

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

**Rivista**  
**di Diritto Bancario**

dottrina  
e giurisprudenza  
commentata

LUGLIO/SETTEMBRE

2020

[rivista.dirittobancario.it](http://rivista.dirittobancario.it)

## **DIREZIONE**

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,  
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI  
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,  
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

## **COMITATO DI DIREZIONE**

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,  
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,  
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

## **COMITATO SCIENTIFICO**

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,  
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,  
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE  
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO  
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,  
FRANCESCO TESAURO+

### **COMITATO ESECUTIVO**

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

### **COMITATO EDITORIALE**

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

### **COORDINAMENTO EDITORIALE**

UGO MALVAGNA

### **DIRETTORE RESPONSABILE**

FILIPPO SARTORI

## **NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE**

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBAIA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

**SEDE DELLA REDAZIONE**

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,  
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836



## **Incertidumbre jurídica de la valoración de la abusividad de la cláusula de repercusión de gastos al prestatario**

**SOMMARIO:** 1. Introducción. – 2. Ideas conceptuales sobre el contrato de préstamo con garantía hipotecaria. – 3. Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. – 4. La declaración de abusividad de la cláusula de repercusión al prestatario de los gastos inherentes a la concesión de un préstamo hipotecario. – 5. Efectos o consecuencias de la apreciación del carácter abusivo de las CGC, especial referencia a los derivados de la abusividad de la cláusula de gastos. – 6. Pronunciamientos judiciales relevantes sobre la nulidad de la estipulación de gastos hipotecarios. – 7. Situación jurídica actual de las demandas de nulidad de la cláusula de repercusión de gastos al prestatario. El nuevo reparto instaurado por la Ley 5/2019. – 8. Conclusión final.

### *1. Introducción*

Desde hace unos años, el grueso de las demandas que encontramos en los juzgados civiles españoles versa sobre Derecho bancario, y dentro de su ámbito de aplicación, más concretamente sobre contratos celebrados entre consumidores y entidades financieras, en los que se han insertado diferentes condiciones generales de la contratación (en adelante CGC), que han sido declaradas abusivas por los tribunales europeos y nacionales. De esta idea, que a priori puede parecer sencilla, podemos extraer cuestiones muy complejas que forman parte del panorama jurídico actual y que vamos a desglosar partiendo de una serie de conceptos teóricos que clarifiquen el ámbito de este artículo.

El Derecho bancario es la rama del Derecho que regula el mercado financiero, en la medida en que abarca todas aquellas normas tendentes a reglamentar las operaciones de captación y reconducción de la inversión, las cuales pueden desarrollarse en dos subtipos de mercado, el mercado de valores y el mercado de crédito o bancario. Ambos mercados se rigen por tres principios básicos: el principio de eficiencia, que persigue proteger el buen funcionamiento del mercado; el principio de estabilidad, destinado a proteger la liquidez, solvencia y rentabilidad de las entidades financieras, entendiéndose por tales a los bancos, cajas de ahorro y cooperativas de crédito; y el principio de transparencia,

dirigido a proteger a la contraparte, que unas veces será el ahorrador o inversionista y, otras, el demandante de crédito.

Para contextualizar el tema que vamos a tratar, debemos adentrarnos en el segundo de los tipos de mercado financiero enumerados, cuyo objeto es la contratación directa de dinero o de derechos de crédito, con la finalidad de reconducir el ahorro de los inversores hacia otros sujetos que no son ahorradores, sino demandantes de crédito. En esta línea, encontramos los contratos bancarios, que pueden versar sobre dinero, crédito o valores y a través de los cuales las entidades financieras ejercen su función típica de intermediación, clasificándose, según la posición que adoptan respecto de la otra parte contratante, en operaciones activas o de financiación<sup>1</sup>, pasivas<sup>2</sup> y neutras o de gestión<sup>3</sup>.

Entre las singularidades propias de los contratos bancarios entendidos como figuras jurídicas mercantiles cabe destacar tres características elementales. Debemos partir de que son contratos de adhesión, en la medida en que su clausulado es redactado por una de las partes, en este caso, la entidad bancaria, sin intervención del cliente. De modo que la libertad contractual de éste último queda limitada a manifestar la aceptación de esas disposiciones en bloque, denominadas CGC, adhiriéndose o no al contrato. Estas cláusulas cuentan a nivel nacional con una normativa reguladora propia<sup>4</sup>, la cual resulta de aplicación a los contratos bancarios, de un lado, en base al total encuadre de sus estipulaciones en la definición de CGC<sup>5</sup>. Y de otro lado, por cuanto los preceptos de dicha norma van destinados a todas aquellas

---

<sup>1</sup>A través de las que la entidad concede crédito a sus clientes, como sucede con el préstamo bancario de dinero, el contrato de apertura de crédito o el contrato de descuento bancario.

<sup>2</sup> En virtud de las cuales el banco recibe o capta fondos del público ahorrador con el compromiso de devolverlas, por ejemplo el depósito a la vista y el depósito a plazo.

<sup>3</sup> Son aquellas operaciones ajenas a la actividad estrictamente típica de intermediación crediticia, en las que no se concede ni se recibe crédito sino que se prestan determinados servicios a la clientela, como por ejemplo realizar transferencias y giros bancarios, domiciliar recibos, servicios de facturación o cajas de seguridad.

<sup>4</sup> Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. BOE nº 89, de 14 de abril de 1998 (en adelante, LCGC).

<sup>5</sup> El art. 1.1 de la LCGC las contempla como «cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea 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».



relaciones contractuales que contengan CGC y que se desarrollen entre un profesional<sup>6</sup> y cualquier física o jurídica que no necesariamente intervenga como profesional<sup>7</sup>, sino que puede ser un consumidor, aunque teniendo en cuenta algunas exclusiones previstas en el texto dispositivo<sup>8</sup>. En segundo lugar, cabe mencionar que son onerosos, por cuanto la entidad financiera percibe una contraprestación por el dinero prestado, que se traduce en el cobro de unos intereses. Y por último, tienen carácter bilateral o recíproco, porque con su suscripción surgen obligaciones para ambas partes, el banco se compromete a prestar el dinero solicitado, y el cliente a devolver esa cantidad con los correspondientes intereses pactados, si bien es cierto, que no resulta infrecuente la opinión tendente a defender que en la práctica son unilaterales, debido a que una vez realizada la entrega de los fondos al cliente sólo subsisten obligaciones para éste<sup>9</sup>.

De las modalidades contractuales citadas, merece especial atención por ser la operación activa por excelencia, el préstamo bancario de dinero, y dentro de las variedades que éste puede adoptar, nos vamos a centrar en el préstamo hipotecario que es en el que se ha incluido la controvertida cláusula objeto de nuestro estudio.

---

<sup>6</sup> A estos efectos, se denomina profesional a una persona física o jurídica que actúa ejerciendo su labor profesional o empresarial.

<sup>7</sup> Art. 2 de la LCGC.

<sup>8</sup> Conforme a lo dispuesto en el art. 4 de la LCGC, esta norma no se aplica a los contratos administrativos, contratos de trabajo, contratos de constitución de sociedades, contratos que regulan relaciones familiares, contratos sucesorios, así como tampoco a aquellas CGC que reflejen disposiciones o principios adoptados por España en virtud de los Convenios internacionales en los que sea parte, ni a las CGC que estén reguladas de manera específica por disposiciones generales legales o administrativas de obligatoria aplicación.

<sup>9</sup> Si se desea ampliar la información referenciada sobre las tecnicidades del Derecho bancario, se aconseja consultar, entre otros: A. MENÉNDEZ y Á. ROJO, *Lecciones de Derecho Mercantil*, II, 15ª ed., 2017, Madrid, 220-221; F.J. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, II, 37ª ed., Pamplona, 2015, 436-437; F. ZUNZUNEGUI, *Lecciones de Derecho Bancario y Bursátil*, Madrid, 2001, 21-24.

## *2. Ideas conceptuales sobre el contrato de préstamo con garantía hipotecaria*

El contrato de préstamo con garantía hipotecaria se incluye dentro de la modalidad de operaciones activas o de financiación de los contratos bancarios. Mediante este producto financiero, una persona física o jurídica, que adopta la posición de prestataria, recibe de una entidad financiera, que actúa como prestamista, una cantidad de dinero cierta para adquirir o restaurar una vivienda con la obligación de restituirla en un plazo prefijado, generalmente de forma fraccionada y con arreglo a un plan o calendario de amortización<sup>10</sup>. Como garantía de cumplimiento de dicha obligación se constituye una hipoteca sobre el inmueble en cuestión, de modo que en caso de impago, la entidad tiene la facultad de acudir a un proceso judicial para enajenarlo o adjudicarse su propiedad como pago del dinero prestado. Por tanto, en este contrato bancario encontramos dos realidades conexas.

De un lado se sitúa el contrato de préstamo hipotecario, configurado como una deuda de cantidad sometida al principio nominalista, en virtud del cual se considera pago liberatorio el que consista en la entrega de una cantidad de dinero igual a la recibida, aun cuando su valor real o económico sea diferente. Además de devolver la suma que se le ha entregado, el prestatario se obliga al pago de unos intereses determinados, los cuales constituyen la contraprestación de la entidad financiera por el dinero prestado. Dichos intereses pueden calcularse aplicando un tipo de interés variable<sup>11</sup>, uno que permanece fijo durante

---

<sup>10</sup> Se trata de un cuadro o tabla que refleja las fechas en las que el cliente debe realizar determinados pagos; la cuota de los mismos, que aparecerá desglosada en capital (importe destinado al reembolso del dinero que el prestatario ha recibido de la entidad financiera) e intereses (constituyen el precio de la anticipación de fondos al cliente); y la deuda vigente una vez efectuado cada pago.

<sup>11</sup> La opción de contratar un préstamo con interés variable implica que la duración total de aquel se va a dividir en períodos de interés que pueden ser anuales, semestrales o trimestrales durante los que se aplicará un tipo de referencia. Este va a reflejar el coste efectivo del dinero en ese momento, junto a un margen o diferencial, que constituye la ganancia de la entidad de crédito y que se traduce en aumentar el tipo correspondiente en uno o varios puntos porcentuales. En definitiva, con carácter previo al comienzo de cada uno de los períodos de interés se realiza un análisis o revisión para seleccionar el valor del índice que pertenezca acoger y una vez incrementado con el diferencial establecido, obtendremos el tipo de interés que se

toda la vigencia del contrato<sup>12</sup>, o bien, un tipo mixto que combina las dos opciones anteriores durante determinados períodos<sup>13</sup>. No obstante, al margen del tipo de interés escogido, existen facultades inherentes a todo préstamo hipotecario, tales como la posibilidad de pactar un período de carencia<sup>14</sup> o la de anticipar total o parcialmente el cumplimiento de la obligación de restitución del capital prestado, en cuyo caso el cliente deberá abonar una prima de anticipación o comisión por amortización anticipada<sup>15</sup>. Los presupuestos referidos se concretan en el clausulado de los contratos de préstamo hipotecario. Si bien, es el cliente de la entidad bancaria quien debe aceptar el conjunto de condiciones si quiere contratar, siendo necesario para ello que el prestamista le informe de las mismas, le facilite una copia con la suficiente antelación como para que pueda examinarlas detenidamente, tras lo cual procederá a firmarlas<sup>16</sup>.

Y de otro lado, la segunda realidad a la que hacíamos referencia dentro del contrato de préstamo bancario que nos ocupa es la hipoteca<sup>17</sup>,

---

aplicará durante dicho período y el importe de la cuota que permanecerá invariable en el mismo. Algunos de los índices de referencia oficiales vigentes que publica mensualmente el Banco de España son el Euribor, el Míbor y el Tipo medio de los préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda libre a más de tres años del Conjunto de las Entidades de crédito.

<sup>12</sup> Los préstamos a tipos fijo conllevan que las mensualidades a pagar por el prestatario serán de igual importe sin que influyan las cambiantes circunstancias del mercado.

<sup>13</sup> Por ejemplo, resulta muy común fijar una fase inicial de tipo fijo que suele oscilar entre seis meses y cinco años, y transcurrido dicho ciclo el resto de duración del préstamo será a tipo variable.

<sup>14</sup> Durante dicho periodo la obligación de devolución del prestatario queda en suspenso, pero únicamente respecto al capital prestado. Es decir, los intereses siguen devengándose y el compromiso de pago sobre ellos persiste, si bien supone que la cuota durante ese lapso de tiempo se reduzca.

