



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Los gastos de formalización en el contrato de préstamo hipotecario.

Presentado por:

Guillermo Álvarez Iglesias

Tutelado por:

Pedro José Rubio Llorente

Valladolid, 15 de julio de 2019

RESUMEN

Este estudio hace un recorrido por la evolución de los gastos de formalización del contrato de préstamo hipotecario, tratando desde la generalizada práctica de imposición de los mismos al prestatario mediante la denominada cláusula de gastos, pasando por la declaración de nulidad de tal cláusula y sus efectos, hasta llegar a los criterios seguidos actualmente en relación a cada gasto en concreto.

Para entender mejor el origen de estas soluciones que se han ido dando a lo largo de los últimos años, nos detenemos también en el estudio de la abusividad de las cláusulas en los contratos de préstamo hipotecario y en los diferentes controles que se aplican a las cláusulas en este tipo de contratos; todo ello ya que la declaración de abusividad, y por tanto la nulidad, de una cláusula de gastos, fue el detonante de toda la polémica regulación actual.

Con esta exposición, aparte de entender los diferentes gastos que se suscitan al formalizar un contrato de préstamo hipotecario, logramos comprender la importancia que conlleva el reparto de los mismos, siempre bajo la idea de la posible abusividad que conlleva la práctica que venía dándose hasta hace escasos años, y así llegamos a formar un criterio propio sobre cada uno de ellos.

ABSTRACT

This study takes a tour of the evolution of the formalization expenses of the mortgage loan contract, from the generalized imposition of that expenses to the borrower because of the “clause of expenses”, through the declaration of invalidity of that clause, arriving to the criteria followed at the moment in each expense in particular.

For a better understanding of the origin of these criteria, we also stop at the study of the abusiveness of the clauses in the mortgage contracts and in the different controls that are applied to those clauses. All of this is because the declaration of abusiveness, and therefore the nullity of the clause of expenses, was the trigger of all the current regulation and controversy.

With this exposition, besides understanding the different expenses that arise from the formalization of a mortgage loan contract, we also achieve the understanding of the practice

that has been taking place until a few years ago, and thus we can form our own criteria on each of them

Palabras Clave.

Préstamo hipotecario, protección del consumidor, gastos de la hipoteca, cláusula de gastos, impuesto de actos jurídicos documentados.

Key words.

Mortgage loan, consumer protection, mortgage expenses, expense clause, tax of documented legal acts.

Abreviaturas.

| | |
|---------|---|
| AAP | Auto de la Audiencia Provincial. |
| ATJUE | Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. |
| ATS | Auto del Tribunal Supremo. |
| CC | Código Civil. |
| CGC | Condiciones generales de la contratación. |
| FEIN | Ficha de Información Normalizada. |
| FiAE | Ficha de advertencias Estandarizadas. |
| IAJD | Impuesto de Actos Jurídicos Documentados. |
| LCCI | Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. |
| LCGC | Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. |
| LH | Ley Hipotecaria |
| EHA | Ministerio de Economía y Hacienda. |
| RD | Real Decreto. |
| RDL | Real Decreto Ley. |
| SAP | Sentencia de la Audiencia Provincial. |
| STJCE | Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. |
| SJPI | Sentencia del Juzgado de Primera Instancia |
| STJUE | Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| TJCE | Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas |
| TRLGDCU | Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. |

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| RESUMEN..... | 3 |
| ABSTRACT..... | 3 |
| Key words..... | 4 |
| Abreviaturas..... | 5 |
| 1. INTRODUCCIÓN..... | 7 |
| 2. CONSIDERACIONES PREVIAS..... | 8 |
| 2.1. Importancia social del préstamo hipotecario | 8 |
| 2.2. Introducción a los gastos de formalización del contrato de crédito hipotecario..... | 9 |
| 3. RÉGIMEN DE ABUSIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO..... | 10 |
| 3.1. Condiciones generales de la contratación en los contratos de préstamo hipotecario... .. | 11 |
| 3.2. Cláusulas abusivas | 13 |
| 3.3. Controles de legalidad y validez aplicables..... | 16 |
| 3.4. Control notarial de cláusulas abusivas..... | 19 |
| 4. LA CLÁUSULA DE GASTOS DE FORMALIZACIÓN EN EL CONTRATO DE CRÉDITO HIPOTECARIO..... | 22 |
| 4.1. La STS 705/2015, de 23 de diciembre, “necesario punto de partida”..... | 23 |
| 4.2. Efectos de la nulidad de la cláusula de gastos | 25 |
| 4.3. Las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019..... | 29 |
| 4.4. Actual cuestión prejudicial..... | 31 |
| 5. TIPOLOGÍA DE GASTOS DE FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO DE CRÉDITO HIPOTECARIO..... | 34 |
| 5.1. Gastos de tasación..... | 35 |
| 5.2. Gastos de gestoría | 37 |
| 5.3. Gastos de notaría | 40 |
| 5.4. Gastos registrales..... | 43 |
| 5.5. IAJD..... | 45 |
| 6. PROBLEMÁTICA DE LA RECLAMACIÓN DE LOS GASTOS DE FORMALIZACIÓN | 53 |
| 7. CONCLUSIONES..... | 57 |
| 8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 62 |

1. INTRODUCCIÓN

El objeto de estudio de este trabajo es la problemática de los gastos de formalización del contrato de crédito hipotecario, tema escogido por su gran actualidad y polémica, que entraña intereses económicos, políticos y legislativos, y que afecta de manera directa tanto a derechos sociales como el de la vivienda, como a aspectos estatales como la estabilidad económica y financiera.

Además, se ha elegido este tema por ser muy representativo de la lucha por el equilibrio de dos contrapartes: por un lado, las grandes empresas, en este caso las entidades financieras, que tienen un poder desmesurado y llegan a abusar del mismo imponiendo sus criterios pese a que puedan llegar a ser abusivos, y por otro, los consumidores y usuarios, que ocupan una posición más débil y vulnerable frente a los primeros. Así mismo, se puede observar como el Estado (y la Unión Europea), actuando a través de sus tres poderes, ejecutivo, legislativo y judicial, trata de compensar y equilibrar el liberalismo económico del que las multinacionales gozan y pretenden abusar, limitando dicha libertad en favor de la protección y garantías del, en este caso, prestatario.

Como he apuntado, el objeto de este trabajo goza de una gran actualidad, pues en los últimos años se han suscitado numerosos cambios de criterios, sentencias contradictorias en el seno del Tribunal Supremo, inseguridad jurídica en cuanto al reparto de dichos gastos, debates de gran calado social con posiciones marcadamente contrapuestas, etc. Por lo que creo que es importante conocer de manera objetiva, y sin ningún tipo de sesgo, las bases y hechos que conforman esta cuestión, para así poder formar una opinión propia acerca de la misma.

Para ello, veo necesario justificar el orden que he seguido a la hora de elaborar este trabajo, pues puede resultar a primera vista sorprendente: así, he optado, tras dejar clara la importancia de este estudio, aludiendo al ámbito afectado por la regulación de esta materia, e introduciendo de manera muy breve cuáles son los gastos que dan título a este trabajo; por exponer, de manera genérica y orientada al contrato de préstamo hipotecario, el régimen de abusividad de las cláusulas introducidas en dichos contratos, pero sin entrar de manera específica en cada uno de los gastos contenidos en tales cláusulas.

Con esto, conseguimos formar una idea clara en nuestra mente del concepto, efectos y controles derivados de la nulidad de las cláusulas en los contratos hipotecarios, para así poder manejar con pleno conocimiento el siguiente apartado de este trabajo, la cláusula de gastos de formalización, que en este tipo de contratos impone el pago de tales gastos al prestatario,

pues la cual fue declarada abusiva, y por tanto nula. Tras su estudio ya podemos finalmente entrar a valorar, uno a uno, los principales gastos que se ven afectados en estas cláusulas, analizando en cada uno de ellos la evolución jurisprudencial que han sufrido para acabar por recoger el criterio seguido por la reciente Ley de Crédito Inmobiliario.

Para finalizar el trabajo, estimo de gran importancia práctica conocer la problemática de la reclamación de dichos gastos de formalización cuando fueron indebidamente abonados, en vistas a la cantidad ingente de reclamaciones judiciales originadas en los últimos años fruto de toda la evolución tratada a lo largo del trabajo.

2. CONSIDERACIONES PREVIAS

2.1. Importancia social del préstamo hipotecario

Para iniciar este trabajo, me gustaría poner de relieve, de manera muy breve, la gran importancia que tiene la regulación de esta materia, los contratos de préstamo hipotecario, en nuestro sistema; ya que esta importancia no sólo se limita a garantizar una normativa eficaz y adecuada de dicho contrato, conforme a la ley, sino que trasciende, alcanzando un matiz social de enorme relevancia.

De la importancia social del crédito hipotecario y de la propiedad se podría hablar largo y tendido, pero como una pequeña muestra representativa voy a reproducir un fragmento de la reciente Ley 5/2019, de 15 de marzo, *reguladora de los contratos de crédito inmobiliario* (en adelante LCCI) pues esta Ley será clave en el estudio realizado a lo largo de este trabajo. Así, el Preámbulo I de la Ley se pronuncia en los siguientes términos: “La regulación de los contratos de crédito inmobiliario desempeña un papel relevante en la estabilidad económica y es un instrumento de cohesión social. El sistema hipotecario español y, en particular, el régimen de concesión de préstamos y créditos con garantía hipotecaria inmobiliaria, ha hecho posible que numerosas familias españolas puedan disfrutar de viviendas en propiedad y que lo hagan en una proporción superior a la de muchos países de nuestro entorno. Garantizar un régimen jurídico seguro, ágil y eficaz, que proteja este tipo de operaciones es una exigencia que deriva no sólo de las obligaciones impuesta por el Derecho de la Unión Europea, sino de los indudables beneficios que supone para la economía de un país. [...] En este proceso el acceso al crédito hipotecario es un elemento clave en el éxito del régimen de propiedad de España”

Por tanto, en aras de garantizar a los ciudadanos derechos como el contenido en el artículo 47 de la Constitución Española (derecho a disfrutar de una vivienda digna), y de favorecer la estabilidad económica de nuestro país, es necesario que nuestro ordenamiento jurídico contenga una normativa reguladora de todos los extremos del crédito hipotecario que “potencie la seguridad jurídica, la transparencia y comprensión de los contratos y de las cláusulas que los componen, así como el justo equilibrio entre las partes”¹

2.2. Introducción a los gastos de formalización del contrato de crédito hipotecario

Pero ¿qué son los gastos de formalización del contrato de préstamo hipotecario a los que alude el título de este estudio? y, ¿cuáles son?

Los gastos de formalización del contrato de préstamo hipotecario son, como su propio nombre indica, aquellos gastos generados con ocasión de la celebración de un contrato de préstamo hipotecario. Estos son, principalmente, los siguientes:

- Gastos de tasación: con anterioridad a la concesión de la hipoteca, es necesario efectuar una tasación del inmueble a hipotecar. Esta valoración será llevada a cabo por una entidad tasadora inscrita y registrada en el Banco de España, y su función es determinar el valor real del bien.
- Gastos de registro: la entidad financiera tiene el deber de solicitar al Registro de la Propiedad una nota simple, que tiene un coste, con el fin de cotejar todos los datos, tales como titularidad, estado de cargas, descripción... Además, una vez concedida la hipoteca, existen también unos gastos por la inscripción en el Registro de la Propiedad.
- Gastos notariales: derivado de los honorarios de los notarios intervinientes, sujetos a la normativa estatal sobre aranceles notariales.
- Gastos de gestoría: Aquellos gastos derivados de los trámites necesarios hasta la inscripción de las escrituras de hipoteca y compraventa en el Registro de la Propiedad, careciendo estos de regulación.
- Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados: el cual ha de pagarse siempre que se realice un documento notarial con inscripción obligatoria en el Registro de la Propiedad.

¹ Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, Preámbulo II.

- Otros gastos: se pueden incluir entre los gastos de la hipoteca una amplia variedad de gastos de naturaleza heterogénea, entre los cuales destaca la comisión de apertura, objeto de gran debate doctrinal acerca de su procedencia o no, además de otros como los gastos de estudio, de seguros, de tramitación, etc.

El concepto y tipología de los gastos de formalización apenas genera discusión doctrinal, pues es entendido de manera unánime. El principal problema viene a la hora de determinar quién es el sujeto que debe pagar dichos gastos. Así, volveremos más adelante sobre cada uno de los gastos anteriormente citados, exponiendo su regulación, y determinando el sujeto obligado a su pago.

Generalmente se venía considerando que existía libertad para repartir el pago de estos gastos entre el prestamista y el prestatario, quienes normalmente son, respectivamente, una entidad de crédito y un consumidor o usuario. Esto originaba la habitual práctica de introducir en este tipo de contratos una cláusula por la cual se señalaba que todos los gastos correrían a cuenta exclusiva del prestatario, la llamada “cláusula de gastos”. Pero esta situación dio un giro total con la Sentencia del Tribunal Supremo 705/2015, de 23 de diciembre, la cual, en resumidas cuentas, consideró abusiva una cláusula análoga a la referida, y procedió a determinar a quién correspondía cada uno de los gastos a los que se refería dicha cláusula. Esta sentencia originó multitud de demandas de sujetos dispuestos a recuperar los pagos de gastos realizados por ellos que debieron de haber sufragado las entidades de crédito, y éstas demandas dieron lugar a sentencias de multitud de tribunales españoles con soluciones dispares acerca de cada gasto. Así, durante los últimos años, se ha generado una situación repleta de inseguridad jurídica y cambios de criterio en relación al reparto de cada uno de los gastos, que vamos a exponer más adelante, y que ha culminado con la ya mencionada LCCL.

3. RÉGIMEN DE ABUSIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Interesa conocer por qué esta cláusula de gastos fue considerada abusiva, y para ello, en primer lugar, voy a exponer el régimen de las cláusulas en los contratos de préstamo hipotecario, incidiendo especialmente en las condiciones generales de contratación, en los controles aplicables y en la abusividad de las mismas, con especial hincapié en aquellos contratos en los que intervenga, como prestatario, un consumidor o usuario.

3.1. Condiciones generales de la contratación en los contratos de préstamo hipotecario

Para comenzar, debemos conocer qué debe entenderse por condición general de la contratación, pues las cláusulas abusivas incorporadas a los contratos de préstamo hipotecario, se hacen partícipes de su naturaleza, tal y como sostiene el Tribunal Supremo.² El tribunal en esta sentencia expresa que, en el sector de los servicios financieros, concretamente en el contrato de préstamo, se suelen realizar los conocidos como ‘contratos en masa’, caracterizados porque en los mismos no se negocia individualmente con la otra parte las condiciones y clausulado del contrato en cuestión, sino que la contratación se reduce a una especie de monólogo del empresario en el que el prestatario casi exclusivamente tiene que intervenir para aceptar o no dicha oferta, sin posibilidad de negociar individualmente³

Debido a estos contratos en masa, surgen las denominadas condiciones generales de la contratación, que son definidas por el artículo 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, *sobre condiciones generales de la contratación* (en adelante LCGC), como “aquellas cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato es impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 9 de mayo de 2013, ha definido las características de las condiciones generales de la contratación, manifestando que, constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes: contractualidad, predisposición, imposición y generalidad⁴.

