

## Los gastos de constitución del préstamo hipotecario tras la Ley 5/2019, de contratos de crédito inmobiliario.

[BIB 2019\8943](#)

**Manuel Jesús Marín López.**

Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha

**Publicación:** Revista Aranzadi Doctrinal num.10/2019 parte Legislación. Doctrina Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2019.

**Resumen** «Una de las cuestiones más litigiosas en los últimos años es la cláusula de gastos incluida en los préstamos hipotecarios, que impone al prestatario el abono de todos los gastos que ocasiona la constitución del préstamo hipotecario. En este trabajo se examina quién debía abonar cada gasto (notaría, registro de la propiedad, gestoría, tasación e impuesto de actos jurídicos documentados) antes de la entrada de vigor de la Ley 5/2019, de contratos de crédito inmobiliario, y los efectos de la nulidad de la cláusula de gastos (¿devolución total al prestatario o sólo devolución parcial?). La nueva Ley 5/2019 ordena esta materia y da seguridad jurídica, pues establece en su art. 14.1.e) qué gastos debe soportar cada parte, y cómo se distribuyen esos gastos de constitución en caso de cambio de prestamista.»

**Abstract:** «One of the most litigious issues in recent years is the expense clause included in mortgage loans, which imposes on the borrower the payment of all expenses caused by the constitution of the mortgage loan. This article examines who should pay each expense (notary, property registration, agency, appraisal and tax of documented legal acts) before the entry into force of Law 5/2019 of real estate credit contracts, and the effects of the nullity of the expense clause (total refund to the borrower or only partial refund?) The new Law 5/2019 orders this matter and gives legal certainty, since its article 14.1.e) establishes what expenses each party must bear, and how those incorporation expenses are distributed in case of change of lender.»

**Palabras clave** Protección del consumidor, Contratos de crédito inmobiliario, Gastos de constitución, Préstamo hipotecario.

Consumer protection, Credit agreements relating to residential immovable property, Expenses caused by the constitution of the mortgage loan, Mortgage loan.

### I . Los gastos de constitución del préstamo en la [Ley 5/2019 \(RCL 2019, 438\)](#)

Una de las cláusulas que más litigiosidad ha planteado es la cláusula que impone al prestatario el pago de todos los gastos de constitución del préstamo hipotecario. En un primer momento el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario no reguló esta materia. Pero a su paso por el Congreso de los Diputados se introdujo un nuevo [art. 14.1.e\)](#) en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario (en adelante, LCCI) que establece qué parte debe correr con los gastos de tasación, gestoría, aranceles notariales, registrales y con el pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

La decisión de regular esta materia en la Ley es correcta. No hay mejor forma de dar seguridad jurídica que establecer una regla concreta sobre quién soporta cada gasto. Así se evitan conflictos y se resuelve de un plumazo la enorme litigiosidad existente sobre qué contratante debe asumir los gastos.

La LCCI no sólo establece quién debe soportar cada gasto, sino que obliga al prestamista a informar al prestatario sobre el particular. En este sentido, antes de celebrar el contrato el prestamista tendrá que entregar al potencial prestatario un documento que indique qué gastos corresponden a cada parte [art. 14.1.e) LCCI]. Además, en la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) del art. 14.1.b) LCCI, cuyo modelo consta en el [Anexo II](#) de la [Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre \(RCL 2011, 1943\)](#), de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (en la redacción dada por la [Orden ECE/482/2019, de 26 de abril \(RCL 2019, 737\)](#)), ha de indicarse expresamente que “el deudor asume el pago de los siguientes gastos asociados a la concesión del préstamo: (i) los gastos de tasación del inmueble; (ii) el coste de aquellas copias de la escritura del préstamo hipotecario que solicite expresamente”, y si ha lugar, otros gastos de constitución del préstamo.