<sup>15</sup> Nos ha resultado sumamente ilustrativa la explicación del contenido financiero de un contrato de préstamo hipotecario obrante en A. MENENDÉZ y Á. ROJO, *op. cit.* 228-231.

<sup>16</sup> Arts. 5.1 y 7 apartado a) de la LCGC.

<sup>17</sup> La doctrina tradicionalmente ha distinguido dos tipos de elementos dentro la hipoteca:

De un lado, los personales, que son regulados por el art. 1857 apartado 2º del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. BOE nº 206, de 25 de julio de 1889 (en adelante, Cc), y dentro de los cuales se agrupa, tanto el elemento activo, que sería el acreedor hipotecario o titular de la hipoteca, es decir, el

que goza de normativa específica<sup>18</sup> y que se configura como un derecho real de garantía<sup>19</sup>. En su virtud, el inmueble<sup>20</sup> queda sujeto a la satisfacción del crédito, si bien se trata de un derecho formal, por cuanto no vincula al prestamista materialmente con el inmueble hipotecado, por lo que no puede disponer de éste, ya que su posesión sigue perteneciendo al prestatario<sup>21</sup>. A lo anterior hay que añadir, que nos encontramos con un derecho de carácter indivisible, aunque la deuda sí pueda ser dividida entre los causahabientes del deudor o del acreedor<sup>22</sup>; que exige para su efectividad que se proceda a su inscripción en el Registro de la Propiedad mediante documento o escritura pública<sup>23</sup>; y accesorio, en la medida en que no surgirá hasta tanto se incumpla el derecho de crédito, que es la obligación principal<sup>24</sup>.

### 3. Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores

En el marco de los contratos formalizados con consumidores, ha proliferado la calificación de ciertas CGC como cláusulas abusivas, y para analizar esta situación resulta necesario abordar dos cuestiones, una referente a cuando se entiende que una persona física ostenta la

---

prestamista; como el elemento pasivo, que sería el constituyente de la hipoteca, o sea, el prestatario que debe ser propietario del bien hipotecado.

Y de otro lado, los reales, que hacen referencia a qué tipo de bienes pueden ser hipotecados. En general, conforme al art. 1874 del Cc pueden serlo aquellos inmuebles y derechos reales que puedan inscribirse en el Registro de la Propiedad así como enajenarse.

Para ahondar en el análisis de esta cuestión, véase F. ZUNZUNEGUI, *op. cit.* 199-218.

<sup>18</sup> Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria. BOE nº 58, de 27 de febrero de 1946 (en adelante, LH).

<sup>19</sup> Se encuentra regulado en los arts. 1874-1880 del Cc.

<sup>20</sup> Puede tratarse de una vivienda que constituya residencia habitual o incluso una segunda vivienda o de temporada, un local comercial, una nave industrial, una plaza de garaje, una parcela...

<sup>21</sup> Art. 1859 del Cc.

<sup>22</sup> Art. 1860 del Cc.

<sup>23</sup> Art. 1875 del Cc.

<sup>24</sup> Si se desea profundizar en la significación y efectos jurídicos de estos caracteres, se aconseja consultar obras de referencia en la materia, como F.J. SÁNCHEZ CALERO, *Curso de Derecho Civil III: Derechos reales y registral inmobiliario*, 5ª ed., Valencia, 2014, 346-350.

condición de consumidor o usuario; y otra relativa a qué requisitos deben concurrir para considerar que una estipulación que se ha incorporado en contratos suscritos con consumidores es abusiva.

En lo que se refiere al primer término que debe ser objeto de tratamiento, el carácter de consumidor o usuario, cabe mencionar que la delimitación conceptual puede variar en función de la finalidad de la contratación, pues toda expresión admite diferentes grados interpretativos dependiendo de la perspectiva de análisis (legal, temporal, social, económica...). Ahora bien, tomando como referencia la óptica jurídica, necesariamente la noción de consumidor o usuario debe entenderse restrictivamente. En esta línea, la normativa comunitaria que resulta de aplicación<sup>25</sup> recoge una definición escueta, a nuestro parecer, por cuanto solo indica que se trata de cualquier persona física que formaliza un contrato con una finalidad ajena a su ámbito profesional<sup>26</sup>. Mientras que el legislador español ha ampliado esta noción, señalando que ostentarán dicha condición, además de los sujetos indicados por la norma europea, aquellas otras personas jurídicas o entes sin personalidad jurídica que actúen fuera de su ámbito empresarial y sin ánimo de lucro<sup>27</sup>. La interpretación jurisprudencial realizada a este respecto, se dirige a considerar que aquella persona que celebra un contrato que le va a reportar utilidad o que va a estar vinculado con su profesión tiene circunstancias paritarias con la parte contratante que se erige como profesional, y por tanto no merece la consideración que tratamos<sup>28</sup>. Entendemos que una solución distinta, orientada a tomar en cuenta una definición en sentido amplio, no puede resultar apropiada porque ocasionaría una sobreprotección en

---

<sup>25</sup> Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. *Official Journal of the European Communities*. L 95/29; y DOCE nº 95, de 21 de abril de 1993 (en adelante, Directiva 93/13/CEE).

<sup>26</sup> Art. 2 b) de la Directiva 93/13/CEE.

<sup>27</sup> Art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. BOE nº 287, de 30 de noviembre de 2007 (en adelante, TRLGDCU).

<sup>28</sup> Fundamento de Derecho Tercero, apartado 3.- de la Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil 8/2018, de 10 de enero. Nº de recurso 1670/2015. Nº de resolución 8/2018.

determinados supuestos de contratación en los que realmente hay igualdad de condiciones entre las partes<sup>29</sup>.

Y en segundo término, hay que concretar cuándo se entiende que una CGC es abusiva. A estos efectos, el TJUE ha manifestado en diversas resoluciones que la Directiva 93/13/CEE trata de proteger a los consumidores en base a la situación de inferioridad en la que se posicionan al suscribir contratos de adhesión con CGC<sup>30</sup>. En este sentido, para calificar una CGC como abusiva, la norma comunitaria parte de una definición genérica de carácter positivo, por cuanto indica que serán abusivas aquellas cláusulas insertas en contratos de adhesión que no hayan sido fruto de convenio entre los contratantes, por ser redactadas e impuestas por el predisponente sin posibilidad de acuerdo al respecto, y que perjudiquen al consumidor por causar un desequilibrio entre las concesiones y responsabilidades de las partes<sup>31</sup>. No obstante, también facilita una noción desde una visión negativa, en la medida en que considera que las cláusulas que versen sobre el objeto, precio o retribución del contrato o bien sobre los bienes o servicios que se fijan a modo de compensación, no podrán ser declaradas abusivas,

---

<sup>29</sup> Sobre esta cuestión, nuestro Alto Tribunal tuvo la ocasión de pronunciarse a través de la Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil 123/2017, de 18 de enero. Nº de recurso 2272/2014. Nº de resolución 30/2017 (Ver Fundamento de derecho segundo, apartado 2.-), en un supuesto de contratación de un préstamo hipotecario para adquirir un local que sería destinado a oficinas, y concluyó que la participación de los particulares se enmarcaba dentro de su ámbito profesional. Ahora bien, toda regla general tiene sus excepciones, y es que hay que advertir ciertas situaciones que pueden concurrir en la práctica y que no encajan en la previsión legal, como puede ser una concurrencia de finalidades, lo cual sucede cuando un bien hipotecado constituye tanto vivienda habitual como centro de actividades comerciales de la parte prestataria. Tal es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil 1385/2017, de 5 de abril. Nº de recurso 2783/2014. Nº de resolución 224/20017 (Ver Fundamento de derecho cuarto, apartados 2.- y 3.-), donde dicho ente judicial estableció que el prestatario actuará como consumidor siempre y cuando la finalidad laboral del bien hipotecado sea marginal o secundaria respecto de la residencial, traduciéndose así en una mínima vinculación de dicho bien con el ámbito profesional. Por tanto, si en este contexto no se demuestra notoriamente la intención perseguida con la obtención del préstamo bancario, en uno u otro sentido exclusivo, habrá que tratar al adherente como consumidor o usuario.

<sup>30</sup> En este sentido puede verse la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de junio de 2000, asuntos C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98; y de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08.

<sup>31</sup> Art. 3 de la Directiva 93/13/CEE.

siempre y cuando respeten las reglas de claridad y precisión<sup>32</sup>. En la misma línea se orienta el legislador español, que en términos prácticamente idénticos acoge los conceptos generales de la materia sentados por la disposición europea<sup>33</sup>.

Con la intención de materializar dichos aspectos, se estableció que las CGC deben superar un control de transparencia formal, si bien, el poder judicial añadió un segundo control, de transparencia material, los cuales vamos a abordar a continuación:

Sobre el control sentado por el legislador, cabe mencionar que se le atribuye un carácter general, en la medida en que resulta aplicable a todos los contratos con CGC independientemente de que intervenga un consumidor como parte o no. En principio era conocido como control de transparencia formal, pero actualmente y a raíz de la instauración del segundo control, es más común que se le denomine control de incorporación o inclusión. Para rebasar éste control, la redacción de las CGC debe respetar «los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez», de manera que se entenderán excluidas del contrato aquellas cláusulas que «el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato», al igual que « las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles»<sup>34</sup>. Esto último significa que las CGC deben ser redactadas en un tamaño de letra que no puede ser inferior al mínimo establecido, utilizando una gramática que contribuya a su entendimiento sin necesidad de consultar documentación que no aparezca anexa al contrato, y con un contraste de impresión que permita su lectura<sup>35</sup>. Y respecto a la oportunidad de conocimiento o accesibilidad, resulta de interés tener en cuenta lo dispuesto en algunas normas específicas del ámbito bancario, que imponen una serie de obligaciones informativas en la suscripción por un consumidor de un

---

<sup>32</sup> Art. 4 de la Directiva 93/13/CEE.

<sup>33</sup> Art. 82 apartados 1-3 del TRLGDCU.

<sup>34</sup> Art. 5.5 y 7 apartados a) y b) de la LCGC, que son interpretados con mayor detenimiento en M.I. DOMÍNGUEZ YAMASAKI, *La aparente corrección parcial del control de transparencia a propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016*, en *Cuadernos de derecho transnacional*, 2017, 410.

<sup>35</sup> Art. 80.1 apartados a) y b) del TRLGDCU.

préstamo con garantía hipoteca<sup>36</sup>. La primera de ellas consiste en facilitar al adherente la denominada “Ficha de Información Precontractual (FIPRE)”<sup>37</sup>. A continuación, se establece la necesidad de realizar una oferta vinculante, que actualmente se conoce como “Ficha Europea de Información Normalizada” (en adelante, FEIN) y que se entrega junto con la “Ficha de Advertencias Estandarizadas” (en adelante, FiAE)<sup>38</sup>. Y en última instancia, en los tres días hábiles anteriores al otorgamiento de la escritura, la entidad deberá dar a los contratantes la posibilidad de examinar aquella en la Notaría, para comprobar si coincide lo dispuesto en ésta con el documento anterior<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Concretamente, en esta materia nos referimos a la derogada Orden Ministerial (en adelante, OM) de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, que ha sido modificada por otras de fecha 27 de octubre de 1995, 1 de diciembre de 1999 y 28 de octubre de 2011. BOE nº112, de 11 de mayo de 1994; 261, de 1 de noviembre de 1995; 290, de 4 de diciembre de 1999; y 29 de octubre de 2011, respectivamente.

<sup>37</sup> Según lo dispuesto en los arts. 3 y 4.3 de la OM de 5 de mayo de 1994, las entidades financieras deben entregar un documento al cliente cuyo contenido mínimo se detalla en el Anexo I del mismo texto legal, el cual abarca en general una referencia a todas aquellas condiciones esenciales del producto que se ofrece como son su identificación, duración, tipo de interés, comisiones, gastos e importe de las cuotas. La última actualización de este aspecto se hace, de un lado, en el art. 6 de la OM de 28 de octubre de 2011, el cual especifica que la información precontractual debe ser «clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa» además de que permita comparar con otros productos bancarios de la misma entidad o de otras diferentes; y de otro, en el art. 21, que se remite al Anexo I (ambos del mismo texto legal), en el cual incluye un modelo junto con las instrucciones de cumplimentación.