Ante la presencia de estas condiciones generales de la contratación, lo que se trata es de establecer una regulación que consiga el equilibrio entre la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, del artículo 38 de la Constitución, y la defensa de los consumidores y usuarios del artículo 51.

² STS (Sala de lo Civil), núm. 265/2015, de 22 de abril, Fundamento de Derecho núm. 3.

³ AMAT LLOMBART, P., *Las cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios celebrados con consumidores a la luz del derecho y la jurisprudencia comunitaria y española*, Madrid, 2018, pág. 28.

⁴ STS (Sala de lo Civil), núm. 241/2013, de 9 de mayo, Fundamento de Derecho núm. 7.

En este sentido, la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* (en adelante Directiva 93/13), obliga a los Estados miembros a establecer herramientas para asegurar que toda cláusula contractual no negociada individualmente pueda ser controlada en orden a apreciar su posible carácter abusivo. Así, como “el sector bancario se caracteriza porque la contratación con consumidores se realiza mediante cláusulas predispuestas e impuestas por la entidad bancaria, y por tanto, no negociadas individualmente”⁵ esto determina “la procedencia del control de abusividad previsto en la Directiva 93/13 y en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (en adelante TRLGDCU), salvo que se pruebe el supuesto excepcional de que el contrato ha sido negociado y el consumidor ha obtenido contrapartidas apreciables a la inserción de cláusulas beneficiosas para el predisponente”.⁶

La razón por la que se habla de una posible abusividad es porque, al preconfigurar los bancos y entidades de crédito los contratos que van a ofertar a los clientes, incluyendo en ellos las condiciones generales de contratación, se entiende que están en una posición de poder respecto a la otra parte (sobre todo cuando esta consiste en un consumidor o usuario), y, por tanto, las cláusulas que introducen pueden ser calificadas de abusivas, y por ello serán sometidas a los controles de incorporación y abusividad.

Por tanto, interesa también conocer la condición del prestatario, es decir, determinar si el contrato de préstamo hipotecario se está celebrando ante un consumidor o usuario, o no; puesto que de dicha condición dependerá el control de las cláusulas introducidas en el contrato. Esto es así ya que se entiende que, los empresarios, por tal condición, han podido en cierta manera, negociar de forma más individualizada el contenido del contrato. Así, a los contratos de préstamo hipotecario celebrados con consumidores, se les aplicará un doble control de las condiciones contractuales: tanto el control de incorporación como el de abusividad. Sin embargo, a los celebrados ante un sujeto que no sea consumidor o usuario, únicamente se aplicará el control de incorporación.

Para la correcta determinación de la condición del prestatario habrá que acudir al TRLGDCU; concretamente a sus artículos 3 y 4, en los que se determina qué se entiende

⁵ STS, (Sala de lo Civil), núm. 265/2015, de 22 de abril, fundamento de derecho núm. 3.

⁶ STS, (Sala de lo Civil), núm. 265/2015, de 22 de abril, fundamento de derecho núm. 3.

por consumidor o usuario, y qué por empresario, respectivamente. Por su parte, la propia Directiva 93/13, en su artículo 2.b, entiende por consumidor ‘toda persona física que, en los contratos regulados por la Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional’, por tanto, tiene en cuenta, al igual que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo⁷, el destino del objeto del préstamo hipotecario concedido, como se observa también en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea,⁸ que objetiva el concepto de consumidor, atendiendo al fin de la operación en vez de a la condición subjetiva del prestatario.

Como podemos ver, queda patente la diferencia de trato en función de si el prestatario actúa como consumidor o no, como también evidencia la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, que expresamente recoge que “el control de incorporación, previsto en el art. 5 LCGC es aplicable a cualquier contrato en que se utilicen condiciones generales de la contratación. Pero no ocurre igual con los controles de transparencia y abusividad, reservados a los contratos celebrados con consumidores. [...], el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores y el control de transparencia material únicamente es procedente en tales contratos”.⁹ Esto quiere decir, como a continuación explica la sentencia, que, el control de abusividad relativo a las CGC está contemplado en nuestro ordenamiento jurídico como una técnica de protección no de cualquier adherente, sino únicamente del consumidor o usuario; y si se dan estas CGC en un contrato en el que no intervenga consumidor o usuario, tendrán únicamente que superar el control de contenido, y si lo hacen, tendrán el mismo régimen legal que el de las cláusulas negociadas; esta cuestión de los controles a los que se someten las cláusulas en los contratos de préstamo hipotecario será tratada de forma más extensa más adelante.

3.2. Cláusulas abusivas

Por tanto, como hemos podido comprobar, los contratos bancarios de préstamo hipotecario están repletos de condiciones generales de la contratación, y éstas se verán sometidas a un

⁷ STS, (Sala de lo Civil), núm. 265/2015, de 22 de abril, fundamento de derecho núm. 3.

⁸ STJUE (Sala Cuarta), Asunto C-110/14, de 3 de septiembre de 2015, apdo. 16.

⁹ STS (Sala de lo Civil), núm. 702/2018, de 13 de diciembre, Fundamento jurídico núm. 3.

régimen de control (que explicaré más adelante) en orden a su posible abusividad. Pero ¿qué es una cláusula abusiva?

De manera general, el concepto de cláusula abusiva viene recogido en el art. 82 del TRLGDCU como “Todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato” Este concepto obedece a la transposición de la Directiva 93/13, que, en sus artículos 3.1 y 4.1 recoge un concepto semejante.

Este mismo artículo 82, con objeto de facilitar la prueba de la existencia de cláusulas abusivas por parte de los consumidores, se ha tipificado un elenco de cláusulas que se consideran abusivas, en las que no hay que demostrar la existencia de ese desequilibrio, sino que está ya ínsito en la misma cláusula. Por tanto, en esas cláusulas tipificadas basta con declarar su existencia para determinar que es abusiva, lo cual conllevará la nulidad de la misma. Este elenco recoge cerca de 40 cláusulas, no siendo un *numerus clausus*, y son agrupadas por el TRLDGCU en diversas categorías¹⁰:

- Cláusulas que vinculan el contrato a la voluntad del empresario.
- Cláusulas que limitan los derechos del consumidor.
- Cláusulas que restringen la reciprocidad.
- Cláusulas que afectan a las garantías.
- Cláusulas que afectan a la perfección y ejecución del contrato.
- Cláusulas que afectan a la competencia judicial del litigio.

Por otra parte, siguiendo esta directiva 93/13, es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea quien debe esclarecer y determinar los criterios que todo juez nacional deberá aplicar al examinar una cláusula contractual¹¹. Estos criterios, que deben concurrir en una cláusula para que esta sea calificada de abusiva, son los siguientes:

¹⁰ ADÁN DOMENECH, F., *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*, Barcelona, 2017, pág. 33 y 34.

¹¹ AMAT LLOMBART, P., *Las cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios celebrados con consumidores a la luz del derecho y la jurisprudencia comunitaria y española*, Madrid, 2018, pág. 46.

- 1- Que sea una cláusula o estipulación contractual que no se haya negociado individualmente.
- 2- Que sea contraria a las exigencias de la buena fe.
- 3- Que cause en perjuicio o detrimento del consumidor y usuario un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Estos criterios han sido integrados en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la STS (Sala de lo Civil), núm. 241/2013, de 9 de mayo, en su Fundamento de Derecho núm. 14, en términos similares.¹² Se concreta, además, que el consentimiento del consumidor no es obstáculo para que éstas puedan declararse nulas por ser abusivas cuando causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato.¹³

Además de estos criterios, se debe tener en consideración el artículo 82.3 TRLGDCU, según el cual el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa”

Tenemos que tener muy presente el artículo 4.2 de la directiva 93/13, pues este entiende que la abusividad de las cláusulas “no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, [...] ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”. Sin embargo, “el dato de que una cláusula de un contrato celebrado

¹²

1. Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada.
2. Que en contra de exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato.
3. Que el desequilibrio perjudique al consumidor.

Además, deberán tenerse en cuenta y tomar en consideración diversas circunstancias materiales y temporales que rodean a la celebración del contrato con el consumidor, como:

- Tener en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato.
- Tomar en consideración todas las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato.
- Tomar en consideración todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa.

¹³ AMAT LLOMBART, P., *Las cláusulas abusivas... cit*, pág 48.

con un consumidor o usuario regule un elemento esencial del contrato o el objeto principal del mismo, no supone obstáculo alguno para que tenga la consideración legal de condición general de la contratación, [...] ni se excluye tampoco del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, ni de las normas de [...] la LCGC y el TRLGDCU. Por tanto, no quedará excluida de la regulación normativa sobre cláusulas abusivas”.¹⁴

En conclusión, y conforme a la doctrina del Tribunal Supremo¹⁵, el hecho de que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido por el desequilibrio entre las contraprestaciones, no quita que el sistema las someta al doble control de transparencia. Esto quiere decir que estas CGC, a pesar de escaparse del control de abusividad por definir el objeto principal del contrato, deberán aun así cumplir con el control de incorporación, y por tanto con los requisitos de perceptibilidad o cognoscibilidad, a efectos de que el predisponente las conozca, y cumpliendo además con los requisitos de transparencia, claridad, concreción y sencillez en la redacción y forma de las mismas.

3.3. Controles de legalidad y validez aplicables

Sin querer entrar en profundidad en esta cuestión, creo de gran interés conocer el régimen de control de legalidad y validez de estas condiciones generales de la contratación, de estas cláusulas que pueden llegar a ser abusivas.

Así, en principio, existen dos controles que se pueden aplicar a estas cláusulas: el llamado control de incorporación y el llamado control de contenido: el primero se da siempre que existen las condiciones generales de contratación, y el segundo, el de contenido, no puede darse si estamos ante cláusulas que definen el objeto principal del contrato, como he manifestado anteriormente. Luego existe el llamado ‘control de transparencia’, que se lleva a cabo si estamos ante un contrato celebrado con consumidores o usuarios, y que se traduce en un control más duro que el de incorporación en orden a determinar la posible abusividad de las cláusulas a introducir.

En primer lugar, el control de incorporación o inclusión de las condiciones generales de la contratación tiene lugar en cualquier cláusula contractual de esta naturaleza (condiciones

¹⁴ AMAT LLOMBART, P., *Las cláusulas abusivas ... cit.*, pág. 59

¹⁵ STS (Sala de lo Civil), núm. 241/2013, de 9 de mayo, Fundamento de Derecho núm. 7.

generales de la contratación), con independencia de que el prestatario sea consumidor o no, y viene regulado en el artículo 5 de la LCGC de 1998, bajo la rúbrica “Requisitos de incorporación”. Interesa sobre todo el apartado quinto de dicho artículo, cuyo tenor literal es el siguiente: “La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”. Por tanto, en la contratación ante consumidores, se sigue además el principio general de transparencia, excluyendo la incorporación de cláusulas abusivas que puedan perjudicarles. Este principio de transparencia se observa en la Directiva 93/13, en su artículo 5.

Por ello, pese a haber superado el control de incorporación, una cláusula puede no ser considerada válida por no ser transparente,¹⁶ pues, dicho “primer control de transparencia” queda sujeto al cumplimiento por parte de las entidades financieras de la normativa sectorial bancaria sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, normativa que ha ido modificándose en los últimos años, comenzando con la Orden de 5 de mayo de 1994, *sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios*, que ya fue derogada, hasta llegar a la actual Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre, *de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*, orden que ha sido recientemente modificada por la LCCI como observamos en su Preámbulo núm. 3 y por la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, *que desarrolla parcialmente la LCCI*.

Además, aunque se haya superado este primer control de transparencia, se entiende que es necesario el “doble control de transparencia” en el caso de las condiciones suscritas por consumidores: “un primer control de transparencia a efectos de la mera incorporación al contrato de la cláusula, seguido de un segundo control cualificado de transparencia, que, ahondando en el contenido de la estipulación, tiene por finalidad evitar la abusividad de la misma”.¹⁷

Es importante dejar claro que este segundo control de transparencia está reservado a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, como establece

¹⁶ STS (Sala de lo Civil), núm. 705/2015, de 23 de diciembre, Fundamento de Derecho núm. 4.

¹⁷ AMAT LLOMBART, P., *Las cláusulas abusivas ... cit.*, pág. 64.

la Directiva 93/13, por tanto, no se dará en el caso de encontrarnos con contratos celebrados ante prestatarios que no ostenten la condición de consumidores o usuarios.

En relación a esta transparencia, “La exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender también como una obligación de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, [...] de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas para él. [...] esta cuestión debe ser examinada por el órgano jurisdiccional remitente a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que se encuentran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo”.¹⁸

Conviene tener muy presente el artículo 80.1 del TRLGDCU, cuya letra ‘c’ dispone como requisito para la validez de una cláusula no negociada individualmente con consumidores la “buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.” Pudiendo entender esta buena fe como el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien compite en el mercado, entendiendo que las condiciones que impone son aceptables. Y en cuanto al justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, se debe entender “un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor al no determinarse un reparto real del riesgo (...) que supone una falta de reciprocidad entre las partes, en la medida que a la prestación a cargo del consumidor (...) no le corresponde otra prestación de la entidad prestamista.”¹⁹

Muy importante es la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, en sentencias como la ya aludida STS (Sala de lo Civil), núm. 241/2013, de 9 de mayo, que establece en su Fundamento de Derecho núm. 12 que, “además del filtro de incorporación [...], el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, [...] cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la “carga jurídica” del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos

¹⁸ STJUE (Sala Novena), Asunto C-143/13, de 25 de febrero de 2015, apdo. 73, 74 y 75.

¹⁹ SAP Jaén (Sección Primera), núm. 126/2014, de 27 de marzo, Fundamento de Derecho núm. 2

que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos e la ejecución o desarrollo del mismo”. Y, “en este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato”.

Para concluir este apartado, es interesante la reflexión que plantea el Tribunal Supremo al sostener que “negar la posibilidad de un control abstracto y obligar a cada consumidor a litigar para que se declare la nulidad de la condición general abusiva supondría un obstáculo difícilmente salvable para la protección de sus legítimos intereses económicos mediante procedimientos eficaces, como les garantiza la normativa comunitaria y la interna, incluida la Constitución (art. 51).”²⁰

3.4. Control notarial de cláusulas abusivas

Para finalizar este recordatorio acerca del régimen de abusividad de las condiciones generales de la contratación y de su control, voy a explicar el control de las mismas desde la perspectiva del notario.

Como se establece en el artículo 147 del Decreto de junio de 1944, *por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado* (en adelante Reglamento Notarial), “el Notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquellos del valor y alcance de su redacción. [...] En el texto del documento, el Notario consignará, en su caso, que aquél ha sido redactado conforme a minuta y si le constare, la parte de quien procede ésta y si la misma obedece a condiciones generales de la contratación.”

Este artículo, en su último párrafo continúa diciendo que: “sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales

²⁰ STS (Sala de lo Civil), núm. 1765/2013, de 24 de marzo, Fundamento de Derecho núm. 5.

declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios”.

De este artículo se desprende sin ninguna duda que al notario le corresponde una función de control de abusividad o falta de transparencia, y en caso de darse ésta, ello provocaría la no autorización de un instrumento público.

