo, apartado a).

También la SAP de Barcelona, secc. 15.^a, de 30 de junio de 2016, se enfrenta a una cláusula de «gastos» muy extensa y de alcance muy general²³. Al caso no le era de aplicación, por razones de orden temporal, el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, sino la Ley general de defensa de los consumidores y usuarios de 1984. Este hecho va a resultar crucial: la estipulación debería entenderse abusiva con arreglo al Texto Refundido de 2007 en virtud de lo dispuesto en su artículo 89.3, habida cuenta

de que «tiene por objeto que el predisponente traslade al consumidor gastos derivados del contrato que en principio le corresponde asumir personalmente por mandato legal»; en cambio, conforme al texto vigente en la Ley General en el momento de firmarse el contrato, lo que se consideraba abusivo era «la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley *imperativa* corresponda al profesional» (disposición adicional primera de la Ley 26/1984). Así pues, al no ser la cláusula sobre gastos contraria a norma imperativa, la cuestión era si se podía considerar abusiva al amparo de lo previsto en la cláusula general de abusividad, entonces contenida en el artículo 10 bis de la citada LGDCU. Se entendió que sí con el argumento de que uno de los parámetros esenciales para juzgar la existencia del desequilibrio contrario a la buena fe debe ser lo dispuesto en una norma legal de carácter dispositivo. Creemos que esa razón es suficiente —dice la sentencia— para considerar que la estipulación es abusiva, al no constar que el contrato ofreciera, a modo de contrapartida, alguna concesión que justificara la introducción de la cláusula. En este caso no se había reclamado por el consumidor el reembolso de lo pagado en aplicación de la cláusula, si bien, al igual que en los casos referidos con anterioridad, se hace referencia a su amplitud: «Aunque el contenido de la estipulación es muy amplio y la resolución recurrida ha acordado la nulidad de toda ella, como se solicitaba en la demanda, no creemos que los términos del recurso nos permitan discriminar para analizar de forma separada cada uno de los concretos pactos que la estipulación encierra» (Fundamento de Derecho quinto, *in fine*).

Por último, la SAP de Las Palmas de 6 de julio de 2017 establece que son nulas las cláusulas de los préstamos hipotecarios que atribuyen a los clientes el pago de la totalidad de los gastos de Notaría y Registro, dado que tanto la formalización de la escritura pública ante notario como la inscripción de la garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad se efectúan en exclusivo interés del Banco, por lo que es este quien tiene que correr con los gastos. El Banco debe reintegrar a los clientes, no la mitad, sino todos los gastos que estos hayan abonado por dichos conceptos. La sentencia hace un detenido análisis, por separado, de los gastos notariales y de los registrales (cfr. Fundamentos de Derecho primero y segundo). Por lo que se refiere a los gastos notariales, sostiene que para la determinación del «sujeto requirente», a los efectos de lo dispuesto en la regla sexta del Real Decreto 1426/1989, hay que valerse de presunciones y que «conforme a una elemental máxima de experiencia, la intervención notarial se solicita en la generalidad de los casos por la entidad de crédito, quien envía la minuta en virtud de la cual el notario redactará la escritura del préstamo hipotecario»; se defiende que el «interesado» conforme a las normas sustantivas es el sujeto que se beneficie de la actuación notarial, que en este caso es el prestamista (afirmación que se argumenta detenidamente) y que también posee la condición de «interesado» conforme a las normas fiscales, en la actual interpretación de la Sala Primera del TS. En cuanto a

los gastos registrales, se sostiene que conforme al Real Decreto 1427/1989, «la hipoteca se inscribe a favor del Banco por lo que es el Banco quien debe abonar los derechos de registro». Y añade: «La cuestión no debe enturbiarse con el argumento falaz del interés del prestatario en obtener la financiación. Lo que interesa al prestatario es el préstamo, no la hipoteca, y no puede inferirse un interés en la hipoteca por el solo hecho de adherirse al conjunto negocial».

A modo de conclusión del análisis anterior de las sentencias de las Audiencias Provinciales, que no pretende ser exhaustiva, puede decirse que cuenta con bastante aceptación la idea de que la cláusula de gastos (también en lo referente a los gastos de otorgamiento de la escritura y de su inscripción en el Registro de la Propiedad), es abusiva. Pero es importante advertir, pese a todo, que en la mayoría de los casos el pronunciamiento se refiere a cláusulas de alcance muy general.

No obstante, las Audiencias entienden que la nulidad de la cláusula no supone la devolución automática al prestatario de las cantidades pagadas por estos conceptos, y que, descartada la validez del pacto, hay que estar a lo previsto en los Reales Decretos sobre aranceles notariales y registrales. Ahora bien, las normas que estos contienen referidas al tema están siendo objeto de interpretaciones dispares.

D) Juzgados de Primera Instancia

También los Juzgados de Primera Instancia están aplicando la doctrina de la STS de 23 de diciembre de 2015. Son ejemplo de ello la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Vigo de 28 de abril de 2016, la SJPI número 11 de Oviedo de 9 de diciembre de 2016.

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Vigo de 28 de abril de 2016 sigue fielmente la doctrina sentada hasta ese momento por la AP de Pontevedra (aunque luego matizada): declara la nulidad de la cláusula de gastos, pero rechaza la restitución de lo pagado, reproduciendo los argumentos de aquella y considerando que no se ha practicado «prueba alguna que permita concretar las circunstancias del supuesto, lo que impide que pueda imponerse en la presente una condena dineraria».

Del caso resuelto por la SJPI de Oviedo de 9 de diciembre de 2016 interesa resaltar que, aunque se trataba de una cláusula referida a distintos gastos a cargo del prestatario, había un desglose de los mismos²⁴. La sentencia no analiza la abusividad de toda la cláusula, sino únicamente de los apartados sobre los que la demandante solicitaba una declaración de nulidad y el consiguiente reembolso por parte del Banco demandado, entre los que se encontraban los aranceles notariales y registrales.

El Banco argumentaba que la obligación de pago de los aranceles notariales corresponde a los que hubieran requerido la prestación de funciones o

los servicios del notario y, en su defecto, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, lo que estimaba que correspondía al prestatario, al igual que los derechos del registrador. Explicaba el demandado que habitualmente se formaliza ante el mismo notario la compraventa del inmueble a cuya financiación se destina el préstamo, por lo que la prestación de funciones del funcionario público no es solicitada por la entidad financiera, que no interviene en el citado contrato. Su tesis es rechazada por el Juzgado, que sostiene por el contrario que es el Banco el principal interesado en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, al obtener con ello un título ejecutivo con facultades de ejecución privilegiada.

La sentencia declara abusiva la cláusula y condena al Banco a abonar al prestatario el importe de los aranceles notariales y registrales. Entre sus fundamentos jurídicos se incluye la STS de 23 de diciembre de 2015, referida, según el Juzgado, a una cláusula análoga a la debatida (Fundamento de Derecho tercero). Pero en nuestra opinión, tal analogía no se daba: mientras que la cláusula analizada por la STS era ambigua, extensa y general y no mencionaba expresamente los aranceles notariales y registrales de la escritura de constitución del préstamo hipotecario, no puede decirse lo mismo de la declarada nula por abusiva por el TPI de Oviedo, la cual precisaba incluso que correspondían al prestatario los «gastos de la primera copia de la presente escritura para la prestamista y en su caso los derivados de los documentos acreditativos de las disposiciones».

III. ANÁLISIS DE LA VALIDEZ DE LA CLÁUSULA QUE ATRIBUYE AL PRESTATARIO EL PAGO DE LOS GASTOS NOTARIALES Y REGISTRALES: CONTROL DE CONTENIDO, CONTROL DE TRANSPARENCIA Y CONTROL DE INCORPORACIÓN

Conviene ante todo advertir que el análisis sobre la validez de las cláusulas no negociadas individualmente que imponen al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario y/o los de su inscripción en el Registro de la Propiedad, exige tener en cuenta no solo las normas sobre control de contenido (es decir, el régimen sobre cláusulas abusivas de los arts. 82 y sigs. TRLCU), sino también el llamado control de transparencia material, y las normas sobre control de incorporación de los artículos 5 y 7 LCGC.

1. CONTROL DE CONTENIDO

Teniendo en cuenta que cuando los tribunales han declarado la nulidad de la cláusula sobre gastos del préstamo hipotecario lo han hecho por considerarla

abusiva, se comienza por estudiar si la cláusula en cuestión supera o no —y en qué casos— el control de contenido. El análisis se refiere a una cláusula no negociada individualmente que de modo concreto, claro y sencillo imponga al consumidor (en el sentido del art. 3 TRLCU), en un contrato de préstamo hipotecario, el deber de satisfacer los gastos notariales y registrales de la constitución del préstamo. Si la cláusula fuera ilegible, ambigua, oscura o incomprensible, o si el adherente no hubiera tenido la oportunidad real de conocerla al tiempo de celebración del contrato, el juicio de abusividad resultaría innecesario, porque la cláusula se consideraría no incorporada al contrato, a tenor de lo dispuesto en el artículo 7 LCGC.