<sup>38</sup> En el supuesto de que, tras realizar las correspondientes averiguaciones sobre el valor de tasación del inmueble que se pretende hipotecar y la situación financiera del consumidor, la entidad prestamista resuelva conceder el préstamo, debe proceder a entregar por escrito una oferta personalizada que defina las estipulaciones concretas que se van a incluir en aquel, y que inicialmente se llamaba “Ficha de Información personalizada (FIPER). La derogada OM de 5 de mayo de 1994, en su art. 5 que se remite al Anexo II recoge cuál debe ser el contenido de dicha oferta (capital del préstamo, desglose inclusivo de las cuotas de amortización e intereses ordinarios, modalidad de tipo de interés escogida, comisiones anexas al préstamo, cuadro de pagos, gastos que se van a repercutir al prestatario e interés de demora establecido), y actualmente en virtud de lo sentado por los arts. 22 y 23 de la OM de 28 de octubre de 2011, hay una remisión al Anexo II del mismo texto legal que contiene un modelo con sus correspondientes instrucciones.

<sup>39</sup> Dicho plazo se dispuso en el art. 7 de la OM de 5 de mayo de 1994 y se ha mantenido en el art. 30 de la OM de 28 de octubre de 2011.



A pesar de que es imperativa la obligación de respetar el contenido mínimo tanto del FIPRE como del FEIN y el FiAE, han sido reiteradas las ocasiones en que se han incumplido por parte de las entidades financieras, que no facilitaban dichos documentos, lo hacían fuera del plazo legalmente establecido o los entregaban incompletos de modo que faltaban algunos de los elementos considerados básicos o estructurales.

Y en lo que respecta al control creado por la jurisprudencia, hay que destacar que, en contraposición al anterior, es específico de los contratos de adhesión suscritos con consumidores, y se ha catalogado como control de contenido, abusividad, transparencia cualificada o material. Esta segunda vía tiene como finalidad 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 que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo»<sup>40</sup>. O sea, a nuestro entender, persigue que los consumidores comprendan el fondo o la materia objeto del contrato que pretenden suscribir, o lo que es lo mismo, el alcance de las consecuencias económicas y jurídicas más importantes que les va a acarrear la suscripción de aquel. Para ello resulta fundamental que se respeten tanto las reglas de la buena fe, como las del justo equilibrio que debe primar entre los derechos y deberes correspondientes a cada una de las partes contractuales<sup>41</sup>. Además, no resulta permisible que el déficit de transparencia en su contenido prive al particular de contrastar información sobre las diferentes modalidades de préstamo entre las que

---

<sup>40</sup> Fundamento de derecho decimosegundo, apartado 2.2., de la Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil 1916/2013, de 9 de mayo. Nº de recurso 485/2012. Nº de Resolución 241/2013.

<sup>41</sup> Lo dispuesto en el art. 80.1 apartado c) del TRLGDCU no significa que en todo caso el clausulado vaya a redundar en beneficio de los consumidores, porque puede darse el caso de que una estipulación sea transparente y por ello cumpla el control de incorporación, pero perjudique los intereses de la parte contratante por establecer un desequilibrio entre los derechos y obligaciones que nacen del contrato, siendo entonces perfectamente válida.

puede elegir, así como de las singularidades ofertadas por cada entidad financiera. La opción contraria se traduciría en un desequilibrio perjudicial para el consumidor, en la medida en que no tendría pleno conocimiento de las consecuencias reales que le ocasionará la contratación<sup>42</sup>. Junto a las reglas precedentes, se contempla otra de carácter interpretativo, aplicable a las problemáticas que puedan surgir, y en cuyo tenor, si la redacción de una estipulación contractual resulta dudosa, debe ser reconducida en beneficio del consumidor o usuario<sup>43</sup>, lo cual, entendemos que constituye un fiel reflejo de la tendencia protectora del legislador comunitario.

A modo de síntesis, la norma europea recoge de manera meramente indicativa o “*numerus apertus*”, un listado de propósitos o finalidades que, en caso de concurrir en una cláusula supondrá que se catalogue como abusiva<sup>44</sup>. En un sentido similar, ha procedido el ordenamiento jurídico español, que comienza citando una serie de supuestos específicos de abusividad<sup>45</sup>, y a continuación realiza una pormenorizada delimitación casuística. Así encontramos que se van a considerar en todo caso como abusivas aquellas cláusulas que supediten aspectos del contrato a la voluntad del profesional<sup>46</sup>, que restrinjan los derechos que la ley reconoce al consumidor<sup>47</sup>, que acarreen falta de

---

<sup>42</sup> Fundamento de derecho cuarto, apartado 3.- de la Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil 2550/2016, de 3 de junio. Nº de recurso 2121/2014. Nº de Resolución 367/2016.

<sup>43</sup> Art. 5 de la Directiva 93/13/CEE.

<sup>44</sup> Dicho listado se ubica en el Anexo de la Directiva 93/13/CEE, y a título ejemplificativo, podemos señalar que serán merecedoras de la consideración de abusivas aquellas estipulaciones que impongan indemnizaciones desproporcionadamente altas a aquel consumidor que incumpla sus obligaciones (apartado e), y también las que reflejen la aceptación de otras cláusulas que el consumidor no ha podido conocer con carácter previo a la celebración del contrato (apartado i).

<sup>45</sup> Art. 82 apartado 4 del TRLGDCU.

<sup>46</sup> En función de lo dispuesto en el art. 85 del TRLGDCU se incluirán en este grupo de estipulaciones catalogadas como abusivas, entre otras, aquellas que concedan al empresario un plazo demasiado largo o indeterminado para pronunciarse sobre una oferta o ejecutar cualquier prestación, o bien las que prevean para aquél facultades unilaterales de disposición contractual sin motivos justificados.

<sup>47</sup> Según el art. 86 del TRLGDCU algunas de las estipulaciones que se considerarán abusivas por este concepto son aquellas que priven a los consumidores

reciprocidad contractual en perjuicio del consumidor<sup>48</sup>, que hagan recaer sobre el consumidor garantías desproporcionadas en comparación al riesgo que asumen por la contratación o le impongan de forma indebida la carga de la prueba cuando ésta corresponda a la entidad financiera<sup>49</sup>, que impliquen una desproporción perjudicial para el consumidor sobre elementos relativos a la perfección y ejecución contractual<sup>50</sup>, y que sean contrarias al derecho y/o normas de competencia que resulten de aplicación<sup>51</sup>.

#### *4. La declaración de abusividad de la cláusula de repercusión al prestatario de los gastos inherentes a la concesión de un préstamo hipotecario*

Una vez expuestas genéricamente las condiciones que deben concurrir para que una CGC sea declarada abusiva, consideramos interesante hacer una somera referencia a la declaración de abusividad que desencadenó el debate jurídico y mediático sobre esta materia, cual es, el examen del acondicionamiento legal de las cláusulas limitativas de la variación del tipo de interés, más conocidas como cláusulas

---

del derecho a compensar el crédito o que impliquen renunciar a recibir la documentación que avala la conclusión de la operación.

<sup>48</sup> Conforme al art. 87 del TRLGDCU se incluyen en esta catalogación, por ejemplo, las cláusulas que obliguen al consumidor a cumplir con sus obligaciones a pesar de que el profesional no actúe en concordancia o aquellas que únicamente establezcan la facultad de resolución voluntaria del contrato para el empresario.

<sup>49</sup> Art. 88 del TRLGDCU.

<sup>50</sup> El art. 89 del TRLGDCU contempla en esta categoría diversos supuestos de abusividad, entre los que se ubican las cláusulas que: constituyen una declaración de conocimiento de otras disposiciones que el consumidor no ha podido conocer antes de celebrar el contrato, imponen al usuario los efectos económicos derivados de fallos burocráticos de la contraparte o bien obligan al consumidor a asumir determinados gastos procedimentales cuyo abono debe recaer sobre el profesional.

<sup>51</sup> Tal y como dispone el art. 90 del TRLGDCU, se van a considerar abusivas todas aquellas disposiciones contractuales que pretendan someter a las partes a las normas de un estado diferente a aquel en el que el consumidor dio su consentimiento para contratar o en el que la entidad financiera ejerce su actividad profesional, así como las que prevean someter a las partes a normas de competencia territorial distintas a las correspondientes legalmente, teniendo en cuenta que en estos casos el juzgado competente es el del domicilio del consumidor.

suelo<sup>52</sup>. A este respecto, resultó de relevancia la popular Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de Mayo de 2013<sup>53</sup>, que ha trascendido no solo por declarar abusivas las cláusulas suelo sino también por marcar las pautas para actuar conforme a esa declaración en otros supuestos. El motivo por el que esta estipulación ha sido catalogada como tal por los tribunales es la falta de superación del doble control exigido legalmente:

En cuanto al control de incorporación o inclusión, la referenciada resolución judicial concluye que la entidad financiera demandada procedió a incluir la cláusula suelo en el contrato de préstamo hipotecario objeto de análisis sin el consentimiento expreso de los adherentes, y que además incumplió la obligación de entregar el FIPRE y FIPER, así como la puesta a disposición del prestatario del borrador de la escritura en los tres días anteriores a su otorgamiento.

Y en lo concerniente al control de transparencia o abusividad, el Tribunal Supremo entendió que tampoco se superaba, porque se había creado la apariencia de que el tipo de interés del préstamo era variable, cuando en realidad se contrataba un tipo fijo mínimo; y además se ocultaba la relevancia de la cláusula suelo, en la medida en que afecta a un elemento esencial del contrato, cual es el precio, introduciéndose en el contrato de manera confusa y poco comprensible<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Las cláusulas suelo hacen referencia a la fijación de un tope a la baja cuando se opta por la modalidad de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, de modo que cuando el tipo de interés resultante después de realizar la operación correspondiente sea inferior a ese margen, el cliente no logrará beneficiarse de la reducción del índice de referencia pasando a pagar menos intereses, porque como mínimo siempre pagará los derivados de aplicar la cláusula suelo.

<sup>53</sup> Cfr., nota n. 40.

<sup>54</sup> Tal y como se recoge en el apartado séptimo del Fallo de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil 1916/2013, de 9 de mayo de 2013, específicamente en el supuesto de las cláusulas suelo, hay que matizar que su catalogación como abusiva se produce en la medida en que las entidades financieras:

Crean la apariencia de que el préstamo hipotecario se contrata a tipo variable, con el consiguiente beneficio para el consumidor en caso de bajadas del índice de referencia, si bien no advierten de la presencia de una cláusula limitativa a la baja del tipo de interés ni de sus efectos.

No facilitan información suficiente en la medida en que se trata de un elemento determinante del objeto contractual.

Las comercializan junto con una aparente contraprestación, la llamada cláusula techo, que actúa en el mismo sentido que la del suelo pero limitando al alza las

A raíz de lo anterior, proliferaron los cuestionamientos sobre la legalidad de otras estipulaciones insertas en préstamos con garantía hipotecaria, tales como la cláusula de intereses moratorios<sup>55</sup>, la de afianzamiento solidario<sup>56</sup>, la de vencimiento anticipado<sup>57</sup>, la de

---

oscilaciones del índice de referencia, es decir, establece un límite máximo de intereses a abonar por los adherentes; y las ubican entre una cantidad abrumadora de información, distorsionando así la atención del lector.

No incluyen en la fase precontractual simulaciones de las diferentes situaciones que se pueden plantear en la práctica en función de la variación del tipo de interés.

Y no advierten al consumidor del coste de contratar un préstamo con garantía hipotecaria que contiene una cláusula suelo, en comparación con otro tipo de productos financieros.

<sup>55</sup> Los intereses de demora o moratorios son aquellos que se devengan cuando transcurre el plazo estipulado para el pago de una deuda, de manera que se erigen como una penalización para el deudor por el retraso en la obligación de pago. Esta cláusula ha sido catalogada como abusiva en la medida en que el porcentaje cobrado por la demora sea excesivo, lo cual sucede cuando supera en dos puntos porcentuales el interés remuneratorio. Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de agosto de 2018. Asuntos C-96/16 y C-94/17; y la Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil 3889/2018, de 28 de noviembre de 2018. Nº de recurso 2825/2014. Nº de resolución 671/2018. Igualmente resulta de interés el estudio de esta cuestión realizado en M.P. GARCÍA ABURUZA, *Reflexiones sobre la cláusula de interés de demora y la sentencia del Tribunal de la Unión Europea de 7 de agosto de 2018*, en *Revista Española de Derecho Europeo*, 2018, num. 68/2018, parte Comentarios de Jurisprudencia.

