

**COMENTARIO DE CUATRO SENTENCIAS
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 23 DE ENERO DE 2019
(46/2019, 47/2019, 48/2019, Y 49/2019)**

**La cláusula de gastos
en los préstamos hipotecarios de consumidores:
la abusividad y sus consecuencias**

Comentario a cargo de:
SEGISMUNDO ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA
Notario de Madrid. Doctor en Derecho

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE ENERO DE 2019

RoJ: STS 101/2019 - **ECLI:** ES:TS:2019:101

ID CENDOJ: 28079119912019100002

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE ENERO DE 2019

RoJ: STS 103/2019 - **ECLI:** ES:TS:2019:103

ID CENDOJ: 28079119912019100004

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE ENERO DE 2019

RoJ: STS 104/2019 - **ECLI:** ES:TS:2019:104

ID CENDOJ: 28079119912019100005

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE ENERO DE 2019

RoJ: STS 105/2019 - **ECLI:** ES:TS:2019:105

ID CENDOJ: 28079119912019100006

PONENTE: EXCMO. SR. DON PEDRO JOSÉ VELA TORRES

Asunto: Se plantea si las cláusulas que atribuyen los gastos al consumidor en los préstamos hipotecarios deudor se pueden considerar abusivas, y si ese fuera el caso que consecuencias tiene la nulidad de esas cláusulas. El problema se plantea en relación con la aplicación de los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/1993 y la doctrina del TJUE sobre la imposibilidad de moderación de las cláusulas abusivas. Las sentencias comentadas, además de resolver que las cláusulas han de considerarse abusivas y en consecuencia han de considerarse inexistentes, establecen que el prestamista está obligado a reintegrar los gastos que a falta de pacto corresponderían al deudor y detallan cuales son éstos en función de la normativa vigente en ese momento.

Sumario: 1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo: 5.1. Los efectos de la nulidad de la cláusula de gastos: 5.2 La abusividad de la cláusula que atribuye todos los gastos al deudor. 5.3. La distribución de gastos como consecuencia de la nulidad de la cláusula. 5.4. Conclusión. 6. Bibliografía.

1. Resumen de los hechos

Las cuatro sentencias que aquí se comentan tratan la cuestión de los gastos asociados a préstamos hipotecarios concedidos a personas físicas. En realidad se solucionan dos cuestiones: la primera es la de la abusividad de las cláusulas que atribuyen esos gastos y la segunda es las consecuencias de esa abusividad, en concreto si el prestamista debe reembolsar esos gastos y cuales en concret.

Las concretas cláusulas enjuiciadas son las siguientes:

En la STS 46/2020 (Liberbank): “QUINTA: GASTOS A CARGO DEL PRESTATARIO: Serán de cuenta del prestatario todos los gastos futuros, o pendientes de pago siguientes: [...] b) Aranceles notariales y registrales relativos a la constitución (incluidos los de la primera copia de la presente escritura para la prestamista y en su caso los derivados de los documentos acreditativos de las disposiciones), modificación o cancelación de la hipoteca, incluidas las comisiones y gastos del otorgamiento de la carta de pago c) Impuestos de esta operación d) Gastos de Gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos”.

En la STS 47/2020 (Caja Asturias): “QUINTA: GASTOS A CARGO DEL PRESTATARIO.- Se pactan como gastos que expresamente asume el prestatario los siguientes: [...] gastos de otorgamiento de la presente escritura, incluyendo la primera copia para la entidad acreedora, los honorarios

del Registrador para su inscripción, modificación o cancelación, certificación del estado de cargas, así como también los impuestos que por todos los conceptos se devenguen por razón del préstamo [...] la Caja Rural queda formal e irrevocablemente autorizada por el prestatario para realizar los trámites necesarios con el objeto de llevar a cabo la inscripción en el Registro de la Propiedad de la presente escritura y de los documentos previos y complementarios que fueran precisos para la inscripción de esta escritura a través de un Gestor administrativo, siendo de cuenta y cargo del prestatario los gastos, honorarios y tributos que se devenguen por tal motivo y por la inscripción de la escritura correspondiente y demás ante las Oficinas Públicas”.