Como explica Mira Cantó²¹, esta función de control notarial ha venido imponiéndose al notario en diversas normas a lo largo de las últimas décadas, entre ellas las siguientes:

- La ya mencionada y derogada Orden ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, que imponía al Notario deberes de información y control.
- La Ley 41/2007 de 7 de diciembre, que exigía a los Notarios dar información relativa a la transparencia en los créditos o préstamos siempre que lo hipotecado fuese una vivienda.
- La Ley 2/2009 de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios, en la que se ordena al Notario o autorizar y al Registrador de la Propiedad no inscribir si se incumplen los requisitos previstos.
- La Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en la que el Notario debe comprobar y advertir de diversos aspectos al cliente. Sin embargo, el artículo 30.3 del mismo ha sido declarado nulos por el Tribunal Supremo²² puesto que se establecía un control de legalidad por parte del notario en una disposición sin fuerza de Ley, una Orden Ministerial. En este sentido, este precepto disponía que “En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que

²¹ MIRA CANTÓ, A. L., “Control notarial de cláusulas abusivas” en AA.VV.: *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros* (Est. dir. por C. del Carmen Castillo Martínez), Valencia, 2019, pág. 190.

²² STS (Sala de lo Contencioso-administrativo), núm. 528/2016, de 7 de marzo, antecedente de Hecho núm. 1.

autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en esta orden y la legalidad vigente”.

- La Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas de mejora del mercado hipotecario, que en su artículo 6 contemplan la “expresión manuscrita”, la cual deberá estar presente en las escrituras a tipo de interés variable.

Pero la calificación por parte del Notario de una cláusula como abusiva no es ilimitada; así encuentra en las leyes límites como el impuesto en el artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, (modificado por la mencionada Ley 1/2003), que dispone que el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible constituye un motivo para oponerse a la ejecución. De este artículo se desprende que una cláusula puede ser considerada abusiva pese a haber superado el control notarial.

Todo este control notarial se ha modificado de manera nuclear por la LCCI y por las normativas que la desarrollan: el Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, *por el que se desarrolla parcialmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y se adoptan otras medidas en materia financiera*, y por la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, *por la que se modifican la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*.

Así, en el caso de que nos encontremos ante un préstamo hipotecario garantizado con garantía real sobre bienes inmuebles de naturaleza residencial, se ha de entregar al prestatario un documento donde se le informa del deber que tiene, para poder formalizar el contrato de préstamo, de someterse a un asesoramiento por parte del notario que elija, que va a ser el que formalice el contrato de préstamo hipotecario, siendo una exigencia este asesoramiento.

Este asesoramiento notarial viene regulado por el artículo 15 de esta LCCI, donde se recoge que el notario tendrá que verificar la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos del artículo 14.1 de la Ley, y si verifica el cumplimiento de estos requisitos, hará constar en un acta notarial previa a la formalización del préstamo hipotecario los siguientes extremos:

- El cumplimiento de los plazos legalmente previstos de puesta a disposición del prestatario de los documentos recogidos en ese precepto.

- Las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado por el notario.
- Que el notario ha informado individualizadamente al prestatario, prestándole además asesoramiento relativo a las cláusulas específicas recogidas en la Ficha de Información Normalizada (FEIN) y en la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE), con referencia expresa a cada una, sin que sea suficiente una afirmación genérica.
- Un test al que el prestatario tendrá que responder, y cuyo fin es garantizar el cumplimiento y entendimiento de la documentación e información suministrada.

El apartado 5 de este artículo 15 prevé que ante el incumplimiento en tiempo y forma de estas exigencias, o ante la incomparecencia ante el notario por parte del prestatario, el notario expresará esta circunstancia en el acta y no podrá autorizarse la escritura pública de préstamo.

Por último, mencionar que también cabe en fase registral un control de abusividad por parte del Registro de la Propiedad²³ y un control de oficio en el procedimiento concursal tras el Caso Mohamed Aziz²⁴

4. LA CLÁUSULA DE GASTOS DE FORMALIZACIÓN EN EL CONTRATO DE CRÉDITO HIPOTECARIO

Ahora que ya conocemos de manera esencial el régimen de nulidad y control de las cláusulas en estos contratos de préstamo hipotecario, podemos entender mejor la denominada “cláusula de gastos”.

Como he apuntado anteriormente, la “cláusula de gastos” surge como resultado de la habitual práctica de las entidades bancarias de introducir en sus contratos de préstamo hipotecario

²³ LONGÁS PASTOR, B., “Control registral de las cláusulas abusivas” en AA.VV.: *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros* (Est. dir por C. del Carmen Castillo Martínez), Valencia, 2019, pág. 201

²⁴ BLANCO GARCÍA-LOMAS, L., “Control de oficio de las cláusulas abusivas en el seno del concurso de acreedores” en AA.VV.: *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros* (Est. Dir por C. del Carmen Castillo Martínez), Valencia, 2019, pág. 225.

una cláusula por la cual, el prestatario se compromete a abonar todos los gastos derivados de la celebración del contrato.

Para comprender mejor el contenido de esta cláusula, es de gran ayuda observar una cláusula real de gastos:

“Serán de cuenta exclusiva de la parte deudora todos cuantos arbitrios e impuestos 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 los tributos ocasionados por esta escritura (y acta de entrega), hasta la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad, e incluso las que puedan girarse con posterioridad con carácter complementario, como los de cancelación de cargas anteriores, y las primas devengadas por la póliza del seguro contra incendios cuyos conceptos podrá satisfacer el BANCO por cuenta de la parte prestataria si ésta no lo hiciere, garantizándose tales sumas con la cantidad consignada en la estipulación NOVENA para prestaciones accesorias.”²⁵

Como vemos, se imponen al prestatario todo tipo de gastos sin consideración de si éstos, en atención a la normativa vigente, debieran ser o no impuestos al empresario. Pero, esta situación, en la que la mayoría de los contratos de préstamo hipotecario contenían esta cláusula, cambió a raíz de la STS 705/2015, de 23 de diciembre, que calificó una cláusula de gastos como abusiva.

4.1. La STS 705/2015, de 23 de diciembre, “necesario punto de partida”.

Esta situación de libre imposición, por parte de las entidades bancarias, de la cláusula de gastos cambió de forma radical con la STS 705/2015, de 23 de diciembre, que calificó una cláusula de gastos como abusiva, más concretamente en el motivo núm. 7 del Fundamento de Derecho núm. 5.

Ya desde el año 2000, se había expresado a nivel europeo la obligación del juez nacional de examinar de oficio la validez de las cláusulas de los contratos concertados con consumidores tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, con

²⁵ SAP Bilbao (Sección cuarta) núm. 278/2018, de 25 de abril, Antecedente de Hecho núm. 1.

una doble finalidad: la de equilibrar la desigual posición jurídica de las partes y la de provocar un efecto disuasorio, pues “dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores”²⁶, pero no fue hasta esta sentencia de 23 de diciembre de 2015 cuando fue considerada como abusiva esta cláusula en nuestro ordenamiento.

Por tanto, la STS 705/2015, de 23 de diciembre es considerada un “necesario punto de partida en el análisis y revisión de la cuestión de la nulidad de la cláusula de gastos”²⁷, y consiste en la calificación como nula de una cláusula de gastos de la entidad bancaria BBVA, por entender que la cláusula trasladaba al prestatario (consumidor en este caso) el pago de cantidades que debían ser asumidos por el prestamista y por restringir los derechos básicos del prestatario en su calidad de consumidor.

Los gastos que fueron declarados como abusivos por esta Sentencia fueron los siguientes:

- Los gastos de registro y notaría: puesto que la estipulación por la que se imputa al consumidor la obligación de pago de forma exclusiva de los gastos producidos por la intervención del notario y del registrador es, en todo caso, abusiva. Esta abusividad fue entendida tal por repercutir al consumidor gastos que no le resultan imputables legalmente y por atribuir al consumidor gastos generados por la preparación de la titulación necesaria para la perfección del contrato de préstamo hipotecario, cosa que, por naturaleza, es responsabilidad de la parte prestamista, la entidad bancaria. Esta cláusula, al imponer la integridad de los gastos al prestatario, supuso un desequilibrio relevante en los derechos y obligaciones de las partes, desequilibrio que en ningún caso hubiera aceptado el prestatario si se hubiera llevado a cabo una negociación individualizada.
- Los gastos pre-procesales y procesales: el Tribunal Supremo considera también nula la cláusula relativa a los gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, así como los honorarios de Letrado y los derechos de Procurador contratados por la

²⁶ STJCE, asuntos C.240/98 a C-244/98, de 27 de junio de 2000, apdo. 33.

²⁷ CASTILLO MARTÍNEZ C.C., “Cláusula de impuestos y gastos (I)” en AA.VV.: *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros* (Est. dir por C. del Carmen Castillo Martínez), Valencia, 2019, pág. 533.

entidad prestamista. Esta consideración es debida a los gastos del proceso están sometidos a una fuerte regulación legal, que contiene supuestos en los que dichos gastos pueden correr de parte del prestamista también, no exclusivamente del prestatario.

- Impuestos vinculados al préstamo hipotecario: esencialmente nos interesa el Impuesto sobre actos jurídicos documentados. La cláusula objeto de esta sentencia atribuía al prestatario el pago de todos los tributos que en su caso se devengarán a causa de la constitución, ejecución y cancelación del préstamo hipotecario. El Tribunal Supremo entendió que, precisamente al atribuir de manera total y absoluta la obligación de pagar todos los impuestos que se originasen, esta cláusula es abusiva, y por tanto nula. Continúa el Tribunal Supremo explicando que “al menos, en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, a la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante”

Sin embargo, pese a que esta sentencia del Supremo declaró la nulidad de la cláusula por la que se repercuten al consumidor los gastos de constitución del préstamo hipotecario, al entender que suponía “un desequilibrio relevante”, los gastos considerados como abusivos en esta sentencia no son los únicos que se imponen al consumidor en estos contratos de préstamo hipotecario, así, estos y el resto de los gastos que se pueden derivar de la formalización del crédito hipotecario, a raíz de esta sentencia, han sido alegados ante los tribunales en multitud de ocasiones desde dicha sentencia con el fin de que sean calificados de abusivos y se determine su nulidad y por tanto su restitución al prestatario.

4.2. Efectos de la nulidad de la cláusula de gastos

Hemos expuesto ya el régimen de nulidad de las posibles cláusulas abusivas dentro de los contratos de préstamo hipotecario, que ha sido la razón por la cual el Supremo decidió calificar la cláusula de gastos como abusiva, pero tenemos que conocer los efectos que conlleva esta consideración de abusividad de la cláusula de gastos. Pues es relevante conocer si dicha abusividad comporta una restitución al prestatario de lo que pagó y debió haber sido abonado por la otra parte, o por el contrario simplemente se elimina la cláusula sin ningún tipo de efecto ulterior.

Tanto el ordenamiento jurídico español como el comunitario coinciden en las consecuencias de la declaración de una cláusula como abusiva. Así, como podemos observar en el artículo 8 LCGC y en el 83 TRLGDCU, el efecto principal es su nulidad de pleno derecho. Esta nulidad de pleno derecho es pacífica y generalmente aceptada por todos los textos normativos, el problema viene después, a la hora de determinar las consecuencias de dicha nulidad de pleno derecho, pues existe una discrepancia entre el ordenamiento jurídico español y la jurisprudencia comunitaria, ya que, el ordenamiento jurídico español permitía la integración del contrato tras observarse en él una cláusula abusiva, y por tanto nula de pleno derecho, y la jurisprudencia del TJUE, defendía la no integración de estas cláusulas, al igual que la Directiva 93/13.

Esta contradicción se salva con la entrada en vigor de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, *por la que se modifica el TRLGDCU*, ya que, en el apartado 27 de su único artículo, se modifica el artículo 83 del TRLGDCU, eliminando la posibilidad existente hasta ese momento de integración, que decía lo siguiente: “la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 Cc. y al principio de buena fe objetiva”, dejándolo con la siguiente redacción “Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”.

Por tanto, cuando estemos ante una cláusula calificada como nula, ya no cabe la integración de la parte del contrato que se ha visto afectada, sino que habrá que considerar que nunca existió dicha cláusula, permaneciendo válido el resto del contrato siempre que el mismo pueda existir sin dicha cláusula.

Este razonamiento comunitario es, desde mi punto de vista, lógico, pues ante la denuncia de una posible cláusula abusiva, y tras ser ésta identificada como tal, la integración del contrato no soluciona de ninguna manera el quebrantamiento sufrido de la igualdad contractual, y no supone ninguna consecuencia negativa para el prestamista que abuso de la posición inferior del prestatario. Apoya esta tesis la posición del TJUE al decir que “si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, dicha facultad podría poner

en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el art. 7 de la Directiva 93/13 al eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que [...] tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales”²⁸

Además, el TJUE niega la posibilidad del juez nacional de aplicar, de manera supletoria, la normativa nacional, excepto “en los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representan para éste una penalización”.²⁹ Es decir, como norma general, el juez nacional no podría integrar el contrato con la normativa nacional, pero si como fruto de esa no-aplicación, el juez se viese obligado a anular el contrato de manera total, y ello conllevarse consecuencias negativas para el consumidor, en ese caso sí que se faculta al juez nacional para sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, reestableciendo el equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato.

Así, la calificación como abusiva de una cláusula, conlleva dos efectos:

1. Su eliminación del contrato, pues lo contrario sería vulnerar la normativa comunitaria. Se sigue aquí el principio clásico *quod nullum est nullum effectum*, es decir, lo que resulta nulo no produce ningún efecto. En este sentido, la nulidad de la cláusula “exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos”³⁰
2. Su no vinculación respecto del consumidor, es decir, aunque está claro que el consumidor no debe soportar las obligaciones que se derivan de la cláusula calificada como nula, no hay consenso en cuanto al grado de vinculación del consumidor respecto a la misma, originándose el debate de, si la nulidad de las cláusulas era amplia o restrictiva. Pero,

²⁸ ATJUE (Sala Sexta), Asunto C-602/13, de 11 de junio de 2015, apdo. 36.

²⁹ STJUE (Sala Primera), Asuntos C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, de 21 de enero de 2015, apdo. 33.

³⁰ STS (Sala de lo Civil), núm. 467/2017, de 19 de julio, Fundamento de Derecho núm. 1.

según queda patente en la jurisprudencia del TJUE³¹, se da una nulidad amplia de las cláusulas abusivas, y por tanto se dan los efectos derivados de la aplicación del artículo 1303, defendiendo la restitución de la situación jurídica y económica de los contratantes al momento anterior a la aplicación de la cláusula definida como abusiva. Además, esta aplicación del artículo 1303 Cc. debe darse no sólo a futuro, *ex nunc*, sino también respecto de las situaciones anteriores, *ex tunc*.

En cuanto la subsistencia del contrato de crédito hipotecario tras encontrarse en él una cláusula abusiva, también existe conformidad en la legislación nacional (LCGC y TRLGDCU), pues ambos, en sus artículos 10.2 y 83.1 respectivamente, defienden la subsistencia del contrato principal. En este caso, esta regulación sí concuerda con la comunitaria, pues se pronuncia en términos semejantes el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, defendiendo la subsistencia del contrato si así resultase viable.