<sup>56</sup> Según lo dispuesto en los arts. 1830 y ss del Cc la fianza es una garantía accesoria o adicional que se exige para la concesión de un préstamo hipotecario, y que se traduce en el respaldo de aquel a través de avalistas. Esta figura lleva anejos los beneficios de excusión, división y orden, que se traducen en que al fiador no se le podrá requerir de pago mientras que el deudor tenga bienes para hacer frente a la deuda. No obstante, en la medida en que dichos beneficios son renunciables, surge la llamada fianza solidaria, en virtud de la cual el avalista se obliga a pagar en las mismas condiciones que el deudor, de forma que la entidad financiera acreedora puede dirigirse contra cualquiera de los dos, independientemente de que el deudor pueda responder suficientemente con sus bienes o no. Judicialmente se ha analizado la validez de esta práctica, llegando a la conclusión de que será declarada abusiva siempre y cuando no supere el doble control de transparencia. Para un mayor ahondamiento nos remitimos a la Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil 164/2020, de 27 de enero de 2020. Nº de recurso 1624/2017. Nº de resolución 56/2020, y al estudio que se realiza de la misma en C. BELHADJ BEN GÓMEZ, *Pacto de afianzamiento y abusividad. Doctrina del Tribunal Supremo*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2020, num. 5/2020, parte Legislación.

<sup>57</sup> Esta cláusula regula las condiciones en las que la entidad financiera prestamista ejecuta la facultad de finalizar, resolver o dar por vencido el préstamo y exigir el

redondeo<sup>58</sup> o la de repercusión de gastos al prestatario. Sería una tarea larga y tediosa la de abordar todas esas cuestiones en un único artículo, por lo que, en la medida en que la última de las estipulaciones mencionadas constituye el objeto del presente comentario, a continuación nos vamos a centrar en ella para analizarla en profundidad.

La cláusula de repercusión de gastos al prestatario, aunque puede adoptar diferentes tenores, en todo caso se traduce en la atribución indiscriminada al prestatario de los gastos que se devengan por constituir, modificar o cancelar un préstamo hipotecario prestatario. En este sentido, las partidas que se entienden incluidas en este concepto abarcan los gastos de notaría, registro de la propiedad, tramitación de la escritura o gestoría, tasación del inmueble hipotecado y los tributos que se devengan por la constitución de un préstamo hipotecario, esto es, el ITPOAJD (en adelante, ITPOAJD).

La legalidad de esta práctica, muy habitual en el ámbito bancario, ha sido objeto de análisis por nuestro Alto Tribunal a través de su Sentencia de 23 de diciembre de 2015<sup>59</sup>, que constituye un punto de inflexión al respecto porque declaró la abusividad de este tipo de

---

reintegro del capital pendiente de amortizar, en el caso de que se produzca un incumplimiento por parte del prestatario, como puede ser la falta de pago de varias cuotas. Esta estipulación ha sido declarada nula, y para estudiar el asunto nos remitimos a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de marzo de 2019, asuntos C-70/17 y C-179/17; y a la Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil número 2761/2019, de 11 de septiembre de 2019. N° de recurso 1752/2014. N° de resolución 463/2019. Se aconseja consultar el análisis realizado de ambas resoluciones, entre otras de trascendencia jurídica en la materia, en V. GUILARTE GUTIÉRREZ, *Las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos con garantía hipotecaria (reflexiones tras la STS de 11 de septiembre de 2019)*, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2020, num. 157/2020, parte Artículos.

<sup>58</sup> Se trata de una cláusula en virtud de la cual en aquellos préstamos hipotecarios contratados a tipo variable, a la hora de sumar el valor correspondiente del índice de referencia que resulte de aplicación con el tipo de interés que se haya convenido, se realiza un redondeo al alza del resultado para que éste alcance un punto, medio punto o un cuarto de punto. Esta práctica ha sido declarada abusiva por nuestro Alto Tribunal en numerosas ocasiones, así pueden verse las Sentencias del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil 6062/2010, de 4 de noviembre de 2010. N° de recurso 982/2007. N° de resolución 663/2010; y 278/2015, de 11 de febrero de 2015. N° de recurso 249/2006. N° de resolución 70/2015.

<sup>59</sup> Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil 5618/2015, de 23 de diciembre. N° de recuso 2658/2013. N° de resolución 705/2015.

cláusulas. La base de dicha declaración reside en la infracción de la norma interna española sobre protección de los consumidores y usuarios en las relaciones contractuales, pues en ella podemos encontrar dos supuestos de hecho de abusividad que encajan a la perfección con el contenido de esta cláusula, cuales son, los apartados a) y c) del artículo 89.3 del TRLGDCU. De la lectura de este precepto se puede deducir que con carácter general será abusiva aquella cláusula inserta en un contrato que atribuya el pago de todos los gastos y tributos derivados de la conclusión del mismo al adherente (independientemente de a quién correspondan en virtud de la normativa aplicable), en la medida en que contradice la reciprocidad mínima<sup>60</sup> exigida en este tipo de acciones, por no permitir una distribución equitativa de los gastos cuando el prestatario es un consumidor o usuario.

Ahora bien, cada gasto debe ser considerado individualmente, y es lo que hace la referenciada resolución, aunque solo aborda los aranceles notariales y registrales, y el ITPOAJD, por ser las partidas cuya nulidad solicita la parte demandante en el proceso objeto de autos.

En primera instancia, en lo que respecta a los aranceles notariales y registrales, su normativa reguladora propia<sup>61</sup> establece que su abono es necesario para proceder a constituir la garantía real de hipoteca, y

---

<sup>60</sup> Una característica común de todos los contratos bancarios, entre los que se incluyen los contratos de préstamo hipotecario, como ya adelantamos al inicio de este artículo, es la denominada bilateralidad, reciprocidad o pluralidad de vínculos, lo cual se traduce en que por su suscripción las partes contratantes quedan obligadas entre ellas porque surgen prestaciones a cargo de ambas. Pero resulta fundamental que además de la dualidad obligacional, la responsabilidad generada para una parte constituya la contraprestación o equivalencia de la surgida para la contraparte, es decir, no basta con que una obligación tenga carácter principal, y otra, carácter subsidiario o accesorio, sino que ambas deben ser esenciales en el objeto del contrato. En general, esto se conoce como principio de reciprocidad y aunque nuestro Cc no lo define ni contempla como tal sí que puede deducirse de numerosos preceptos entre los que destaca el art. 1124, por ello ha quedado encomendado a la doctrina y a la jurisprudencia su interpretación en cada materia concreta.

<sup>61</sup> La norma específica que resulta de aplicación a los aranceles notariales y a los registrales, respectivamente, es: el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios. BOE nº 285, de 28 de noviembre de 1989; y el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad. BOE nº 285, de 27 de noviembre de 1989.

además indica que la obligación de pago corresponde a quien solicita dicho servicio o a favor de quien se inscriba el derecho. Tratándose de un préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina entendió que el prestamista es el sujeto más interesado y favorecido por dicha inscripción, porque de ese modo adquiere un título ejecutivo que constituye una garantía real y que le permite despachar ejecución en caso de incumplimiento contractual por parte del prestatario<sup>62</sup>. De lo anterior se extrae que los apartados que repercuten los gastos de Notaría y Registro de la Propiedad al prestatario contravienen varias disposiciones y ello ocasiona al consumidor un desequilibrio de relevancia. Por un lado, se incumple la norma que específicamente resulta de aplicación<sup>63</sup> a estas partidas, pues en su virtud cabe considerar que mientras que el beneficiado por el préstamo es el cliente, la constitución de la hipoteca se realiza en beneficio del prestamista, de manera que con solo aplicarla se conseguiría un reparto equitativo de dichos aranceles. Y por otro, también se infringe aquella norma destinada a proteger a los consumidores y usuarios en las relaciones contractuales, en la medida en que su contenido resulta encuadrable en dos de los supuestos de hecho calificados como abusivos, cuales son, «*la transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables*» y «*la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario*»<sup>64</sup>.

Y en segunda instancia, afronta lo referente al ITPOAJD, que al igual que las partidas anteriores tiene también su propia normativa

---

<sup>62</sup> Arts. 517 y 685 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE nº 7, de 8 de enero de 2001 (en adelante, LEC), 1875 del Cc y 2.2 de la LH.

<sup>63</sup> En esta línea, el apartado sexto del Anexo II del Real Decreto 1426/1989 sostiene 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»; y el apartado octavo punto 1 del Anexo II del Real Decreto 1427/1989 establece que «los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado».

<sup>64</sup> Art. 89. 2 y 89.3, respectivamente, del TRLGDCU.



reguladora<sup>65</sup>. A la hora de decidir quién es el obligado al pago de este concepto, en el supuesto concreto de los préstamos con garantía hipotecaria, el TS tras estudiar varios preceptos<sup>66</sup>, llega a la conclusión de que el adquirente del derecho y solicitante del documento notarial es el prestamista. En base a ello, considera abusiva la atribución al consumidor de gastos que legalmente corresponden a la entidad financiera<sup>67</sup> y procedió a declarar abusivo el apartado de la cláusula de repercusión de gastos al prestatario que se refiere a los tributos.

En definitiva, del análisis de lo expuesto se desprende que no está clara la exclusión de la entidad financiera como obligada al pago de todos los gastos que surgen a la hora de suscribir un préstamo, y por eso se entiende que tiene lugar una atribución indebida de toda la carga al prestatario, motivo por el cual el Tribunal Supremo defiende que estamos ante una cláusula que no supera el control de abusividad o transparencia cualificada.

##### *5. Efectos o consecuencias de la apreciación del carácter abusivo de una CGC, especial referencia a los derivados de la abusividad de la cláusula de gastos*

Expuestas las razones que motivaron la declaración de abusividad de la cláusula de repercusión de gastos al prestatario, procede valorar cuáles son los efectos jurídicos de aquella. A nivel comunitario, el legislador ha dispuesto que las cláusulas catalogadas como abusivas no van a ser vinculantes para los consumidores, si bien el contrato permanecerá vigente<sup>68</sup>. Esta disposición en nuestro ordenamiento jurídico se corresponde con la declaración de nulidad absoluta, radical o de pleno derecho<sup>69</sup>, que es concebida como un tipo de ineficacia

---

<sup>65</sup> El Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993 de 24 de septiembre. BOE nº 251, de 21 de octubre de 1993 (en adelante, TRLITPAJD); y el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. BOE nº 148, de 12 de julio de 1995 (en adelante, RITPAJD).

<sup>66</sup> Art. 8 apartado d), 15.1 y 27-29 del TRLITPAJD.

<sup>67</sup> Supuesto concreto previsto en el art. 89.3 apartado c) del TRLGDCU.

<sup>68</sup> Art. 6 de la Directiva 93/13/CEE.

<sup>69</sup> Está prevista en el art. 83 del TRLGDCU, y debe diferenciarse de la nulidad relativa o anulabilidad, regulada en los arts. 1300 y ss del Cc, que conlleva la

contractual en virtud de la cual, no producirán efectos jurídicos aquellos contratos o disposiciones que se declaren nulos por contradecir las leyes, la moral o el orden público<sup>70</sup>, por carecer de alguno de los requisitos esenciales de validez<sup>71</sup>, o por ser abusivos<sup>72</sup>.

Consecuencia directa de la falta de producción de efectos jurídicos, es que la estipulación abusiva declarada nula de pleno derecho se va a tener por no puesta en el contrato, y ello implica restituir la situación al momento inicial de la contratación, pero el retorno únicamente deberá tener lugar en lo que se refiere a aquella. Es decir, con carácter accesorio, se recalca la persistente obligatoriedad del contrato para las partes suscribientes, en la medida en que éste mantenga su sentido y fundamento una vez eliminada la disposición controvertida. En este sentido, ha manifestado nuestro Alto Tribunal que «la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula [...] es su supresión, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria del Derecho nacional, y sin que pueda integrarse el contrato, pues no se trata de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato en beneficio del consumidor»<sup>73</sup>. La base de dicha declaración reside en la consolidada jurisprudencia europea donde se concreta que «esta posibilidad queda limitada a aquellos supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de este modo a consecuencias de tal

---

ineficacia de contratos o cláusulas, en los cuales concurren los requisitos necesarios de validez, no obstante, alguno de ellos está viciado por falsedad, error, dolo, violencia o intimidación, siendo dichos vicios subsanables. Para un análisis más profundo de las particularidades de cada modalidad de ineficacia contractual, se aconseja consultar: J.L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, 5ª ed., Madrid, 2011; F.J. SÁNCHEZ CALERO, *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, 8ª ed., Valencia, 2016.