En la sts 48/2020 (U.C.I.): “QUINTA: GASTOS A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA Serán a cargo de la Parte Prestataria el pago de todos los gastos originados por la presente operación, tanto los que se hayan originado como los que se originen en el futuro o que se encuentren pendientes de pago. En particular serán a cargo de la Parte Prestataria: [...] b) Los aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca. c) Impuestos f) Los honorarios de la persona o entidad encargada de las gestiones para la liquidación e inscripción de la presente escritura y de las previas necesarias. [...] En particular, reconocen expresamente, que la determinación de la gestoría de mutuo acuerdo entre la parte prestataria y U.C.I. Responde a los intereses de ambas partes, basados, por una parte, en la efectiva entrega y recepción, por la parte prestataria, del importe íntegro del préstamo en este acto, sin haberse constituido aún la hipoteca a favor de U.C.I. mediante su inscripción registral; y por otra parte, en la seguridad para U.C.I. de que se lleven a efecto, y con la debida diligencia, todos los trámites de presentación e inscripción en el Registro de la Propiedad de la presente escritura y de las previas necesarias, en su caso, trámites de cuyo buen fin depende la plena existencia del derecho de hipoteca una vez inscrita. Por ello, las partes reconocen que, de no existir acuerdo en la determinación de la gestoría, no habrían podido cumplirse, los intereses de las partes, no pudiendo realizarse en tal caso, la entrega y recepción del préstamo en este acto, dado el riesgo asumido por U.C.I. de no obtener la inscripción de su derecho de hipoteca. En virtud de todo ello, y en particular en orden a la inscripción de la hipoteca, ambas partes atribuyen a esta determinación el carácter de irrevocable”.

Sentencia 49/2020 (Banco Banif): “QUINTA. Gastos a cargo de la parte prestataria I. Serán de cuenta de la parte prestataria los gastos [...] que origine esta escritura hasta su inscripción en el Registro de la Propiedad [...] incluidos los correspondientes Aranceles notariales y registrales, gastos de tramitación ante cualquier Oficina pública e impuestos, gastos y tributos presentes y futuros que graven la operación, sus modificaciones y cancelación, incluidos aquellos impuestos en que el obligado sea el banco”.

2. Soluciones dadas en primera instancia

STS 46/2020 (Liberbank): el Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Oviedo dictó sentencia de fecha 9 de diciembre de 2016 estimando parcialmente la demanda declarando la nulidad de las letras b) y d) de la cláusula quinta y se condena a la demandada a reintegrar al demandante las cantidades satisfechas por éste en aplicación de las cláusulas anuladas.

STS 47/2020 (Caja Asturias): el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Avilés dictó sentencia de fecha 16 de mayo de 2017, declara la nulidad de la cláusula en relación con los gastos notariales, registrales, los impuestos, los de gestoría “condenando a la entidad demandada a la devolución a los actores de todas las cantidades abonadas en aplicación de dicha cláusula en sus concretas estipulaciones declaradas nulas, con más los intereses devengados de dichas cantidades, con expresa imposición de costas”.

STS 48/2020 (U.C.I.): el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Avilés dictó sentencia de fecha 18 de abril de 2017 y declaró la nulidad de la cláusula quinta en su “*CONDENANDO a la entidad demandada a la devolución a la actora de todas las cantidades abonadas en aplicación de dicha cláusula, con más los intereses devengados de dichas cantidades*” e imposición de costas a la demandada.

STS 49/2020 (Banco Banif): el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Avilés dictó sentencia de fecha 16 de mayo de 2017 se declara la nulidad de la cláusula quinta en la parte transcrita condenando a la entidad demandada a la devolución a los actores de todas las cantidades abonadas en aplicación de dicha cláusula en sus concretas estipulaciones declaradas nulas, con más los intereses devengados de dichas cantidades, con expresa imposición de costas a la parte demandada.

3. Soluciones dadas en apelación

STS 46/2020 (Liberbank): La sección 4ª de la Audiencia Provincial de Oviedo declara la nulidad de las letras b) y d) de la cláusula quinta y se condena a la demandada a reintegrar al demandante las cantidades satisfechas por éste en aplicación de las cláusulas anuladas (notaría, gestoría y registro), sin imposición de costas.

