

LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL IMPUESTO DE ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

*The doctrine of the Supreme Court on the tax
originated by legal documents*

TANIA VÁZQUEZ MUIÑA*
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
MADRID, ESPAÑA

* Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España). Profesora colaboradora Honorífica del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid (España). Correo electrónico: <vazquezmuina.tania@gmail.com>.

Artículo recibido el 13 de marzo de 2018 y aceptado para publicación el 23 de abril de 2018.

RESUMEN: El presente trabajo ofrece un estudio del carácter abusivo de la cláusula por la que la entidad financiera impone al prestatario el pago de los costes originados por la intervención notarial y registral, así como el pago de los tributos que se derivan como consecuencia de la celebración del préstamo hipotecario. A este respecto, se hace especial referencia a la doctrina del Tribunal Supremo sobre el impuesto de actos jurídicos documentados, tributo sobre el que ha recaído doctrina jurisprudencial reciente por parte del Alto Tribunal que merece ser objeto de examen.

PALABRAS CLAVE: Cláusula abusiva, notario, registrador, impuesto.

ABSTRACT: *The present work offers a study of the unfair term that imposes to the borrower the payment of the cost originated by the public notary, the registrar and the payment of taxes. In this sense, special mention is made to the doctrine of the Supreme Court on the tax originated by legal documents because there is a recent doctrine of this Supreme Court that is very important for this tax and is necessary to be studied.*

KEYWORDS: *Unfair term, public notary, registrar, tax.*

PLANTEAMIENTO

En el ámbito bancario son innumerables las pugnas que los consumidores y profesionales tienen que afrontar en materia de condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas, sobre todo respecto del préstamo hipotecario. Entre ellas se encuentran las cláusulas suelo¹, de gran controversia y actualidad, pero también la Cláusula Índice de Referencia de los Préstamos Hipotecarios² y la hipoteca multi-divisa, amén de otras cuestiones que ya eran objeto de litigio, como la cláusula de vencimiento anticipado o los intereses de demora.

La finalidad de este artículo no será ninguna de las estipulaciones mencionadas, sino la cláusula comúnmente conocida como cláusula de gastos. A través de esta estipulación, la entidad financiera impone al prestatario el pago de los costes originados por la intervención notarial y registral, así como el pago de los tributos que se derivan como consecuencia de la celebración del préstamo hipotecario. En concreto, en este estudio se aborda cómo debe procederse al reparto de los gastos entre prestamista y prestatario, centrándonos en el caso de los tributos en el impuesto sobre actos jurídicos documentados, aspecto sobre el que ha recaído doctrina jurisprudencial reciente por parte del Tribunal Supremo.

I. EL TRIBUNAL SUPREMO Y EL IMPUESTO DE ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

1. La sts de 23 de diciembre de 2015

Para abordar el estudio del impuesto de actos jurídicos documentados, y más concretamente a quién corresponde el pago de este tributo en el caso de la concertación de un préstamo con garantía hipotecaria, debe partirse indefectiblemente de la Sentencia nº 705, de 2015, del Tribu-

1 Para un análisis de la cláusula de suelo, *vid.* VÁZQUEZ (2017), pp. 525-562.

2 En adelante, "IRPH". Para un estudio de la cláusula IRPH, *vid.* VÁZQUEZ (2018).

nal Supremo, de 23 de diciembre³, pues se trata de un pronunciamiento realizado por nuestro Alto Tribunal que sienta las bases jurídicas no sólo del reparto entre prestamista y prestatario de los costes derivados de la intervención notarial y registral, sino también del reparto de los gastos ocasionados por el impuesto de actos jurídicos documentados.

En la Sentencia de 23 de diciembre de 2015, la cláusula por la que la entidad financiera impone al prestatario el pago de los tributos derivados del contrato de préstamo hipotecario presenta la siguiente redacción: “Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación –incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía– y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11^a”.

Nótese que la entidad financiera impone al prestatario el pago no de algunos impuestos, sino de todos los tributos derivados de la celebración del préstamo hipotecario.

En cuanto al impuesto de actos jurídicos documentados, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 23 de diciembre de 2015 plasma el contenido del artículo 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados⁴, que establece que “*estará obligado al pago del Impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: a) En las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere; (...) c) En la constitución de derechos reales, aquél a cuyo favor se realice este acto; d) En la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el prestatario*”. Asimismo, el artículo 15.1 del citado Texto Refundido preceptúa que “*la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticre-*

3 Tribunal Supremo, *Organización de Consumidores y Usuarios (ocu) contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. y Banco Popular S.A.* (2015, Sentencia nº 705). En adelante, “sts, de 23 de diciembre de 2015”.

4 Real Decreto Legislativo nº 1, de 1993.

sis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo”⁵.

Por tanto, para el Tribunal Supremo la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la concertación de un préstamo hipotecario, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho de hipoteca y, en todo caso, de 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. En consecuencia, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el artículo 89.3 c) del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, considera que la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia Provincial es plenamente ajustada a Derecho⁶.

En primer lugar, cabe destacar que la aplicación de los artículos 8 y 15 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados para solventar la problemática suscitada por el impuesto de actos jurídicos documentados, a saber, dilucidar quién es el sujeto pasivo del tributo y por ende poder determinar si la cláusula es abusiva o no, no es del todo adecuada. En nuestra opinión, no puede olvidarse que el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados regula dos impuestos: el impuesto de transmisiones patrimoniales y el impuesto de actos jurídicos documentados, situándose los artículos 8 y 15 en el Título I del citado Texto Refundido, parte que alude únicamente a las transmisiones patrimoniales. Las normas reguladoras del impuesto de actos jurídicos documentados se encuentran en el Título III, es decir, en los artículos 27 y siguientes. Por tanto, será en esta parte del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados a la que habrá de acudir para examinar la controversia surgida respecto al impuesto de actos jurídicos documentados.

5 STS de 23 de diciembre de 2015, FD 5º, h) Séptimo motivo (cláusula de gastos del préstamo hipotecario).

6 STS de 23 de diciembre de 2015, FD 5º, h) Séptimo motivo (cláusula de gastos del préstamo hipotecario).

La argumentación llevada a cabo por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 23 de diciembre de 2015 no merecería crítica alguna si nos situáramos estrictamente en el caso del impuesto de transmisiones patrimoniales, pues resultan de aplicación los artículos 8 y 15 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados⁷, dando como resultado que el sujeto pasivo del tributo es el prestatario, pero resulta erróneo para el impuesto de actos jurídicos documentados, dado que son de aplicación otros artículos del citado texto normativo.

Por otra parte, hay que poner de manifiesto que, como opina NIETO, el artículo 89.3, letra c), del TRLGDCU, no debería ser de aplicación al caso, pues este precepto, al referirse a la compraventa de viviendas, está pensando en la llamada “plusvalía municipal”, que es el único impuesto que afecta al transmitente⁸. En concreto, el artículo 89.3 establece que tendrán la consideración de cláusulas abusivas, en particular, cuando se trate de compraventa de viviendas: “(...) c) *La estipulación que imponga el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario*”.