<sup>70</sup> Art. 6.3 y 1255 del Cc.

<sup>71</sup> Según el art. 1261 del Cc, un contrato existe si hay consentimiento por parte de los contratantes, una cosa con la que se puede comercializar y que se erige como objeto de aquel, además de una causa que motiva la contratación, cual es, la obtención de un beneficio como contraprestación por el intercambio de un bien o servicio. De manera que si falta cualquiera de estos requisitos, se entiende que el contrato no produce efectos jurídicos, y en definitiva eso equivale a la no existencia.

<sup>72</sup> Art. 8.2 de la LCGC.

<sup>73</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil 3889/2018, cit.

índole que representaran para él una penalización»<sup>74</sup>. Por tanto, para clarificar esta cuestión, debemos diferenciar dos supuestos:

De un lado, aquellos en los que es posible la subsistencia del contrato tras la supresión de la cláusula declarada abusiva, lo cual sucede cuando ésta no se refiere a un elemento esencial del mismo, en nuestro caso, tratándose de préstamos hipotecarios, los elementos que definen el objeto principal de la contratación son el precio y la prestación o retribución. O sea, en la medida en que la cláusula de repercusión de gastos al prestatario no influye sobre ninguno de esos aspectos, se va a tener por no puesta y se abstendrán de aplicarla tanto la parte prestamista como los órganos judiciales, pero el resto del contrato no sufre ninguna modificación y sigue vigente<sup>75</sup>.

Y de otro, los casos en los que la subsistencia del contrato deviene imposible porque la estipulación declarada abusiva recae sobre un elemento definitorio del objeto del contrato. Si dicho contrato deja de tener fundamento, se decretará su nulidad íntegra, y ello perjudicaría en mayor medida al prestatario, al conllevar, entre otras cosas la obligación de devolver con carácter inmediato la totalidad del capital pendiente de amortizar. Para evitar esta circunstancia, que únicamente favorecería al prestamista, la Directiva 93/13/CE, permite que el juez nacional sustituya la cláusula abusiva por una disposición supletoria del derecho interno<sup>76</sup>.

Sentado lo anterior, para entender en qué se traducen prácticamente los efectos enumerados, consideramos interesante volver a traer a colación el caso de las cláusulas suelo, pues nos va a servir de comparativa con la especialidad que rodea a las cláusulas de repercusión de gastos al prestatario. En esta línea, habiéndose declarado nulas las estipulaciones que limitan la variación del tipo de interés, la jurisprudencia ha condenado a las entidades financieras a dejar de aplicarlas y a eliminarlas de los contratos de préstamo hipotecario en los que se hubieran insertado, lo cual implica considerar que nunca debieron existir. En consonancia, surge la necesidad de restituir a los

---

<sup>74</sup> Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13; y de 21 de enero de 2015, asuntos C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13.

<sup>75</sup> Un ejemplo de esta casuística lo encontramos en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14.

<sup>76</sup> Tal y como se pone de manifiesto en V. GUILARTE GUTIÉRREZ, *op.cit.*, 3-4.

consumidores la totalidad de las cantidades que hubiesen abonado en aplicación de aquella además de los correspondientes intereses legales que dicha cantidad haya generado<sup>77</sup>, si bien, el resto del clausulado del contrato sigue vinculando a las partes contratantes en igualdad de condiciones<sup>78</sup>.

En contraposición, hay que precisar que, aunque la declaración de nulidad de la estipulación de repercusión de gastos al prestatario también lleva implícita su eliminación del contrato en el que estuviera inserta, y la restitución de los efectos al inicio de la relación contractual, esta última medida presenta ciertos matices que han ocasionado una latente controversia. Esto es, si consideramos que las cláusulas suelo no existieron, el banco debe devolver todo el dinero recibido indebidamente en su virtud, y con ello quedaría restituido el perjuicio causado. En cambio, cuando se trata de la cláusula de gastos, hay que tener en cuenta que la entidad financiera no es la destinataria de las cantidades abonadas por tal concepto, sino que dicha posición la ocupan terceros ajenos a la relación contractual suscrita, como son los notarios, registradores de la propiedad, gestores, tasadores... En base a esta

---

<sup>77</sup> En un principio, la retroactividad de la obligación de restitución quedó limitada a la fecha en que se dictó la resolución judicial que venimos examinando, es decir, solo se devolvería a los clientes los excesos abonados por éstos desde el 9 de mayo de 2013. Pero tras una corrección del legislador europeo, a través de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016, asuntos C-154/15, C-307/15 y C-308/15, se declaró la retroactividad total de las cláusulas suelo, o sea, se procedería a la devolución de los importes indebidamente satisfechos por los consumidores desde la suscripción del contrato hasta la efectiva eliminación de la cláusula declarada abusiva.

<sup>78</sup> Para ampliar información sobre todos los aspectos legales y jurisprudenciales relativos a las cláusulas suelo se aconseja consultar la amplia bibliografía existente al respecto, véase entre otros: M. GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, *Estudio jurisprudencial sobre las cláusulas-suelo en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria*, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2018, num. 8/2018, parte Doctrina; P. ÁLVAREZ OLALLA, *Última jurisprudencia en materia de cláusulas suelo: inaplicación del control de transparencia a prestatarios no consumidores, aplicación de la doctrina del TJUE sobre retroactividad y superación del control de transparencia en cláusula aplicada a consumidor, cosa juzgada*, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2017, num. 5/2017, parte Jurisprudencia; E. SABATER BAYLE, *Cláusulas suelo nulas y restituciones*, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2017, num. 3/2017, parte Jurisprudencia; A. SALAS CARCELLER, *Efectos de la nulidad de las cláusulas suelo tras la STJUE de 21 diciembre 2016*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2017, num. 3/2017, parte Estudios.

realidad, si partimos de que la cláusula controvertida no se incorporó en el contrato de préstamo, automáticamente el banco debería pagar al prestatario todas las cantidades que abonó. No obstante, no es eso lo que se ha dispuesto judicialmente, pues a pesar de la viabilidad del contrato de préstamo hipotecario una vez eliminada la cláusula de repercusión de gastos al prestatario, el Tribunal Supremo ha optado por contradecir su ya referenciada doctrina y también la europea, aplicando el derecho nacional a la hora del reintegro al momento inicial de la contratación. Es decir, se remite a la normativa interna que resulta de aplicación a cada gasto en concreto y que debió utilizarse para determinar que sujeto tiene el deber de pago según designación legal.

En otro orden, apreciamos que la resolución judicial que declara la abusividad de la cláusula de gastos no es determinante, pues, si bien es cierto que toma en consideración la normativa específica de cada gasto abordado, no lo es menos que existe una falta de concreción sobre cuál debe ser el reparto legítimo de los mismos. Además, no se pronuncia sobre la totalidad de las partidas que surgen como consecuencia de la suscripción de un préstamo hipotecario, quedando pendientes la tasación y la tramitación de las escrituras o gestoría. La carencia de precisión en ambas cuestiones, pero especialmente en lo referente al ITPAJD, generó una gran controversia que se traducía en incertidumbre jurídica, en la medida en que en los juzgados menores se podían observar dos perspectivas diferenciadas:

La mayoritaria, que era la que seguía el criterio de nuestro Alto Tribunal, procedía a declarar la abusividad de la cláusula de repercusión de gastos al prestatario en toda su extensión, incluyendo el apartado relativo al ITPAJD porque su pago legalmente no le corresponde al consumidor, y por tanto condenaba a las entidades financieras a devolver todos los conceptos indebidamente cargados sobre el prestatario<sup>79</sup>.

---

<sup>79</sup> Por esta tendencia se decantaron entre otras: la Audiencia Provincial de Jaén (Véase su Sentencia 1038/2017, de 15 de noviembre de 2017. N° de recurso 563/2017. N° de resolución 669/2017. 4-8), la Audiencia Provincial de Granada (Véase su Sentencia 73/2018, de 7 de febrero de 2018. N° de recurso 580/2017. N° de resolución 36/2018. 2-6), la Audiencia Provincial de Badajoz (Véase su Sentencia 1165/2017, de 14 de diciembre de 2017. N° de recurso 520/2017. N° de resolución 433/2017. 3-5), la Audiencia Provincial de Alicante (Véase su Sentencia 2968/2017, de 13 de noviembre de 2017. N° de recurso 368/2017. N° de resolución 447/2017. 7-12), la

Y la que podemos calificar como minoritaria<sup>80</sup>, que si bien estaba de acuerdo con la declaración de abusividad de la cláusula que tratamos en general, excluía de la misma y de la consiguiente nulidad lo referente al ITPAJD, alegando que la Sala no había reparado en un precepto del RITPAJD que designa como sujeto pasivo de este tributo al prestatario en la suscripción de escrituras públicas<sup>81</sup>.

Entendemos, en razón a lo expuesto, que en lo que respecta al ITPAJD ha de seguirse el criterio predominante, por cuanto creemos que la posición opuesta incurre en un llamativo error y es que parece olvidar el principio de jerarquía normativa<sup>82</sup>, que tiene un carácter fundamental en el ordenamiento jurídico español, y en virtud del cual, en caso de colisión entre distintas normas prevalecerá lo dispuesto en aquella que tiene mayor rango legal. Teniendo en cuenta que en este caso se contraponen lo sentado por una Ley<sup>83</sup> a lo dispuesto en un Reglamento, los tribunales deberían haber omitido la aplicación de éste último en virtud de la potestad que les confiere la Ley Orgánica del

---

Audiencia Provincial de Logroño (Véase su Sentencia 265/2017, de 31 de octubre de 2017. Nº de recurso 378/2017. Nº de resolución 178/2017. 9-17), la Audiencia Provincial de A Coruña (Véase su Sentencia 1847/2017, de 25 de septiembre de 2017. Nº de recurso 371/2017. Nº de resolución 302/2017. 5-8), la Audiencia Provincial de Oviedo (Véase su Sentencia 2750/2017, de 20 de octubre de 2017. Nº de recurso 332/2017. Nº de resolución 327/2017. 3-5), el Juzgado de Primera Instancia nº 101 Bis de Madrid (Véase su Sentencia de 7 de septiembre de 2017. Nº de recurso 221/2017. Nº de resolución 2/2017. 5-9), la Audiencia Provincial de Madrid (Véase su Sentencia 4510/2018, de 23 de marzo de 2018. Nº de recurso 795/2017. Nº de resolución 134/2018. 2-3) o la Audiencia Provincial de Girona (Véase su Sentencia 596/2018, de 7 de junio de 2018. Nº de recurso 219/2018. Nº de resolución 232/2018. 2-4).

<sup>80</sup> En este grupo minoritario encontramos por ejemplo al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Benidorm, tal y como pone de manifiesto en su Sentencia 174/2017, de 5 de junio de 2017. Nº de recurso 230/2017. 5-8; y a la Audiencia Provincial de Cáceres, como se puede observar en su Sentencia 640/2017, de 13 de septiembre de 2017. Nº de recurso 457/2017. Nº de resolución 404/2017. 7-10.

<sup>81</sup> Art. 68 RITPAJD.

<sup>82</sup> Este principio consagrado tanto en nuestra Constitución como en el Cc, establece un orden de prevalencia entre las fuentes del Derecho, siendo los puestos los siguientes: el 1º es para la Constitución, el 2º para las Leyes Orgánicas y Ordinarias, el 3º para los Decretos Leyes y Decretos Legislativos dictados en desarrollo de las leyes, y el 4º para los Reglamentos de Gobierno.

<sup>83</sup> Art. 29 TRLITPAJD.