La cláusula objeto de estudio no encaja en nuestra opinión en el listado legal de los artículos 85 a 90 TRLCU. En particular, no tiene cabida en el artículo 89.3, a cuyo tenor en todo caso tiene la consideración de abusiva «la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario», mandato este que va seguido de la enumeración concreta, pero de carácter ejemplificativo, de una serie de estipulaciones que en la compraventa de viviendas revisten este carácter.

Ahora bien, no puede decirse, propiamente, que las leyes españolas atribuyan al prestamista, ni siquiera en el caso del préstamo hipotecario, el pago de los gastos de la escritura pública ni de la inscripción del derecho real de hipoteca en el Registro de la Propiedad.

No hay ninguna duda de que en el Derecho vigente y al amparo de lo dispuesto en el artículo 89.3 TRLCU, la cláusula que en un contrato de compraventa imponga al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de otorgamiento de la escritura pública, es abusiva²⁵. Sin embargo, el caso del préstamo hipotecario no es equiparable a la compraventa, porque mientras que respecto de esta última hay una norma que ordena que los gastos de otorgamiento de la escritura pública sean a cargo del vendedor (el artículo 1455 del Código Civil), nada parecido ocurre con el préstamo hipotecario, tal y como se ha explicado en la primera parte de este trabajo.

La ausencia de norma legal —aunque sea de naturaleza dispositiva— resulta crucial. El vendedor que valiéndose de una cláusula predispuesta altera lo previsto legalmente (en el artículo 1455 del Código Civil), en perjuicio del consumidor, está actuando en contra de las exigencias de la buena fe, alterando el equilibrio contractual previsto en la norma (SERRA DOMÍNGUEZ, 2006, 206). No puede decirse lo mismo, en cambio, del prestamista que, *sin modificar norma alguna*, atribuye los gastos de otorgamiento de la escritura al prestatario, aun cuando sea un consumidor. En este último caso la dificultad puede derivar de que la estipulación en cuestión pase desapercibida para el consumidor; pero esta es una cuestión distinta, que enseguida se retomará, cuando se trate del control de transparencia.

También podría pensarse en el encaje de la cláusula de gastos en el artículo 89.5 TRLCU, según el cual en todo caso tienen la consideración de abusivos

«los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación». Esta norma procede de la vieja Ley de consumidores de 1984 y plantea importantes dificultades interpretativas, aunque hay consenso en cuanto a que su verdadero sentido debe fijarse a partir de lo dispuesto en el artículo 89.4 TRLC, con el que comparte origen. Según este último, es abusiva «La imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados». Su significado parece claro: se trata de impedir que el empresario, a través de una cláusula predispuesta, imponga al consumidor una nueva prestación (bien o servicio) distinta de la contratada. Desde esta óptica se interpreta por la doctrina²⁶ el oscuro número 5 del artículo 89, el cual se entiende referido a un aspecto concreto de esa contratación no solicitada o impuesta de bienes o servicios: el aumento del precio que conlleva. Así las cosas, y en lo que aquí interesa, el artículo 89.5 TRLCU no es aplicable a los aranceles notariales y registrales del préstamo hipotecario, puesto que no pueden considerarse la contraprestación de una prestación adicional. El otorgamiento de la escritura pública es una obligación que integra necesariamente el contrato de préstamo hipotecario (arts. 1258 y 1280 del Código Civil), y no una prestación diferenciada susceptible de ser aceptada o rechazada por los contratantes²⁷.

En definitiva, y en atención a lo expuesto, la cláusula objeto de análisis no es en sí una cláusula abusiva. No solo no es subsumible en el artículo 89.3, al no imponer al consumidor «gastos de documentación y tramitación que por ley correspondan al empresario», ni en el resto del listado legal, sino que tampoco tiene cabida en el concepto general de cláusula abusiva del artículo 82.1 TRLCU²⁸. No se trata de una cláusula que «en contra de las exigencias de la buena fe» cause «en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato». Difícilmente puede considerarse contraria a la buena fe una estipulación que recoge un uso muy extendido, mediante la cual se llena un vacío de regulación y que a la postre no hace más que introducir certidumbre sobre cuál de los dos contratantes habrá de hacer frente a los aranceles notariales y registrales. Y, obviamente, el hecho de que la totalidad del gasto recaiga sobre el consumidor, no implica la existencia del desequilibrio al que alude la ley, que no es económico, sino jurídico.

2. CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL

Una vez sentado que la cláusula que imputa al consumidor los gastos notariales y registrales del préstamo hipotecario no es intrínsecamente abusiva, procede preguntarse si debe valorarse desde la perspectiva de la transparencia.

Nos referimos al llamado control de transparencia material, que en el ordenamiento español es una creación doctrinal y jurisprudencial²⁹ construida sobre la base de lo establecido en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas³⁰. Este control, distinto de la transparencia formal o control de incorporación, y llamado por ello «segundo control de transparencia» significa que «no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio» (STS, Pleno, de 23 de diciembre de 2015). Se trata de cláusulas que provocan una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

El control de transparencia material —nacido respecto de estipulaciones que influyan en la decisión de contratar— permite que se declaren nulas cláusulas de contenido económico de cuya existencia, alcance y significado no hubiere sido suficientemente advertido el consumidor en la fase previa a la celebración del contrato, que es cuando se forma su decisión de contratar con una empresa determinada. Consecuencia de lo anterior es que el control de transparencia deba hacerse caso por caso y que no pueda extenderse a otros supuestos distintos, ni siquiera referidos a cláusulas con un tenor literal idéntico (ALFARO ÁGUILA-REAL, 2017, 3-4). De ahí las críticas de la doctrina a sentencias que, en el ámbito de una acción colectiva, han declarado la nulidad de condiciones generales por falta de transparencia (DE TORRES PEREA, 2014, 40 y sigs.).

Dejando al margen la cuestión relativa a si resulta o no acertado hablar de cláusulas «abusivas» por falta de transparencia³¹, lo que sí ha quedado claro es que para la jurisprudencia este control es aplicable únicamente en contratos con consumidores (STS, Pleno, de 3 de junio de 2016³² y STS de 30 de enero de 2017, con un voto particular en sentido contrario), en lo que coincide con el control de contenido.

Ahora bien, el control de transparencia material y el control de contenido poseen distinto ámbito de aplicación. Mientras que el control de contenido no es aplicable a «la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida» (art. 4.2 de la Directiva 13/1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores), este es, justamente, el ámbito de actuación del control de transparencia: cláusulas que alteran subrepticamente el equilibrio económico del contrato.

Siendo este precisamente el caso de las cláusulas que atribuyen al prestatario consumidor los aranceles notariales o registrales, ha defendido PERTIÑEZ VÍLCHEZ que estas cláusulas han de valorarse desde la perspectiva de la transparencia (2016, 96 y sigs.).

Pensamos que, aunque no sin dificultades, se puede admitir la posibilidad teórica de que la estipulación que pone a cargo del consumidor los aranceles notariales y registrales derivados del otorgamiento e inscripción del préstamo hipotecario, sea conceptuada (en casos concretos, y nunca de modo general) como no transparente, porque, si bien es cierto que no versa sobre un elemento esencial del contrato (como ocurre con la cláusula suelo), no puede ignorarse que afecta, aunque de modo bastante tenue, a la carga económica que este representa para el consumidor³³. Al fin y al cabo, la *ratio* del control de transparencia es evitar que el coste real que el crédito supone para el consumidor resulte incrementado por virtud de cláusulas que le habrían pasado desapercibidas.

Sin embargo, hay algo más: el fundamento que habitualmente se invoca por la jurisprudencia para expulsar estas cláusulas del contrato es que la falta de transparencia «trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado» (STS 138/2015, de 24 de marzo)³⁴. En la misma línea, se afirma por la mejor doctrina que la buena fe exige transparencia sobre lo que típicamente provoca la decisión del consumidor, y que el valor protegido mediante el control de transparencia es la claridad para la comparación de ofertas en el mercado (MIQUEL GONZÁLEZ, 2011, 727).

Las dudas para aplicar la idea de transparencia material a esta cláusula de gastos provienen precisamente de la escasa relevancia que cabe atribuir a la citada cláusula, a la hora de adoptar la decisión de contratar, por la reducida cuantía de los gastos³⁵. 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 celebrado³⁶. Por otro lado, la atribución de los gastos notariales y registrales al prestatario es muy común, de suerte que no es un elemento que influya en la decisión de contratar con un empresario determinado. Como se ha observado con acierto, la generalización de una determinada condición general o cláusula predispuesta en un ramo determinado del comercio o de los servicios, impide que sea factor de elección, «porque se presenta en todos o casi todos los contratos y sería impracticable, además de estéril, una búsqueda de una oferta sin la cláusula no deseada» (MIQUEL GONZÁLEZ, 2011, 726).

Las anteriores reflexiones no deben oscurecer el dato cierto de que la cláusula sobre gastos de otorgamiento e inscripción en el Registro, en la medida en que sea una condición general de escritura —como habitualmente ocurre—, es probable que pase inadvertida al consumidor, «alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó» (STS de 9 de marzo de 2017, referida a una cláusula suelo).