En efecto, aunque en la compraventa de viviendas debe liquidarse el impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, el artículo 8 del Texto Refundido de la Ley de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados preceptúa que *“estará obligado al pago del Impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: a) En las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere”*, por lo que no hay riesgo de que el prestamista traslade el pago del impuesto de transmisiones patrimoniales al prestatario, pues ya le corresponde a este último por ley. Respecto al impuesto de actos jurídicos documentados, el pago de dicho tributo también le corresponde al prestatario-adquirente en virtud del artículo 29 del Texto Refundido de la Ley de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (*“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”*). Además, no puede olvidarse que el artículo 89.3, letra c), TRLGDCU habla sobre la compraventa

7 En adelante, “TRLGDCU”.

8 NIETO (2017), párrafo cuarto.

de viviendas, no sobre la fase de financiación, es decir, del préstamo, por lo que no resulta de aplicación al caso⁹.

2. Las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018

El día 15 de marzo de 2018, nuestro Alto Tribunal dictó dos sentencias sobre la cláusula de gastos y el impuesto de actos jurídicos documentados, en el contexto de un contrato de préstamo hipotecario: las sentencias nº 147 y 148, del 15 de marzo de 2018¹⁰.

En dichas sentencias, el Tribunal Supremo concluye acertadamente que el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados es el prestatario, si bien utilizando, a nuestro juicio, una argumentación incorrecta, pues los preceptos que aplica no son los adecuados para solventar esta controversia. Como se ha puesto de manifiesto en el epígrafe anterior, el Texto Refundido de la Ley de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados regula dos tipos de tributos: el impuesto de transmisiones patrimoniales y el impuesto de actos jurídicos documentados, perteneciendo los artículos 8 y 15 del citado texto normativo –que son los que utiliza el Tribunal Supremo– a la parte que alude únicamente al impuesto de transmisiones patrimoniales. A este respecto, los preceptos que tendrían que ser de aplicación serían los artículos 27 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que son los que se refieren estrictamente al impuesto de actos jurídicos documentados.

Pues bien, si aplicamos estos preceptos, concretamente el artículo 29 que es completado por el artículo 68 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados¹¹, ha de concluirse que el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados es el prestatario, siendo la literalidad de ambos artículos inequívoca en este sentido, ya que el artículo 29 establece que *“será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los*

9 Esta cuestión será debidamente desarrollada en el apartado 3.3.2.

10 Tribunal Supremo, *Doña Amparo contra Banco Sabadell S.A.* (2018, Sentencia nº 147) y *Don Porfirio contra Banco Sabadell S.A. y Caixabank S.A.* (2018, Sentencia nº 148).

11 Real Decreto nº 828, de 1995.

documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan”, añadiendo el artículo 68 que “cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario”. En consecuencia, cuando se suscriba un préstamo hipotecario deberá ser el prestatario quien pague el importe del impuesto de actos jurídicos documentados.

Cabe destacar que se ha cuestionado la constitucionalidad del artículo 68 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Sin embargo, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en dos ocasiones sobre esta cuestión¹², resolviendo que el artículo 68 es constitucional, por lo que su contenido ha de ser de aplicación, con independencia de las consideraciones desiderativas de cada uno o propuestas de modificación legislativa. A este respecto, se ha llegado a sostener que el artículo 68 incurre en una extralimitación *contra legem* del artículo 29 que vulnera el principio de reserva de ley en la determinación de los elementos esenciales de los tributos (artículo 8 de la Ley n° 58, General Tributaria)¹³. No obstante, debe tenerse presente que para el Tribunal Supremo el artículo 29 del Texto Refundido de la Ley de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados preceptúa que el sujeto pasivo es “*el adquirente del bien o derecho*” y en el préstamo el adquirente es el prestatario, que es quien adquiere la cantidad prestada y se obliga a su devolución, con pago en su caso de los intereses, con independencia de que el préstamo esté garantizado con hipoteca¹⁴, por lo que no puede admitirse tal razonamiento.

Ahora bien, como afirma el Tribunal Supremo en la Sentencia n° 147, del 15 de marzo de 2018, “la entidad prestamista no queda siempre y en todo caso al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la expedición de las copias, actas y testimonios que interese”¹⁵.

12 Tribunal Constitucional, *Mas Vilanova S.A. contra Caixa d’Estalvis i Pensions de Barcelona* (2005, Auto n° 223).

13 Así lo considera, entre otros, AGÜERO (2018).

14 Tribunal Supremo, *Don Luis Enrique contra Acuerdo del Consejo de Ministros* (2004: Roj: STS 159/2004-ECLI:ES:TS:2004:159).

15 Tribunal Supremo, *Doña Amparo contra Banco Sabadell S.A.* (2018, Sentencia n° 147), apartado 1.

II. LA CLÁUSULA DE GASTOS DE NOTARÍA Y REGISTRO

1. Regulación normativa

La cláusula de gastos aparecía contemplada en la Norma Quinta de la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, bajo la denominación de “gastos repercutibles”. Dicho artículo establecía que “en ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente. Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos”. Actualmente, los gastos repercutibles se encuentran recogidos en el artículo 3 de la Orden EHA, n° 2899/2011, del 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que preceptúa que *“sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos”*¹⁶.

A este respecto, cabe indicar que resulta una práctica habitual que la entidad financiera gestione el pago de los aranceles notariales y registrales por cuenta y mandato del prestatario, previa provisión de fondos solicitada a la formalización del préstamo¹⁷.

2. Consideraciones generales

Como manifiesta la Sentencia del 6 de julio de 2017, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, debe tenerse presente que las escrituras de préstamo hipotecario formalizan dos negocios jurídicos de distinta naturaleza y que gozan de autonomía sustantiva: el contrato de préstamo y el negocio constitutivo de un derecho real de hipoteca. Ahora bien, esa diversidad negocial no se traduce arancelariamente en una pluralidad de conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía, y la hipoteca, por el importe que garantiza. Por el contrario, prima la consideración unitaria del conjunto

¹⁶ NIETO (2017) primer párrafo.

¹⁷ PERTÍÑEZ (2016) p. 97.

negocial, de tal manera que se aplica el arancel por un solo concepto: el préstamo hipotecario. La base minutable en el préstamo hipotecario se determina, de conformidad con la legislación fiscal, atendiendo al importe global de las obligaciones que asume el prestatario y que resultan garantizadas con hipoteca, es decir, a la cifra de responsabilidad hipotecaria¹⁸.

Por otra parte, ha de señalarse que en este trabajo los gastos objeto de análisis son los relativos a la constitución de préstamos hipotecarios, no los gastos derivados de la compraventa del inmueble¹⁹.