Por tanto, la declaración de nulidad no es absoluta ni global, sino concreta y parcial, pues afecta a una parte del contrato, no a la totalidad, salvo que la cláusula abusiva vicie de tal forma el contrato que resulte inviable su mantenimiento.³²

Así, volviendo a la STS 705/2015, de 23 de diciembre, ésta, tras declarar abusiva la imposición al prestatario de los gastos contenidos en la cláusula de gastos, repartió, bajo su criterio, los gastos de la siguiente forma: en primer lugar, los gastos generados por la intervención del notario y del registrador de la propiedad (considerada abusiva su imposición al prestatario puesto que no le son jurídicamente imputables y ya que son generados por la preparación del contrato) deberán ser de cuenta del empresario, del prestamista, ya que, tanto el arancel del notario como los honorarios del Registrador de la Propiedad deberán ser pagados por el solicitante del servicio o aquél a cuyo favor resulte inscrito el derecho o se interese una certificación, es decir, el prestamista, no el prestatario. Además, el TS explica que “la circunstancia de que la cláusula analizada impusiera la integridad de los gastos al prestatario-consumidor determina un desequilibrio relevante en los derechos y obligaciones

³¹ STJUE (Gran Sala), Asuntos C-154/15, C-307/15 y C-308/15, de 21 de diciembre de 2016, apdo. 66.

³² ADÁN DOMENECH, F., *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*, Barcelona, 2017, pág. 50.

de las partes que en modo alguno el consumidor habría aceptado razonablemente en el ámbito de una negociación individualizada”³³. Y, en segundo lugar, los gastos derivados del pago de tributos vinculados al préstamo hipotecario (esencialmente el IAJD), la cláusula considerada abusiva determinaba con carácter general la atribución al prestatario (consumidor) de todos los tributos devengados a causa de la constitución, ejecución y cancelación del contrato de préstamo hipotecario, y por tanto el Supremo entiende esta imposición también como abusiva por conculcar el artículo 89.3.c) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que prohíbe la repercusión al consumidor del pago de aquellos tributos cuyo sujeto pasivo sea el profesional; y por ello deberán ser también de cuenta del empresario.

En cuanto al impuesto de actos jurídicos documentados, la consideración del sujeto pasivo del mismo en el contrato de préstamo hipotecario ha ido cambiando en los últimos años, fruto de diversas sentencias del Tribunal Supremo, provenientes tanto de la Sala de lo Civil, como de la Sala Contencioso-administrativa. Abordaremos esta evolución cuando tratemos de forma específica este impuesto, pero podemos ya adelantar que finalmente, tras el Real Decreto Ley 17/2018, de 8 de noviembre, *de modificación del Texto Refundido de la Ley Sobre Transmisiones y actos Jurídicos documentados* (en adelante RDL 17/2018), es considerado sujeto pasivo el prestamista.

4.3 Las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019.

El 23 de enero de este año se dictaron cinco sentencias en el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de número 44, 46, 47, 48 y 49, cuyo objeto es, como no, una cláusula de gastos en varios contratos de préstamo hipotecario celebrados con consumidores.

La relevancia de estas sentencias radica en que por primera vez se pronuncia el Supremo sobre los efectos concretos que la nulidad de la cláusula de gastos va a tener en relación a la diferente tipología de los mismos.

En realidad, en estas Sentencias el Supremo intenta sentar las bases de una jurisprudencia hasta entonces caótica e intenta aunar el criterio jurisprudencial en cuanto al reparto de cada gasto que forma normalmente esta cláusula de gastos. En estas sentencias, el Supremo

³³ STS (Sala de lo Civil), núm. 705/2015, de 23 de diciembre, Fundamento de Derecho núm. 5.

consolida doctrina en cuanto a que tras ser declarada como abusiva, y por tanto nula la cláusula de gastos, no se puede acudir al artículo 1303 del Código Civil para solicitar la restitución de lo abonado por el prestatario, pudiendo únicamente recuperar aquellas cantidades que no hubiera estado el prestatario obligado a pagar de no haber existido la cláusula abusiva.

Es decir, “decretada la nulidad de la cláusula y acordada su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si tal cláusula nunca se hubiera incluido, y el pago de los gastos discutidos deberá ser afrontada por la parte a la que corresponde, según preveía el ordenamiento jurídico en el momento de la firma del contrato”³⁴

Por tanto, se sigue la directriz del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, que exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido la cláusula de gastos, asimilándose esta situación a la del enriquecimiento injusto al entenderse que el banco se ha podido lucrar indebidamente al haberse ahorrado determinados costes que legalmente le hubiera tocado sufragar, pero que, mediante la cláusula de gastos (abusiva) desplazó al consumidor.

No todo el mundo comparte el criterio seguido en estas sentencias de enero de 2019 en cuanto a los efectos de la abusividad, y por tanto nulidad, de la cláusula de gastos, así, alguna parte de la doctrina sostiene que existen mejores argumentos para sostener que procede la restitución total de cantidades, ya que dicha solución es la que procede si se analiza la doctrina del TJUE sobre la inaplicación del derecho nacional supletorio³⁵. Esta doctrina del TJUE entiende que no cabe aplicar el derecho supletorio dispositivo salvo que la nulidad de la cláusula conlleve la nulidad de todo el contrato y ello provoque consecuencias negativas al consumidor, y este presupuesto no se da cuando se califica como abusiva, y por tanto nula, la cláusula de gastos. Pues dicha nulidad no provoca consecuencias negativas al consumidor, sino todo lo contrario.

A mi juicio, la doctrina que mantiene este sector, en vistas a la jurisprudencia del TJUE, es más correcta que la que ha seguido el Tribunal español. Así, bajo mi criterio, no tiene sentido suplir aquellas partes declaradas abusivas de un contrato, sustituirlas por el ordenamiento

³⁴ STS (Sala de lo Civil), núm. 44/2019, de 23 de enero, Fundamento de Derecho núm. 7.

³⁵ MARÍN LOPEZ, M. J., “Las cinco sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 23 de enero de 2019 sobre la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios”, en *Diario La Ley*, núm. 9348, pág. 1.

nacional, y seguir “como si nada” con dicho contrato. Esta solución llega a beneficiar a aquellos prestamistas que incluyen este tipo de cláusulas abusivas en sus contratos de préstamo hipotecario, pues únicamente se enfrentan a una posible modificación del mismo acorde al ordenamiento jurídico español. Por tanto, en vistas a una más eficaz disuasión a las entidades de crédito para que eviten este tipo de conductas, debería mantenerse una postura mucho más severa con aquellos que introduzcan cláusulas abusivas en sus contratos, haciendo a dichos sujetos asumir las consecuencias de una práctica desleal y abusiva con los consumidores, que es contraria a todos los estándares proclamados por la Unión Europea en cuanto a la protección del consumidor.

En definitiva, es cierto que estas sentencias son de gran ayuda a la hora de resolver los litigios que se susciten en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario anteriores al 16 de junio de 2019, fecha en la cual entró en vigor la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, pudiendo acudir el resto de juzgados y tribunales a estas sentencias para formar su criterio; sin embargo, existen aún cabos sueltos, problemas sin resolver, como por ejemplo el relativo a qué ocurre en cuanto a los gastos de tasación del inmueble. Por ello, al final de este trabajo, dedicaremos un apartado propio al problema de la reclamación de los gastos de formalización abonados por el prestatario que debieron de haberlo sido por la entidad financiera.

4.4 Actual cuestión prejudicial

En relación al debate que he planteado en el apartado anterior en cuanto a los efectos que deben surgir tras la declaración de abusividad de la cláusula de gastos y de su nulidad, y debido también a los distintos criterios jurisprudenciales que se han ido siguiendo por los jueces y tribunales españoles en cuanto al reparto de los diferentes gastos derivados del contrato de crédito hipotecario, (y pese al esfuerzo del Supremo de superar esta cuestión en su Sentencia 49/2019) el Juzgado de primera instancia e instrucción N°6 de Ceuta, en un Auto de 13 de marzo de 2019, ha admitido una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Esta cuestión prejudicial surge debido a una demanda en la que se solicitaba la declaración de nulidad de la cláusula de gastos y que se restableciera la situación en la que se hallaría el consumidor de no haber existido tal cláusula, incluyendo la restitución de las cantidades indebidamente abonadas en cumplimiento de la indicada cláusula. Y solicitaba el

planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE en relación con la interpretación de los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13, que establecen los criterios que determinan el carácter abusivo de la cláusula no negociada y regulan las consecuencias de su calificación como abusiva.

Así, LOZANO GAGO, M.L., la ponente, presenta la siguiente cuestión: en primer lugar, si, de conformidad con la Directiva 93/13, en particular de sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios y la jurisprudencia comunitaria que la desarrolla, es ajustado al Derecho de la Unión el fijar como criterio inequívoco la determinación de que, en los contratos de préstamo hipotecario, es abusiva la cláusula no negociada que fija que los gastos generados por la operación deben ser indiscriminadamente a cargo del prestatario. Y, en segundo lugar, si de conformidad con la misma directiva, es ajustado al Derecho de la Unión el fijar como consecuencia que se sigan manteniendo ciertos gastos de los recogidos en la cláusula controvertida como repercutibles total o parcialmente sobre la persona del propio prestatario, pese a la declaración de la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios por carácter abusivo de la misma.

Aún no se ha dado respuesta a esta cuestión prejudicial, que ha sido admitida a trámite el pasado mes de junio; por tanto, deberemos esperar para ver en qué sentido se posiciona Europa, lo cuál tendrá una importancia enorme.

Relacionada con esta misma Directiva 93/13 está la STJUE (Gran Sala), Asuntos C-70/17 y C-179/17, de 26 de marzo de 2019; que, si bien trata sobre una cláusula de vencimiento anticipado en un contrato de préstamo hipotecario, podemos extraer, en mi opinión, una idea de por dónde se decantará el TJUE a la hora de resolver la anterior cuestión prejudicial.

En esta sentencia, el TJUE recuerda que el sistema de protección que establece la directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en una situación de inferioridad respecto al profesional, lo que supone que llegue a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por dicho profesional; por tanto, la Directiva obliga a los Estados miembros a adoptar mecanismos para controlar toda cláusula contractual no negociada individualmente que pudiera ser abusiva.

Así, la declaración de nulidad de la cláusula impide al juez nacional integrar el contrato de préstamo hipotecario modificando el contenido de la cláusula para evitar eliminar el efecto disuasorio que sobre los profesionales supone la declaración de nulidad de la cláusula³⁶ Pero, como he mencionado ya, existen casos en que la declaración de nulidad de la cláusula obliga al juez a anular el contrato en su totalidad, y en este caso, el juez sí puede sustituir la cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que dicha cancelación del contrato en su totalidad sea perjudicial para el consumidor. Este supuesto es aceptado y permitido por el sistema de la Directiva 93/13; y en el concreto caso de un contrato de préstamo hipotecario, la anulación total del contrato tendría como consecuencia que el consumidor se viese obligado a pagar, de repente, el restante importe del préstamo, penalizándole más a él que al prestamista.

Por esto, el TJUE entiende que de la interpretación del artículo 6.1 de la Directiva 93/13 no se puede desprender que en los casos de abusividad de la cláusula de gastos, tenga que ponerse fin al contrato, no pudiendo el juez nacional aplicar la legislación de su ordenamiento. Por tanto, sí podrá el órgano jurisdiccional aplicar la disposición legal que corresponda, para sustituir a la cláusula abusiva, pese a haber sido esta disposición legal introducida con posterioridad a la celebración del contrato.

Esto en cuanto a los supuestos en que no pudiera subsistir el contrato sin esa cláusula, pero esto no se da en todas las ocasiones ni mucho menos. Si los órganos jurisdiccionales entienden que el contrato sí puede subsistir en las cláusulas abusivas, deberán inaplicar dichas cláusulas, a no ser que el consumidor, expresamente, se oponga a ello. Y dicho contrato deberá subsistir sin ninguna otra modificación más, mientras que tal subsistencia sea jurídicamente posible en vistas al derecho interno.

En conclusión, el Tribunal, en esta sentencia, que recordemos es relativa a una cláusula de vencimiento anticipado, dictamina que “Ha de responderse a las cuestiones prejudiciales planteadas [...] que los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, se oponen a que una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario declarada abusiva sea conservada parcialmente mediante la

³⁶ OREA MARTÍNEZ, J.A., “Cláusulas abusivas en los créditos hipotecarios y cuestiones de interés relacionadas”, en *La Ley*, 2019, núm. 4829, pág. 1.

supresión de los elementos que la hacen abusiva, cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia, y de que, por otra parte, esos mismos artículos no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales”.

Por tanto, creo que en la cuestión prejudicial que nos interesa, relativa a la cláusula de gastos de formalización del contrato de préstamo hipotecario, el TJUE se pronunciará en términos similares, y entenderá como no ajustado a Derecho de la Unión el mantener la repercusión al prestatario de determinados gastos tras haber sido declarada como abusiva, y por tanto nula, la cláusula en la que se imponían al mismo.

5. TIPOLOGÍA DE GASTOS DE FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO DE CRÉDITO HIPOTECARIO

Tras haber analizado el régimen de abusividad de las cláusulas y como éste sirvió de base para considerar abusiva la cláusula de gastos, y sabiendo ya los efectos que conlleva dicha calificación de abusividad. Ahora toca centrarnos en cada uno de los diferentes gastos que ocasiona la formalización de un contrato de préstamo hipotecario, para observar, gasto a gasto, cual ha sido su evolución jurisprudencial y normativa en orden a determinar quién debe ser el sujeto obligado al pago del mismo, hasta llegar a su actual consideración.

Así, interesa conocer la evolución sufrida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en los últimos años, que ha venido dictando en ocasiones sentencias contradictorias, para terminar por conocer la regulación actual, que soluciona este caos jurisprudencial pero únicamente para los contratos de préstamo hipotecario realizados tras el 16 de junio de este año, día en que entró en vigor la LCCI; ya que esta Ley ha determinado quién debe pagar cada gasto, además de aportarnos una regulación más concreta y específica de distintos aspectos del contrato de préstamo hipotecario, como el de la información precontractual que se debe aportar de manera obligatoria al prestatario, o el del endurecimiento del control notarial del contenido contractual, que ya expuse anteriormente.

De esta manera, analizaremos por separado los siguientes gastos:

- Gastos de tasación.
- Gastos de gestoría.
- Gastos notariales.
- Gastos registrales.
- Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

Es obvio que esta clasificación no comprende la totalidad de los gastos que podrían originarse en un contrato de préstamo hipotecario, pues un análisis de la totalidad de ellos, y de todas las posibles cláusulas que se pudieran derivar de este tipo de contratos y que originan gastos para el prestatario, sería objeto más bien de un libro entero; pero sí son, a mi juicio, los gastos más comunes y de mayor importancia en la práctica totalidad de los contratos de préstamo hipotecario; y aquellos sobre los que se ha centrado la polémica regulación repleta de vaivenes que se ha dado en los últimos años, derivada de los distintos criterios jurisprudenciales seguidos por los tribunales en los últimos años.

5.1 Gastos de tasación

Es frecuente la imposición al cliente, al prestatario, del gasto originado por la tarea de tasar la finca realizada por parte de la entidad financiera; es decir, los bancos, generalmente, han venido imponiendo al cliente la empresa que se va a encargar de la tasación de la vivienda, que además suele ser una empresa de su confianza.