Ahora bien, desde el año 2014, hay un remedio específico para este problema en el TRLGCU. Nos referimos al artículo 60 bis, a cuyo tenor «Antes de que

el consumidor quede vinculado por cualquier contrato u oferta, el empresario deberá obtener su consentimiento expreso para todo pago adicional a la remuneración acordada para la obligación contractual principal del empresario. Estos suplementos opcionales se comunicarán de una manera clara y comprensible y su aceptación por el consumidor y usuario se realizará sobre la base de opción de inclusión. Si el empresario no ha obtenido el consentimiento expreso del consumidor y usuario, pero lo ha deducido utilizando opciones por defecto que este debe rechazar para evitar el pago adicional, el consumidor y usuario tendrá derecho al reembolso de dicho pago». En el número 2, dispone el artículo 60 bis TRLCU que «Corresponde al empresario probar el cumplimiento de las obligaciones a que este artículo se refiere».

El precepto fue introducido por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, y su número 1 viene a coincidir, casi literalmente, con el artículo 22 de la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores. Hace frente a una práctica que venía siendo objeto de preocupación para el legislador comunitario desde hace años³⁷ y que se daba particularmente en la contratación en línea de ciertos productos. Ahora bien, el artículo 60 bis tiene un alcance general, siendo aplicable a todos los contratos de consumo (MINERO ALEJANDRE, 2014, 846), si bien es cierto que una parte de su contenido está especialmente pensada para la contratación en línea.

La finalidad del artículo 60 bis TRLCU es clara. A nuestro modo de ver se trata, no tanto de forzar al empresario a cumplir sus deberes de información [en concreto, lo dispuesto con carácter general en el artículo 60.2 c) TRLCU], como de evitar que el consumidor quede vinculado a realizar algún pago derivado del contrato, pero del que no era consciente en el momento de contratar. Téngase en cuenta que el cumplimiento por parte del empresario de sus deberes de información no es una garantía del efectivo conocimiento del contenido de esa información por parte del consumidor, siendo perfectamente posible que le pase inadvertido el deber de efectuar cualquier pago adicional. La solución de la ley es imponer al empresario el deber de obtener el consentimiento expreso del consumidor para este llamado pago adicional, expresión con la que se está aludiendo a cualquier cantidad diferente del precio estipulado. En el caso del préstamo hipotecario encajarían desde luego en el concepto de pago adicional los aranceles notariales y registrales, en el caso de que en el contrato se estipule que son a cargo del prestatario³⁸.

Consecuentemente, y de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria única de la Ley 3/2014, habrá que entender que los contratos celebrados a partir del 13 de junio de 2014 están sujetos a lo ordenado por el artículo 60 bis TRLCU, de modo que los prestamistas habrán de obtener un consentimiento expreso de los prestatarios de hacerse cargo de los aranceles notariales y registrales derivados del otorgamiento de la escritura de préstamo. Faltando este consentimiento expreso, cuya prueba corresponde al empresario,

el consumidor tiene derecho al reembolso de la cantidad pagada al empresario por este concepto. No así, en cambio, del pago efectuado directamente al notario o registrador,

Por lo que se refiere a los contratos celebrados con anterioridad a 13 de junio de 2014, es preciso preguntarse —retomando el hilo del discurso— en qué casos podrían ser declaradas abusivas por falta de transparencia las cláusulas de gastos. Aplicando al caso lo afirmado por PERTIÑEZ VÍLCHEZ (2017, 23), la clave del asunto es determinar cuál es la información necesaria que debe prestar la entidad de crédito sobre la cláusula de aranceles notariales y registrales para que sea válida.

La conclusión que nos parece correcta es que esta estipulación no podría ser declarada abusiva por falta de transparencia más que en aquellos casos en los que el prestamista hubiera incumplido los deberes de información previstos por la legislación sobre transparencia bancaria que resulte aplicable al contrato en cuestión. Así, tratándose de contratos sujetos a la ya citada OMEH /2899/2011, cuando la entidad de crédito no hubiere entregado al cliente la FIPER, o cuando esta no contuviere la advertencia referida a los gastos de otorgamiento de la escritura de préstamo que figura en el modelo legal, lo que no parece muy probable. De acuerdo con los principios generales, habrá que entender que la carga de la prueba de la entrega de la FIPRE corresponde al concedente del préstamo, mientras que la omisión en ella de la información sobre los gastos notariales corresponde al consumidor. Si se trata de contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la OMEH/2899/2011 o que queden fuera de su ámbito de aplicación y respecto de los que no exista otra normativa sectorial aplicable, habrá que acudir al principio de buena fe que subyace en el principio de transparencia y que, como recuerda MUÑIZ ESPADA está en las bases de la teoría general del Derecho de obligaciones y contratos (2016, 99).

La problemática de la cláusula sobre aranceles notariales y registrales es muy diferente a la que suscitan las cláusulas suelo y por eso no es trasladable a aquella la doctrina jurisprudencial elaborada para estas. No es sensato exigir el mismo nivel de información al empresario en un caso y en otro. La cláusula sobre aranceles notariales y registrales, a diferencia de la cláusula suelo, no precisa de especiales formalidades para que el consumidor medio sea consciente de sus implicaciones económicas. Su comprensibilidad no ofrece dificultad alguna, además de que tampoco aporta, propiamente, una ventaja al predisponente. Sobre los gastos notariales y registrales hay un conocimiento socialmente extendido, de modo que el mero cumplimiento de los deberes legales de transparencia bancaria indicará que el consumidor fue o debió ser consciente de su existencia, alcance y significado³⁹. No se precisa ninguna información ni explicación adicional.

Como ya se ha indicado, el grado de transparencia exigible a la entidad de crédito en relación a esta cláusula es el que resulte de las normas legales en vigor en el momento de celebrarse el contrato. Esta idea está recogida de modo

explicito en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en la que, tras aludirse a las novedades en materia de transparencia material, se afirma: «[...] al igual que como sucedió con las modificaciones introducidas en su momento por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, las innovaciones en la fase precontractual, derivadas de la aplicación de esta Ley, no serán de aplicación, salvo a lo que expresamente se atribuya efecto retroactivo, a la cartera hipotecaria concedida. Y no lo serán ni siquiera como parámetro de comparación, en la medida en que nos encontramos ante contratos que se celebraron al amparo de una legislación que determina en su integridad los requisitos de transparencia a los que quedaban sujetos tales contratos».

En definitiva, y por oposición a lo que ocurre con las cláusulas suelo, respecto de las que, como es bien sabido, ni el cumplimiento de los deberes legales de información por el empresario, ni la intervención notarial⁴⁰, se consideran garantía de la comprensión real del significado de la cláusula por parte del consumidor, en el caso de la estipulación que impone los aranceles notariales y registrales al prestatario, ocurre lo contrario: no puede estimarse que hay falta de transparencia si se han respetado los deberes legales de información. De ahí que en este caso el llamado control de transparencia material parezca a primera vista superfluo, en cuanto que se identifica con el incumplimiento de los deberes de información que la ley le exige a la entidad de crédito (y que cambian de unos contratos a otros). Sin embargo, la identificación no es absoluta, pues pueden encontrarse supuestos en los que no obstante haberse desatendido los deberes de información de las normas sobre transparencia bancaria, la cláusula de gastos sea transparente. Así ocurrirá cuando el consumidor hubiera efectuado una provisión de fondos a fin de cubrir tales gastos antes de la firma de la escritura pública (PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, 2016, 99). Es claro que de ello se deduce que era consciente, antes de contratar, de que estos gastos eran a su cargo.

3. CONTROL DE INCORPORACIÓN

Si bien el de incorporación es el primero de los controles que deben superar las condiciones generales de la contratación, se aborda aquí en último lugar porque la pregunta a la que pretende dar respuesta este trabajo, y que constituye su punto de partida, es la de la posible abusividad de la estipulación que impone al prestatario consumidor los aranceles notariales y registrales.

La conclusión a la que se ha llegado es que no es una cláusula abusiva y que, además, generalmente superará el control de transparencia material (si es que se admite que este control tiene sentido respecto de una cláusula de este tipo). Otra cosa es que supere el control de incorporación, o control de transparencia formal, residenciado en los artículos 5 y 7 LCGC. Según el artículo 5.5

LCGC, «La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez». Por su parte, el artículo 7, apartado b) establece que no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales «que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles».

Esto es lo que ocurre, a nuestro entender, en las cláusulas de gastos de alcance general, que son las que se han venido utilizando en los contratos de préstamo hipotecario, y de las que hay buenas muestras en el apartado II.3 de este trabajo, al que nos remitimos. En todas las sentencias allí tratadas, el análisis de la validez de la cláusula se hacía desde la óptica de su posible carácter abusivo, pero las manifestaciones de los tribunales revelan cómo, en opinión de estos, el verdadero problema era la generalidad de la cláusula⁴¹. A nuestro modo de ver, el fundamento de la nulidad de la cláusula de gastos debió ser que no superaba el control de inclusión. Es lo que entendió la SAP de Alicante, sección 8.^a, al declarar que la cláusula «no supera el control de transparencia (se refería al art. 5.5 LCGC) porque su falta de concreción y de claridad impide conocer cuáles son los específicos gastos o tributos que habrán de soportar los adherentes. Así pues, habrá que declarar su no incorporación [...]»⁴².