Poder Judicial (en adelante, LOPJ)<sup>84</sup>. Si bien, en general subsistían ciertas lagunas jurídicas que precisaban ser abordadas por nuestro Alto Tribunal, a los efectos de unificar la jurisprudencia de los juzgados menores así como complementar la resolución judicial que declaró la abusividad de la cláusula de repercusión de gastos al prestatario

*6. Pronunciamientos judiciales relevantes sobre la nulidad de la estipulación de gastos hipotecarios*

En el marco del referenciado contexto de dualidad de vertientes jurídicas respecto al ITPAJD, el Tribunal Supremo dictó la Sentencia de 15 de marzo de 2018<sup>85</sup>. Esta resolución comienza matizando que quien tiene competencia para interpretar la normativa fiscal, entre la que se encuentra la específica de este impuesto, es la Sala Tercera o de lo Contencioso-Administrativo, de manera que la Sala de lo Civil, en esta materia se va a limitar a acoger el criterio sentado por aquella. Y a continuación, diferencia los hechos imponibles que integran el tributo. En lo que se refiere al primero, el de transmisiones patrimoniales, la pauta que sigue la Sala competente en el análisis de los preceptos que afectan a la constitución de préstamos hipotecarios<sup>86</sup>, y que ha puesto de manifiesto en una copiosa jurisprudencia<sup>87</sup>, es que el sujeto pasivo del ITPAJD es el prestatario. Y dentro del segundo hecho imponible, de actos jurídicos documentados, distingue un derecho de cuota variable, que depende de la cuantía del negocio jurídico, y cuyo pago corresponde al prestatario<sup>88</sup>; y otro de cuota fija, que engloba el timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial, y respecto de los cuales, la atribución del desembolso a una u otra parte depende de si se trata del timbre de la matriz, que será abonado al 50% por ambas partes,

---

<sup>84</sup> Art. 6 LOPJ.

<sup>85</sup> Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil 849/2018, de 15 de marzo de 2018. N° de recurso 1518/2017. N° de resolución 148/2018.

<sup>86</sup> Arts. 8, 15 y 27 TRLITPAJD.

<sup>87</sup> Fundamento de Derecho Quinto, apartado 3.- de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de marzo de 2018.

<sup>88</sup> Regulado en los Arts. 68-69 del RITPAJD.

o del timbre de las copias autorizadas, que lo pagará quien las solicite en cada caso concreto<sup>89</sup>.

En definitiva, concluye el Tribunal Supremo que aunque la cláusula de repercusión de gastos al prestatario en su integridad sí es claramente abusiva, no procede devolver al consumidor lo pagado en concepto del tributo devengado por la suscripción de un préstamo, porque de lo expuesto sobre su normativa específica y la exhaustiva interpretación realizada de la misma por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, se extrae que es él quien debe afrontarlo como sujeto pasivo.

Cuando parecía que el conflicto sobre el ITPAJD había quedado zanjado, se difundió una nueva Sentencia de fecha 16 de Octubre de 2018<sup>90</sup>, procedente de la Sala Tercera del TS que ha supuesto el cambio del criterio seguido hasta el momento, en el sentido de reconocer a la entidad financiera como única interesada en documentar en escritura pública el préstamo concedido al prestatario y la hipoteca que lo garantiza. De este modo, se argumentaba que el sujeto pasivo del impuesto en el caso de suscripción de escrituras notariales de préstamos hipotecarios es la entidad prestamista, teniendo en cuenta, no solo que un préstamo no es un derecho real, inscribible en el Registro de la Propiedad, mientras que la hipoteca sí<sup>91</sup>, lo cual, a efectos fiscales significa que el principal negocio de una escritura notarial es la garantía hipotecaria, en virtud de la cual se devenga el tributo en su hecho imponible de actos jurídicos documentados. Sino también que la acción inscribible en el Registro de la Propiedad se erige como título ejecutivo, y el adquirente del mismo no es más que el prestamista, quién puede disponer de aquel para hacer efectivo su crédito.

Ambas consideraciones estudiadas en su conjunto llevaron al Tribunal Supremo a declarar la nulidad del precepto que fundamentaba las resoluciones del sector minoritario de los juzgados menores<sup>92</sup>, por

---

<sup>89</sup> Interpretación realizada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de lo dispuesto en los Arts. 71 y ss del RITPAJD que son los reguladores del segundo hecho imponible del ITPAJD.

<sup>90</sup> Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 2ª) 3422/2018, de 16 de Octubre de 2018. Nº de recurso 5350/2017. Nº de resolución. 1505/2018.

<sup>91</sup> Art. 1875 del Cc.

<sup>92</sup> *Op. cit.* Art. 68 del RITPAJD.



contrariar la legalidad<sup>93</sup>. Esta determinación apoya la opinión que recién pusimos de manifiesto, sobre el error el que habían incurrido algunos juzgados al interpretar la doctrina del Alto Tribunal referente a que el principio de jerarquía normativa no puede ser alterado por la jurisprudencia, y es que aunque estamos conformes con esto, apreciamos ciertas lagunas en el cambio de criterio. En este sentido, queremos precisar que no nos parece ajustado a la legalidad formal ni material considerar que en un préstamo con garantía hipotecaria el negocio principal es la hipoteca, porque realmente ésta no tiene sentido si el contrato de préstamo no se formaliza. Mientras que observando esa realidad desde la perspectiva contraria vemos que sí es viable, es decir, la hipoteca muestra un carácter accesorio al préstamo, lo cual a efectos fiscales no se puede traducir en la separación de ambos conceptos para su tributación sino que ambos deben ser considerados en su conjunto<sup>94</sup>.

A mayor abundamiento, en noviembre de 2018 la Sala Tercera del Tribunal Supremo publicó una nota informativa<sup>95</sup> anunciando que en el marco de la deliberación de algunos recursos de casación, en los que se dilucidaba quién es el sujeto pasivo del ITPAJD, la conclusión alzada había sido por mayoría volver a su tradicional criterio que atribuye tal condición al prestatario. El revuelo social que generó dicha información, aún a la espera de hacerse oficiales las correspondientes resoluciones, fue desmesurado, y es que incluso juristas de reconocido prestigio y amplia trayectoria profesional se mostraron contrariados por el hecho de que en un breve espacio de tiempo nuestro Alto Tribunal cambiara radicalmente de idea sobre una cuestión de tanta trascendencia jurídica.

---

<sup>93</sup> Fundamento Jurídico Quinto de la Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo de 16 de Octubre de 2018.

<sup>94</sup> En consonancia con nuestro parecer podemos encontrar publicaciones de numerosos autores, que han comentado este cambio jurisprudencial, entre ellos a título ilustrativo nos parecen sumamente interesantes por su especial contextualización temporal y práctica: R. FALCÓN Y TELLA, *Cambio de criterio sobre el sujeto pasivo de AJD en los préstamos hipotecarios: la Sentencia del Tribunal Supremo 1505/2018, de 16 de octubre*, en *Revista Quincena Fiscal*, 2018, num. 20/2018; E. RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, *Certezas e incertidumbres tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 octubre 2018 sobre el sujeto pasivo del IAJD*, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2018, num. 11/2018.

<sup>95</sup> Esta nota se encuentra disponible en el apartado “Notas judiciales” del sitio web del Consejo General del Poder Judicial.

Además del varapalo que supuso este cambio jurisprudencial para muchísimos consumidores, que vieron truncadas sus posibilidades de recuperar el dinero que habían abonado en concepto del tributo que abordamos, se generó una enorme incertidumbre jurídica porque socialmente el Tribunal Supremo estaba perdiendo credibilidad. Como vamos a ver, las fugaces valoraciones vertidas y los vaivenes jurisprudenciales del Alto Tribunal tuvieron sus efectos y es que, nos atrevemos a afirmar que se ha puesto en duda su autoridad como máximo garante judicial, generando así un escenario de inseguridad social que ocasionó graves perjuicios en el mercado hipotecario, propiciando además la intervención del Gobierno.

El poder ejecutivo se vio forzado a dictar una norma que moderara la injusta situación en la que se hayan incurrido los prestatarios ante la cláusula que les repercute todos los gastos derivados de la conclusión de un préstamo con garantía hipotecaria, nos referimos al Real Decreto-ley 17/2018<sup>96</sup>, que resumidamente lo que hizo fue modificar el TRLITPAJD<sup>97</sup> estableciendo que el prestamista es el sujeto pasivo en la suscripción de documentos notariales. Si bien, en dicha disposición se introdujo una limitación temporal al determinar que este cambio solo sería aplicable a las relaciones surgidas desde la entrada en vigor del mismo, concretamente desde el día 10 de noviembre de 2018<sup>98</sup>.

---

<sup>96</sup> Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre. BOE nº 271/2018.

<sup>97</sup> Concretamente los arts. 29 y 45.

<sup>98</sup> En la doctrina hallamos opiniones de diversa índole respecto a si fue correcta o no la intervención del Gobierno en esta materia, aunque prevalecen aquellas que defienden que fue una decisión desacertada. Algunos ejemplos que podemos encontrar son:

J. CALVO VÉRGEZ, *A vueltas con la modificación de la condición del sujeto pasivo del IAJD en los préstamos hipotecarios*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2019, num. 949/2019.

R. FALCÓN Y TELLA, *De nuevo sobre el sujeto pasivo de AJD en los préstamos hipotecarios: la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2018 y el RD Ley 17/2018, de 8 de noviembre*, en *Revista Quincena Fiscal*, 2018), num. 22/2018.

Al darse a conocer las Sentencias de fecha 27 de Noviembre de 2018<sup>99</sup>, quedó clara la posición del Tribunal Supremo, orientada a que préstamo e hipoteca se consideran un negocio único, porque si bien el primero tiene sentido sin el segundo, no ocurre lo mismo al contrario, lo cual a efectos tributarios se traduce en que el contrato de préstamo es el que debe primar y en función de su naturaleza se va a prever quién es el sujeto pasivo del ITPAJD, salvo que exista un pronunciamiento expreso del legislador que establezca lo contrario al resultado de aplicar esta regla. En este caso concreto la excepcionalidad que referimos es la que ha tenido lugar, porque si bien la doctrina ha vuelto a su criterio tradicional sosteniendo que el sujeto pasivo es el prestatario, el Real Decreto ley 17/2018 atribuyó tal condición al prestamista para las relaciones surgidas desde su entrada en vigor<sup>100</sup>.

Una vez solucionada la divergencia del ITPAJD, solo quedaba pendiente cómo se iba a realizar el reintegro de las demás partidas devengadas en la constitución de un préstamo hipotecario. Para ello, el Tribunal Supremo dictó una serie de Sentencias de fecha 23 de enero de 2019<sup>101</sup>, a través de las cuales además de pronunciarse sobre otro gasto que la Sentencia de 23 de diciembre de 2015 no mencionaba (la

---

<sup>99</sup> Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 2ª) 3888/2018, de 27 de Noviembre de 2018. Nº de recurso 5911/2017. Nº de resolución. 1669/2018.

Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 2ª) 3885/2018, de 27 de Noviembre de 2018. Nº de recurso 1049/2017. Nº de resolución. 1670/2018.

Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 2ª) 3887/2018, de 27 de Noviembre de 2018. Nº de recurso 1653/2017. Nº de resolución. 1671/2018.

<sup>100</sup> Fundamento de Derecho Séptimo de las Sentencias del Tribunal Supremo 27 de Noviembre de 2018.

<sup>101</sup> Sentencia del Tribunal Supremo. Sala lo de lo Civil 102/2019, de 23 de enero de 2019. Nº de recurso 2982/2018. Nº de resolución 44/2019.

Sentencia del Tribunal Supremo. Sala lo de lo Civil 101/2019, de 23 de enero de 2019. Nº de recurso 2128/2017. Nº de resolución 46/2019.

Sentencia del Tribunal Supremo. Sala lo de lo Civil 103/2019, de 23 de enero de 2019. Nº de recurso 4912/2017. Nº de resolución 47/2019.

Sentencia del Tribunal Supremo. Sala lo de lo Civil 104/2019, de 23 de enero de 2019. Nº de recurso 5025/2017. Nº de resolución 48/2019.

Sentencia del Tribunal Supremo. Sala lo de lo Civil 105/2019, de 23 de enero de 2019. Nº de recurso 5298/2017. Nº de resolución 49/2019.

gestoría), sentó doctrina fijando la distribución de los gastos derivados tanto para las escrituras de constitución como de las de modificación o novación de un préstamo hipotecario:

Los aranceles notariales, deben ser abonados al 50% por las partes contratantes, en base a que ambas están interesadas en tal concepto. De un lado, al prestamista le interesa que intervenga un profesional de esta categoría, porque con ello obtiene un título ejecutivo que tras ser inscrito en el Registro de la Propiedad hace que la hipoteca quede válidamente constituida; y de otro lado, al prestatario le conviene para así obtener un préstamo con garantía hipotecaria cuyo tipo de interés es considerablemente menor al que se fijaría en uno que carezca de dicha hipoteca<sup>102</sup>.