No obstante, respecto a este último caso, procede resaltar que el artículo 89.3 TRLGDCU preceptúa que *“en todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas: (...) la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario”*, y que el artículo 1455 del Código Civil dispone que *“los gastos de otorgamiento de escrituras serán de cuenta del vendedor, y los de primera copia y los demás posteriores a la venta serán de cuenta del comprador, salvo pacto en contrario”*. En consecuencia, dado que por ley dispositiva corresponden estos gastos al empresario-vendedor, la cláusula del contrato de compraventa que imponga al consumidor los gastos de otorgamiento de la escritura de compraventa deberá reputarse abusiva, siempre y cuando no haya sido negociada, pues la declaración del carácter abusivo únicamente puede darse en el caso de estipulaciones impuestas²⁰.

Hay que indicar que estos gastos de compraventa figurarán en una factura relativa a los honorarios y suplidos notariales diferente a la hipoteca, y que el empresario, en este caso, no es la entidad prestamista, sino el vendedor. Por otra parte, los gastos de registro derivados de la compraventa deberán ser abonados por el consumidor, que es aquel en cuyo favor se inscribe la transmisión de la propiedad y quien tiene interés en

18 Audiencia Provincial de Las Palmas, *Tomasa contra Bankia S.A.* (2017, AC 2017, nº 658), gastos notariales. En este sentido, el Juzgado de Primera Instancia, *Don Blas y Doña Gracia contra Bankia S.A.* (2017, nº 101 bis de Madrid, Sentencia nº 2, letra a), gastos notariales.

19 Audiencia Provincial de Las Palmas, *Tomasa contra Bankia S.A.* (2017, AC 2017, nº 658), FD 1º, gastos notariales y AGÜERO (2016), p. 11.

20 AGÜERO (2016) pp. 11 y 12.

constar como propietario del inmueble (Norma Octava del Anexo II del Real Decreto 1427, de 1989)^{21,22}.

3. La sts de 23 de diciembre de 2015

A) EL CONTENIDO DE LA CLÁUSULA DE GASTOS

En la sts de 23 de diciembre de 2015, pronunciamiento de referencia sobre el reparto de los costes derivados de la intervención notarial y registral entre prestamista y prestatario, la cláusula de gastos presentaba la siguiente redacción: “Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación –incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía– y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11ª”.

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

Los mencionados servicios complementarios que, a solicitud de la parte prestataria, el banco decida libremente realizar, serán facturados por éste con arreglo a las tarifas de comisiones y gastos que tenga vigentes el banco en el momento de dicha solicitud. En todo caso, se considerará que constituyen un servicio objeto de facturación los trabajos de prepa-

21 Real Decreto nº 1427, de 1989. En concreto, la Norma Octava del Anexo II dispone que *“los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote directamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria se abonarán por el transmitente o interesado”*.

22 AGÜERO (2016) pp. 11 y 12.

ración de antecedentes que deba realizar el banco para el otorgamiento de la escritura de cancelación de hipoteca.

La parte prestataria queda obligada a satisfacer y resarcir al banco cuantos daños, perjuicios, costas y gastos procesales o de otra naturaleza, se generen u originen al banco por incumplimiento del contrato o para el cobro del crédito, incluyendo los gastos y costes directos o indirectos, causados por las actuaciones del banco que tengan por objeto la reclamación de la deuda (en especial, los requerimientos de pago por correo, teléfono, telegrama y notariales), así como los derivados de los procedimientos judiciales o extrajudiciales motivados por todo ello, incluidos los honorarios de abogado y procurador, aun cuando su intervención en las actuaciones y procedimientos judiciales o extrajudiciales no fuere preceptiva.

El banco queda facultado para cargar en cuenta o reclamar en cualquier momento a la parte prestataria cuantas cantidades se le adeuden por los conceptos antes indicados. Las cantidades así adeudadas al banco devengarán, desde la fecha en que éste las hubiera satisfecho y sin necesidad de reclamación, intereses de demora con arreglo a la cláusula 6ª, y quedarán garantizadas con arreglo a la cifra prevista para gastos y costas en la cláusula 9ª²³.

B) ANÁLISIS Y CRÍTICA

Como indica el Tribunal Supremo, llama la atención la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del préstamo hipotecario, supliendo y en ocasiones contraviniendo normas legales con previsiones diferentes al respecto, tal y como demostraremos a lo largo de este apartado²⁴.

Para estudiar el carácter abusivo de la cláusula de gastos expuesta y, en concreto, de los gastos concernientes al notario y al registro, hay que acudir al artículo 89 TRLGDCU. Este precepto califica como cláusulas abusivas, en todo caso, *“la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario”* (apartado tercero), atri-

23 STS de 23 de diciembre de 2015, FD 5º, h) Séptimo motivo (cláusula de gastos del préstamo hipotecario).

24 STS de 23 de diciembre de 2015, FD 5º, h) Séptimo motivo (cláusula de gastos del préstamo hipotecario).

buyendo el citado artículo 89.3 la consideración de cláusulas abusivas, en particular, cuando se trate de compraventa de viviendas: *“a) La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación); b) La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación; c) La estipulación que imponga el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario; d) La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad”*.

En nuestra opinión, al aludir una parte del artículo 89.3 TRLGDCU a la compraventa de viviendas, no parece que ésta sea de aplicación al caso (*“en particular, en la compraventa de viviendas”*). Sin embargo, el Tribunal Supremo, corroborando la postura adoptada por la Audiencia Provincial, considera que tal parte del precepto es de aplicación al supuesto, sosteniendo que *“la financiación es una faceta o fase de la adquisición”* de la vivienda²⁵.

Alejándonos de la posición del Tribunal Supremo y secundando la opinión de PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, no consideramos acertado este razonamiento, pues el contrato de préstamo hipotecario es totalmente independiente del contrato de compraventa de vivienda, por más que la causa del préstamo hipotecario pudiera ser la financiación de la adquisición del mismo bien sobre el que se constituye la garantía hipotecaria. De hecho, esto no tendría por qué ser así, ya que la causa de un préstamo con garantía hipotecaria puede ser otra distinta que financiar la adquisición de una vivienda. En consecuencia, no deberían haberse aplicado para valorar el carácter abusivo de estas cláusulas los supuestos concretos previstos en los apartados a) a d) del artículo 89.3 TRLGDCU, pues su aplicación se circunscribe al caso concreto de la compraventa de vivienda²⁶.