La tasación es la valoración, supuestamente objetiva, que realiza un profesional independiente sobre el inmueble que se va a hipotecar, necesario para que el banco determine el importe máximo del préstamo. Esta tasación garantizará a la entidad financiera el valor real de la vivienda para que éste pueda realizar el correspondiente análisis de riesgos para así garantizar la devolución del préstamo³⁷.

La tasación de la vivienda es fundamental, ya que no sólo condiciona la cuantía del préstamo hipotecario como he indicado, sino que además, es un requisito indispensable para poder

³⁷ BUSTO LANDÍN, J.P., “Cuáles son los gastos de formalización de formalización de una hipoteca”, en *Blog MBL-Abogados*, 9 de noviembre de 2018.

ejercitar la acción ejecutiva hipotecaria, que en la escritura de la constitución de la hipoteca *se determine el precio en que los interesados tasan la finca o el bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta.*³⁸

La ya explicada STS de 23 de diciembre de 2015 no se hizo eco acerca de la nulidad o no de la imputación del pago al prestamista de los gastos de tasación, pero su abusividad ha estado siempre en el aire, pues resulta cuanto menos extraño que el prestamista, normalmente consumidor, debiese correr con los gastos de forma exclusiva de esta tasación, cuando ésta beneficia a ambas partes y más aún teniendo en cuenta que normalmente el profesional tasador era elegido por la entidad financiera; de hecho, para más inri, no era para nada infrecuente que estos tasadores tuviesen relación con las entidades de crédito.

La aparición de las Sentencias de 23 de enero de 2019 tampoco dilucidó esta cuestión, pues tampoco recogieron dichas sentencias en su contenido regulación alguna acerca del gasto de tasación.

En general, son pocas las sentencias que se pronuncian acerca de los gastos de tasación en el contrato de crédito hipotecario, y las que lo hacen no son uniformes, pues unas se los atribuyen a la entidad bancaria³⁹, y otras al deudor⁴⁰. En realidad encontramos argumentos para defender ambas posturas, puesto que, es cierto que la tasación interesa principalmente al banco para poder realizar con éxito el objeto de su negocio, el contrato de préstamo hipotecario; pero por otra parte, también interesa al prestatario, al deudor, puesto que es un acto previo que debe realizar a fin de obtener el crédito.

Bajo mi punto de vista, al darse la práctica generalizada consistente en que los bancos recurrían a sus tasadores de confianza con los que mantienen relaciones económicas continuadas, me inclino más a favor de aquellos fallos que atribuían este gasto de tasación a la entidad bancaria; pues no deja de ser la tasación del inmueble, un requisito que necesitan para llevar a cabo la actividad de su negocio.

La LCCI sin embargo sí que aportó un cambio respecto al tratamiento de estos gastos de tasación, dejando de encontrarse a partir de este momento en una especie de limbo en los

³⁸ Artículo 682.2.1º LECiv.

³⁹ SAP Huelva (Sección Segunda), núm.817/2017, de 19 de diciembre, Fundamento de Derecho núm. 4.

⁴⁰ SAP Palencia (Sección Primera), núm. 185/2018, de 19 de abril, Fundamento de Derecho núm. 8.

que no se sabía muy bien qué ocurría con ellos. Así, esta Ley, en su artículo 13, establece unas pautas que deberán ser seguidas en cuanto a la tasación de los bienes inmuebles, además de recoger los sujetos aptos para ello; así, “los inmuebles aportados en garantía habrán de ser objeto de una tasación adecuada antes de la celebración del contrato de préstamo. La tasación se realizará por una sociedad de tasación, servicio de tasación de una entidad de crédito regulados por la Ley 2/1981..., y/o profesional homologado conforme al RD 775/1997, de 30 de mayo y a la disposición adicional décima de esta ley, independiente del prestamista o del intermediario de crédito inmobiliario, utilizando normas de tasación fiables y reconocidas internacionalmente, de conformidad con lo establecido por la Orden ECO/805/2003 de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras”

Pero lo más relevante viene a continuación, en su artículo 14.1 e) i., en el que se recoge, de manera expresa y concisa, que los gastos de tasación del inmueble corresponderán al prestatario. Por tanto, a partir de 16 de junio de 2019, fecha en la que entra en vigor esta nueva Ley, en todos los contratos de préstamo hipotecario que se celebren, los gastos de tasación que surjan deberán ser satisfechos por el prestatario, el deudor; aunque con las garantías vistas en el artículo 13 de la Ley.

A priori, disiento de esta decisión de atribuir al prestatario los gastos originados de la tasación el inmueble, como ya he mencionado anteriormente; pero si analizamos de manera total el reparto que realiza este artículo 14 de todos los gastos de formalización del contrato de crédito hipotecario, el panorama resultante consigue un equilibrio de gastos más que aceptable, al menos en comparación con la situación anterior a la promulgación de esta Ley.

5.2 Gastos de gestoría

A la hora de celebrar un contrato de préstamo hipotecario es necesario realizar una serie de trámites para la correcta perfección del mismo, tales trámites comprenden actividades como la tramitación de la inscripción ante el registro de la propiedad de la escritura pública notarial que documenta el préstamo hipotecario, la liquidación y abono del impuesto de actos jurídicos documentados ante la delegación de hacienda correspondiente, etc.

Es muy frecuente encomendar a una empresa profesional como una gestoría, el cumplimiento de determinados trámites necesarios para la correcta formalización y constitución de la garantía hipotecaria. Y, en la práctica se puede observar que ha sido una

costumbre ampliamente extendida la de que las entidades financieras encarguen a una gestoría la realización de los trámites administrativos necesarios para llevar a buen puerto la firma de los préstamos con garantía hipotecaria.⁴¹

Además, es muy común que esta empresa gestora esté vinculada a la propia entidad bancaria, el prestamista, o que “directamente pertenezca al grupo financiero empresarial al que se adscribe la entidad bancaria”.⁴²

En relación a estos gastos de gestoría no existe una norma legal que atribuya su pago al prestamista o al prestatario, pero en la práctica, los gastos de gestoría suelen insertarse en el contrato de préstamo hipotecario bajo la siguiente cláusula: “Gastos de tramitación de esta escritura en el Registro de la Propiedad y en la oficina Liquidadora del Impuesto, así como una copia de la misma, liquidada e inscrita en el Registro de la Propiedad para la Caja, que se expide sin finalidad ejecutiva, y los de una copia que la Caja tuviera, en su caso, necesidad de solicitar con eficacia ejecutiva”. Es decir, estos gastos, derivados de la intervención del profesional gestor, solían atribuirse, en exclusiva, al prestatario.

La STS de 23 de diciembre de 2015 no contiene pronunciamiento en cuanto a este gasto de gestoría, pero es cierto que suele incluirse en los gastos que se imponen al prestatario en la ya vista cláusula de gastos, la cual fue considerada abusiva, y por tanto nula. A partir de esta sentencia fue entendido en las ulteriores sentencias, de manera casi unánime que, la atribución exclusiva al prestatario de estos gastos de gestoría (incluida en cláusulas de gastos) era también abusiva, y por tanto nula; sin embargo, los efectos de esta nulidad, de nuevo, no son claros ni unánimes, dando lugar a varias interpretaciones.

Las Audiencias Provinciales han ido sosteniendo criterios dispares a la hora de decidir sobre este gasto: así, encontramos alguna sentencia que entiende que los gastos de gestoría deben correr a cargo del prestatario, declarando así la validez de la cláusula que se lo imputa⁴³; y por otra parte, encontramos otras sentencias, mayoritarias, que declaran nula y abusiva la cláusula

⁴¹ FERNANDEZ BENAVIDES, M., “Hipoteca y gastos de gestoría: presente caótico y futuro incierto”, en *Blog Hay Derecho*, 13 de abril de 2018.

⁴² AMAT LLOMBART, P., *Las cláusulas abusivas... cit.*, pág. 28.

⁴³ SAP Oviedo (Sección Cuarta), núm. 741/2017 de 24 de marzo, Fundamento de Derecho núm. 7.

de gastos (en la que se incluye el gasto de gestoría) a cargo del prestatario y establece que el importe de los gastos de gestoría deben correr de manera íntegra a cargo del prestamista.⁴⁴

En este sentido es muy ilustrativa la SAP de Valencia (Sección 7ª) de 6 de noviembre de 2017 (JUR 2017, 282514), que, en cuanto a los gastos de gestoría, concluye lo siguiente: “la confirmación del reintegro al consumidor de gastos de gestoría, no sólo por la razón [...] de que la tramitación de la documentación ante el Registro y liquidación el impuesto solo beneficia a la entidad financiera y debieron ser abonados por quien tenía interés en la obtención de la primera copia de la escritura y en la tramitación de la operación ante el Registro de la Propiedad para inscribir la garantía real hipotecaria. [...] La entidad obliga al consumidor a contratar con una determinada gestoría de su elección, sin que por otro lado se pueda discernir de una lectura de la cláusula qué concretos servicios se iban a prestar por la gestoría, con qué finalidad y por qué importes, imputando la entidad el gasto en su integridad al consumidor, causando con ello un grave desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes”

Existe una tercera corriente jurisprudencial, que justifica el reparto por la mitad de los gastos de tramitación entre prestamista y prestatario, que entiende que “como los servicios prestados por la gestoría comprenden, en realidad, cometidos en los que están interesados ambas partes porque van encaminados al éxito de contrato y a realizar gestiones necesarias para lograr la finalidad contractual perseguida, aunque sean de carácter técnico o burocrático a practicar ante el fedatario público y el registrador, y que son útiles para la constitución de la hipoteca y también para la formalización del préstamo concedido. Por estas razones es por lo que su coste debe ser repartido por mitad y de forma equitativa entre acreedor y deudor; pues el gasto a ambos beneficia en orden a la efectividad del negocio pactado de préstamo con garantía hipotecaria”⁴⁵.

Interesan en gran medida las ya mencionadas sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019, las cuales declaran que los gastos de gestoría deberán satisfacerse por mitad entre el

⁴⁴ SAP Pontevedra (Sección Primera), núm. 448/2014, de 14 de mayo, Fundamento de Derecho núm. 5.

⁴⁵ SAP Palencia (Sección Primera), núm. 18/2018, de 22 de enero, Fundamento de Derecho núm. 7.

prestamista y el prestatario, debido a que, como las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad⁴⁶

En la actualidad esta cuestión se encuentra regulada en la reciente LCCL, en el número i. de la letra e) del primer apartado del artículo 14. Este precepto recoge expresamente que los gastos de gestoría corresponderán al prestamista.

Pero tenemos que recordar que esta regulación no tiene efectos retroactivos al resto de contratos de crédito hipotecario celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley⁴⁷, sino que únicamente afectará a aquellos que hayan sido celebrados tras dicha entrada en vigor, que es el 16 junio de 2019.

5.3 Gastos de notaría

Los gastos de notaría son uno de los primeros gastos a los que se enfrentan las partes a la hora de formalizar el contrato de préstamo hipotecario. Es práctica habitual que la notaría sea elegida por la propia entidad bancaria y que sea en ella misma donde se lleve a cabo también la firma de la compraventa del inmueble de que se trate.⁴⁸

En primer lugar, hay que hacer referencia a que estos gastos no son cantidades que debe satisfacer el prestatario al prestamista por concepto de comisión o interés, sino que son pagos que han de hacerse a terceros como honorarios por su intervención profesional con relación al préstamo hipotecario.⁴⁹

Han sido comunes las cláusulas que establecen que los honorarios y suplidos del Notario serán a cargo del prestatario, pero tras la declaración de nulidad de estas cláusulas, habrá que ver quien debe cargar con el coste de estos gastos.

La regulación referida a los gastos de notaría la encontramos en el artículo 63 del Reglamento Notarial y en la norma Sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, que aprobaba el Arancel de los Notarios. Esta norma establecía que “la obligación de pago

⁴⁶ STS (Sala de lo Civil), núm. 44/2019, de 23 de enero, Fundamento de Derecho núm. 5.

⁴⁷ Disposición Transitoria Primera LCCL.

⁴⁸ BUSTO LANDÍN, J.P., “Cuáles son los gastos de formalización de formalización de una hipoteca”, en *Blog MBL-Abogados*, 9 de noviembre de 2018.

⁴⁹ STS (Sala de lo Civil), núm. 44/2019, de 23 de enero, Fundamento de Derecho núm. 7.

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”.

Este precepto ha sido objeto de un intenso debate jurisprudencial, así por ejemplo el Supremo, al tratar este gasto notarial, determinó que “Basta 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 y adquiere la posibilidad de ejecución especial.” Y en relación al caso concreto de esta sentencia, que era precisamente una cláusula que atribuía el gasto al prestatario, el Tribunal continúa diciendo que “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 en su totalidad sobre el hipotecante [...] 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”.⁵⁰

Disiente de manera rotunda la SAP de Pontevedra (Sección Primera) núm. 152/2017, de 28 de marzo, en su Fundamento de Derecho núm. 5, que contradice lo expuesto por el Supremo, al no compartir que el otorgamiento del documento que genera el arancel por el Notario sea del exclusivo interés del prestamista, pues, aunque este se ve protegido en caso de incumplimiento del prestatario, él también tiene su propio interés al verse protegido del incumplimiento de la entidad de crédito.

Como recuerda esta Sentencia, lo habitual es que se encargue formalmente la escritura tanto por el comprador personalmente o a través de la agencia inmobiliaria que le ha ayudado en la compra del inmueble, o a través del gestor; pero también se escoge normalmente por parte de la entidad financiera. Pero debemos preguntarnos quién ha activado este mecanismo de inscripción, y la respuesta es el prestatario, que es quién está interesado en la adquisición de

⁵⁰ STS (Sala de lo Civil), núm. 705/2015, de 23 de diciembre, Fundamento de Derecho núm. 4.

un inmueble mediante compraventa, y para quien el préstamo hipotecario es el medio de satisfacer el precio de la vivienda.

En esta línea se pronuncia también la Audiencia Provincial de Castellón⁵¹ que entiende que el devengo a favor del Notario de los derechos y suplidos interesa a ambas partes, ya que el prestamista se ve protegido en caso de incumplimiento por el prestatario, pero éste también cuando sea la entidad de crédito la que incumpla.

Como vemos, existen varios argumentos para defender ambas posturas; pues realmente las dos partes contratantes, tanto la entidad prestamista como el prestatario, se benefician de esta formalización de la escritura ante notario, pues a ambos les ofrece determinadas garantías y seguridades en cuanto a un posible incumplimiento.

Esta disparidad de criterios ha quedado zanjada por las Sentencias del TS de 23 de enero de 2019, que entienden que la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz deben distribuirse por mitad.⁵² Así, defienden que el interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo mientras que el interés del prestatario es la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria. Juega el Tribunal con que la normativa habla de “interesado” sin especificar si se refiere al prestatario o al prestamista, y como el contrato de préstamo es considerado como unitario y por tanto inescindible, entiende que se debe distribuir por mitad el pago de los gastos notariales derivados del otorgamiento de la escritura. En cuanto a las copias de las distintas escrituras notariales, debería abonarlas quien las solicite.