STS 47/2020 (Caja Asturias): La sección 6ª de la Audiencia Provincial de Oviedo declara la nulidad de la cláusula quinta y condena a la devolución de la mitad de los gastos de notaría y gestoría y la totalidad de los de inscripción registral, con el interés legal del dinero, y con imposición de costas a la demandada.

STS 48/2020 (U.C.I.): La sección 6ª de Audiencia Provincial de Oviedo declara la nulidad de la cláusula quinta y condena a la devolución de la mitad de los gastos de notaría y gestoría y la totalidad de los de inscripción registral, con el interés legal del dinero, y con imposición de costas a la demandada.

STS 49/2020 (Banco Banif). La sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo estima parcialmente el recurso del banco y revoca la sentencia en lo referente a los apartados de esa sentencia que declaraban la nulidad de en lo referente a los tributos y aranceles notariales y en consecuencia ordena el reintegro del 100% de los gastos de Registro y el 50% de gastos de Gestoría, más el IVA, con intereses y sin imposición de costas.

4. Los motivos de casación alegados

STS 46/2020: infracción del artículo 89 (89.2, 89.3 letras “a” y “c”) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, (TRLGDCU) al vulnerar la sentencia recurrida, la doctrina recogida en la Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo núm. 705/2015 de 23 de diciembre del 2015, recurso 2658/2013[...].”

STS 47/2020: Además del mismo que el de la anterior sentencia:

Infracción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, al vulnerar la sentencia recurrida, la doctrina recogida en la Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo núm. 367/2017 de 08 de junio del 2017.

Infracción del art. 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (TRLGDCU) en relación con el artículo 1.303 del C.C., en relación con los artículos 6.1 y 7.1 y 2 de la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al vulnerar la sentencia recurrida, la doctrina recogida en la Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo núm. 241/2013 de 09 de mayo del 2013, recurso 485/2012.

STS 48/2020 (U.C.I.) y STS 49/2020: los tres mismos motivos que la anterior.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

Los hechos de las sentencias son ligeramente distintos pero sustancialmente idénticos: se trata de cláusulas que atribuían el pago de los gastos e impuestos al deudor, con una enumeración de los mismos. Aunque el contenido de las sentencias recurridas es también distinto en función de las distintas soluciones a las que habían llegado las sentencias de segunda instancia, la doctrina del Tribunal Supremo es la misma en las cuatro sentencias. Por ello se expone de manera unificada en este comentario.

5.1. *Los efectos de la nulidad de la cláusula de gastos:*

El primer motivo es la infracción del art. 6.1 de la Directiva, que obliga a los Estados miembros a establecer que no vincularán al consumidor las cláusulas

las abusivas (casos *Gutiérrez Naranjo*, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15; y 26 de enero de 2017, *Banco Primus*, C-421/14 entre otros). El artículo 7.1 impone a los Estados miembros la obligación de velar para que existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas (principio de efectividad).

El tercer motivo de casación en realidad supone una reiteración de este primer motivo. Se alega infracción de los arts. 83 TRLCU, 1303 CC y 6.1 y 7.1 y 2 de la Directiva 93/13, en relación con la sentencia 241/2013, de 9 de mayo. Se argumenta que la solución de las sentencias de segunda instancia, al imponer la reintegración de parte de los gastos, supone una indebida aplicación de la denominada reducción conservadora de la validez, o integración del contrato una vez declarada la nulidad de una cláusula. Según la jurisprudencia del TJUE alegada, si la consecuencia de la nulidad de una cláusula abusiva fuera simplemente la moderación de la misma, no habría incentivo para que las empresas dejaran de utilizar esas cláusulas abusivas, lo que iría contra el principio de efectividad. En consecuencia la nulidad debe provocar que no se aplique esa cláusula en absoluto, sin que pueda ser moderada. Aplicado a este supuesto y según el recurrente esto supondría que la abusividad implica la nulidad de la cláusula sin posibilidad de integración, y en consecuencia el prestamista debe reembolsar la totalidad de los gastos e impuestos pagados por el deudor, aunque a falta de cláusula le correspondiera al deudor su pago. Este efecto es lo que garantizaría que las entidades tuvieran incentivos para dejar de imponer esa cláusula en los contratos.