25 STS de 23 de diciembre de 2015, FD 5º, h) Séptimo motivo (cláusula de gastos del préstamo hipotecario).

26 PERTÍÑEZ (2016) p. 95.

En esta línea se sitúa NIETO, para quien el argumento de la Audiencia Provincial, que posteriormente asume el Tribunal Supremo, es incorrecto tanto desde el punto de vista jurídico como económico. Según este autor surgen varias preguntas: ¿En qué precepto legal está dicho esto o en qué principio económico se apoya? ¿Préstamo y compraventa son un mismo contrato? ¿Qué decimos de los préstamos hipotecarios que no se destinan a la compraventa de vivienda? Y en las compraventas de contado, ¿dónde está la fase o faceta de la financiación? Obsérvese que el Tribunal Supremo no habla de aplicación analógica que, a juicio del autor, tampoco cabría a la luz del artículo 4 del Código Civil. Simple y llanamente entiende que la financiación es una “faceta” (“cada uno de los aspectos que se pueden considerar en una persona o en una cosa”) o “fase” (“cada uno de los distintos estados sucesivos de un fenómeno natural o histórico, o de una doctrina, negocio, etc.”). A la vista de los conceptos que nos proporciona el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, nuestro Alto Tribunal entiende que la financiación forma parte de la compraventa, lo que resulta inadmisibile. Se podrían “vincular” (que no identificar) ambos contratos cuando coincidiesen vendedor y financiador, pero este no es el caso de los préstamos hipotecarios²⁷.

Ahora bien, en nuestra opinión, que no sean de aplicación las letras a) a d) del artículo 89.3 TRLGDCU no significa que el contenido de dicho artículo en su totalidad no sea de aplicación al caso, pues con anterioridad a la parte del precepto que enumera las estipulaciones que son abusivas en el supuesto concreto de la compraventa de viviendas, el artículo 89.3 TRLGDCU establece que tendrán la consideración de cláusulas abusivas en todo caso “*la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario*”. Por tanto, será esta parte del precepto la que permitirá examinar el carácter abusivo de la cláusula de imputación de gastos.

27 NIETO (2017), párrafos quinto, sexto y séptimo.

4. La postura de los juzgados de primera y segunda instancia

A) LA DISTINCIÓN ENTRE LA FIGURA DEL REQUIRENTE Y EL INTERESADO O BENEFICIARIO

Con posterioridad a la STS de 23 de diciembre de 2015 han aparecido varios pronunciamientos judiciales, tanto de primera como de segunda instancia, que han examinado el carácter abusivo de la cláusula por la que se impone al prestatario el pago de los gastos derivados de la intervención notarial y registral. Al estudio de tales resoluciones se dedica el presente apartado.

Respecto a los gastos notariales, cabe indicar que el artículo 63 del Decreto de 2 de junio de 1944 establece que “la retribución de los notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios y se regulará por el arancel notarial (...)”²⁸. Por su parte, el Real Decreto nº 1426, de 17 de noviembre de 1989, por el que se aprueba el arancel de los notarios, preceptúa en su Anexo II, Norma Sexta, que “la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente”²⁹. La obligación de pago se imputa, por tanto, al sujeto requirente o, alternativamente, al sujeto interesado³⁰.

Del contenido de estos dos artículos se desprende que existen dos sujetos distintos, el requirente y el interesado, entre los cuales existe una diferencia sustancial en cuanto a obligaciones: el requirente debe pagar todos los conceptos minutables, mientras que el interesado o beneficiario del derecho que se inscribe sólo deberá afrontar el pago del concepto minutable en el que esté interesado o que corresponda al derecho que le beneficia³¹.

Así también lo considera CORDERO, para quien de estas disposiciones resulta que para ser responsable del pago de los honorarios registrales y notariales hace falta haber requerido la prestación de los servicios notariales o registrales (en este último caso, por haber presentado el documento

28 Decreto de 2 de junio de 1944.

29 Real Decreto nº 1426, de 1989.

30 Audiencia Provincial de Las Palmas, *Tomasa contra Bankia S.A.* (2017, AC 2017, 658), FD 1º, gastos notariales.

31 Audiencia Provincial de Las Palmas, *Tomasa contra Bankia S.A.* (2017, AC 2017, 658), FD 1º, gastos notariales.

para su inscripción) o, alternativamente, tener la condición de interesado o beneficiado por el documento y la inscripción, de acuerdo con las normas sustantivas y fiscales que regulen el derecho en cuestión. A este respecto hay que resaltar que existe una diferencia sustancial entre ambos criterios de imputación de responsabilidad del pago de los aranceles, pues mientras la persona que solicitó los servicios de estos profesionales debe pagar toda la minuta por todos los conceptos que contenga, la condición de responsable deriva del hecho de ser interesado o beneficiado del derecho que se inscribe, por lo que la responsabilidad de este último no se extiende al pago de toda la minuta, sino sólo a la del concepto que se corresponda con el derecho que le beneficia³².

B) LA CELEBRACIÓN DEL PRÉSTAMO NO REQUIERE ESCRITURA PÚBLICA

En relación con el requirente, hay que señalar que con carácter general, conforme a una elemental máxima de experiencia, la intervención notarial es solicitada por la entidad de crédito, ya que es ésta quien envía la minuta en virtud de la cual el notario redacta la escritura de préstamo hipotecario³³. Así queda constancia en el propio documento de escritura pública, pues el artículo 147, párrafo tercero, del Reglamento del Notariado establece que *“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”*³⁴. En consecuencia, puede observarse en la propia escritura pública de préstamo hipotecario si dicho documento ha sido redactado conforme a minuta y quién la ha proporcionado, que en nuestro caso será la entidad financiera, que es quien ha redactado el contrato y lo ha puesto a disposición del notario. Por tanto, el sujeto requirente de los servicios del notario es el banco, correspondiéndole el pago de estos servicios.

32 CORDERO (2011) pp. 3 y 4.

33 En este sentido, AGÜERO (2017), p. 3, para quien *“en la abrumadora mayoría de casos, la intervención notarial es solicitada por la entidad de crédito, que es precisamente la que envía la minuta en virtud de la cual el notario redactará la escritura del préstamo hipotecario”*. Comparte la postura ZEJALBO (2017), al considerar que en la práctica que se conoce, tratándose de préstamos hipotecarios, lo habitual es que se encargue formalmente la escritura por la entidad de crédito.

34 Audiencia Provincial de Las Palmas, *Tomasa contra Bankia S.A.* (2017, AC 2017, nº 658), FD 1º, gastos notariales. En este sentido, Juzgado de Primera Instancia, *Don Blas y Doña Gracia contra Bankia S.A.* (2017, nº 101 bis de Madrid, Sentencia nº 2, a), gastos notariales.

No obstante, aun habiéndose demostrado que el requirente es el banco, se procederá a analizar la figura del interesado con el fin de llevar a cabo un examen completo de la cuestión.

Deberá entenderse por interesado aquél al que beneficia la actuación notarial³⁵. Para la Sentencia de 6 de julio de 2017, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, según las normas sustantivas, el interesado en la garantía hipotecaria es, sin duda, el banco prestamista, por la siguiente razón: la celebración de un préstamo, que es lo que realmente interesa al prestatario, no requiere escritura pública, siendo perfectamente válido el préstamo otorgado en escritura privada.