En este trabajo se examina quién debía abonar cada gasto antes de la entrada de vigor de la Ley 5/2019 (epígrafe II), y los efectos de la nulidad de la cláusula de gastos (epígrafe III). En el epígrafe IV se examina el régimen de distribución de los gastos instaurado en la nueva Ley, mientras que el epígrafe V se ocupa de la distribución de los gastos de constitución del préstamo en caso de cambio de prestamista.

## II . Quién debe abonar los gastos de constitución del préstamo: situación anterior a la Ley 5/2019

Durante los últimos años se cuentan por cientos las sentencias de Audiencias Provinciales que analizan quién debe abonar los distintos gastos que genera la constitución de un préstamo hipotecario.

Este “caos” jurisprudencial ha desaparecido tras la publicación, con fecha de 23 de enero de 2019, de cinco sentencias (con número 44, 46, 47, 48 y 49) del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios celebrados con consumidores. Estas sentencias son importantes porque se pronuncian por primera vez sobre quién debe soportar los gastos notariales, registrales y de gestoría. Además, en estas sentencias el Tribunal Supremo insiste en ideas que ya había sostenido en resoluciones anteriores: que tras la nulidad de la cláusula el prestatario no puede ampararse en el [art. 1303 CC \(LEG 1889, 27\)](#) para solicitar la restitución de todo lo abonado, sino que sólo podrá recuperar aquellas cantidades que no hubiera estado obligado a satisfacer de no haber existido la cláusula abusiva (tesis ya acogida en las [SSTS 147/2018 \(RJ 2018, 1241\)](#) y [148/2018 \(RJ 2018, 966\)](#), de Pleno, de 15 de marzo, y [725/2018, de Pleno, de 19 de diciembre \(RJ 2019, 5455\)](#)). Tampoco es novedosa, porque se expone en las SSTS 147/2018 y 148/2018, la doctrina sobre quién es el sujeto pasivo del IAJD en su doble modalidad de cuota fija y cuota variable<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Sobre el particular, v. M. J. MARÍN LÓPEZ, “Cláusula que impone al prestatario hipotecario el abono de los impuestos: ¿procede la devolución por el prestamista de todas las cantidades abonadas? La solución quizás, esté en el TJUE”, publicado en la página web del Centro de Estudios de Consumo; en concreto, en [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Clausula\\_que\\_impone\\_al\\_prestatario\\_hipotecario\\_el\\_abono\\_de\\_los\\_impuestos.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Clausula_que_impone_al_prestatario_hipotecario_el_abono_de_los_impuestos.pdf)

Conviene analizar por separado el régimen de cada uno de los gastos.

## 1 . Gastos notariales

Las Audiencias Provinciales estaban divididas sobre quién debería abonar los aranceles notariales, si la cláusula de gastos no existiera. La mayoría entienden que ese coste incumbe al prestamista, aunque también hay otras que defienden que deben sufragarse por mitad entre las dos partes<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Un estudio de esta jurisprudencia, en M. J. MARÍN LÓPEZ, *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios*, Madrid, Reus, 2018, pp. 60 y ss.

Las [SSTS de 23 de enero de 2019 \(RJ 2019, 114\)](#) zanján la polémica: los gastos de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario deben abonarse por mitad entre prestamista y prestatario. El razonamiento es el siguiente (STS 44/2019, FJ 7.º, ap. 10 a 14, y de manera similar en las otras sentencias). El [art. 63 del Reglamento Notarial \(RCL 1945, 57\)](#) remite la retribución de los notarios a lo que se regule en el arancel. Y la norma 6.º del [Anexo II del RD 1426/1989 \(RCL 1989, 2555\)](#), por la que se aprueba el arancel de los notarios, establece que “la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente”. La norma habla de “interesados”, pero no especifica si, a efectos de redacción de la matriz, el interesado es el prestatario o el prestamista. Según el Tribunal Supremo, los interesados son los dos: el prestamista, porque obtiene un título ejecutivo y un documento que le permite la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad; y el prestatario, porque obtiene un préstamo que, por contar con garantía hipotecaria, se concede a un tipo de interés habitualmente más bajo que el que se establece en los préstamos sin esa garantía. En cuanto a las copias notariales, “deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés” (STS 46/2019, FJ 3.ª, ap. 4).