Los aranceles registrales, serán sufragados por la entidad financiera, en la medida en que nuestro Alto Tribunal aprecia que la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad se produce a su favor<sup>103</sup>.

Los gastos de gestión o tramitación de las escrituras, son aquellos derivados de diligenciar la formalización del préstamo<sup>104</sup>, y aunque carecen de normativa específica que los regule se ha entendido que dicha tarea redundaría en beneficio tanto del prestatario como del prestamista, al igual que los aranceles notariales, por lo que se pagarán por mitad<sup>105</sup>.

Y por último, en lo que respecta a la tasación del inmueble hipotecado, aunque sigue siendo un frente abierto porque no ha sido objeto de pronunciamiento expreso por parte del Tribunal Supremo, procede su valoración en este momento. Debe matizarse que un sector jurisprudencial sostiene que se trata de un requisito previo a la concesión del préstamo, mediante el cual el prestatario suministra toda la información necesaria sobre el bien que se pretende hipotecar para que se elabore una oferta adecuada a sus necesidades y por ello debe

---

<sup>102</sup> Fundamento de derecho séptimo, apartado 13, de la Sentencia del Tribunal Supremo. Sala lo de lo Civil 102/2019, de 23 de enero de 2019.

<sup>103</sup> Fundamento de derecho séptimo, apartados 16-17, de la Sentencia del Tribunal Supremo. Sala lo de lo Civil 102/2019, de 23 de enero de 2019.

<sup>104</sup> Básicamente las tareas encomendadas a una gestión son llevar a la Notaría de toda la documentación necesaria para redactar la escritura, entregarla después en el Registro de la Propiedad y liquidar el ITPAJD.

<sup>105</sup> Fundamento de derecho noveno, apartados 2 y 4, de la Sentencia del Tribunal Supremo. Sala lo de lo Civil 102/2019, de 23 de enero de 2019.

pagarla éste. Mientras que otro grupo de juzgadores, entiende que se exige con la finalidad de saber si el valor de mercado del bien hipotecado cubre el préstamo solicitado o no, para el caso de que fuese necesario instar un proceso de ejecución por incumplimiento de lo pactado, por lo que la parte interesada es la prestamista y debe asumir su coste<sup>106</sup>. Personalmente, creemos que de la configuración y naturaleza de una tasación se desprende que ésta se realiza con la finalidad de facilitar a la contraparte el inicio de una ejecución hipotecaria, en caso de impago de las cuotas del préstamo solicitado. En este sentido, sería contrario al TRLGDCU<sup>107</sup> hacer recaer sobre el consumidor un efecto de índole económica que no le corresponde. Pero no es menos cierto, que al prestatario también le interesa demostrar fehacientemente que el inmueble que pretende hipotecar sirve como respaldo para el préstamo dinerario que solicita. En síntesis, nos decantamos por una opción intermedia entre ambos criterios, y defendemos que tanto el prestamista como el prestatario tienen interés en tasar el inmueble que se ofrece como garantía, por ello el importe de su realización debe ser sufragado por ambos al 50%<sup>108</sup>.

---

<sup>106</sup> En este sentido interesa consultar A. AGÜERO ORTIZ, *Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: no son sólo abusivos los gastos comprendidos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015*, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, 2016, nº 20/2016, 12-14, donde después de explicar con total claridad el conflicto existente respecto de quién debe pagar la tasación del inmueble hipotecado, en las Notas al pie 35 y 37 recoge una serie de resoluciones de Audiencias Provinciales partidarias del primer y segundo criterio referenciado, respectivamente.

<sup>107</sup> Concretamente a lo dispuesto en el ya referenciado art. 89.2, tal y como se pone de manifiesto en el Fundamento jurídico cuarto, apartado a) de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 Bis de Jaén, 112/2019, de fecha 27 de febrero de 2019 así como en el Fundamento jurídico cuarto apartado 4. de la Sentencia 334/2019, de este mismo Juzgado, de fecha 15 de mayo de 2019, que acogemos en su integridad, y en base a los cuales se condena a las entidades financieras a devolver a los consumidores y usuarios los importes correspondientes a la tasación del inmueble hipotecado que hubiesen abonado, porque consideran los juzgadores que su asunción corresponde al prestamista.

<sup>108</sup> En consonancia con este argumento se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Jaén en su Sentencia nº 163/2019, de 13 de febrero de 2019. Nº de recurso 250/2018. Nº de resolución 149/2019.

El mencionado reparto de gastos ha sido ratificado por nuestro Alto Tribunal<sup>109</sup>, si bien, en una reciente resolución de fecha 10 de octubre de 2019<sup>110</sup> ha incorporado un matiz que hasta ahora no había sido objeto de tratamiento, cual es, si dicha distribución se mantiene en los casos de suscripción de una escritura de compraventa con subrogación<sup>111</sup> y ampliación de hipoteca. Esto es, en lugar de formalizarse un préstamo hipotecario, lo que se produce es la modificación de uno preexistente a través del cambio en la figura del deudor, en la medida en que un tercero adquiere el inmueble hipotecado, subrogándose en la posición deudora del prestatario, y éste queda liberado de la obligación que contrajo con el banco. Si bien, el contrato de préstamo inicial se mantiene inalterado, salvo en lo que respecta a aquellas cláusulas que sean objeto de novación por parte del nuevo deudor, lo cual se encuentra sujeto a negociación con la contraparte<sup>112</sup>. Sentado lo anterior, cabe precisar que, en este supuesto, el Tribunal Supremo ha considerado igualmente aplicable la distribución de los gastos hipotecarios establecida en las Sentencias de enero de 2019, pero con una salvedad y es que los aranceles registrales que debe abonar la entidad financiera son únicamente los devengados por la ampliación, novación o modificación de la garantía hipotecaria, quedando a cargo del prestatario los referidos a la compraventa con subrogación<sup>113</sup>.

Del análisis de esta disposición, extraemos más interrogantes que respuestas, pues no se razona jurídicamente los motivos que llevan a

---

<sup>109</sup> Fundamento de derecho quinto de la Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil 2761/2019, de 11 de septiembre de 2019.

<sup>110</sup> Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil 3221/2019, de 16 de octubre de 2019. Nº de recurso 950/2017. Nº de resolución 546/2019.

<sup>111</sup> El contrato de subrogación hipotecaria se encuentra previsto en el art. 118 de la LH cuando se dice que «*en caso de venta de finca hipotecada, si el vendedor y el comprador hubieren pactado que el segundo se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación, si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito*».

<sup>112</sup> Para un mayor análisis de las particularidades de la subrogación pasiva se aconseja consultar la doctrina más tradicional existente sobre la materia, a título ejemplificativo: A. CAÑIZARES LASO, *El pago con subrogación*, Madrid, 1996; P. DEL OLMO GARCÍA, *Notas sobre la subrogación por voluntad del deudor*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1998, nº 647.

<sup>113</sup> Fundamento de derecho tercero, apartados 6, 7, y 8 de la Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil 3221/2019, de 16 de octubre de 2019.

los juzgadores a excluir los aranceles registrales devengados por la subrogación de hipoteca, únicamente se menciona el deber de reintegrar al prestatario los correspondientes a la novación del préstamo inicial. Además, no se especifica que sucedería con el resto de las partidas sobre las que se pronuncia (notaría y gestoría) en el caso de que nos encontrásemos ante una compraventa con subrogación, sin novación, o sea, donde el nuevo prestatario se subroga en el préstamo hipotecario sin modificar ninguna cláusula. Así como tampoco se hace referencia a si este criterio varía en función de si el prestatario inicial es un promotor o un consumidor. Por lo que, a nuestro parecer, esta cuestión constituye otro frente abierto en el ámbito de la nulidad de las cláusulas de repercusión de gastos al prestatario, que demanda un tratamiento más profundo por parte del poder judicial.

*7. Situación jurídica actual de las demandas de nulidad de condiciones generales de la contratación entre las que se incluye la cláusula de repercusión de gastos al prestatario. El nuevo reparto instaurado por la Ley 5/2019*

En consonancia con los pronunciamientos judiciales puestos de manifiesto, en la actualidad aquellos consumidores que obtengan la declaración judicial de nulidad de la cláusula de repercusión de gastos al prestatario inserta en su préstamo con garantía hipotecaria, conseguirán la eliminación de aquella de su escritura pública. Consecuentemente, respecto a las partidas satisfechas tanto para la constitución o novación de un préstamo hipotecario como para la subrogación y novación de uno preexistente, las entidades financieras deberán reintegrar: el 50% de los aranceles notariales; el 50% de los gastos de tramitación o de gestoría; el 100% de los aranceles registrales (en el caso de la subrogación, solo los devengados por la novación); y en lo que se refiere al importe correspondiente a la tasación del inmueble, dependerá del criterio seguido por el Juzgado o Audiencia Provincial que enjuicie el caso, puesto que como ya señalamos no existe pronunciamiento unificador de nuestro Alto Tribunal.

Por el contrario, para los supuestos de suscripción de escrituras de cancelación de un préstamo con garantía hipotecaria no hay lugar al reintegro de las cantidades devengadas por aranceles notariales y registrales, porque en todo caso correrán por cuenta del prestatario, ya

que se ha considerado que éste es el único interesado en liberar el inmueble sobre el que recae la hipoteca de tal gravamen<sup>114</sup>.

No obstante lo anterior, existen algunas cuestiones que han sido alegadas por las distintas entidades financieras y que son dignas de consideración.

En primer término, la posible prescripción de dicha acción judicial, y es que no han sido pocos los entes prestamistas que han tratado de desvirtuar los argumentos de las demandas de nulidad de condiciones generales de la contratación, alegando que la acción de nulidad estaba prescrita por haber transcurrido el plazo legal previsto para el ejercicio de la misma. Pero resulta que esta afirmación no encuentra apoyo en la jurisprudencia, porque el Tribunal Supremo tiene sentada doctrina sobre la nulidad de pleno derecho, en la cual refleja que a ésta no le afecta plazo de prescripción alguno, es decir, es imprescriptible; a diferencia de la anulabilidad que sí prescribe a los cuatro años<sup>115</sup>.

Ahora bien, cuestión diferente es la prescripción de la acción de restitución de los efectos derivados de la declaración de nulidad, si bien es cierto, que aquella se encuentra accesoriamente vinculada a ésta en

---

<sup>114</sup> Fundamento de derecho tercero, apartado 3 y fundamento de derecho cuarto, apartado 3 de la Sentencia del Tribunal Supremo. Sala lo de lo Civil 101/2019, de 23 de enero de 2019.

<sup>115</sup> Véase las Sentencias del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil 224/2003, de 21 de enero de 2003. Nº de recurso 1381/1997. Nº de resolución 32/2003; y 7242/2008, de 14 de noviembre de 2008. Nº de recurso 74/2003. Nº de resolución 1080/2008. Del Fundamento de derecho tercero de ésta última, a título ejemplificativo cabe extraer que «en cuanto a la prescripción de la acción de nulidad baste señalar que el artículo 1301 del Código Civil se refiere a los contratos meramente anulables -en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1261, como refiere el artículo 1300 - y no a aquellos que (...) quedan viciados de nulidad radical o absoluta, respecto de los cuales la acción para tal declaración es de carácter imprescriptible». Un ejemplo de contratos bancarios anulables, a los cuales se les aplica el límite fijado en el art. 1301 del Cc, lo constituyen los denominados swap, en los que la acción de nulidad derivada de un vicio de error en la contratación prescribe en un plazo de cuatro años a contar desde que tenga lugar la extinción de la relación contractual. Para profundizar sobre este tema se aconseja consultar el Fundamento de derecho tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil 398/2018, de 19 de febrero. Nº de recurso 1388/2015. Nº de resolución 89/2018; y el Fundamento de derecho segundo de la Sentencia 3153/2019, de 9 de octubre. Nº de recurso 2189/2017. Nº de resolución 527/2019.



virtud de lo dispuesto por el legislador europeo<sup>116</sup>. La prescripción de esta segunda acción no es una cuestión pacífica, en la medida en que hay sectores doctrinales opuestos. Un sector minoritario<sup>117</sup> defiende el traslado de la imprescriptibilidad de la nulidad a la acción de restitución. Mientras que el sector mayoritario<sup>118</sup> opina que a diferencia de la nulidad, la acción de reintegro sí prescribe por tener la naturaleza de una indemnización por daños y perjuicios, de manera que opera sobre ella el plazo general de las acciones personales, 15 o 5 años según corresponda<sup>119</sup>. No obstante, ésta última opción a su vez implica otro punto de controversia, el cual radica en el “*dies a quo*”, es decir, desde cuando se empieza a contar dicho plazo de prescripción. A este respecto, se han planteado dos posibilidades, si el plazo de prescripción de la acción de reintegro se cuenta desde que se produjo el pago de las partidas reclamadas (que normalmente coincide con la fecha de suscripción del préstamo)<sup>120</sup> o desde que se declara judicialmente la

---

<sup>116</sup> En la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016 (Texto rectificado mediante auto de 1 de febrero de 2017), se indica que «*la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión*», esto es, con la Directiva 93/13/CEE.