Ciertamente, el artículo 1258 del Código Civil preceptúa que *“los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”*³⁶. A ello se añade que no se encuentra en ninguna de las disposiciones del Código Civil relativas al préstamo que sea necesaria escritura pública para que éste quede válidamente constituido. Así, es perfectamente válido el préstamo otorgado en escritura privada.

No comparte esta postura la Sentencia nº 152, de 2017, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, del 28 de marzo, que considera que la documentación pública interesa y conviene a ambas partes como concierto de voluntades que contiene: el prestamista se ve protegido en caso de incumplimiento por el prestatario (pago de las cuotas, por ejemplo) y éste en caso de incumplimiento de la entidad de crédito (plazo, tipo de interés, etc.), además de las exigencias de legalidad e imparcialidad a que se contrae el artículo 147 del Reglamento del Notariado. Según esta sentencia, en la práctica, lo habitual es que se encargue formalmente la escritura tanto por el comprador personalmente o a través de la agencia inmobiliaria que le ha auxiliado en la compra del inmueble o del gestor que le buscó la financiación (cada vez más habitual), como por la entidad de crédito. Esta resolución judicial va incluso más allá en su argumentación

35 Audiencia Provincial de Las Palmas, *Tomasa contra Bankia S.A.* (2017, AC 2017, nº 658), FD 1º, gastos notariales.

36 Audiencia Provincial de Las Palmas, *Tomasa contra Bankia S.A.* (2017, AC 2017, nº 658), FD 1º, gastos notariales. En este sentido, Juzgado de Primera Instancia, *Don Blas y Doña Gracia contra Bankia S.A.* (2017, nº 101 bis de Madrid, Sentencia nº 2, letra a), gastos notariales.

y concluye que en realidad lo que tenemos que preguntarnos es ¿quién ha activado todo el mecanismo?, siendo la respuesta lógica que fue la parte compradora y prestataria, pues es la que está interesada en la adquisición de un inmueble mediante compraventa y para la que el préstamo hipotecario es el medio de satisfacer todo o parte del precio de la vivienda³⁷.

En este sentido, la Sentencia nº 14, de 2017, del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Bilbao, de 6 de septiembre, que determina que el pago de los aranceles del notario corresponde equitativamente a ambas partes, pues igual es su interés en la elevación a escritura pública del contrato³⁸.

Asimismo, la Sentencia nº 10, de 2017, del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Bilbao, de 6 de septiembre, aprecia “un equitativo interés por ambas partes en la formalización en escritura pública, puesto que a ambas les ofrece certeras garantías de seguridad en cuanto al negocio jurídico celebrado por las dos: formalizan su acuerdo ante la fe notarial y obtienen las copias correspondientes de la escritura otorgada. De esta manera, el prestatario y deudor hipotecario presenta un claro interés en la formalización e inscripción de la hipoteca en el Registro, cuanto menos por razones de seguridad jurídica, ya que es en la escritura donde quedará fijado el importe máximo del préstamo y otras cuantías, que no pueden ser rebasadas en el caso de una eventual ejecución, además de un especial interés una vez amortizado el préstamo en su cancelación”³⁹.

Secundando la postura adoptada por la Sentencia de 6 de julio de 2017, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, consideramos que la celebración de un contrato de préstamo no requiere que el documento sea otorgado en escritura pública para que sea válido, es decir, no requiere intervención notarial. En este sentido, el préstamo celebrado en escritura privada es perfectamente válido. Además, en la práctica bancaria habitual es la entidad financiera quien requiere los servicios del notario, pues es quien ha redactado el contrato y quien envía la documentación necesaria para que éste elabore el proyecto de escritura pública.

37 Audiencia Provincial de Pontevedra, *Don Hilario y Doña Salvadora contra Abanca Corporación Bancaria S.A.* (2017, Sección 1ª, Sentencia nº 152), FD 5º y ZEJALBO (2017).

38 Juzgado de Primera Instancia, *Don Alonso y Don Ernesto contra Kutxabanc S.A.* (2017, nº 11 de Bilbao, Sentencia nº 10), FD 2º.

39 *Ídem.*

En cuanto al hecho de que la formalización en escritura pública beneficie al prestatario en tanto le proporciona seguridad en el tráfico económico-jurídico, más bien debe considerarse un efecto colateral de la solicitud de elevación a escritura pública realizada por la entidad crediticia, que no sólo es quien requiere los servicios del notario, sino que es la parte directamente interesada y beneficiada por la intervención y actuación de este profesional. El banco necesita que el contrato de préstamo hipotecario esté otorgado en escritura pública para poder inscribir posteriormente en el Registro de la Propiedad su derecho de garantía y que éste quede válidamente constituido, pues la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho de hipoteca es constitutiva, no declarativa. A este respecto, recuérdese que el artículo 145 de la Ley Hipotecaria⁴⁰ exige para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas: 1. Que se hayan constituido en escritura pública, y 2. Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad. También podemos encontrar esta idea en el artículo 1875, párrafo 1º, del Código Civil, que preceptúa que *“es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad”*⁴¹.

Además, a nuestro juicio, lo que debemos preguntarnos no es quién ha activado el mecanismo de la financiación, sino quién ha solicitado directamente la intervención del notario, siendo la respuesta la entidad bancaria prestamista.

En este sentido se manifiesta AGÜERO, que considera que lo que ocasiona la intervención notarial no es la concesión de un préstamo —que no exige constitución en escritura pública ni tiene acceso al Registro de la Propiedad—, sino la constitución de la garantía real hipotecaria. De este modo,

40 En adelante, “LH”.

41 En este sentido, ROCA *et al.* (2008), p. 24, afirman que “la inscripción en las hipotecas tiene valor constitutivo”. Según el artículo 145 del Decreto de 8 de febrero de 1946, *“para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas, se requiere: 1.º Que se hayan constituido en escritura pública. 2.º Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad”*. El artículo 159 dispone que *“para que las hipotecas legales queden válidamente establecidas se necesita la inscripción del título en cuya virtud se constituyan”*. Y el artículo 1875, párrafo 1º, del Código Civil preceptúa que *“es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad”*. La jurisprudencia así lo entiende, como también la mayor parte de la doctrina. Pero, después de algún tiempo en que era casi unánime este criterio, un grupo importante de tratadistas ha negado que la inscripción de la hipoteca fuese constitutiva. Mas su argumentación no convence.

estima con acierto que ni siquiera una distribución equitativa de los gastos notariales eludiría la sanción de nulidad prevista en el artículo 89.3 TRLGDCU, pues la titulación es solicitada por el acreedor garantizado, interesa a éste y, a la postre, es quien recibe la primera copia de la escritura —copia autorizada para inscribirla en el Registro de la Propiedad; la escritura matriz se queda en la Notaría—. Ahora bien, como indica la autora mencionada, debe apuntarse que alguno de estos gastos notariales debe ser soportado por el consumidor. En concreto, el coste de las copias simples recibidas por el consumidor sí debería ser abonado por éste al estar interesado en su recepción y ser el receptor de las mismas⁴².