Esta había sido la solución de algunas sentencias de primera instancia (así por ejemplo J. 1ª Instancia de Málaga de 12-11-2018 y la del J. Instrucción nº 1 de Segovia de 26-12-2018). Sin embargo, la práctica totalidad de las sentencias de Audiencias Provinciales obligaban a reembolsar los gastos que no les hubiera correspondido pagar al deudor a falta de dicha cláusula, que es la opción por la que veremos optan las sentencias que aquí comento. Como excepción, la de la Audiencia Provincial de Santander de 29-10-2018 dice: *“no sería aceptable que el juez proceda a posteriori a realizar una distribución por cuanto ello, pues ello supondría ejercitar una facultad moderadora interdictada. Si el pacto es nulo, y ese es el concreto título por virtud del cual el demandante pagó los gastos de notaría, registro y gestoría, debe quedar en idéntica posición económica que antes del contrato. Y ello sin perjuicio de que si la apelante, una vez pague a la parte demandante, considera que todo o parte de esos gastos son civilmente de cuenta del prestatario, decida reclamárselos.”* Pero aún en este caso, como vemos, no sostiene que la obligación de pago corresponda por entero al banco como pretendía el recurso, pues prevé la posibilidad de repetir al deudor. En las sentencias de la Audiencia de Oviedo que aquí se recurren, el tribunal consideraba que solo debía declararse nula la parte de las cláusulas que se referían a gastos que debían haber sido pagados por el prestamista, y por tanto solo estos se debían reintegrar.

La doctrina del TS es distinta pues siguiendo la Sentencia 705/2015 de 23 de diciembre entiende que es nula la cláusula en su conjunto, porque atri-

buye los gastos al deudor de forma indiscriminada. No obstante, al tratarse de pagos que han de hacerse a tercero, la declaración de abusividad no puede conllevar que esos terceros dejen de percibir lo que por ley les corresponde. En consecuencia la aplicación de las normas que se hubieran aplicado a falta de cláusula no supone una moderación de la estipulación contractual ni por tanto infracción del efecto disuasorio de la Directiva 93/13 o del art. 83 TRLGCU. Supone simplemente actuar como si nunca se hubiera incluido en el contrato. Insiste el tribunal en este sentido: *“El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva y previsto en el art. 1303 CC no es directamente aplicable, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver, sino pagos hechos por el consumidor a terceros”*. Por ello entiende que lo procedente, para volver a la situación en que dicha cláusula no se hubiera impuesto, es imponer al prestamista el abono al deudor de la parte de las cantidades que le hubieran correspondido (siguiendo la doctrina ya fijada en las sentencias 147/2018 y 148/2018). Igual que en la sentencia 725/2018, de 19 de diciembre, no concreta el fundamento exacto de esta restitución sino que dice que *“se trataría de una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto”* y también que *“tiene similitudes analógicas con el pago de lo indebido”*.

5.2. La abusividad de la cláusula que atribuye todos los gastos al deudor

El segundo motivo de casación es la abusividad de la cláusula que atribuye el pago de los gastos e impuestos al consumidor, con infracción del art. 89.3.3. del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante TRLCU), en relación con la jurisprudencia establecida en la STS 705/2015, de 23 de diciembre, en relación con el pago del impuesto por el deudor.

Como cuestión preliminar señala que si bien el art. 89.3 c) del TRLCU no era aplicable al caso por ser su entrada en vigor posterior, al tratarse de un texto refundido no era realmente una norma de nuevo cuño, sino que fue reflejo de la refundición o reajuste de una norma previa. La STS 705/2015 de 3 de diciembre había considerado aplicable a estos gastos el art. 89.3.3 del TRLCU que considera abusiva *“La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario”*. Señalaba también esta sentencia: *“El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3º letra a)”*. Esta aplicación directa de la norma había sido criticada por NIETO porque no parece que sea el supuesto contemplado por la norma. La sentencia, al citar el artículo, omite la descripción que contiene el mismo de esos actos y documentos que constituyen la preparación de la titulación y que son *“obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación”*. Como