<sup>117</sup> En este sentido podemos referenciar a E. RIBÓN SEISDEDOS, *Cláusula suelo y reclamación de gastos hipotecarios. Acciones para su eliminación y devolución de cantidades indebidamente percibidas*, Madrid, 2017, 197.

<sup>118</sup> Este criterio ha sido puesto de manifiesto en E. CORDERO LOBATO y M.J. MARÍN LÓPEZ, *Derecho de obligaciones y contratos en general*, 3ª ed., Madrid, 2017, 169; y L. DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, 4ª ed., Madrid, 1993, 448.

<sup>119</sup> En la redacción original del artículo 1964 del Cc el plazo de prescripción previsto para este tipo de acciones era de 15 años, pero actualmente fruto de la reforma operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE nº 239, de 6 de octubre de 2015, y se establece que dicho término para las acciones surgidas antes de octubre de 2015 será el original de 15 años, pero para las nacidas a partir de esa fecha será de 5 años.

<sup>120</sup> El acogimiento de esta solución puede verse en la Sentencia 334/2019 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 Bis de Jaén, *op. cit.* n.99; en la Sentencia 1121/2018 de la Audiencia Provincial de Valencia, de 1 de febrero de 2018. Nº de recurso 1227/2017; y en la Sentencia 2609/2017 de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 29 de noviembre de 2017. Nº de recurso 494/2017.

nulidad de la cláusula de repercusión de gastos al prestatario inserta en un contrato hipotecario<sup>121</sup>.

En definitiva, en este discernimiento encontramos otro frente que sigue abierto a la interpretación de los Juzgados menores y Audiencias provinciales, por cuanto corresponde al Tribunal Supremo la unificación de criterio, al igual que sucede con la duplicidad de opiniones existente sobre a quién corresponde el pago de la tasación del inmueble. Particularmente, y en un sentido muy similar al razonamiento expuesto respecto de ésta última cuestión, queremos concretar que a nuestro parecer la solución más equitativa y congruente con la legislación vigente en la materia es la que fija el inicio del plazo de prescripción en la fecha en que un Juez declare la nulidad de una cláusula de gastos. Así, a nivel nacional, el TRLGDCU<sup>122</sup> castiga con la nulidad a aquellas estipulaciones que contribuyan a generar un desequilibrio entre las partes contratantes en perjuicio del prestatario, y ello precisamente es lo que apreciamos en esta materia, pues solo hasta que una determinada cláusula es calificada como nula de pleno derecho por una resolución judicial firme, el consumidor tiene certeza de que los efectos jurídicos que en su día desplegó deben ser revocados. Por ello, no parece justo que el plazo empiece a contar desde la suscripción del contrato, momento en el cual el prestatario puede no tener conocimiento de la ineficacia de la que adolece aquel, y en caso de tenerlo, carecería de las garantías necesarias para proceder en consecuencia.

En segundo término, se ha cuestionado si procede la declaración de nulidad de la cláusula de repercusión de gastos al prestatario y la

---

<sup>121</sup> Esta segunda opción es defendida en M.J. MARÍN LÓPEZ, *La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados*, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2017, nº 22/2017, I, Estudios y Consultas, 92-95. Y jurisprudencialmente es adoptada, por ejemplo, en la Sentencia 114/2018 de la Audiencia Provincial de Logroño, de 21 de febrero de 2018. Nº de recurso 451/2017. Nº de resolución 59/2018, donde se indica que «*la acción para ejercer el resarcimiento y obtener la devolución de las cantidades entregadas no puede iniciarse su cómputo sino hasta que se declare la nulidad de la cláusula. Hasta ese momento difícilmente podían los actores haber ejercitado con éxito ninguna reclamación*»; y en la Sentencia 8760/2018 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 25 de julio de 2018. Nº de recurso 1007/2017. Nº de resolución 547/2018.

<sup>122</sup> Art. 89.2.

consiguiente devolución de los gastos que se estipulen, en los casos en que el préstamo en el que se había insertado la estipulación que se predica abusiva ya se ha cancelado, bien anticipadamente o una vez transcurrido el tiempo de duración previsto para el mismo. Creemos que esta cuestión se encuentra muy relacionada con la figura anterior de la prescripción, por cuanto la jurisprudencia ha sentado que nada tiene que ver que el préstamo en cuestión esté cancelado, sino que lo relevante es que la acción judicial resarcitoria se ejecute antes de prescribir. Esto es así, en la medida en que, como ya indicamos, opera como una reclamación por daños y perjuicios derivados de la relación contractual, además de que en el ordenamiento jurídico español no existe ningún precepto que establezca que la extinción de aquella conlleve una limitación a tales efectos<sup>123</sup>.

Y en última instancia, hemos observado la proliferación de ciertos pronunciamientos que contrarían la doctrina suprema respecto a la aplicación supletoria del derecho nacional para fijar el reparto de gastos, pues se oponen a la posibilidad de integración del contrato, y una muestra de ello son el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Palma de Mallorca, de 12 de marzo de 2019 o los Autos del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de Ceuta, de 13 de marzo de 2019<sup>124</sup> y de 20 de marzo de 2019<sup>125</sup>. En su conjunto, plantean sendas cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que éste declare si la distribución de los gastos establecida por el Tribunal Supremo español en sus sentencias de enero de 2019 es acorde o no a la normativa europea sobre protección de consumidores en las relaciones contractuales. La postura de ambos juzgadores defiende que tras la declaración de abusividad y nulidad de una cláusula de repercusión de gastos al prestatario, si el efecto principal es la eliminación de la misma, no cabe modificar su contenido para ajustarlo a lo dispuesto en la normativa que hubiera resultado de aplicación en

---

<sup>123</sup> Apoyando este argumento, en alguno de los casos y tratando asuntos que resultan de aplicación por analogía, encontramos a título ejemplificativo la Sentencia 1060/2015 de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 16 de noviembre de 2015. Nº de recurso 259/2015; Sentencia 11418/2014 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 7 julio 2014. Nº de recurso 337/2014; y la Sentencia 98/2017 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 Bis de Jaén, de 5 de diciembre de 2017.

<sup>124</sup> Nº de recurso 190/2018.

<sup>125</sup> Nº de recurso 160/2018.

caso de que aquella no existiese. Por ello, no se entiende la fijación de un reparto entre los contratantes sino que, a su juicio, lo más coherente con la normativa europea es la devolución total de las partidas a quien las abonó indebidamente<sup>126</sup>.

Esta revelación por parte de los juzgados menores, creemos que reside en la desconfianza hacia las resoluciones del Alto Tribunal que ha provocado, tanto a nivel social como jurídico, la fluctuación interpretativa de éste respecto a la integración del contrato y al ITPAJD. No obstante lo anterior, queda claro que según el criterio vigente actualmente, una vez declarada la abusividad de una cláusula de repercusión de gastos al prestatario, hay que acudir a la normativa específica que regula cada partida para saber si procede restitución de cantidades o no.

También apoyamos nuestro alegato en el hecho de que la línea argumental expuesta en el párrafo anterior no es un criterio aislado sino que se ha visto extrapolada al orden legislativo. El legislador nacional español parece compartir el sentir expresado sobre la disconformidad con el reparto judicial, por cuanto se vio “forzado” a intervenir y aprobó la Ley 5/2019<sup>127</sup>, cuya principal función es lograr que los prestatarios recuperen la confianza en la contratación de préstamos bancarios con garantía hipotecaria, potenciando «la seguridad jurídica, transparencia y comprensión de los contratos y de las cláusulas que los componen, así como el justo equilibrio entre las partes». Para ello, incorpora una serie de medidas en nuestro ordenamiento jurídico tendentes a proteger a las personas físicas, y de todos esos cambios, procede destacar las que se refieren concretamente a la materia que venimos tratando. De un lado, la nueva distribución de los gastos derivados de la contratación de un préstamo hipotecario<sup>128</sup>, que va a regir desde la entrada en vigor de esta Ley, o sea, el 16 de junio de 2019. En este sentido, las entidades crediticias que suscriban una hipoteca van a pagar el ITPAJD, las primeras copias de los aranceles notariales, además de los aranceles

---

<sup>126</sup> Resulta de interés la interpretación extensiva que se hace de estas resoluciones judiciales en M.J. MARÍN LÓPEZ, *Los gastos de constitución del préstamo hipotecario tras la Ley 5/2019, de contratos de crédito inmobiliario*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2019, num. 10/2019, parte Legislación, Doctrina, 11-13.

<sup>127</sup> Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. BOE nº 65, de 16 de marzo de 2019.

<sup>128</sup> Medida que se contiene en el art. 14.1 e) de la Ley 5/2019.

registrales y los gastos derivados de la tramitación de la escritura; quedando a cargo del prestatario las segundas copias de la notaría que pueda solicitar y los gastos de tasación del inmueble hipotecado. Y de otro, la obligación de enumerar en el FiAE<sup>129</sup> los dos gastos recién referenciados, cuyo abono se ha fijado a cargo del prestatario, para que éste desde el principio de la negociación con la entidad financiera tenga perfectamente asumidos cuáles son los costes en los que va a incurrir<sup>130</sup>.

### 8. *Conclusión final*

En síntesis, a lo largo de los años han sido numerosas las técnicas empleadas por las entidades bancarias para sacar el máximo beneficio económico posible de sus productos financieros, aunque no todas se han ajustado a la legalidad, especialmente a las normas destinadas a proteger a quienes ostentan la condición de consumidor o usuario cuando interactúan con profesionales o empresarios. La inserción de cláusulas abusivas en préstamos con garantía hipotecaria suscritos con consumidores ha causado en el panorama jurídico y social de los últimos tiempos un importante debate, destacando las cláusulas suelo y las cláusulas de repercusión de gastos al prestatario. Respecto de éstas últimas, cabe resaltar que su declaración de nulidad se sustenta en la abusividad de la atribución genérica al prestatario de todos los gastos ocasionados con motivo de la suscripción o novación de una escritura de préstamo hipotecario, por causar un desequilibrio contractual que opera en perjuicio del consumidor. Las consecuencias de dicha declaración son, de un lado, tenerlas por no puestas en el contrato, y de otro, la condena a restablecer la situación al momento inicial de la contratación. En su conjunto, ambas medidas conllevan la asignación del pago de cada gasto devengado por la suscripción de un préstamo hipotecario a quien corresponda según la normativa específica que lo rige, y en aquellos casos en los que el prestatario lo hubiese abonado indebidamente, surgirá el derecho de reintegro a cargo del prestamista.

A este respecto, aunque el poder legislativo ha tratado de paliar el desequilibrio contractual que hasta ahora predominaba en los contratos

---

<sup>129</sup> Punto 3. del FiAE recogido en el Anexo II de la OM de 28 de octubre de 2011.

<sup>130</sup> Si se desea profundizar en esta reforma legislativa, se aconseja consultar M.J. MARÍN LÓPEZ, *Los gastos de constitución del préstamo hipotecario tras la Ley 5/2019, de contratos de crédito inmobiliario*, cit., 13-14.

de préstamo hipotecario en perjuicio del consumidor, con una reforma de la normativa vigente que favorece el justo equilibrio entre los contratantes, hay que tener en cuenta que aquella solo se aplica a los nuevos contratos. Por tanto, en la medida en que judicialmente el tema ha quedado abierto por diferentes frentes, se hace necesaria la unificación total de la doctrina y la jurisprudencia, para lo cual habrá que esperar tanto una decisión a nivel europeo que solvete las cuestiones prejudiciales planteadas por los juzgados menores, como nuevas resoluciones del Tribunal Supremo que acoten ciertos asuntos sobre los que aún no se ha pronunciado.