C) LA CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA SÓLO BENEFICIA A LA ENTIDAD BANCARIA

La constitución de la hipoteca, que es el motivo por el que se eleva el documento a escritura pública y se inscribe en el Registro de la Propiedad, beneficia es al banco prestamista, por las siguientes razones: 1. Obtiene el derecho o la garantía de poder vender el inmueble hipotecado para pagar la deuda en caso de incumplimiento por parte del prestatario (artículo 1858 del Código Civil). 2. El crédito es preferente (artículo 1923.3º del Código Civil). 3. En caso de concurso de acreedores, el crédito garantizado con hipoteca es privilegiado (artículo 90.1.1º, Ley nº 22, de 2003). 4. El crédito es ejecutivo (artículo 517.2.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴³ y artículo 130 LH)⁴⁴.

El Tribunal Supremo lo considera de esta suerte en la Sentencia de 23 de diciembre de 2015, al manifestar que “en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), 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 (artículo

42 AGÜERO (2016) p. 11.

43 En adelante, “LEC”.

44 Audiencia Provincial de Las Palmas, *Tomasa contra Bankia S.A.* (2017, nº 658), FD 1º, gastos notariales. En este sentido, el Juzgado de Primera Instancia, *Don Blas y Doña Gracia contra Bankia S.A.* (2017, nº 101 bis de Madrid, Sentencia nº 2, FD 4º, a), gastos notariales.

517 LEC), constituye la garantía real (artículos 1875 del Código Civil y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (artículo 685 LEC)”⁴⁵.

Se ha alegado por doctrina y jurisprudencia que la hipoteca también beneficia al prestatario, en tanto el préstamo ha sido otorgado porque precisamente contaba con la garantía hipotecaria⁴⁶. Desarrolla esta postura NIETO al sostener que la hipoteca, “como toda garantía, asegura el cumplimiento del deudor y es accesoria a la obligación principal, que en este caso es el préstamo. Pero la existencia de la hipoteca es condición *sine qua non* para la concesión del préstamo. ¿Alguien prestaría dinero a 15, 20, 30 ó 40 años sin una garantía como la hipoteca? Pero, además, la existencia de la hipoteca beneficia al prestatario en cuanto que la misma disminuye el coste de la financiación y permite unos tipos de interés menores porque disminuye la prima de riesgo (que debe ser uno de los componentes del cálculo del tipo de interés), así como la dotación de las provisiones por insolvencia que debe hacer la entidad de crédito en toda operación de riesgo; es menor cuando hay garantía hipotecaria que cuando no la hay y también cuando la operación se instrumenta en póliza intervenida notarialmente que cuando no lo está. No hace falta más que comparar los tipos de interés de unas y otras operaciones”⁴⁷.

No obstante, como indica la Sentencia de 6 de julio de 2017, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, la cuestión no debe enturbiarse con el argumento falaz del interés del prestatario en obtener la financiación, pues lo que le interesa al prestatario es el préstamo, no la hipoteca, y no puede inferirse un interés en la hipoteca por el solo hecho de adherirse al conjunto negocial⁴⁸.

En nuestra opinión, nos encontramos con dos negocios jurídicos distintos y diferenciados. El hecho de que los bancos los hayan ligado durante años, condicionando la concesión de préstamos al establecimiento de un

45 STS de 23 de diciembre de 2015, FD 5º, h) Séptimo motivo (cláusula de gastos del préstamo hipotecario).

46 Juzgado de Primera Instancia, *Doña Jacinta y Don Moisés contra Kutxabanc S.A.* (2017, nº 11 de Bilbao, Sentencia nº 14), FD 3º.

47 NIETO (2017), párrafos decimoquinto y decimosexto.

48 Audiencia Provincial de Las Palmas, *Tomasa contra Bankia S.A.* (2017, AC 2017, nº 658), FD 1º. gastos registrales. En este sentido, el Juzgado de Primera Instancia, *Don Blas y Doña Gracia contra Bankia S.A.* (2017, nº 101 bis de Madrid, Sentencia nº 2, FD 4º, b), gastos registrales.

derecho real de hipoteca, no debe llevar a pensar que el principal beneficiario de la hipoteca es el prestatario, pues ésta se constituye a favor de la entidad financiera y tiene como finalidad asegurar el cobro de la deuda por parte del acreedor. El derecho real de hipoteca es una garantía adicional que se crea en beneficio del acreedor y que se añade a la responsabilidad patrimonial universal del deudor. Es cierto que en el caso de los préstamos hipotecarios, dado que éstos cuentan con la garantía del bien inmueble, el riesgo asumido por la entidad de crédito se atenúa, puesto que, ante lo impago, ésta podrá realizar el bien hipotecado y cobrar lo que se le deba; de ahí que el tipo de interés aplicado sea inferior al de otras operaciones similares en cuantía, en las que no se aporta este tipo de garantía⁴⁹. Sin embargo, de nuevo, este aspecto no debe oscurecer el hecho de que es la propia entidad bancaria la que solicita la intervención del notario, con el fin de constituir el préstamo en escritura pública y poder aplicar válidamente su derecho real de hipoteca. Que los préstamos que cuenten con garantía hipotecaria tengan un tipo de interés más bajo no es más que un efecto colateral o indirecto de la constitución del derecho real de hipoteca a favor del banco.

Por último, simplemente poner de manifiesto que la Sentencia de 6 de julio de 2017, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, aplica, con acierto, la Norma Octava del Anexo II del Real Decreto nº 1427, de 17 de noviembre de 1989, por el que se aprueba el arancel de los registradores de la propiedad, que establece que *“los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote directamente el derecho”*, concluyendo que el pago de los gastos registrales recae sobre la entidad crediticia, que es a cuyo favor se inscribe el derecho real de hipoteca⁵⁰.

Así, los gastos de inscripción y cancelación de la hipoteca habrán de ser soportados por el prestamista, pues es precisamente la entidad crediticia a cuyo favor se inscribe el derecho de hipoteca y quien se encarga de inscribirlo en el Registro de la Propiedad⁵¹.

49 LÓPEZ (2014) p. 192.

50 Audiencia Provincial de Las Palmas, *Tomasa contra Bankia S.A.* (2017, AC 2017, nº 658), FD 1º. gastos registrales.

51 AGÜERO (2016) p. 11.

En esta línea se sitúa la Sentencia n° 14, de 2017, del Juzgado de Primera Instancia n° 11 de Bilbao, de 6 de septiembre, que, en virtud de la Norma Octava mencionada, estima que es la entidad financiera quien ha de abonar en su integridad los aranceles del Registrador, pues es el banco a cuyo favor se inscribe el derecho⁵².