vemos, se trata de actuaciones anteriores a la compra, dirigidas la construcción del inmueble vendido y en los que el consumidor ni siquiera interviene. En particular la norma no incluye entre estos gastos los de la escritura de compraventa, que con arreglo al Cc corresponden en su mayor parte al vendedor (art. 1455 Cc). No parece acertado tampoco extender lo que se aplica a la venta a la financiación por ser esta una faceta o fase de la adquisición, pues no lo es necesariamente. Es interesante señalar que en relación con los gastos a los que se refiere la norma, no dice que corresponden al empresario por Ley sino “por naturaleza”, lo que parece hacer referencia a esa total ajenidad del comprador a esas operaciones. Tampoco parece posible la aplicación analógica de la norma por falta de identidad de razón. De lo que la norma intenta proteger no es de la repercusión de unos gastos actuales sino de que en el momento de la firma del contrato de arras se incluyan como condiciones accesorias unos gastos futuros que el consumidor no conoce. Se trata de evitar también que se carguen al consumidor los gastos para la financiación de la construcción que el comprador puede no utilizar. Por eso se prohíbe también que se establezca una obligación de subrogación (art. 89.3.b declara abusiva “*La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación*”). Pero no parece que se pueda extender al supuesto de los gastos notariales de la hipoteca que se constituya para la adquisición: de hecho, es revelador que entre esos gastos que no se pueden repercutir no consten los de notaría, que por Ley y a falta de pacto corresponden al vendedor.

Más fundamento tiene la aplicación analógica del art. 89.3.3º letra c) del TRLCU que considera abusiva “*la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario*”, a lo que hace referencia las SSTs 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo. Sin embargo, aún en este caso podría intentarse la distinción pues parece referirse al impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana, que no solo corresponde al vendedor sino cuyo importe depende de la fecha de adquisición, del valor catastral del suelo que corresponden al inmueble, y de los coeficientes aplicados por cada Ayuntamiento, lo que lo hace imposible de determinar para el comprador, y menos en el momento de la firma del contrato privado de compraventa, que es en lo que está pensando la Ley, como se deduce los demás puntos. En todo caso eso es inaplicable a este caso pues el impuesto que se devenga en este caso (el de Actos Jurídicos Documentados) –bien es cierto que tras diversas vicisitudes que fueron comentadas en esta misma obra el año pasado.

En todo caso a la misma conclusión se podría llegar a través de la aplicación de la norma general del art. 82 TRLCU que dice que serán abusivas las cláusulas “*no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*”. La discusión se produciría por tanto en rela-

ción con el concepto de desequilibrio importante. Las sentencias señalan que las sentencias de pleno 705/2015 de 23 de diciembre y 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo, declararon la abusividad de las cláusulas que atribuyen indiscriminadamente al consumidor el pago de todos los gastos que genera la operación. En relación con el requisito del desequilibrio importante, señala que no ha de juzgarse en relación con el importe total del contrato (STJUE de 16 de enero de 2014, C-226/12) sino en comparación con el resultado de aplicar las normas supletorias. Dado que de acuerdo con estas el prestatario no tendría que pagar todos los gastos, el tribunal considera que la cláusula ha de declararse abusiva.

No obstante, también estima que las sentencias de la Audiencia Provincial no contravienen la normativa sobre consumidores al afirmar que el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados (en adelante AJD) es el prestatario, puesto que simplemente aplica la legislación una vez expulsada la cláusula abusiva del contrato, como ya hemos dicho antes y se confirmó en las sentencias de 15 de marzo de 2018 (147/2018 y 148/2018).

Por todo ello, desestima el motivo con la única precisión –derivada de la doctrina de las sentencias 17/2018 y 148/2018, de 15 de marzo–, de que la cuota fija del impuesto de actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel notarial de las escrituras y las copias, corresponde al que las solicita. Esto en realidad no tiene ninguna trascendencia práctica pues es tanto como decir que el pago de las copias corresponde a quién las solicita pues el coste del timbre se incluye siempre como suplido en las mismas. Se remite la sentencia a las ya citadas y señala que no quedan cuestionadas por el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, que modificó el sujeto pasivo del impuesto, pues conforme a su propia previsión de entrada en vigor solamente es aplicable a los contratos de préstamo hipotecario celebrados con posterioridad a su vigencia y no contiene regulación retroactiva alguna.

5.3. La distribución de gastos como consecuencia de la nulidad de la cláusula

Como hemos visto en los puntos anteriores, el tribunal considera que la cláusula que atribuye la totalidad de los gastos al deudor es nula por abusiva, pero que eso no implica que deba el prestamista reintegrar la totalidad de los gastos pagados, sino solo aquellos que a falta de cláusula alguna le hubiera correspondido pagar.