La cláusula predispuesta que de modo absolutamente genérico e indiscriminado hace recaer sobre el prestatario distintos tipos de gastos, valiéndose para ello de fórmulas muy generales (sin perjuicio de que algunos de los gastos se mencionen de modo más concreto, aunque sin intención excluyente), no supera el control de transparencia formal, al ser su redacción ambigua o no concreta. Con ello se impide al adherente conocer sus propios deberes y el eventual carácter abusivo de los que se le han impuesto (GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2000, 191). El problema que plantea esta cláusula, así formulada, no es el de su comprensión (ni en el plano material, ni en el plano formal), sino el de la imposibilidad de valorar su incidencia en la ejecución del contrato. No es que su significado sea dudoso o admita varios sentidos —en cuyo caso habría que aplicar el artículo 6.2 LCGC, que ordena que se interprete a favor del adherente—. Tampoco plantea problemas de comprensión real al adherente medido. Se trata, más bien, de que, al estar redactadas con gran amplitud, hacen imposible que pueda identificar los gastos que habrá de afrontar, y mucho menos aún conocer su importe. Recuérdesse que el control de incorporación no tiene como finalidad garantizar el conocimiento de las condiciones generales de la contratación, de modo que no se trata tampoco de asegurar que sus destinatarios las tomen en cuenta a los efectos de adoptar su decisión de contratar (PAGADOR LÓPEZ, 2000, 225). En la cláusula general de gastos el problema consiste en la indeterminación de las obligaciones contractuales del adherente, una indeterminación que, debido a su entidad, no puede resolverse mediante la interpretación a favor del adherente consagrada por el artículo 6.2 LCGC.

Así pues, aplicando las normas sobre control de inclusión se puede declarar la ineficacia de la cláusula (art. 9 LCGC). Es una vía distinta a la que se vie-

ne utilizando por la jurisprudencia, y su régimen jurídico es distinto al de las cláusulas abusivas. De hecho, el control de inclusión no opera únicamente en contratación con consumidores. Según el artículo 2.1 LCGC la ley es aplicable «a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional —predisponente— y cualquier persona física o jurídica —adherente—». Además, el control de inclusión presenta también la ventaja de que puede ser valorado en abstracto, sin atender al perjuicio que pueda causar al consumidor y sin tener en cuenta las circunstancias del caso concreto⁴³.

IV. CONCLUSIONES

I. A diferencia de lo que ocurre con la compraventa de inmuebles, o con el arrendamiento, no hay en las leyes españolas norma alguna que atribuya a prestamista o prestatario, o que distribuya entre ambos, los gastos de otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario. Tampoco hay una norma general sobre los gastos de documentación del contrato, fuera del artículo 63.2 TRLCU, de cuyo ámbito de aplicación quedan excluidos todos los contratos que por prescripción legal deban de formalizarse en escritura pública.

II. Sí que existen, en cambio, normas dirigidas a establecer, con carácter general, quienes son los sujetos a los que el notario y el registrador pueden exigir el pago de sus honorarios profesionales. La obligación de pago de los derechos del notario «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» (Regla sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989). Por su parte, «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...» (Anexo II, norma 8.^a del Real Decreto 1427/1989).

III. Las anteriores normas, que poseen rango reglamentario, facilitan el cobro de los aranceles al notario y al registrador. Protegen los intereses de estos profesionales, al permitirles ignorar las relaciones, acuerdos o instrucciones que existan, en su caso, entre los interesados en la actuación notarial y la persona que la hubiera solicitado, y entre el titular del derecho inscrito y la persona que hubiera presentado el documento para su inscripción.

IV. En el caso del préstamo hipotecario, el notario puede exigir los aranceles a la persona que haya solicitado el otorgamiento de la escritura —que podría no ser ni el prestamista ni el prestatario— o a cualquiera de los contratantes, habida cuenta de la condición de «interesados» de ambos y de la responsabilidad solidaria expresamente establecida en el Real Decreto para el caso de pluralidad de responsables. Y el registrador puede exigir sus honorarios, no solo al

titular del derecho real de hipoteca y al prestatario, sino también a quién haya presentado el documento para su inscripción.

V. Ni prestamista ni prestatario pueden eludir el pago, si les es exigido por el notario o por el registrador, invocando cláusulas contractuales sobre los gastos, las cuales, aun siendo válidas, serán eficaces únicamente inter partes (art. 1257 del Código Civil).

Tampoco el solicitante de la intervención notarial o registral podría oponerse al pago amparándose en su condición de mandatario, puesto que por excepción a lo dispuesto por el artículo 1725 del Código Civil, la legislación notarial y registral le obligan a responder personalmente frente a los profesionales.

VI. Distinto es que el pago de honorarios efectuado a estos profesionales pueda originar una acción del *solvens* frente a otro sujeto, para obtener el reembolso de todo o parte de lo pagado. Así ocurrirá cuando un sujeto distinto del *solvens* se hubiese comprometido con este, internamente, a hacerse cargo de los gastos. Tienen cabida en esta hipótesis, tanto el pacto válido entre prestamista y prestatario, como los casos en que exista una relación de gestión entre el *solvens* y uno o ambos contratantes.

VII. A falta de pacto, ni el prestamista ni el prestatario que satisfaga los aranceles notariales o registrales, tiene derecho a exigir del otro el importe de todo o parte de lo pagado por aquel. Esta es la consecuencia que se deriva de la ausencia de una norma que establezca a cuál de los dos contratantes le corresponde hacer frente internamente a los gastos de otorgamiento de la escritura de préstamo.

VIII. El contenido de la información precontractual que, en lo referente a los gastos notariales y registrales, debe prestar la entidad de crédito, es distinto del de la información que ha de dar el notario. La entidad de crédito se debe limitar a realizar una advertencia referida a que el otorgamiento de la escritura genera gastos que no están incluidos en el coste total del crédito, entre los que se encuentran los notariales. El notario, en cambio, debe hacer saber al prestatario el coste estimado de su intervención profesional.

IX. Además, mientras que los deberes de la entidad de crédito son puramente informativos, los del notario autorizante de la escritura de préstamo son y pueden llegar a ser en un futuro inmediato, mucho más amplios y variados. Los textos legislativos más recientes y las normas en proyecto asignan a los notarios deberes específicos de asesoramiento y de comprobación del cumplimiento de los deberes de información precontractual por parte del prestamista.

X. En referencia al contrato de compraventa, existe una doctrina jurisprudencial consolidada y estable, tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias Provinciales, que gira en torno a la distinción entre los gastos de constitución y cancelación del préstamo concedido a la promotora —cuya imposición al consumidor se estima abusiva—, y los gastos de constitución del préstamo concedido al comprador o del que este se beneficia por la vía de la subroga-

ción en la posición de la vendedora —cuya repercusión sobre el consumidor se considera perfectamente válida—.

XI. No puede hablarse, al menos por el momento, de una doctrina jurisprudencial que considere abusiva la condición general que hace recaer sobre el consumidor el pago de los gastos notariales y registrales del préstamo hipotecario. El Tribunal Supremo no ha declarado abusiva, propiamente, la cláusula que impone al prestatario el deber de abonar los gastos de otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario y los de su inscripción en el Registro de la Propiedad. Distinto es que se hayan declarado abusivas cláusulas que de modo absolutamente general e indiscriminado le atribuyen muy diversos tipos de gastos.

XII. Para la jurisprudencia menor, la condición general que pone a cargo del prestatario consumidor los aranceles notariales y registrales es una cláusula abusiva. Pero se trata de casos en los que los aranceles notariales y registrales aparecen incluidos en una cláusula de alcance más general.

XIII. En cuanto al efecto de la nulidad de la cláusula, la jurisprudencia menor entiende que su expulsión del contrato determina la aplicación de las normas contenidas en el Real Decreto 1426/1989, sobre el arancel de los notarios, y en el Real Decreto 1427/1989, sobre el arancel de los registradores, si bien tales normas no son interpretadas de modo unánime por jueces y tribunales. En cualquier caso, se debe destacar que, en atención a lo en ellos establecido, la estimación o desestimación de la acción de reembolso de gastos formulada por el consumidor deberá decidirse caso por caso. La determinación del sujeto que requirió la prestación de los servicios del notario o del sujeto que presentó la escritura para su inscripción es una cuestión puramente fáctica.

XIV. Se defiende que la cláusula que atribuye al consumidor el pago de los aranceles notariales por el otorgamiento de la escritura de préstamo y de los aranceles registrales causados por su inscripción no es en sí una cláusula abusiva. Ni es subsumible en el artículo 89.3 TRLCU, al no imponer al consumidor «gastos de documentación y tramitación que por ley correspondan al empresario», ni en el resto del listado de cláusulas abusivas, ni tiene tampoco cabida en el concepto general de cláusula abusiva del artículo 82.1 TRLCU.

XV. En los contratos de préstamo hipotecario celebrados con posterioridad al 13 de junio de 2014, y siempre que la entidad de crédito no demuestre haber obtenido el consentimiento expreso del consumidor para el pago de los aranceles notariales y registrales, este podrá exigir su reembolso del prestamista al que se le hubiesen abonado con fundamento en el artículo 60 bis TRLCU.