Finalmente, la LCCI, que, recordamos, entró en vigor el pasado 16 de junio sin efectos retroactivos, establece en su artículo 14.1.e) ii. que el prestamista asumirá el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario y los de las copias los asumirá quien las solicite.

Por tanto, la solución final a día de hoy, plasmada en esta Ley, ha sido atribuir a la parte prestamista, a las entidades financieras, el pago de los costes derivados de las prácticas notariales por la formalización de la escritura del préstamo hipotecario, lo que no concuerda con el criterio seguido por el Tribunal Supremo en las sentencias de 23 de enero de 2019. Pero las copias del mismo, las tendrá que asumir la parte que las solicite.

⁵¹ SAP Castellón (Sección Tercera), núm. 34/2018, de 19 de abril, Fundamento de Derecho núm. 1.

⁵² STS (Sala de lo Civil), núm. 44/2019, de 23 de enero, Fundamento de Derecho núm. 7.

Recordemos en este punto el apartado g) de este artículo 14, que establece que cuando se prevea la formalización en escritura pública del préstamo, el prestatario deberá recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario, elegido por él, para la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo, sobre el contenido y las consecuencias de la información contenida en toda la documentación entregada. Es importante aquí señalar el apartado 8 del artículo 15 de esta Ley, que expresa que el acta donde conste la entrega y asesoramiento imparcial al prestatario (por parte del notario) no generará coste arancelario alguno.

La solución a la que la LCCI no parece satisfacer a toda la doctrina, pues parte de la misma no ve lógica la atribución al prestamista de estos gastos, entendiendo que el asesoramiento en el préstamo hipotecario se presta casi exclusivamente al deudor, puesto que el acreedor es el que redacta e impone el contenido del contrato; más aún con el reforzamiento en este campo introducido por la Ley de Crédito Inmobiliario; además creen que lo que ocasionará esta atribución es dificultar la libre elección de notario puesto que se producirá una mayor concentración de la contratación en algunas notarias, con perjuicio de la calidad del servicio notarial.⁵³ Personalmente discrepo de este augurio que vaticina un empeoramiento de las condiciones de asesoramiento notarial, por el contrario creo que esta nueva regulación, además de proteger los intereses del prestatario de manera más fuerte, no va a ocasionar un oligopolio de determinadas sociedades de notarios, sino que por el contrario, va a permitir que accedan más notarios a este campo de negocio para ellos.

5.4 Gastos registrales

Por otra parte, a la hora de formalizar este tipo de contrato, nos encontramos también con los gastos registrales, o gastos de inscripción en el Registro de la Propiedad. En este caso, a diferencia de los gastos notariales, no es que la entidad prestamista escoja el Registro, pero lo que ocurre es que la inscripción tiene un carácter constitutivo, por lo que, para que la hipoteca quede válidamente formalizada, resulta de obligado cumplimiento que el documento en que se formalice quede inscrito en el Registro de la Propiedad.

⁵³ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. “Los gastos de hipoteca en la Ley de Crédito Inmobiliario”, en *Blog Hay Derecho*, 4 de febrero de 2019.

Por tanto, mientras no se inscriba el contrato, la entidad bancaria no podría valerse de sus derechos de garantía hipotecaria para recuperar su inversión. Es por esto por lo que se viene considerando que el interesado de este registro es la entidad financiera, la parte prestamista.

En este caso, también debemos precisar que, no se trata de pagos realizados por el prestatario al prestamista en calidad de comisiones o intereses, sino de pagos que han de hacerse a terceros como honorarios por su intervención profesional con relación al préstamo hipotecario.⁵⁴

El Real Decreto 1427/1989 de 17 de noviembre, *por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad*, establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1º, que “los derechos del registrador se pagarán por aquél 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 del Decreto de 8 de febrero de 1946, *por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria* (en adelante Ley Hipotecaria), se abonarán por el transmitente o interesado.” Estos dos artículos de la Ley Hipotecaria recogen que la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir.

Por tanto, existe una diferencia con el Arancel Notarial, pues este sí que hace referencia, como criterio de imputación del pago, a quien tenga interés en la operación. Por su parte, el Arancel de los Registradores de la propiedad los imputa directamente a aquel a cuyo favor se inscriba o anote el derecho. Y como la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, es a éste al que le corresponde el pago de los gastos originados por la inscripción en el Registro de la hipoteca.

Esto ha venido siendo entendido de forma prácticamente unánime por la jurisprudencia menor, y además se ha consagrado en las STS de 23 de enero de 2019. Estas sentencias, que hacían un reparto entre la parte prestamista y la parte prestataria de los aranceles notariales; sin embargo, no hacen lo propio con los gastos de registro, pues se lo atribuyen por completo al prestamista.

La reciente LCCI, en su artículo 14.1.e) iii. recoge este mismo criterio, pues textualmente dice que “Los gastos de inscripción de las garantías en el registro de la propiedad corresponderán

⁵⁴ STS (Sala de lo Civil), núm. 44/2019, de 23 de enero, Fundamento de Derecho núm. 7.

al prestamista”. Por tanto, para los contratos de préstamo hipotecario que se celebren a partir del pasado 16 de junio de 2019, no habrá ningún tipo de duda, siendo este gasto una obligación del prestamista, de la entidad financiera.

5.5 IAJD

Ha quedado ya patente a lo largo de este trabajo que el sector hipotecario es muy relevante en la economía de nuestro país; por ello, nuestro ordenamiento jurídico establece la elevación a escritura pública como elemento esencial del préstamo con garantía hipotecaria y esta escritura pública que formaliza el contrato de préstamo hipotecario se sujeta al Impuesto de Actos Documentados en virtud del artículo 28 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*. Además, debemos tener en cuenta que dicha escritura contiene un contrato de carácter complejo; pues el contrato de préstamo hipotecario comprende un doble negocio jurídico: por un lado, existe una concesión de un préstamo (negocio obligacional) y, por otro, de forma simultánea, se constituye una garantía hipotecaria (negocio real).

Este impuesto es recaudado por la Comunidad Autónoma en la que se sitúe el inmueble, y su importe dependerá del valor de la hipoteca y de la Comunidad Autónoma. Así, por ejemplo, en Castilla y León, la normativa autonómica establece distintos tipos de gravamen: 1.5% con carácter general, 0.5% si se documenta la adquisición de viviendas que vayan a constituir la vivienda habitual y además se cumplen una serie de requisitos, etc.

De entre todos los posibles gastos derivados de la formalización de un contrato de crédito hipotecario, el relativo a este impuesto es el más importante cuantitativamente, el que supone un mayor desembolso, y que tradicionalmente ha venido siendo satisfecho por el prestatario, el cliente. Este impuesto ha sufrido una peculiar evolución jurisprudencial en nuestro país, con una serie de sentencias y contradicciones por parte del Tribunal Supremo, que han generado un caos y gran debate acerca de quién debe satisfacer este impuesto, si los bancos o los prestatarios. Toda esta incertidumbre ha quedado ya hoy solucionada mediante RDL 17/2018, que atribuye el pago del impuesto a la parte prestamista, los bancos. Sin embargo, vamos a realizar un recorrido por la evolución de los distintos criterios que se han mantenido para tener una mejor visión del problema y forjar una opinión acerca de los criterios que se han venido dando.

Desde hacía varias décadas, el criterio era simple y pacífico: el prestatario debía pagar este impuesto de actos jurídicos documentados, y así se venía haciendo en los contratos de préstamo hipotecario realizados en nuestro país a lo largo de los años.

Esto es reflejado, por ejemplo, la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo), núm. 158/2004, de 20 de enero, la cual trataba un recurso en contra del artículo 68.2 del Reglamento del impuesto, que decía que será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan. Esta sentencia, recordando este contenido del artículo 68.2, sostiene en su Fundamento de Derecho núm. 4, que tal adquirente del bien o derecho es el prestatario, porque el derecho a que se refiere este artículo es el préstamo que refleja el documento notarial, aunque este se encuentre garantizado con hipoteca y sea la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad elemento constitutivo del derecho de garantía.

Por su parte, la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo), núm. 2533/2001, de 23 de noviembre, recuerda en su Fundamento de Derecho núm. 2, que “la interpretación tradicional de esta Sala ha aceptado siempre la premisa de que el hecho imponible, préstamo hipotecario, era y es único, y que, por tanto, la conclusión de su sujeción al AJD, hoy por hoy, es coherente [...] En cualquier caso, la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible es el prestatario.” Así esta sentencia recuerda que, en el Impuesto de transmisiones patrimoniales, no existe dificultad para establecer quien es el sujeto pasivo, pues lo será sin lugar a dudas el prestatario, porque el artículo 8 del Real Decreto legislativo 1/1993 así lo estableció expresamente. Sin embargo, en relación al impuesto de actos jurídicos documentados, la previsión legal es que el sujeto pasivo es el adquirente del bien o derecho, siendo en un préstamo el adquirente el prestatario, pues adquiere la cantidad prestada y se obliga a su devolución, pero se plantean más dudas en un préstamo hipotecario. Aún así, esta sentencia sigue entendiendo por adquirente al prestatario en este caso, porque sigue adquiriendo la cantidad prestada, aunque el prestamista quede garantizado con el derecho real de hipoteca.

En estas dos sentencias podemos encontrar los principales argumentos mantenidos por la jurisprudencia española a lo largo de los años para atribuir al prestatario, al cliente, la carga impositiva del impuesto de actos jurídicos documentados. De hecho, se llegó a debatir la posible inconstitucionalidad del artículo 68 del Reglamento (que atribuye al prestatario el pago del impuesto), por entender que vulneraba los artículos 14 de la Constitución Española (principio de igualdad), 31.1 (principio de capacidad económica), y 47 (disfrute de una

vivienda digna). Pero el Pleno del Tribunal Constitucional rechazó esta inconstitucionalidad.⁵⁵

En la ya conocida Sentencia de 23 de diciembre de 2015, el Tribunal Supremo indica que la entidad prestamista no puede quedar al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo del contrato, sino que, al menos, en cuanto al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que, a través de la cláusula de gastos, carga indebidamente sobre la otra parte, el prestatario. Recordemos que esta sentencia proviene de la Sala de lo Civil, y que, en principio, la Sala competente para determinar quién es el sujeto pasivo de un impuesto es la de lo Contencioso-Administrativo, la tercera, del Tribunal Supremo.⁵⁶ Pero como hemos señalado, esta Sala se había mantenido firme en que el obligado al pago del impuesto es, por imperativo legal, el prestatario, el deudor hipotecario.

Por tanto, se genera en este momento una disparidad de criterios dentro del propio Tribunal Supremo, entre la Sala Civil y la Sala de lo Contencioso-Administrativo, que fue resuelta por dos sentencias dictadas el 15 de marzo de 2018 que indican que la competencia para establecer el sujeto pasivo del impuesto corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo.⁵⁷⁵⁸ Por tanto, se volvió a seguir el criterio marcado por ésta Sala por parte de los tribunales inferiores, entendiendo que el sujeto pasivo del impuesto era el prestatario..

Toda esta jurisprudencia relativa al impuesto de actos jurídicos documentados en el contrato de préstamo hipotecario, se vio alterada de sobremanera en 2018, con la aparición de unas Sentencias dictadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en octubre⁵⁹, que resuelven sendos recursos de casación interpuestos ante sentencias de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Estas sentencias comienzan reproduciendo la normativa vigente a esa fecha (octubre de 2018) en cuanto a este impuesto en relación al contrato de préstamo hipotecario, como los

⁵⁵ ATS (Pleno), núm. 24/2005, de 18 de enero, Fallo.

⁵⁶ STS (Sala de lo Civil), núm. 328/2016, de 18 de mayo Fundamento de Derecho núm. 2.

⁵⁷ STS (Sala de lo Civil), núm. 848/2018, de 15 de marzo, Fundamento de Derecho núm. 4.

⁵⁸ STS (Sala de lo Civil), núm. 849/2018, de 15 de marzo, Fundamento de Derecho núm. 5.

⁵⁹ STS 1505/2018, de 16 de octubre; STS 1523/2018, de 22 de octubre, y STS 1531/2018, de 23 de octubre.

artículos 4 y 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, recogiendo este último que el obligado al pago del tributo en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza es el prestatario, y otros que completan el marco jurídico, como el artículo 15.1, 27 o el 30 de esta Ley; siendo de gran importancia el 29 que coloca como sujeto pasivo al adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan; que se completa con el 68 que añade a lo anterior que, cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía, se considerará adquirente al prestatario.⁶⁰

Así, las sentencias recurridas en casación colocaban como sujeto pasivo al prestatario, puesto que el derecho a que se refiere el precepto 29 de la Ley “es el préstamo que refleja el documento notarial, aunque éste se encuentre garantizado con hipoteca y sea la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad elemento constitutivo del derecho de garantía”. Aunque admiten que existe cierta discordancia, tanto en su pasada jurisprudencia, que ha sido corregida, como en la propia Ley del impuesto, que en su artículo 8 apartado c) sitúa como sujeto pasivo de la constitución de derechos reales aquél a cuyo favor se realice el acto; pero en ese mismo artículo, en el apartado d) dice que en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza el interesado será el prestatario. Por tanto, la discordancia reside en que, en el caso de los contratos de préstamo hipotecario, si aplicásemos ese apartado c, tendríamos como sujeto pasivo a la entidad financiera, al prestamista; pero si aplicásemos el apartado d, el sujeto pasivo resultaría ser el prestatario. A este aparente problema pone solución el artículo 15.1 de la Ley que expresa 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: por tanto, en principio será el prestatario en atención a ese apartado d, como ha interpretado la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y como se reafirma en estos recursos de casación el mismo Supremo.

Esto en cuanto a la constitución del préstamo hipotecario, pero cosa distinta es el impuesto por la documentación del préstamo hipotecario, en escritura pública, el verdadero asunto a debatir, que, como sabemos, tiene dos modalidades, una de cuota fija y otra de cuota variable en función a la cuantía del acto.

⁶⁰ PALOMAR OLMEDA, A. “Actos jurídicos documentados: el problema suscitado y el valor de la jurisprudencia”, en *Diario La Ley*, 2019, núm. 9330, pág. 3 y ss.

Será considerado sujeto pasivo del IAJD, según el art. 29 de su Ley, el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

Surgen después las ya mencionadas STS de Octubre de 2018 (STS 1505/2018, de 16 de octubre; STS 1523/2018, de 22 de octubre, y STS 1531/2018, de 23 de octubre), que admiten que, el préstamo con garantía hipotecaria es una unidad a efectos tributarios, como refleja la jurisprudencia repetidamente; pero, sin embargo, el acto jurídico en sí mismo considerado es muy complejo, existiendo dos adquirentes: el prestatario por la cantidad recibida y el prestamista por la hipoteca que ostenta. Y con esto como base, entienden (pero no comparten) la posición de aquellos que entienden que el sujeto pasivo de esta modalidad impositiva es también el prestatario, ya que tienen dos principales argumentos de peso: en primer lugar, que la hipoteca es un derecho accesorio del negocio principal, que es el préstamo, y por tanto en la interpretación de las disposiciones legales debe prevalecer en todo caso la parte principal del negocio (el préstamo, no la hipoteca); y en segundo lugar, que en el propio Reglamento del impuesto, a la hora de determinar el sujeto pasivo, se refiere al “prestatario”, y pese a no ser contenido este concepto en la Ley, al ser recogido en el Reglamento, sirve como pauta interpretativa.