La idea de que los gastos de la matriz de la escritura debían abonarse por mitad entre las partes estaba ya contenida en las SSTS 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo. En estas sentencias, para resolver quién es el sujeto pasivo del IAJD por el timbre de la matriz, el TS toma como referencia el RD 1426/1989 para establecer que, como los interesados son los dos (prestamista y prestatario) y por eso ambos deberían costear los aranceles notariales, “es razonable” que el IAJD por el timbre de la matriz también se distribuya por mitad entre ambos. Este razonamiento no convence, pues una cosa es quién satisface los aranceles notariales (lo que debe averiguarse conforme a las reglas del derecho de contratos y la norma 6.ª del [Anexo II del RD 1426/1989](#)), y otra muy distinta quién es el sujeto pasivo del IAJD, cuestión que debe abordarse teniendo en cuenta el art. 29 TRLTPyAJD. En cualquier caso, la idea de que los gastos notariales deben costearse por mitad se recoge expresamente en las cinco SSTS de 23 de enero de 2019.

Comparto la solución del TS, pero no su argumentación. El [art. 63 RN](#) dispone que “la retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios”, y esta es la primera regla contenida en la norma 6.ª del [Anexo II del RD 1426/1989 \(RCL 1989, 2555\)](#). El notario celebra con sus clientes un contrato (que el TS califica como de prestación de servicios: [SSTS de 6 de mayo de 1994 \(RJ 1994, 3718\)](#); [15 de noviembre de 2002 \(RJ 2002, 9927\)](#)), y quienes contratan al notario (quienes requieren sus servicios) son los obligados a abonar la contraprestación. Que el consumidor pueda elegir notario no significa que sea él el que tenga que abonar los aranceles. Tampoco es relevante a estos efectos que sea el prestamista el que presente al notario el proyecto de documento contractual para que sobre el mismo el notario redacte la escritura pública. De ahí no cabe inferir que sea el prestamista el único que requiere sus servicios. Hay que entender que los dos (prestamista y prestatario) requieren los servicios del notario, por lo que los dos están obligados al pago de sus honorarios. El TS obvia esta primera regla, y resuelve conforme a la segunda: el arancel deben abonarlo “los interesados”. La

alusión del RD 1426/1989 a los interesados “según las normas sustantivas y fiscales” hace difícil averiguar quiénes son esos interesados<sup>3</sup>. Pero lo correcto es entender que interesados son los dos, por lo que los dos están obligados (solidariamente) frente al notario al abono de sus honorarios, aunque en la relación interna los costes deban soportarse por mitad.

<sup>3</sup> Sobre las posibles interpretaciones, v. MARÍN LÓPEZ, *La nulidad...*, cit. , pp. 54 y ss.

## 2 . Los gastos de inscripción en el Registro de la Propiedad

La jurisprudencia menor ha sostenido, de forma prácticamente unánime, que es el prestamista el único obligado al pago del arancel registral<sup>4</sup>. Esta solución, que es correcta, se consagra en las [SSTS de 23 de enero de 2019 \(RJ 2019, 114\)](#) (STS 44/2019, FJ 7.º, ap. 15 a 17, y de manera similar en las otras sentencias).

<sup>4</sup> Una exposición de estas sentencias, en MARÍN LÓPEZ, *La nulidad...*, cit. , pp. 99 y ss.

Según el Tribunal Supremo, así resulta de la norma 8.ª del [Anexo II del RD 1427/1989, de 17 de noviembre \(RCL 1989, 2556\)](#), por el que se aprueba el arancel de los Registradores de la Propiedad, que establece que “los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote 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 \(RCL 1946, 886\)](#), se abonarán por el transmitente o interesado”. Señala el alto tribunal que, “a diferencia del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos, a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquel a cuyo favor se inscriba o anote el derecho. Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a este al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción de la hipoteca”.