XVI. El control de transparencia material no es el camino correcto para obtener la restitución de los aranceles notariales y registrales abonados por el prestatario consumidor. A diferencia de lo que ocurre en el caso de las cláusulas suelo, el cumplimiento por parte de la entidad de crédito de los deberes de información previstos en la normativa sobre transparencia bancaria que sea de aplicación al contrato en cuestión, significa que la cláusula es transparente: el

consumidor habrá sido advertido de su existencia, antes de contratar, bien por la entidad de crédito, bien por el notario, y la cláusula no plantea problemas de comprensión real al consumidor medio.

XVII. Las cláusulas de gastos de alcance general —como la contenida en la STS de 23 de diciembre de 2015— no superan el control de inclusión de los artículos 5 y 7 LCGC y 80. 1 a) TRLCU, pues adolecen de falta de concreción. Consecuentemente, son nulas, pero no por ser abusivas, sino porque se consideran no incorporadas al contrato (arts. 8, 9 y 10 LCGC). Esto vale para todos los prestatarios, sean o no consumidores (art. 2 LCGC).

RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS

- STJUE, Sala Primera, de 16 de enero de 2014 (TJCE 2014/7)
- STS de 1 de junio de 2000 (*RJ* 2000/5090)
- STS de 24 de julio de 2002 (*RJ* 2002/6491)
- STS de 15 de abril de 2014 (*RJ* 2014/3122)
- STS de 8 de septiembre de 2014, Sala de lo Civil, Pleno (*RJ* 2014, 4660)
- STS de 23 de diciembre de 2015, Sala de lo Civil, Pleno (*RJ* 2015, 5714)
- STS de 3 de junio de 2016, Sala de lo Civil, Pleno
- STS de 30 de enero de 2017 (*RJ* 2017, 371)
- STS de 9 de marzo de 2017, Sala de lo Civil, Pleno (*RJ* 2017, 977)
- STS de 8 de junio de 2017, Sala de lo Civil, Pleno (*RJ* 2017, 2509)
- SAP de Cáceres, secc. 2.^a, de 18 de diciembre de 1995 (*AC* 1995, 2397)
- SAP de Barcelona, secc. 16.^a, de 22 de febrero de 2005 (*JUR* 2005, 83224)
- SAP de Valencia, sección 9.^a, de 12 de mayo de 2006 (*JUR* 2006, 260394)
- SAP de Madrid, sección 13.^a, de 18 de febrero de 2011 (*AC* 2011, 847)
- SAP de Alicante, secc. 8.^a, de 12 de junio de 2014 (*AC* 2014, 1136)
- SAP de Pontevedra de 23 de diciembre de 2015 (*AC* 2016, 215).
- SAP de Pontevedra, secc. 1.^a, de 19 de enero de 2016 (*AC* 2016, 1033)
- SAP de Pontevedra, secc. 1.^a, de 7 de abril de 2016 (*AC* 2016, 943)
- SAP de Pontevedra, secc. 1.^a, de 28 de marzo de 2017 (*JUR* 2017, 94899)
- SAP de Huelva, secc. 2.^a, de 24 de febrero de 2016 (*AC* 2016, 926)
- SAP de Murcia, secc. 4.^a, de 25 de febrero de 2016 (*AC* 2016, 489)
- SAP de Pontevedra, secc. 1.^a, de 7 de abril de 2016 (*AC* 2016, 1033)
- SAP de Barcelona, secc. 15.^a, de 30 de junio de 2016 (*JUR* 2016, 196007)
- SAP de Asturias, secc. 6.^a, de 27 de enero de 2017 (Ponente: A.E. RODRÍGUEZ-VIGIL)
- SAP de Las Palmas, secc. 4.^a, de 7 de julio de 2017 (Ponente: J.J. COBO PLANA)
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Vigo de 28 de abril de 2016 (*JUR* 2016, 125297)
- SJPI de Oviedo de 9 de diciembre de 2016 (*JUR* 2017, 1549).

BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ DOHRMANN, K.J. y CASTILLO PARRILLA, J.A (2015). *Teoría general de obligaciones y contratos*. Granada: Editorial técnica Avicam.
- ALBIEZ DOHRMANN, K.J. (2016 a). Consecuencias del incumplimiento del deber de transposición de la Directiva 2014/17/UE. *Revista Cesco de Derecho de consumo*, [En línea], n. 17/2016, 159-168, disponible en: <http://www.revista.uclm-es/index.php/cesco>.
- (2016 b). Primerísimas observaciones al Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. *Revista Cesco de Derecho de consumo*, [En línea], n. 20/2016, 42-73, disponible en: <http://www.revista.uclm-es/index.php/cesco>.
- ALFARO ÁGUILA-REAL (2017). ¿Y ahora qué? *Indret. Revista para el análisis del Derecho* [En línea], 1/2017, 1-7, disponible en www.Indret.com.
- ÁLVAREZ OLALLA, M.^a P. (2016). Algunos aspectos del Anteproyecto de Ley XX/2016 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Ámbito de aplicación y normas de transparencia. *Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil*. N. 10/2016 (BIB 2016/80485), 1-5.
- ARROYO AMAYUELAS, E. (2017). La Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. *Indret. Revista para el análisis del Derecho* [En línea], 2/2017, 1-44, disponible en www.Indret.com.
- ATAZ LÓPEZ, J. (2013). Comentario al artículo 1455 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.) *Comentarios al Código Civil*. Tomo VII. Valencia: Tirant Lo Blanch (10266-10271).
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2006). *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*. Cizur Menor: Aranzadi.
- (2017). Las (seis) SSTs posteriores a la STJUE de 21 de diciembre de 2016. El control de transparencia sigue en construcción, muta y mutará aún más: hacia la transparencia subjetiva (Comentario a las SSTs de 24 de febrero de 2017, 9 de marzo de 2017, 20 de abril de 2017 y 25 de mayo de 2017). *Boletín del Colegio de Registradores*, n. 42, 1770-1790.
- DE TORRES PEREA, J.M. (2014). Nulidad de las cláusulas suelo por falta de transparencia fundada en una insuficiente información del cliente bancario. En especial sobre la idoneidad de su impugnación mediante el ejercicio de una acción de cesación. *Revista Jurídica Valenciana*, n. 2, 23-62.
- FUENTESECA DEGENEFTE, C. (2015). La información al consumidor previa a la celebración del contrato de crédito en la Directiva 2014/17/UE. En: S. Díaz-Alabart (dir.). *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*. Madrid: Reus, 127-222.
- GARCÍA CANTERO, G. (1980). Comentario al artículo 1455 del Código Civil. En: M. Albaladejo (dir.) *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Tomo XIX. Madrid: Edersa, 109-114.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2000). Requisitos de incorporación. No incorporación. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 139-192, y 235-258.
- (2009). Comentario a los artículos 80 a 89. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*. 1.^a edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 883-1139.

- (2015). Comentario a los artículos 80 a 89. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*. 2.^a edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 1027-1347.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2013). No todas las cláusulas son abusivas en contratos bancarios. *Revista Cesco de Derecho de consumo*, n. 5/2013, 96-102.
- MINERO ALEJANDRE, G. (2015). Comentario al artículo 60 bis. En: Comentario a los artículos 80 a 89. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*. 2.^a edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 842-854.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (2011). Comentario al artículo 82. En: S. Cámara Lapuente (dir.). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*. Madrid: Colex, 696-753.
- MUÑIZ ESPADA, E. (2016). *El deterioro del mercado hipotecario y la necesidad de su reconstrucción. Aportaciones desde el Derecho Europeo*. Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.
- ORDÁS ALONSO, M. (2014). *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos*. Barcelona: Bosch.
- ORDELÍN FONT, J.L. (2014). El cumplimiento de las obligaciones por el representante voluntario: notas para una revisión de su concepción dogmática. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 746, 2863-389.
- PAGADOR LÓPEZ, J. (2000). Requisitos de incorporación de las condiciones generales y consecuencias negociales. En: U. Nieto Carol (dir.). *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*. Valladolid: Lex Nova, 223-300.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (2017). 10 tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato. *Almacén de Derecho*, 12 de marzo de 2017 (disponible en: <http://almacenederecho.org/10-tesis-la-falta-transparencia-las-clausulas-referidas-los-elementos-esenciales-del-contrato>. Fecha de consulta: 11 de julio de 2017).
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2004). *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.
- (2016). Juicio crítico a la declaración del carácter abusivo de la cláusula que en préstamos hipotecarios impone los gastos del otorgamiento de escritura pública, de la inscripción registral y del impuesto de actos jurídicos documentados al prestatario consumidor (a propósito de la STS de 23 de diciembre de 2015). *Revista Lex Mercatoria*, núm. 1, 93-99.
- (2017). *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RODRÍGUEZ LLAMAS, S. (2011). Comentario al artículo 1455 del Código Civil. En: A. Cañizares y otros (dirs.), *Código Civil comentado*. Volumen IV. Cizur Menor: Civitas, 65-67.
- SABATER BAYLE, E. (2016). Cláusula suelo válida. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n. 8/2016, 1-11 (BIB 2016/80146).
- SERRA RODRÍGUEZ, A. (2006). La imposición al consumidor de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en la compraventa de viviendas. En: A. Cañizares Laso (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*. Madrid: Tecnos, 202-232.