Pero, “aun reconociendo la solidez de buena parte de los argumentos en los que descansa la jurisprudencia actual, debemos corregirla porque, frente a la conclusión extraída por esa jurisprudencia, entendemos que el obligado al pago del tributo en estos casos es el acreedor hipotecario, sujeto en cuyo interés se documenta en instrumento público el préstamo que ha concedido y la hipoteca que se ha constituido en garantía de su devolución”.⁶¹ Por tanto, cambian el criterio, atribuyendo el pago del impuesto a la parte prestamista.

Para explicar este cambio jurisprudencial se apoyan en tres pilares: El requisito de inscribibilidad, la regulación de la base imponible, y el artículo 29 de la Ley:

En primer lugar, en relación al requisito de inscribibilidad, señalan estas sentencias que este impuesto es sólo exigible cuando el acto incluido en la escritura notarial es inscribible en alguno de los Registros Públicos del artículo 31.2 del Texto Refundido. Y realmente, el

⁶¹ STS (Sala de lo Contencioso-administrativo), núm. 1505/2018, de 16 de octubre, Fundamento de Derecho núm. 5.

préstamo no es inscribible⁶² pues no es un derecho real, ni tampoco tiene la trascendencia real típica a la que se refiere el artículo 7 del Decreto de 14 de febrero de 1947, *por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario* (en adelante Reglamento Hipotecario). Por tanto, si una condición indispensable para que nazca el hecho imponible es que se de un acto o contrato inscribible en los Registros Públicos, no tiene sentido considerar al préstamo como la parte esencial de este tipo de contratos.

En segundo lugar, en cuanto a la regulación de la base imponible: se dice que “la base imponible en los derechos reales de garantía y en las escrituras que documenten préstamos con garantía estará constituida por el importe de la obligación o capital garantizado...”. Como podemos observar, en este artículo se regula en torno a la capacidad económica del prestamista, no del prestatario, puesto que recoge el importe de la garantía que obtiene aquél.

Por último, hay que atender al “interesado” en este negocio jurídico para poder disipar las dudas que aparecen en cuanto a la segura identificación del sujeto pasivo. Y estas sentencias entienden como interesado al beneficiario del documento, es decir, al acreedor hipotecario, pues es él quien está únicamente legitimado para ejercitar las acciones que se le ofrece a los titulares de los derechos inscritos, por tanto, sólo a él le interesa la inscripción de la hipoteca.

Bajo mi punto de vista, coincido plenamente con el punto de vista que recoge el Supremo en estas sentencias, pues el verdadero interesado en la inscripción registral de este contrato es realmente el prestamista, la entidad financiera, debiendo por tanto cargar ellos con el peso impositivo que se deriva de tal inscripción, debiendo ser el prestatario totalmente ‘inmune’ a cualquier pago, ya sea directo o indirecto, relativo a este concepto.

Así, estas Sentencias del TS de octubre de 2018, cambian por completo el criterio jurisprudencial y anulan el artículo 68. 2 del Reglamento del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, entendiendo que la expresión “cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario” es contraria a la ley; y por tanto nula

Pero la cuestión no se detuvo aquí, con dichas Sentencias, sino que el Tribunal Supremo actuó en Pleno, rectificando lo decidido. Esto ocurrió en tres STS de 27 de noviembre de

⁶² Artículo 2 Ley Hipotecaria.

2018⁶³ que rectifican el cambio que supusieron las STS de octubre, y que determinaron que el sujeto pasivo en el impuesto sobre actos jurídicos documentados, cuando el documento sujeto es una escritura pública de constitución de un préstamo con garantía hipotecaria, es de nuevo el prestatario, en su condición de adquirente del negocio principal documentado, siguiendo el artículo 29 del Texto Refundido. Esto supuso ratificar y mantener en sus términos la doctrina jurisprudencial de la Sala Tercera anterior a dichas sentencias de octubre de 2018.

Hay que hacer una mínima referencia a la cuestión de qué ocurre entonces con el artículo 68.2 del Reglamento, puesto que fue anulado por dichas sentencias de octubre de 2018, que ahora quedan también contradichas por el Pleno. La solución que finalmente se ha seguido ha sido la de mantener la nulidad de dicho precepto puesto que era meramente interpretativo o aclaratorio.

Por tanto, en este punto, el propio Tribunal Supremo se desdice y vuelve a colocar la carga impositiva al prestatario, generando una inseguridad jurídica y una imagen del Tribunal Supremo bastante débil.

Finalmente, el legislador tuvo la necesidad de intervenir en este caos jurisprudencial y normativo, dando lugar al muy relevante RDL 17/2018. Este Real Decreto fue convalidado por el Congreso de los Diputados el 22 de noviembre de 2018 y se tramitó al mismo tiempo como Proyecto de Ley por el procedimiento de urgencia; y recoge aquello que decidió en su momento la Sección 2ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, en las sentencias de octubre de 2018 que he expuesto previamente.

Este Real Decreto tiene como principal consecuencia que, por las escrituras de constitución de préstamos hipotecarios, pague el prestamista, y no el prestatario. Es decir, da un giro de 180 grados al panorama existente en las últimas décadas y se plasma en un texto con fuerza de ley, poniendo fin al caos jurisprudencial vivido en los últimos meses. Así, añade al artículo 29 del Texto Refundido la precisión de que “cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista”; y por otra parte también introduce un nuevo apartado, bastante criticado, en el artículo 45.I.B), que dispone que “estarán exentas del impuesto de que se trata las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria en las que el prestatario sea alguna de las personas o entidades incluidas en la letra

⁶³ STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) núm. 1671/2018, 1672/2018 y 1669/2018, de 27 de noviembre.

A) anterior”: es decir, partidos políticos, Cruz Roja, etc. La crítica que se hace a este precepto deriva en que, si el pago del impuesto recae en el prestamista, no tiene mucho sentido el hacer esta serie de exenciones de pago del impuesto.

Este cambio de criterios entró en vigor el 10 de noviembre, y se aplicó únicamente a las hipotecas concedidas a partir de ese momento, siendo a partir de ese momento cuando los prestatarios dejaron de pagar este impuesto y su cobro recayó sobre el prestamista, las entidades bancarias y financieras. Por tanto, no cabe otorgar efecto retroactivo al Decreto.

Este Real Decreto ha sido duramente criticado, al entender parte de la población que responde al clamor popular y a una oportunidad política; olvidándose de las posibles consecuencias económicas que puede conllevar esta nueva regulación, que aparta este gasto del prestatario para colocárselo al prestamista. Finalmente lo que parece ocurrir, es que, de manera indirecta, las entidades crediticias han encontrado la forma de repercutir estos nuevos gastos que ahora tienen que asumir, sobre la persona del prestatario: así algunas entidades han optado por subir los diferenciales, otras han limitado el movimiento a los tipos fijos iniciales de las hipotecas variables y otras han elevado el requisito de la vinculación; aunque también es verdad que otras entidades han mantenido sus condiciones contractuales e incluso alguna entidad las ha mejorado. Por tanto, aún es pronto para vaticinar el efecto final que supone este nuevo criterio, sin embargo, no podemos caer en posiciones derrotistas y alarmistas que ya han llenado la prensa en otras ocasiones, como en el asunto de las cláusulas suelo; pues son estas mismas alarmas las que, en mi opinión, actúan como oportunismo político, que es lo que en teoría ellos mismos critican del cambio legislativo.

En relación a las sentencias de noviembre que mantienen el criterio clásico y al Real Decreto que no tiene efectos retroactivos, *ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.*, sostiene (hablando de aquellos préstamos anteriores al 10 de noviembre, fecha de entrada en vigor del Real Decreto) que “Hemos vuelto al punto de partida, pero con grandes pérdidas. Se ha destruido la armonía de la Sala Tercera, que tras la lectura de los votos particulares se nos antoja difícil de reconstruir. También ha sufrido el prestigio del Tribunal Supremo, que sin duda ha hecho una mala gestión de este problema. [...] El cambio de doctrina hubiera sido peor: se hubieran interpuesto cientos de miles de demandas que hubieran colapsado el sistema judicial, las

CCAA, [...] la incertidumbre sobre los efectos globales de la sentencia hubiera dañado a la economía por años.”⁶⁴

Por último, y en coherencia con la estructura de este trabajo, hay que hacer mención a la LCCI, que en su artículo 14.1.e) iv. expresa que “El pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados se realizará de conformidad con lo establecido en la normativa tributaria aplicable.” Es decir, el Real Decreto anteriormente mencionado, por el que el pago de este impuesto recae sobre la persona del prestamista, es decir, la entidad que concede el préstamo hipotecario.

Por último, la LCCI, en su Disposición final segunda, modifica el Real Decreto Legislativo 1/1993 *por el que se aprueba el Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, añadiéndose un párrafo final al artículo 45, que queda de la siguiente manera: “Los beneficios fiscales y exenciones subjetivas concedidos por esta u otras leyes en la modalidad de cuota variable de documentos notariales del impuesto sobre actos jurídicos documentados no serán aplicables en las operaciones en las que el sujeto pasivo se determine en función del párrafo segundo del artículo 29 del Texto Refundido, salvo que se dispusiese expresamente otra cosa.” Por lo que parece que se soluciona con este nuevo párrafo la crítica a la que hice mención anteriormente acerca de las exenciones atribuidas a determinadas entidades que actúan como prestatarios, pese a que el pago del impuesto se impone a la parte prestamista.

6. PROBLEMÁTICA DE LA RECLAMACIÓN DE LOS GASTOS DE FORMALIZACIÓN

Si bien es cierto que la LCCI con su regulación soluciona los problemas derivados del reparto de los gastos de formalización del contrato de préstamo hipotecario, al no tener efectos retroactivos con carácter general, únicamente se aplicará a los contratos celebrados con posterioridad a la fecha de su entrada en vigor, el pasado 16 de junio de este año.

Por tanto, esta Ley no pone fin al problema de manera global, pues existen multitud de contratos celebrados en una fecha anterior al 16 de junio, en los cuales el criterio a seguir

⁶⁴ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “El AJD en los préstamos hipotecarios, Paisaje después de la batalla I”, en *Blog Hay Derecho*, 11 diciembre de 2018.

para el reparto no queda tan claro, debiendo acudir a la doctrina jurisprudencial para resolver los conflictos ocasionados por el reparto injustificado de determinados gastos, y en su caso, pudiendo ejercitar una acción de reclamación para que se restituya, generalmente al prestatario, lo que abonó y debió ser pagado por el prestamista.

Para iniciar el procedimiento de reclamación, se debe comenzar con una reclamación extrajudicial a la entidad bancaria con quien se celebró el contrato de préstamo hipotecario. Y en dos meses deberán dar respuesta a la petición, si no lo hacen o la respuesta es negativa, se podrá interponer demanda en la que se habrá de solicitar tanto la declaración de nulidad de la cláusula abusiva como la restitución de las cantidades cobradas indebidamente por el banco.

Es importante conocer que no sólo puede reclamar estos gastos aquél que tenga vigente su hipoteca, sino que también podrá hacerlo quien haya ya cancelado la misma, o el que ya no ostente la condición de deudor por haberse subrogado otra persona en su lugar, esto es debido a que nos encontramos ante una acción de nulidad, no de resolución contractual⁶⁵

Y, ¿Cuáles son los gastos que se pueden reclamar? En virtud de las STS de 23 de Enero de 2019, que, como hemos visto sientan jurisprudencia acerca del reparto de los gastos de formalización; podremos reclamar los siguientes gastos si en virtud de una cláusula que sea declarada abusiva, y por tanto nula, los satisfizo el prestatario debiendo haber corrido por cuenta del prestamista:

- Los gastos notariales: puesto que el criterio seguido por el Supremo en estas sentencias fue el de repartir estos gastos por mitad, podremos reclamar la mitad que debió abonar el prestamista y sin embargo fue también abonada por el prestatario.
- Los gastos de gestoría: con ellos ocurre lo mismo que con los gastos notariales, pues el criterio fijado por estas sentencias de enero de 2019 ha sido el de repartirlos por mitad, por tanto, se podrá también reclamar la mitad indebidamente abonada por el prestatario.
- Los gastos registrales: estos gastos han sido atribuidos en estas sentencias en su totalidad al prestamista, por tanto, si fueron satisfechos por el prestatario, se podrían

⁶⁵ ACHÓN BRUÑÉN, M. J., “Cómo reclamar con éxito los gastos de la hipoteca tras las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019: problemas con que se puede encontrar el prestatario”, en *Diario La Ley*, 2019, núm. 9356, pág. 1.

reclamar en su totalidad, con excepción de la inscripción de la escritura de cancelación, que, al interesar a prestatario, correrá a su cuenta.

- El IAJD: En cuanto a este impuesto debemos tener en cuenta el ya visto RDL 17/2018 que establece que el sujeto pasivo de este impuesto en las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria es el prestamista; pero hay que recordar que este cambio de criterio se aplica únicamente a los contratos de préstamo hipotecario firmados a partir del 10 de noviembre de 2018, sin efecto retroactivo. Por tanto, para los casos anteriores a esta fecha, habrá que estar a lo que determinó la Ley del impuesto en cada momento.

En cuanto al plazo para poder reclamar estas cantidades satisfechas en virtud de la cláusula de gastos mediante una acción de restitución, y el *dies a quo* para su cómputo, existen diversas posturas. Resumiendo las mismas, podemos encontrarnos con tres soluciones en cuanto al plazo de la acción para restituir las cantidades indebidamente abonadas:

1. Que dicha acción no está sujeta a ningún plazo, siendo imprescriptible al igual que la acción de nulidad.
2. La acción de restitución se sujeta al plazo de 5 años recogido en el artículo 1964 del Cc., cuyo plazo comienza a contar desde la declaración de nulidad de la cláusula.
3. La acción de restitución se sujeta a dicho plazo de 5 años, pero dicho plazo comienza a computarse desde el abono de las cantidades indebidas.⁶⁶

Mi criterio es más acorde con el de la reciente sentencia 283/2019 de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1ª, de 2 de mayo de 2019. Esta sentencia recoge en primer lugar la discrepancia que existe en las Audiencias Provinciales en cuanto a esta cuestión, señalando que mientras unas entienden que hay que distinguir entre la acción de nulidad y la acción de restitución (siendo la primera imprescriptible pero la segunda no), otras entienden que tal distinción no tiene sentido y consideran ambas imprescriptibles.⁶⁷ Y resuelve entendiendo que el cómputo del *dies a quo* comienza en la STS de 23 de enero de 2019. Así, esta sentencia combina el principio de imprescriptibilidad de la acción de nulidad con el principio de seguridad jurídica, y determina que no puede mantenerse indefinidamente en el tiempo la posibilidad de reclamar la restitución de lo indebidamente abonado; fijando el plazo de

⁶⁶ SANTISO, L., “¿Cuál es el plazo para reclamar lo pagado en virtud de la cláusula de gastos hipotecarios?”, en *E-Dictum*, 2019, núm. 89, pág. 1-2.