En la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre no se había pronunciado sobre cómo se atribuirían esos gastos a falta de pacto, por tratarse de una acción colectiva en la que no procedía determinar concretamente las cantidades a reintegrar. Sin embargo, en las sentencias que se comentan sí considera que debe pronunciarse sobre esa atribución. Para ello parte de la idea de que, si bien en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real), ambas son

inescindibles (siguiendo la sentencia 1331/2007, de 10 de diciembre) y a partir de ahí examina los distintos gastos.

En relación con los notariales destaca que existe un único concepto inmutable (no uno por el préstamo y otro por la hipoteca) por lo que no cabe distinguir entre préstamo e hipoteca. El arancel notarial dice que corresponde el pago de arancel a “*los que hubieren requerido la prestación de las 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*”. El tribunal considera que ambas partes están interesadas en el otorgamiento: el prestamista para obtener un título ejecutivo y una garantía, y el prestatario porque un préstamo con este tipo de garantía tiene un interés inferior al habitual en los préstamos sin garantía real (en una de las sentencias matiza que “por lo general” es inferior). Al estar ambos interesados considera que lo razonable es distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento.

El tribunal no se limita a determinar qué sucede con la escritura de constitución de hipoteca, que eran las cantidades reclamadas en los recursos. Dado que la cláusula se refería también los gastos notariales de novación y cancelación, se plantea lo que procede en esos casos. En el caso de novación aplica la misma regla y por la misma razón. No obstante, considera que el interesado en la cancelación de la hipoteca es el deudor por lo que será él el obligado.

También se refiere a las copias autorizadas y simples de las escrituras, cuestión que sí está resuelta por el arancel, correspondiendo su pago a quien las solicite.

La determinación de a quien corresponde el pago de los gastos registrales es más sencilla: el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1º que corresponde “*a aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho*” por lo que le corresponde este gasto íntegramente al prestamista.

Respecto de la gestoría, considera que las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, por lo que se debe distribuir por mitad. Esta conclusión podría ser discutible que se aplique a las hipotecas posteriores a 10-11-2018, en las que el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados corresponde al prestamista. Los servicios que presta la gestoría según el Tribunal Supremo son “*la llevanza al notario de la documentación para la confección de la escritura, su presentación en el registro de la propiedad o su presentación ante la Agencia Tributaria para el pago del impuesto*”. Cuando estas dos últimas gestiones corresponden al Banco no está claro que el reparto por mitad sea razonable. Pero esto solo se aplicaría a las escrituras otorgadas entre el 10 de noviembre de 2018 y el 21 de junio de 2019, pues a partir de ese momento por Ley los gastos corresponden al prestamista, como vamos a ver.

Las sentencias concluyen que el banco debe abonar los gastos que le hubieran correspondido abonar con los intereses legales devengados desde la fecha de su pago, a la misma línea de lo ya declarado por la sentencia 725/2018,

de 19 de diciembre. En concreto en los supuestos de hecho condenan al reintegro de la mitad de los gastos de notaría y gestoría y de la totalidad de los gastos registrales.

5.4. *Conclusión*

Las sentencias comentadas definen de manera definitiva una cuestión que ha dado lugar a una enorme litigiosidad, que puede sorprender porque se trataba de unos gastos que eran bien conocidos por los consumidores, pues se deducían en el momento de la entrega del préstamo. Por ello su importe era comunicado a los deudores con antelación, pues para la operación típica de compra e hipoteca que tenían que saber de qué cantidad exacta iban a disponer para el pago del precio y los gastos asociados. La causa de que se convirtieran en el motor del sistema de reclamaciones masivas se debe en primer lugar de que como consecuencia de la nulidad de la cláusula se pretendía reclamar al prestamista la devolución del impuesto de Actos Jurídicos Documentados, que era una cantidad bastante más importante que los gastos notariales, registrales, y de gestoría. Además, mientras que la cláusula suelo (el otro gran filón de las reclamaciones en masa) solo se incluía en menos del 30% de los préstamos, todas las hipotecas habían tenido gastos, lo que daba sentido a campañas de publicidad y técnicas de comercialización masivas que desarrollaron algunos despachos. La desafortunada redacción la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, que daba a entender que el sujeto pasivo de AJD era el prestamista, hizo el resto. Aunque la misma Sala 1ª, en STS núm. 148/2018, de 15 de marzo desmintió que ese fuera el sentido de la sentencia y confirmaba que el sujeto pasivo del AJD era el deudor, ya se habían interpuesto cientos de miles de reclamaciones. Tras las vicisitudes las sentencias de la Sala 3ª (SSTS de 16 de octubre y de 28 de noviembre de 2018) quedó claro que el AJD correspondía al deudor. Sin embargo, se planteaba todavía si la declaración de abusividad de la cláusula de gastos conllevaba que el prestamista tuviera que reintegrar todos los gastos pagados por el deudor, incluido el impuesto.