- VÁZQUEZ MUIÑA, T. (2016). El control de transparencia de las cláusulas contractuales predisuestas. En: Flores Doña, MS. y Raga Gil, JT. (dirs.), *El préstamo hipotecario y el mercado de crédito de la Unión Europea*. Madrid: Dykinson (557-567).
- ZURITA MARTÍN, I. (2014). *Préstamo hipotecario, ejecución y dación en pago*. Madrid: La Ley.

NOTAS

¹ Sin embargo, otro parece ser el punto de vista de ATAZ LÓPEZ (2013, 10268). Este autor interpreta que, pese a lo dispuesto en el artículo 1455 del Código Civil, el comprador tendrá que pagar la primera copia de la escritura «tan solo si la encarga él, porque si esta es para el vendedor, deberá ser él quien debe asumir el coste de la misma, tal y como, por otra parte, dispone el artículo 63 del Reglamento Notarial». Es decir, que frente a lo que se defiende en este trabajo, no atribuye distinto ámbito de aplicación al artículo 1455 del Código Civil y al artículo 63 RN. A nuestro modo de ver el primero rige entre vendedor y comprador y el segundo entre el notario y el sujeto que solicita sus servicios.

² Entre ellos, el concepto de «interesado» con arreglo a las leyes fiscales. En el supuesto de que el interesado fuera el obligado al pago del impuesto, tratándose de un crédito hipotecario, sería el prestatario. El artículo 8 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados dice que: «Está obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: d) en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el prestatario». Por su parte, el artículo 15 del mismo texto legal aclara 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».

³ Otros aspectos de estas sentencias pueden verse en el apartado II. 3 C.

⁴ Un tratamiento completo de la legislación vigente sobre el tema, puede verse en: ORDÁS ALONSO, M., (2014, 173-200).

⁵ Se prescinde, en cambio, de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, sobre préstamos concedidos por empresas que no sean entidades de crédito y que de manera profesional realice dicha actividad con un consumidor, y a la que nos remitimos.

⁶ El capítulo II de la OM, integrado por los artículos 19 a 32 contiene las normas relativas a los créditos y préstamos hipotecarios. Dispone el artículo 19.1 que «Este capítulo será de aplicación a los servicios bancarios de crédito y préstamo hipotecario, en adelante préstamos, celebrados con un cliente, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir». Un tratamiento detallado de la OM puede verse en: ZURITA MARTÍN (2014, 55-73).

⁷ http://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/Folletos/guia_de_acceso_a

⁸ Idéntica previsión se contiene en la Ley 2/2009, de 31 de marzo (art. 18)

⁹ De estas diferencias se ocupa FUENTESECA DEGENEFTE (2015, 150-156).

¹⁰ Este primer anteproyecto difería la regulación de muchos aspectos importantes relativos a la información precontractual a su desarrollo reglamentario, lo que mereció críticas por parte de la doctrina: ALBIEZ DOHRMANN (2016, especialmente 45, 51 y 71); ÁLVAREZ OLALLA (2016, 4).

¹¹ Una buena visión global de la Directiva y de los dos anteproyectos, puede verse en: ARROYO AMAYUELAS (2017).

¹² Sobre las cláusulas que en el contrato de compraventa del inmueble hacen recaer sobre el consumidor los gastos de constitución y cancelación de la hipoteca, con anterioridad a la

entrada en vigor del TRLCU, puede verse: SERRA RODRÍGUEZ (2006), La imposición al consumidor de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en la compraventa de viviendas.

¹³ Mediante la cláusula sobre cuya validez se discutía se hacían recaer sobre los compradores «todos los gastos e impuestos que se derivan de la constitución y división del préstamo hipotecario»; un préstamo que, según admite el propio Tribunal, «tenía por finalidad facilitar la financiación de la construcción con posible subrogación de los futuros adquirentes de las viviendas (Fundamento de Derecho segundo). Esta fue la razón por la que el TS desestimó el recurso de casación interpuesto por la promotora-vendedora, quien aducía que la sentencia de la Audiencia —que había apreciado la nulidad de la cláusula por abusiva— hacía extensivo lo dispuesto en el artículo 10. 1 c) 11 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, a supuestos distintos de los comprendidos expresamente en la misma y que el citado artículo había sido infringido, pues se refiere exclusivamente a los gastos derivados de hipotecas «para financiar la construcción», no siendo de tal carácter el préstamo hipotecario en el que se subroga el comprador de la vivienda» (Fundamento de Derecho tercero).

¹⁴ Se ejercitaba en este caso una acción individual. La Sala resuelve que el pago de los gastos de constitución o subrogación del préstamo hipotecario corresponde al comprador, por establecerlo así el contrato. La decisión se fundamenta en el artículo 1091 del Código Civil, considerándose que el citado pacto no infringe el artículo 10 c) 11 de la LGCU de 1984, ni tampoco el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, ya que «de la prueba practicada se infiere que no se trata de un préstamo hipotecario para financiar la construcción de viviendas que como gasto derivado de la preparación de la titulación por naturaleza le corresponde al vendedor, y cuya trasgresión daría lugar a la nulidad, sino de un préstamo hipotecario constituido como forma de pago de parte del precio de la vivienda[...]».

¹⁵ Dice la sentencia que: «El objeto del recurso de apelación queda circunscrito a la valoración de la repercusión sobre el comprador de los gastos de otorgamiento de la escritura pública de compraventa [...] (honorarios del notario [...]) al amparo de la cláusula del contrato privado de compraventa cuya nulidad postula la parte actora». La respuesta del Tribunal es que no puede ser aceptada la argumentación del comprador, porque si bien es cierto que se había celebrado un contrato de adhesión, no cabe afirmar que la estipulación contractual por virtud de la cual el comprador asumía, entre otros, el pago de los gastos notariales, fuera abusiva, al no encajar en ninguno de los supuestos legales, habida cuenta del carácter dispositivo del artículo 1455 del Código Civil. Y añade: «Es incuestionable también que los gastos derivados del otorgamiento de la escritura de compraventa no pueden ser equiparados a los gastos derivados de la preparación de la titulación [...]». Finalmente, como argumento *obiter* se señala que la cláusula en cuestión no supone, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones derivados del contrato de compraventa para las partes, «toda vez que la limitada entidad de los gastos de otorgamiento de la escritura de compraventa en relación con el importe del precio total de compraventa convenido por las partes, impide afirmar que se haya producido un desequilibrio inaceptable entre las prestaciones derivadas del negocio jurídico para comprador y vendedora» (Fundamento de Derecho segundo).

¹⁶ Referida a una cláusula que imponía al comprador los gastos de cancelación de la hipoteca constituida por el promotor sobre la totalidad del inmueble, que fue declarada nula. El comprador demandante, que pagó al contado el precio de la compra de uno de los pisos, solicitaba el reembolso de las cantidades pagadas a la vendedora por este concepto, pretensión que fue estimada.

¹⁷ Esta sentencia declara abusiva la cláusula por la que el comprador del inmueble vino obligado al pago de una parte proporcional de los gastos de constitución y posterior cancelación de la hipoteca que para la construcción de las viviendas había formalizado la entidad vendedora, incluyendo los gastos registrales. Se fundamenta la decisión en la disposición adicional de la Ley de consumidores de 1984, que incluía entre las cláusulas abusivas, la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley imperativa correspondan al profesional; en particular, en la primera venta de viviendas, la estipulación

de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipoteca para financiar su construcción o su división y cancelación).

¹⁸ Los gastos objeto de debate eran los de constitución y subrogación en los préstamos hipotecarios para financiar la compra; no se trataba de préstamos dirigidos a financiar la construcción del inmueble. Interesa destacar que la formulación de la cláusula sobre cuya validez se discutía era muy general, aunque por los datos que constan en la propia sentencia, no tanto como los de la STS de 23 de diciembre de 2015 a la que más adelante se alude en el texto. En efecto, la cláusula era del siguiente tenor: «Todos los gastos e impuestos que se deriven de la presente compraventa...serán de cuenta exclusiva de la parte compradora... En tal sentido y a título informativo, se significa que los gastos son los siguientes... El comprador satisfará en la parte que le corresponda, los gastos de constitución del préstamo hipotecario sobre la vivienda adquirida siempre que su finalidad única sea financiar la adquisición de la vivienda y/o plaza de garaje y/o trastero, y la parte compradora se haya subrogado en el mismo». La Sala concluye que no puede ser tachada de nula «porque no basta para ello que no hayan podido negociarse individualmente, sino que además es preciso que hubieran causado a las compradoras un desequilibrio importante en sus derechos, lo que sucedería si los gastos que se le hubieren repercutido hubieran sido gastos que por su naturaleza corresponden claramente a la vendedora, como son los relativos a préstamos hipotecarios destinados a financiar la construcción, pero no cuando, como es lógico y justo, tales gastos no derivaron de la financiación de la construcción, sino de la constitución y subrogación en los préstamos hipotecarios para la adquisición o compra de las viviendas que fueron negociados por la vendedora con autorización de la compradora [...]» (Fundamento de Derecho cuarto).

¹⁹ Obviamente, la literalidad de la cláusula era distinta en cada uno de los supuestos, pero se trataba siempre de cláusulas extensas y que comprendían diversos gastos, no solo los notariales y registrales. Pero pese a estos aspectos comunes, no todas merecen la misma valoración; de ahí que tenga interés transcribirlas literalmente.