III. LA CLÁUSULA DE GASTOS Y EL CONTROL DE TRANSPARENCIA

Cierto autor ha señalado que el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 23 de diciembre de 2015, debía haber utilizado el control de transparencia para fiscalizar la cláusula de gastos de notaría, registro e impuesto de actos jurídicos documentados, y no el artículo 89.3 TRLGDCU, es decir, el control de contenido. El razonamiento sobre el que se sienta esta afirmación sería el siguiente: es verdad que los gastos notariales y registrales, así como el impuesto de actos jurídicos documentados, no forman parte de la contraprestación que recibe el prestamista por el préstamo; sin embargo, son impuestos al consumidor en el *iter* negocial y forman parte del coste que para él supone el crédito, de tal manera que, aunque sea de forma aproximada, los tendrá en cuenta a la hora de conformar su decisión de celebrar el préstamo o no⁵³.

La importancia de la información precontractual en el examen del carácter abusivo de las cláusulas de imputación de gastos al consumidor ha sido resaltada por el Tribunal Supremo en la Sentencia n° 842, de 2011, de 25 de noviembre. En concreto, en dicha resolución se afirma que “la falta de buena fe se manifiesta en que, además de no ofrecer el vendedor desde el inicio una completa información a los compradores, incluso en la escritura de compraventa no se dio como seguro que se generaría el impuesto de plusvalía, cuando la vendedora forzosamente tenía que conocer que así era, lo que supone una conducta no ajustada a la lealtad y confianza

52 Juzgado de Primera Instancia, *Don Alonso y Don Ernesto contra Kutxabanc S.A.* (2017, n° 11 de Bilbao, Sentencia n° 10), FD 2º.

53 PERTÍÑEZ (2016) p. 97.

exigibles en los tratos, y especialmente en las relaciones en que intervienen un promotor o constructor y un consumidor”⁵⁴.

A nuestro juicio, resulta cuestionable que las cláusulas de imputación al consumidor de los gastos derivados de la intervención notarial y registral y el pago de tributos deban enjuiciarse a través de la vía del control de transparencia, pues recordemos que conforme al artículo 4.2 de la Directiva nº 93/13, CEE, sólo se someten al control de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato y a la relación calidad-precio. Como establece dicho precepto, *“la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”*.

Estimamos que en un contrato de préstamo con pacto de pagar interés, el objeto principal de dicho contrato es precisamente el pago de ese interés remuneratorio, no pudiéndose hacer una interpretación amplia del término “objeto principal del contrato”, pues el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha manifestado que tal concepto debe ser interpretado de una manera estricta. Así lo ha puesto de manifiesto en la Sentencia de 30 de abril de 2014 al aseverar lo siguiente: “toda vez que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 establece una excepción del mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores que establece esa Directiva, esta disposición debe ser objeto de interpretación estricta”, y añade que “teniendo en cuenta también el carácter de excepción del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 y la exigencia de una interpretación estricta de esta disposición que deriva de él, las cláusulas del contrato incluidas en el concepto ‘objeto principal del contrato’, en el sentido de esta disposición, deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que como tales lo caracterizan”⁵⁵.

54 Tribunal Supremo, *Don Pablo y Doña Felisa contra Cuybal Promociones S. A.*, Sala de lo Civil, Sección 1ª (2011, Sentencia nº 842/2011), FD 3º.

55 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai contra OTP Jelzálogbank Zrt.* (2014, Sala Cuarta, TJCE), apartados 42 y 49.

La excepción contenida en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse de manera restrictiva, en primer lugar, porque así se desprende del principio que impone que la interpretación de las excepciones debe ser restrictiva y, en segundo lugar, porque semejante pauta hermenéutica resulta beneficiosa para la protección del consumidor, que constituye la finalidad de la norma comunitaria y de las normas nacionales sobre cláusulas abusivas⁵⁶.

Por todo lo expuesto, consideramos que resulta más adecuado enjuiciar el carácter abusivo de las cláusulas que imputan al consumidor los gastos de notaría, registro y tributos a través del control de contenido.

CONCLUSIÓN

La cláusula por la que la entidad financiera impone al consumidor el pago de todos los gastos derivados de la intervención notarial y registral, así como el abono de todos los tributos, con motivo de la celebración de un préstamo hipotecario, debe reputarse abusiva en tanto obliga a soportar al consumidor gastos que no le corresponden.

En concreto, en el caso del impuesto de actos jurídicos documentados, el pago de este tributo corresponde al prestatario, pues así se desprende del artículo 29 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, según ha sido interpretado por el Tribunal Supremo, y de la literalidad del artículo 68 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, cuya constitucionalidad ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional en dos ocasiones. Ahora bien, el prestamista no se encuentra totalmente al margen de este tributo, pues será sujeto pasivo en lo que se refiere a la expedición de las copias, actas y testimonios que interesen.

En cuanto a los gastos notariales, dado que la elevación a escritura pública del contrato de préstamo es requerida por el banco, es a él a quien corres-

⁵⁶ CÁMARA (2006) p. 111.

ponde el abono de los gastos notariales. Es más, suponiendo que la entidad bancaria no fuera el requirente de los servicios del notario y tuviésemos que pasar a analizar si es sujeto interesado o no, no puede si no llegarse a la misma conclusión, pues es la entidad financiera a quien interesa que el documento de préstamo se eleve a escritura pública en tanto necesita que dicho documento revista tal forma para poder inscribir debidamente su derecho de hipoteca en el Registro de la Propiedad.

Cabe poner de manifiesto que los gastos derivados de la actuación del notario que deben ser abonados por la entidad crediticia son los gastos originados por la elaboración de la escritura matriz y la copia autorizada requerida para que el banco pueda inscribir el derecho de hipoteca. Las copias simples solicitadas por el prestatario deberán ser pagadas por éste, pues es quien las ha pedido y el interesado en que se emitan.

Respecto a los gastos registrales, la entidad crediticia deberá hacer frente a los gastos derivados de la inscripción y cancelación de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, pues la hipoteca se constituye a favor del banco.