⁶⁷ SAP Lugo (Sección Primera), núm. 283/2019, de 2 de mayo, Fundamento de Derecho núm. 1.

prescripción genérico de 5 años del Cc. Y para determinar el *dies a quo*, se basa la Sala en que una acción sometida a plazo sólo puede iniciar el plazo de prescripción desde que se puede ejercitar, y tal momento es en el que dictó la sentencia de 23 de enero de 2019, pues fue en dicha sentencia cuando el Tribunal Supremo aporta doctrina jurisprudencial sobre la cláusula de gastos y los efectos que se derivan de la misma.⁶⁸

Por tanto, mi criterio, coincidente con el recogido en esta sentencia, es también el de entender como fecha de inicio de cómputo de la acción de restitución de las cantidades indebidamente abonadas, el 23 de enero de 2019, fecha en la que se dictó la sentencia del Tribunal Supremo que determinó con claridad y concreción los efectos que se derivan de la abusividad de la cláusula de gastos.

⁶⁸ SAP Lugo (Sección Primera), núm. 283/2019, de 2 de mayo, Fundamento de Derecho núm. 2.

7. CONCLUSIONES

PRIMERA.

La regulación del contrato de préstamo hipotecario goza de enorme importancia en nuestro país, pues desempeña un papel relevante en la estabilidad económica nacional y además es un instrumento de cohesión social, garantizando el derecho constitucional a disfrutar de una vivienda digna del artículo 47; siendo esta regulación un elemento clave en el éxito del régimen de propiedad en España.

SEGUNDA.

En la formalización de los contratos de préstamo hipotecario se originan una serie de gastos que dan nombre a este trabajo, entre los que destacan los gastos de tasación del bien inmueble; los gastos de inscripción en el Registro de la Propiedad, los gastos derivados de la actividad notarial, los gastos de gestoría y los gastos derivados del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

TERCERA.

Se había venido entendiendo que existía una libertad casi plena para atribuir el pago de estos gastos entre prestamista y prestatario, lo cual derivó en la habitual práctica de introducir en este tipo de contratos la denominada “cláusula de gastos”, por la cual se repartían todos los gastos a la parte prestataria.

CUARTA.

Cabe entonces preguntarse si este tipo de cláusulas se ajustan a la legalidad y son válidas bajo el principio de libertad contractual, o por el contrario suponen un abuso de la posición contractual del más fuerte (prestamista) que impone, sin posibilidad de negociar, condiciones perjudiciales a la parte más débil (prestatario).

QUINTA.

La posible nulidad de estas cláusulas deriva principalmente de la generalización en el sector bancario de las condiciones generales de la contratación, que desvían el equilibrio entre la libertad de empresa y la defensa de los consumidores y usuarios en favor de los primeros, lo que causa un perjuicio en estos últimos, produciendo un importante desequilibrio de los derechos y obligaciones del contrato.

SEXTA.

Ante estos posibles abusos, se han establecido una serie de controles aplicables a las cláusulas para evitar este tipo de desequilibrios: así surgen el control de incorporación y el control de contenido, a los que se añade el control de transparencia, que se lleva a cabo cuando nos encontremos ante consumidores o usuarios, siendo un control más severo que los anteriores.

SÉPTIMA.

Centrándonos en el contrato de préstamo hipotecario, en los últimos años ha adquirido especial importancia el control notarial de estas cláusulas, asumiendo el notario una función de control de abusividad o falta de transparencia, que se ve incrementada gracias a la reciente Ley de Crédito Inmobiliario.

OCTAVA.

Por no superar estos controles, la STS 705/2015, de 23 de diciembre, consideró abusiva una “cláusula de gastos”, determinando que la imposición al prestatario de una serie de gastos produce un desequilibrio relevante entre las partes. Esta sentencia es considerada el punto de partida a partir del cual se origina un caos jurisprudencial y un vaivén de criterios en cuanto a los distintos gastos de formalización del contrato de préstamo hipotecario.

NOVENA.

La nulidad de esta cláusula conlleva dos efectos: en primer lugar, su eliminación del contrato, es decir, dejar el contrato como si nunca hubiese existido esa cláusula, y en segundo lugar la

restitución de la situación jurídica y económica de los contratantes a momento anterior a la aplicación de dicha cláusula.

DÉCIMA.

Muy importantes fueron las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019, que por primera vez se pronunciaron acerca de los efectos de esta nulidad de la cláusula de gastos en relación a la diferente tipología de dichos gastos.

UNDÉCIMA.

Así, los diferentes gastos de formalización del contrato de crédito hipotecario han sufrido una evolución llena de criterios contradictorios y cambios jurisprudenciales hasta llegar la Ley de Crédito Inmobiliario, Ley que deja plasmada la distribución de los mismos, resolviendo aparentemente el problema de distribución de los gastos.

DUODÉCIMA.

Los gastos de tasación, de la indispensable valoración realizada por un profesional independiente sobre el inmueble a hipotecar no fueron recogidos ni por la STS de 23 de diciembre de 2015, ni por las de 23 de enero de 2019; existiendo diversos criterios en la jurisprudencia menor. Finalmente, la Ley de Crédito Inmobiliario se los impuso al prestatario bajo determinadas garantías.

DECIMOTERCERA.

Los gastos de gestoría, derivados de los necesarios trámites para la correcta perfección del contrato, solían atribuirse al prestatario, pero no fueron tampoco objeto de la STS de 23 de diciembre de 2015, dándose de nuevo jurisprudencia en ambos sentidos. Por su parte, la STS de 23 de enero de 2019 divide por mitad los gastos de gestoría, y la Ley de Crédito Inmobiliario se los atribuye expresamente al prestamista.

DECIMOCUARTA.

Los gastos de notaría, honorarios pagados a terceros por su intervención profesional, venían atribuyéndose también al prestatario como práctica general, pero las Sentencias de 23 de enero del Tribunal Supremo entienden que al interesar a ambas partes, deben dividirse por mitad, y finalmente la Ley de Crédito Inmobiliario establece que el prestamista será quien asuma el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario, y los de las copias quien las solicite.

DECIMOQUINTA.

Los gastos registrales, originados por la inscripción en el Registro de la Propiedad del contrato, son también honorarios pagados a terceros por su intervención profesional, han generado menos discusión, y se acepta de manera unánime que deben ser satisfechos por el prestamista, el único interesado en la inscripción en el Registro; criterio que siguen las sentencias de 23 de enero de 2019 y la Ley de Crédito Inmobiliario.

DECIMOSEXTA.

Por último, el impuesto de actos jurídicos documentados, que grava la escritura pública que formaliza el contrato de préstamo hipotecario, es el gasto cuantitativamente más importante y tradicionalmente ha sido satisfecho por el prestatario.

DECIMOSÉPTIMA.

La evolución jurisprudencial de este impuesto ha sido la más contradictoria y compleja: ya la Sentencia de 23 de diciembre de 2015 declaró que no podía quedar la parte prestamista al margen del pago de este impuesto, considerándole como sujeto pasivo de la vertiente de actos jurídicos documentados. Pero ello ocasionó una serie de contradicciones entre la Sala de lo Civil del Supremo y la Sala de lo Contencioso-Administrativo, que terminó en la vuelta al pago del impuesto por parte del prestatario. En octubre de 2018 la propia sala tercera vuelve a atribuir al prestamista el pago del impuesto, para un mes después volver a desdecirse en Pleno. Finalmente, el poder ejecutivo actúa mediante Real Decreto Ley 12/2018, de 8 de noviembre, atribuyendo el pago del impuesto a la parte prestamista, normativa a la que remite la Ley de Crédito Inmobiliario.

DECIMOCTAVA.

Si bien es cierto que la LCCI facilita la distribución de gastos, sólo se aplica a aquellos contratos de préstamo hipotecario celebrados tras el 16 de junio de 2019, por lo que, para aquellas hipotecas anteriores a dicha fecha, si se ha abonado un gasto que debió haberlo sido por el prestamista, hay que conocer qué gastos pueden reclamarse y de qué manera, prestando especial atención al plazo de prescripción para la ejercer la acción de restitución.

DECIMONOVENA.

Analizando todos estos cambios de manera global, en su conjunto, se ha producido un gran avance, en mi opinión, hacia la protección de los derechos y garantías de las personas físicas en los contratos de préstamo hipotecario. Logrando un contrapeso que equilibra un poco más la balanza hacia la justicia contractual, limitando la abusividad por parte de las grandes financieras de su poder para imponer a las personas determinadas cláusulas y pagos que estaban afectando a sus derechos más esenciales.

VIGÉSIMA.

En cuanto a los efectos económicos derivados de toda esta evolución jurisprudencial y normativa, existen multitud de posturas, desde las más alarmistas hasta las más confiadas, pasando por el medio. Bajo mi criterio aún es pronto para intentar sacar conclusiones acertadas del impacto de estos cambios, pues la LCCI apenas lleva 1 mes en vigor. Sin embargo, me aventuro a decir que no van a producirse grandes consecuencias en cuanto al impacto en el consumidor de estos gastos que ahora deben satisfacer las entidades prestamistas.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INDICE DE AUTORES

- ACHÓN BRUÑÉN, M. J., *Las reclamaciones por cláusulas suelo y otras muchas cláusulas abusivas en las escrituras de hipoteca*, Madrid, 2017.
- ACHÓN BRUÑÉN, M. J., “Cómo reclamar con éxito los gastos de la hipoteca tras las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019: problemas con que se puede encontrar el prestatario”, en *Diario La Ley*, 2019, núm. 9356.
- ACHÓN BRUÑÉN, M. J., *Problemas que plantean el procedimiento hipotecario y las cláusulas abusivas*, Madrid, 2016.
- ADÁN DOMENECH, F., *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*, Barcelona, 2017.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “El AJD en los préstamos hipotecarios, Paisaje después de la batalla I”, en *Blog Hay Derecho*, 11 diciembre de 2018.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. “Los gastos de hipoteca en la Ley de Crédito Inmobiliario”, en *Blog Hay Derecho*, 4 de febrero de 2019.
- AMAT LLOMBART, P., *Las cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios celebrados con consumidores a la luz del derecho y la jurisprudencia comunitaria y española*, Madrid, 2018.
- BLANCO GARCÍA-LOMAS, L., “Control de oficio de las cláusulas abusivas en el seno del concurso de acreedores” en AA.VV.: *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros* (Est. dir por C. del Carmen Castillo Martínez), Valencia, 2019.
- BUSTO LANDÍN, J.P., “Cuáles son los gastos de formalización de formalización de una hipoteca”, en *Blog MBL-Abogados*, 9 de noviembre de 2018.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C., *Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca*, Valencia, 2016.
- CASTILLO MARTÍNEZ C., “Cláusula de impuestos y gastos (I)” en AA.VV.: *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros* (Est. dir por C. del Carmen Castillo Martínez), Valencia, 2019.

- FORTEA GORBÉ, J. L., *La protección del deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas*, Madrid, 2017.
- FERNANDEZ BENAVIDES, M., “Hipoteca y gastos de gestoría: presente caótico y futuro incierto”, en *Blog Hay Derecho*, 13 de abril de 2018.
- LONGÁS PASTOR, B., “Control registral de las cláusulas abusivas” en AA.VV.: *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros* (Est. dir por C. del Carmen Castillo Martínez), Valencia, 2019.
- MARÍN LOPEZ, M. J., “Las cinco sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 23 de enero de 2019 sobre la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios”, en *Diario La Ley*, núm. 9348.
- MIRA CANTÓ, A. L., “Control notarial de cláusulas abusivas” en AA.VV.: *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros* (Est. dir. por C. del Carmen Castillo Martínez), Valencia, 2019.
- PALOMAR OLMEDA, A. “Actos jurídicos documentados: el problema suscitado y el valor de la jurisprudencia”, en *Diario La Ley*, 2019, núm. 9330.
- SANTISO, L., “¿Cuál es el plazo para reclamar lo pagado en virtud de la cláusula de gastos hipotecarios?”, en *E-Dictum*, 2019, núm. 89.

INDICE DE JURISPRUDENCIA

AUDIENCIAS PROVINCIALES:

- SAP Jaén (Sección Primera), núm. 126/2014, de 27 de marzo.
- SAP Pontevedra (Sección Primera), núm. 448/2014, de 14 de mayo.
- SAP Oviedo (Sección Cuarta), núm. 741/2017 de 24 de marzo.
- SAP de Pontevedra (Sección Primera) núm. 152/2017, de 28 de marzo.
- SAP Huelva (Sección Segunda), núm.817/2017, de 19 de diciembre.
- SAP Palencia (Sección Primera), núm. 18/2018, de 22 de enero.
- SAP Castellón (Sección Tercera), núm. 34/2018, de 19 de abril.

- SAP Bilbao (Sección Cuarta) núm. 278/2018, de 25 de abril.
- SAP Lugo (Sección Primera), núm. 283/2019, de 2 de mayo.

TRIBUNAL SUPREMO:

- STS (Sala de lo Contencioso-administrativo), núm. 2533/2001, de 23 de noviembre.
- STS (Sala de lo Contencioso-administrativo), núm. 158/2004, de 20 de enero.
- STS (Sala de lo Civil), núm. 1765/2013, de 24 de marzo.
- STS (Sala de lo Civil), núm. 241/2013, de 9 de mayo.
- STS (Sala de lo Civil), núm. 265/2015, de 22 de abril.
- STS (Sala de lo Civil), núm. 705/2015, de 23 de diciembre.
- STS (Sala de lo Contencioso-administrativo), núm. 528/2016, de 7 de marzo.
- STS (Sala de lo Civil), núm. 328/2016, de 18 de mayo.
- STS (Sala de lo Civil), núm. 467/2017, de 19 de julio.
- STS (Sala de lo Civil), núm. 848/2018, de 15 de marzo.
- STS (Sala de lo Civil), núm. 849/2018, de 15 de marzo.
- STS (Sala de lo Contencioso-administrativo), núm. 1505/2018, de 16 de octubre.
- STS (Sala de lo Civil), núm. 702/2018, de 13 de diciembre.
- STS (Sala de lo Civil), núm. 44/2019, de 23 de enero.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

- STJCE, asuntos C.240/98 a C-244/98, de 27 de junio de 2000.
- STJUE (Sala Primera), Asuntos C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, de 21 de enero de 2015.
- STJUE (Sala Novena), Asunto C-143/13, de 25 de febrero de 2015.
- ATJUE (Sala Sexta), Asunto C-602/13, de 11 de junio de 2015.
- STJUE (Sala Cuarta), Asunto C-110/14, de 3 de septiembre de 2015.

- STJUE (Gran Sala), Asuntos C-154/15, C-307/15 y C-308/15, de 21 de diciembre de 2016.
- STJUE (Gran Sala), Asuntos C-70/17 y C-179/17, de 26 de marzo de 2019.

ÍNDICE DE LEGISLACIÓN.

- Decreto de junio de 1944, *por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado.*
- Real Decreto Legislativo 1/1993 *por el que se aprueba el Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*
- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.*
- Orden ministerial de 5 de mayo de 1994, *sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.*
- Ley 7/1998, de 13 de abril, *sobre condiciones generales de la contratación.*
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.*
- Ley 2/2009 de 31 de marzo, *por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios.*
- Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre, *de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.*
- Real Decreto Ley 17/2018, de 8 de noviembre de *modificación del Texto Refundido de la Ley Sobre Transmisiones y actos Jurídicos documentados.*
- Ley 5/2019, de 15 de marzo, *reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario.*