En la SAP Pontevedra de 23 de diciembre de 2015, el tenor literal de la cláusula cuya validez se cuestionaba era el siguiente: «5.1. Serán a cargo de la parte prestataria los gastos suplidos producidos por la obtención de certificaciones y notas simples del Registro de la Propiedad, los gastos y tributos que se causen por el otorgamiento de esta escritura, por la expedición de primera copia y una copia simple para la entidad acreedora, y los derivados de cualquier documento que complemente la presente o que sea preciso otorgar o inscribir para la plena eficacia de la hipoteca que aquí se constituye, incluso las escrituras de cancelación total o parcial de la misma. Se incluyen entre los citados gastos los de Notaría, tramitación y Registro de la Propiedad, así como todos los tributos que ahora o en el futuro graven el capital o los intereses de las operaciones bancarias.

Igualmente, serán de cuenta de la parte prestataria los gastos derivados de la tasación de la/s finca/s que se hipoteca/n, incluso los derivados de las sucesivas tasaciones que, de conformidad con lo previsto en la Estipulación 15.ª, se realicen de la/s finca/s hipotecada/s, los de su conservación, así como los de las primas del seguro de daños e incendios.

También serán de cuenta del cliente los gastos de correo, teléfono, telex u otros medios de comunicación generados por cada operación.

La parte prestataria autoriza en este acto de forma expresa e irrevocable a la entidad prestamista para que cargue en su cuenta el importe de dichos gastos».

En la SAP Pontevedra de 19 de enero de 2016, el texto de la cláusula de gastos era el siguiente: «El prestatario queda obligado a abonar:

Los gastos preparatorios de la operación por servicios de terceros (tasación, comprobación de la situación registral del inmueble) que estuviesen pendientes de pago.

Los gastos notariales y registrales relativos a la constitución, desarrollo, modificación o cancelación del préstamo hipotecario, incluso los de expedición, liquidación fiscal y registro de una primera copia de los instrumentos notariales para la caja y los previstos en el párrafo último del número 2 de la cláusula segunda y en el número 2 de la cláusula sexta bis.

Los impuestos que origine la constitución, desarrollo, modificación o cancelación del préstamo hipotecario.

Los gastos de tramitación ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos.

Los derivados de la conservación del inmueble hipotecado, así como del seguro de daños del mismo.

Los gastos procesales o de otra naturaleza derivados del incumplimiento por el prestatario de su obligación de pago, incluso honorarios de Letrado y derechos y suplidos de Procurador, aunque no sea preceptiva su intervención.

Cualquier otro gasto que corresponda a la efectiva prestación de un servicio, relacionado con el préstamo, que no sea inherente a la actividad de la Caja dirigida a la concepción o administración del préstamo».

En la SAP de Pontevedra de 7 de abril de 2016, el tenor literal de la cláusula era el siguiente: «Son de cuenta de la parte prestataria los siguientes gastos:

a) Gastos de tasación del inmueble

b) Aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca que en esta escritura se constituye, así como los de las actas, solicitudes y asientos correspondientes a las entregas del capital prestado.

c) Los tributos que graven esta operación.

d) Gastos de tramitación de la escritura en el Registro de la Propiedad y la oficina Liquidadora del Impuesto, así como una primera copia liquidada e inscrita en el Registro de la Propiedad para la acreedora.

e) Los derivados de la conservación del inmueble hipotecado, así como el seguro de daños del mismo a que se hace referencia en el apartado e) de la cláusula 9.^a.

f) Los gastos procesales o de otra naturaleza derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, y los derechos de Procurador y honorarios de Abogado de que la Caja se valiera, aunque no sea obligatoria su intervención.

g) Los gastos por servicio de envío a domicilio de recibos de préstamo, que se cuantifican en cero euros por recibo.

h) Cualquier otro gasto que corresponda a la efectiva prestación de un servicio, relacionado con el préstamo, que no sea inherente a la actividad de la Caja dirigida a la concesión o administración del préstamo».

Finalmente, en la SAP de Pontevedra de 28 de marzo de 2017, la cláusula, en lo que aquí interesa, tenía la siguiente redacción: «Gastos a cargo de la prestataria. Son de cuenta de la parte prestataria los siguientes gastos: b) Aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca que en esta escritura se constituye, así como los de las actas, solicitudes y asientos correspondientes a las entregas del capital prestado; d) Gastos de tramitación de la escritura en el Registro de la Propiedad y la Oficina liquidadora del impuesto, así como una primera copia liquidada e inscrita en el Registro de la Propiedad para la acreedora».

²⁰ Remarcado de la propia sentencia.

²¹ El texto de la cláusula era el siguiente: «Serán de cuenta exclusiva de la parte deudora todos cuantos arbitrios e impuestos derivados de esta escritura, los que graven la finca o puedan crearse durante la vigencia de este contrato, así como los gastos, tales como tasación, gastos y honorarios de los técnicos que puedan intervenir, así como aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca, los derivados de la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y tributos ocasionados por esta escritura, hasta la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad, e incluso los que puedan girarse con posterioridad con carácter complementario, y las primas devengadas por la póliza del seguro contra incendios cuyos conceptos podrá satisfacer la Caja por cuenta de los prestatarios si estos no lo hicieren, garantizándose tales sumas con la cantidad consignada en la estipulación octava para prestaciones accesorias.

Igualmente, serán de cuenta de los deudores los gastos de cancelación de la hipoteca y todos cuantos se produzcan a la Caja si para conseguir la efectividad del pago de lo adeudado

hubiera de ejercitarse cualquier acción de procedimiento judicial, incluso los honorarios de Letrado y Procurador que utilizaren, aun cuando no fuera preceptiva su intervención.

Asimismo, se repercutirán los gastos por correo que se puedan originar, incluyéndose en las liquidaciones periódicas que se remitan al domicilio del prestatario y de acuerdo con las tarifas oficiales vigentes en cada momento».

²² Se está aludiendo a la STS de 23 de diciembre de 2015, la cual se enfrenta, en palabras de la propia Sala, a una cláusula de gastos de tenor similar a la del caso de autos.

²³ «Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación —incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía— y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11.^a. La parte prestataria faculta al Banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que en este acto se constituye y de los títulos previstos en esta escritura, así como los gastos derivados de la cancelación de cargas y anotaciones preferentes a dicha hipoteca. Los gastos suplidos podrán ser cargados en cuenta a la parte prestataria en la forma y condiciones que se indican al final de esta cláusula. Los mencionados servicios complementarios que, a solicitud de la parte prestataria, el Banco decida libremente realizar, serán facturados por este con arreglo a las tarifas de comisiones y gastos que tenga vigentes el Banco en el momento de dicha solicitud. En todo caso, se considerará que constituyen un servicio objeto de facturación los trabajos de preparación de antecedentes que deba realizar el Banco para el otorgamiento de la escritura de cancelación de hipoteca, cuando dicho otorgamiento se solicite por el interesado una vez transcurridos tres meses desde la devolución del préstamo. La parte prestataria queda obligada a satisfacer y resarcir al Banco cuantos daños, perjuicios, costas y gastos, procesales o de otra naturaleza, se generen u originen al Banco por el incumplimiento del contrato o para el cobro del crédito, incluyendo los gastos y costes, directos o indirectos, causados por las actuaciones del Banco que tengan por objeto la reclamación de la deuda (tales como, en especial, los requerimientos de pago por correo, teléfono, telegrama o notariales), así como los derivados por los procedimientos judiciales o extrajudiciales motivados por todo ello, incluidos los honorarios de abogado y procurador, aun cuando su intervención en las actuaciones y procedimientos judiciales o extrajudiciales no fuere preceptiva. El Banco queda facultado para cargar en cuenta o reclamar en cualquier momento a la parte prestataria cuantas cantidades se le adeuden por los conceptos antes indicados. Las cantidades así adeudadas al Banco devengarán, desde la fecha en que este las hubiera satisfecho y sin necesidad de reclamación, intereses de demora con arreglo a la cláusula 6.^a, y quedarán garantizadas con cargo a la cifra prevista para gastos y costas en la cláusula 9.^a».

²⁴ La sentencia no recoge el texto íntegro de la cláusula, sino tan solo aquella parte referida a la pretensión ejercitada por la demandante: aranceles registrales y notariales, impuestos, y gastos de gestoría. La cláusula sobre gastos decía: «Serán de cuenta del prestatario todos los gastos futuros, o pendientes de pago, siguientes: [...] b) aranceles notariales y registrales relativos a la constitución (incluidos los de la primera copia de la presente escritura para la prestamista y en su caso los derivados de los documentos acreditativos de las disposiciones), modificación o cancelación de la hipoteca, incluidas las comisiones y gastos del otorgamiento de la carta de pago, c) impuestos de esta operación, d) gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos».