Las presentes sentencias resuelven definitivamente el problema. Por un lado, confirman el carácter abusivo de las cláusulas que atribuyen todos los gastos al deudor de forma indiscriminada. Por otro, establecen que el efecto de la nulidad es tener la cláusula por no puesta y en consecuencia que el banco no tiene que devolver todos los gastos e impuestos pagados por el deudor, sino que los gastos se deben distribuir como si no existiera dicha cláusula, sin que eso infrinja la prohibición de moderación de las cláusulas abusivas. En consecuencia el prestamista debe reintegrar solo aquellos gastos que hubiera tenido que pagar él a falta de dicha cláusula. Tal y como había sugerido la doctrina (PASQUAU) el fundamento no se encuentra en el art. 1303 del Cc sino en la doctrina del enriquecimiento injusto o las normas sobre pago indebido, y por esa razón se debe pagar el interés legal desde que se abonaron.

Finalmente las sentencias, siguiendo la doctrina de otras anteriores, distribuyen cada uno de los gastos, poniendo fin a las distintas interpretaciones que existían en las Audiencias Provinciales. El impuesto corresponde al sujeto pasivo que es el deudor para las anteriores al Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, como quedó determinado en sentencias anteriores. Los gastos de registro corresponden al prestamista y los gastos de gestoría y notaría se dividen por mitad, salvo los de las copias que han de pagarse por quien las solicita. Yendo más allá de lo que se planteaba en las demandas, el tribunal aprovecha para distribuir también los gastos de las posibles novaciones (al banco) y cancelaciones (al deudor).

La consecuencia de todo ello es que queda finalmente claro lo que los bancos deberán devolver al deudor: la mitad de los gastos de gestoría y notaría y los de las copias solicitadas por el mismo. En realidad la última etapa de este conflicto ha tenido un corto recorrido pues poco después la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario ha realizado una distribución legal de los gastos, apartándose ligeramente de lo determinado por las sentencias, puesto que atribuye la totalidad de los gastos de gestoría, notariales y registrales al prestamista, de manera que los únicos gastos que pagará el deudor relacionados con la hipoteca serán los de la tasación de la finca

6. Bibliografía

- Alvarez Royo-Villanova, S. Cláusula de gastos hipotecarios e impuesto de actos jurídicos documentados: Comentario de las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 (147/2018 y 148/2018) Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil / coord. por Mariano Yzquierdo Tolsada
- Alvarez Royo-Villanova, S. Los gastos hipotecarios tras la última jurisprudencia (SSTS de 23-1-2019). Blog Hay Derecho. 29 de enero de 2019. <https://hayderecho.expansion.com/2019/01/29/gastos-hipotecarios-tras-sentencias-ts-23-1-2018/>
- Fernandez Benavides. M. Continúa el “jaleo” de los gastos hipotecarios. Blog Hay Derecho. 23 marzo 2018. <https://hayderecho.com/2018/03/23/continua-el-jaleo-de-los-gastos-hipotecarios/>
- Nieto Carol, U. La repercusión de los gastos notariales de los préstamos hipotecarios. El notario del siglo XXI. N^o71 Enero 2017
- Pasquau Liaño. M. El reembolso de lo pagado por el impuesto de la hipoteca: ¿contra quién? ¿en qué plazo? Blog de Miguel Pasquau. <http://www.miguelpasquau.es/el-reembolso-de-lo-pagado-por-el-impuesto-de-la-hipoteca-contra-quien-en-que-plazo/>