En cuanto al control de transparencia, hay que señalar que el estudio del carácter abusivo de la cláusula, que impone el pago de los gastos de notaría, registro e impuestos, no debería llevarse a cabo a través del mencionado control, sino a través del control de contenido. Es verdad que el control de transparencia ocupa un lugar cada vez más destacado en nuestro ordenamiento jurídico y más concretamente en la contratación con condiciones generales en el ámbito bancario. Sin embargo, no puede olvidarse que el control de transparencia se circunscribe a las estipulaciones que versan sobre el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio (artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE), no pudiéndose subsumir la cláusula de gastos en ninguno de estos dos supuestos que, además, son de interpretación restrictiva.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGÜERO, Alicia (2016): “Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: no son sólo abusivos los gastos comprendidos en la sts de 23 de diciembre de 2015 (gastos, efectos y plazos)”, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, nº 20, pp. 8-36.
- (2017): “Nulidad de la cláusula de gastos II: ¿A quién corresponde cada gasto en virtud del Derecho supletorio?”. Disponible en: <<http://blog.uclm.es/cesco/files/2017/02/Nulidad-clausula-de-gastos.pdf>>, fecha de consulta: 12 de marzo de 2018.
- (2018): “Venceréis, pero no convenceréis: Comentario a la sts 148/2018 de 15-3-2018 sobre la abusividad de la repercusión del ITP y AJD al consumidor que contrata un préstamo hipotecario”. Disponible en: <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Comentario_a_la_STS_148-2018_de_15-3-2018_sobre_la_abusividad_de_la_repercusion_del_ITP_y_AJD_al_consumidor.pdf>, fecha de consulta: 1 de mayo de 2018.
- CÁMARA, Sergio (2006): *El control de las cláusulas “abusivas” sobre elementos esenciales del contrato* (Navarra, Editorial Thomson Aranzadi).
- CORDERO, Encarna (2011): “Aranceles notariales y registrales por cancelación de hipotecas”. Disponible en: <http://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/images/CONTRATOS_INMOBILIARIOS/5-2011-2.pdf>, fecha de consulta: 12 de marzo de 2018.
- LÓPEZ, José (2014): “El contrato de préstamo hipotecario”, en LÓPEZ, José (dir.), *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios* (Barcelona, Editorial Bosch), pp. 169-286.
- NIETO, Ubaldo (2017): “La repercusión de los gastos notariales de los préstamos hipotecarios”. Disponible en: <<http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-71/opinion/opinion/7330-la-repercusion-de-los-gastos-notariales-de-los-prestamos-hipotecarios>>, fecha de consulta: 12 de marzo de 2018.

PERTÍÑEZ, Francisco (2016): “Juicio crítico a la declaración del carácter abusivo de la cláusula que en préstamos hipotecarios impone los gastos del otorgamiento de la escritura pública, de la inscripción registral y del impuesto de actos jurídicos documentados al prestatario consumidor (a propósito de la STS de 23 de diciembre de 2015)”, *Revista Lex Mercatoria*, nº 1, pp. 93-99.

ROCA, Ramón, ROCA-SASTRE, Luis y BERNÀ I XIRGO, Joan (2008): *Derecho Hipotecario, Tomo III* (9ª Edición, Barcelona, Editorial Bosch).

VÁZQUEZ, Tania (2017): “Acción colectiva de cesación, control de transparencia y cláusulas de suelo. Comentario a la STS de 8 de junio de 2017”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 105, pp. 525-562.

— (2018): “El IRPH y el deber de información en la contratación bancaria”, *Actualidad Civil*, nº 1, pp. 1-26.

ZEJALBO, Joaquín (2017): “El sujeto pasivo en actos jurídicos documentados de los préstamos hipotecarios”. Disponible en: <<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/fiscal/articulos-fiscal/el-sujeto-pasivo-en-ajd-de-los-prestamos-hipotecarios/>>, fecha de consulta: 12 de marzo de 2018.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado.

Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

Directiva nº 93/13/CEE del Consejo, del 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Ley nº 1, del 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil.

Ley nº 7, del 13 de abril de 1998, sobre condiciones generales de la contratación.

Ley nº 22, del 9 de julio de 2003, Ley concursal.

Ley nº 58, del 17 de diciembre de 2003, General Tributaria.

Orden del 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito.

Orden EHA, nº 2899, del 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Real Decreto del 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil.

Real Decreto nº 828, del 29 de mayo de 1995, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Real Decreto nº 1426, del 17 de noviembre de 1989, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios.

Real Decreto nº 1427, del 17 de noviembre de 1989, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad.

Real Decreto Legislativo nº 1, de 16 de noviembre de 2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Real Decreto Legislativo nº 1, del 24 de septiembre de 1993, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

JURISPRUDENCIA CITADA

Audiencia Provincial de Las Palmas, *Tomasa contra Bankia S.A.* (2017): 6 de julio de 2017, AC 2017, nº 658.

Audiencia Provincial de Pontevedra, *Don Hilario y Doña Salvadora contra Abanca Corporación Bancaria S.A.* (2017): Sección 1ª, 28 de marzo de 2017, Sentencia nº 152, JUR 2017, 94899.

Juzgado de Primera Instancia, *Don Alonso y Don Ernesto contra Kutxabanc S.A.* (2017): nº 11 de Bilbao, Sentencia nº 10 (Provincia de Vizcaya), del 6 de septiembre de 2017, JUR 2017, 237931.

Juzgado de Primera Instancia, *Don Blas y Doña Gracia contra Bankia S.A.* (2017): nº 101 bis de Madrid, Sentencia nº 2, del 7 de septiembre de 2017, JUR 2017, 226575.

Juzgado de Primera Instancia, *Doña Jacinta y Don Moisés contra Kutxabanc S.A.* (2017): nº 11 de Bilbao, Sentencia nº 14 (Provincia de Vizcaya), del 6 de septiembre de 2017, JUR 2017, 237230.

Tribunal Constitucional, *Coll Fava Parc S. L. contra Caixa d'Estalvis de Catalunya* (2005): Auto nº 24, del 18 de enero de 2005.

Tribunal Constitucional, *Mas Vilanova S.A. contra Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona* (2005): Auto nº 223, Pleno del 24 de mayo de 2005.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai contra OTP Jelzálogbank Zrt.* (2014): Sala Cuarta, 30 de abril de 2014, TJCE 2014, 105.

Tribunal Supremo, *Don Luis Enrique contra Acuerdo del Consejo de Ministros* (2004): 20 de enero de 2004, Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo de 26 de julio de 2002, Roj: STS 159/2004 – ECLI: ES: TS: 2004: 159.

Tribunal Supremo, *Don Pablo y Doña Felisa contra Cuybal Promociones S. A.* (2011): 25 de noviembre de 2011, Sala de lo Civil, Sección 1ª, Sentencia nº 842/2011, RJ 2012, 576.

Tribunal Supremo, *Don Porfirio contra Banco Sabadell S.A. y Caixabank S.A.* (2018): Sentencia nº 148, del 15 de marzo de 2018, Roj: STS 849/2018 – ECLI: ES: TS: 2018: 849.

Tribunal Supremo, *Doña Amparo contra Banco Sabadell S.A.* (2018): Sentencia nº 147, del 15 de marzo de 2018, Roj: STS 848/2018 – ECLI: ES: TS: 2018: 848.

Tribunal Supremo, *Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A. y Banco Popula, S. A.* (2015): 23 de diciembre de 2015, Sala de lo Civil, Sección Pleno, Sentencia nº 705, RJ 2015, 5714.