²⁵ No era así originariamente. La redacción actual del artículo proviene de la reforma llevada a cabo por la Ley 44/2006, que amplía la enumeración de gastos que no cabía imponer al consumidor en la Ley de consumidores de 1984, recogiendo así algunas opiniones doctrinales. Sin embargo, en lo referente precisamente a los gastos de otorgamiento de la escritura de venta, hubo puntos de vista dispares. Debido a que inicialmente se exigía que la atribución de gastos fuera contraria a una ley imperativa, y dado que el artículo 1455 del

Código Civil no lo es, algunos autores sostuvieron la validez de la cláusula que hacía recaer sobre el comprador todos los gastos de otorgamiento de la escritura. Pero otros defendieron, ya entonces, su carácter abusivo. Recoge esta polémica GONZÁLEZ PACANOWSKA (2009, 1121). La supresión por parte del legislador del requisito del carácter imperativo de la norma que atribuya los gastos pone fin al debate y supone el triunfo del segundo punto de vista.

²⁶ CÁMARA LAPUENTE (2011, 926-929) y GONZÁLEZ PACANOWSKA (2014, 1341-1348). Esta última apunta, no obstante, otra posible interpretación. El artículo 89.5 podría estar estableciendo el carácter abusivo de una cláusula que pretenda el incremento del precio por razón de elementos que, con arreglo a la naturaleza del contrato, los usos y la buena fe (art. 1258 del Código Civil) deben entenderse comprendidos en el precio fijado para la prestación principal debida (p. 1348). A nuestro modo de ver, esta interpretación no es correcta, porque el precepto está referido, con toda claridad, a *prestaciones adicionales* a la principal.

²⁷ Así lo defiende, respecto de la compraventa de inmuebles, GONZÁLEZ PACANOWSKA (2015, 1331).

²⁸ Creemos oportuno transcribir aquí las palabras de ALBIEZ DOHRMANN sobre el procedimiento que debe seguirse para realizar el control de contenido: «El correcto control material o de contenido exige, en primer lugar, que la cláusula no negociada individualmente en los contratos de consumo sea confrontada con alguna de las incluidas en las listas o con alguna de las cláusulas generales que preceden los artículos 85 a 90. Si la cláusula en cuestión coincide con alguna cláusula absolutamente abusiva es nula e ineficaz. Si coincide con una cláusula relativamente abusiva puede aún ser valorada por el operador jurídico al amparo de la cláusula general de buena fe. Si la cláusula objeto de examen no se identifica con ninguna cláusula de las contenidas en las listas 85 a 90, pero está dentro de la cláusula general que preside cada uno de los preceptos, entonces debe ser valorada al amparo de la cláusula general de buena fe. Finalmente, si la cláusula que se valora no entra en las listas, habrá que estar a la cláusula general de buena fe» (2015, 184). En parecido sentido declara la STS de 15 de abril de 2014 que para decidir si una cláusula es o no abusiva, es metodológicamente más eficiente analizar en primer lugar si puede encuadrarse en alguno de los supuestos ejemplificativos que la ley considera abusivos en todo caso, de modo que, en caso afirmativo, se declare su abusividad, y solo en el caso de no ser así se pasará a valorar su abusividad con base en la cláusula general.

²⁹ CÁMARA LAPUENTE (2006, 184-188) defendió su consagración legislativa por razones de seguridad jurídica. Más recientemente, en el mismo sentido, VÁZQUEZ MUIÑA (2016, 564), siguiendo a PLAZA PENADÉS.

³⁰ Un buen análisis de este precepto y de su incorporación o no incorporación por los distintos ordenamientos nacionales, y sobre el significado de la no incorporación en el ordenamiento español, puede verse en: CÁMARA LAPUENTE, S. (2006), *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*.

³¹ Como dice GONZÁLEZ PACANOWSKA, «allí donde la cláusula no merece reproche de fondo, la sanción no debiera ser la abusividad, por no haber destacado o comunicado una ventaja que en sí misma se considera lícita y admisible al amparo de la autonomía de la voluntad» (2014, 1075). Por su parte, afirma ALFARO ÁGUILA-REAL que «[...] la dogmática de las cláusulas predispuestas referidas a los elementos esenciales del contrato es sustancialmente diferente de la dogmática de las cláusulas abusivas. De hecho, solo el requisito de la transparencia enlaza ambas y es un error trasladar las reglas de la Directiva y de la Ley de consumidores desde las cláusulas abusivas (que no pueden modificar el reparto de derechos y obligaciones que resulta del Derecho dispositivo) a las cláusulas predispuestas referidas a los elementos esenciales del contrato (equilibrio de las prestaciones). En particular, la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas tiene una función disuasoria que no tiene la nulidad de las cláusulas predispuestas referidas a los elementos esenciales que se incorporan al contrato de forma no transparente» (2017). Por su parte, PANTALEÓN PRIETO (2017) afirma que la falta de transparencia (material) de las cláusulas que se refieren a los elementos esenciales del contrato es una cuestión completamente distinta de la cuestión de la abusividad.

³² En el Fundamento de Derecho cuarto se dice que «[...] este control de transparencia diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de condiciones generales de la contratación. Es más, como hemos resaltado en varias de las sentencias antes citadas, el artículo 4.2 de la Directiva conecta esta transparencia con el juicio de abusividad, porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados». Y acto seguido concluye: «Y precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad es la que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor». En contra de esta doctrina, SABATER BAYLE (2016, 10).

³³ Como ha establecido la STJUE, Sala Primera, de 16 de enero de 2014, la existencia de un desequilibrio importante no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para este en relación con el importe de la operación de que se trate.

³⁴ Confróntense, no obstante, las recientes opiniones sobre el tema de CÁMARA LA-PUENTE, quien afirma que la STS de 9 de marzo de 2017 «elude insistir en ese fundamento genérico del desequilibrio por privar de la oportunidad de comparar (lo diluye) y centra la justificación en su carácter sorprendente para el consumidor y en el menoscabo de su consentimiento, sobre la base de la distinción doctrinal entre la mera adhesión al contrato con condiciones generales y el auténtico consentimiento a los elementos esenciales del contrato aunque estos se encuentren predispuestos» (2017, 1780). No obstante, el propio autor reconoce que el razonamiento se recupera en la posterior STS de 25 de mayo de 2017 (nota 29).

³⁵ Según datos de la OCU, el gasto de inscripción en el Registro de la propiedad es de alrededor de 100 euros para una hipoteca de 100.000 (*Dinero y Derechos*, n. 161, julio-agosto de 2017, 7).

³⁶ Distinta es la opinión de PERTIÑEZ VÍLCHEZ, quien sostiene que el consumidor tendrá en consideración los gastos a la hora adoptar su decisión de concertar el préstamo (2016, 97).

³⁷ En la propuesta de Directiva de 2008 ya aparecía. Los antecedentes pueden consultarse en: MINERO ALEJANDRE (2014, 844-845).

³⁸ No debe confundirse la norma del artículo 60 bis TRLCU —que regula los pagos adicionales— con la norma del artículo 89.5 TRLCU, de la que se ha tratado anteriormente en el texto —referido a las prestaciones adicionales—. Son cosas distintas, de modo que no hay solapamiento alguno entre ambas. Distinta es la opinión de GONZÁLEZ PACANOWSKA (2014, 1348).

³⁹ El argumento fue utilizado en el voto particular de la STS de 8 de septiembre de 2014.

⁴⁰ Véase, no obstante, la STS de 9 de marzo de 2017, en la que se afirma que «[...] en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia (Fundamento de Derecho segundo, apartado 5). Entre los argumentos que tiene en cuenta esta sentencia para considerar lícita la cláusula suelo está que «la notaria que autorizó la escritura, expresamente advirtió a los contratantes de la cláusula de variación del tipo de interés». En la posterior STS de 8 de junio de 2017, se considera en cambio que, aunque la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor sobre la existencia y transcendencia de la cláusula suelo en los supuestos en los que se ha suministrado una previa información precontractual adecuada, esta intervención no puede, por sí sola, sustituir dicha información.

⁴¹ La SAP de Pontevedra de 19 de enero de 2016 afirma que debido a su «redacción abierta y con vocación omnicomprendensiva», la estipulación, precisamente por ello, resulta desproporcionada (Fundamento de Derecho quinto); la SAP de Pontevedra de 7 de abril de 2016 declara: «entendemos que por su generalidad constituye una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante» Fundamento de Derecho segundo); también la SAP de la misma Sala de 23 de diciembre de 2015 alude a la generalidad de la cláusula, que pone a cargo exclusivo de los prestatarios, sin ninguna limitación, los gastos generados por el otorgamiento de la escritura de constitución de hipoteca (Fundamento de Derecho segundo). E igualmente la más reciente de 28 de marzo de 2017. En la doctrina, MARTÍNEZ ESPÍN (2012, 100).

⁴² En la doctrina, MARTÍNEZ ESPÍN (2012, 100). El autor, en referencia a una determinada cláusula de gastos, y tras concluir que es abusiva, añade: «En segundo término, y tal y como resulta de lo ya expuesto, la cláusula no cumpliría tampoco los requisitos de claridad y concreción del artículo 5.5 de la LCGC, resultando por el contrario oscuras y ambiguas en los términos del artículo 7.7 del mismo texto. No queda claro, con todo, si es una opinión del autor o si está reproduciendo los argumentos de alguna sentencia.

⁴³ De las diferencias entre el control de inclusión y el control de transparencia material se ha ocupado recientemente PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017, 87-93).

*(Trabajo recibido el 19-7-2017 y aceptado
para su publicación 4-10-2017)*