La solución del TS es correcta. El prestamista es el obligado a abonar los gastos de registro de la hipoteca (aranceles registrales).

## 3 . Los gastos de gestión

Discutido es quién debe abonar los gastos de gestión. La jurisprudencia menor está dividida, pues se han defendido las tres tesis posibles (esos gastos incumben al consumidor, al prestamista, o a los dos por mitad)<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Sobre el particular, v. MARÍN LÓPEZ, *La nulidad...*, cit. , pp. 161 y ss.

El Tribunal Supremo no se había pronunciado sobre esta cuestión hasta las sentencias de 23 de enero de 2019, que declaran que los gastos de gestión deben sufragarse por mitad entre prestamista y prestatario. Explica el TS (STS 44/2018, FJ 9.º, ap. 1 a 4) cuáles son las funciones que asume la empresa de gestión (llevar al notario los documentos para confeccionar la escritura, y presentarla en el registro de propiedad o ante la Agencia Tributaria para el pago del IAJD), y que “no existe norma legal o reglamentaria que atribuya su pago al prestamista o al prestatario”. Estas gestiones podrían llevarse a cabo por el banco o por el prestatario. Sin embargo, el [RD-Ley 6/2000, de 23 de junio \(RCL 2000, 1404\)](#), de medidas urgentes de intensificación de la competencia en el mercado de bienes y

servicios, “da por supuesta la prestación de este servicio en su art. 40, que establece la obligación de ponerse de acuerdo en el nombramiento del gestor y considera el incumplimiento de esta obligación como una infracción” de la [Ley 26/1988 \(RCL 1988, 1656\)](#), de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito. De ello concluye que “ante esta realidad y dado que, cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad” (ap. 4).

Esta argumentación es inconsistente. Es obvio que prestamista y prestatario pueden por sí solos realizar las funciones enunciadas. Pero la práctica demuestra que es el prestamista el que decide celebrar el contrato con una gestoría y el que elige la concreta gestoría que va a tramitar la inscripción de la hipoteca en el Registro. Sin embargo, mediante la cláusula de gastos se impone al prestatario el pago del precio que ha de cobrar la gestoría.

El contrato que se celebra con la gestoría es un contrato bilateral, oneroso, que atribuye obligaciones a las dos partes. Se trata, en verdad, de un contrato de obra, que obliga a la gestoría a obtener un resultado concreto (proceder a la inscripción de la hipoteca en el Registro) a cambio de un precio. El obligado al pago del precio es el sujeto que haya contratado con la gestoría ([art. 1257 CC](#)). Como el contrato con la gestoría lo celebra el prestamista, es él el obligado al pago del precio, y no el prestatario.

Conforme a lo expuesto, lo relevante es quién celebra el contrato con la gestoría (pues en cuanto contratante se obliga a pagar un precio), y no a quién interesan o a quién benefician las gestiones que realiza la gestoría, como afirma el Tribunal Supremo. Es cierto que sus gestiones benefician sobre todo al prestamista, pues de este modo se asegura que el IAJD se abona rápidamente y que se inscribe la hipoteca en el Registro tan pronto como es posible. Pero también benefician al prestatario, en la medida en que hay un sujeto (gestoría) que se encarga de abonar la cuota variable del IAJD en su nombre. Que alguna de los trámites que ejecuta la gestoría interese o beneficie al prestatario no le convierte en obligado (total o parcialmente) al pago.

Esta tesis no cambia con el [art. 40](#) del RD-Ley 6/2000. Esta norma contiene una doble previsión. Por un lado, establece que la entidad encargada de la gestión administrativa de la operación (la gestoría) será designada de mutuo acuerdo por prestamista y prestatario. Por otro, señala que en los folletos informativos que la entidad prestamista pone a disposición de sus clientes debe informarse de esa circunstancia. Pero el precepto mencionado no permite al prestamista imponer al prestatario la tramitación de la inscripción de la hipoteca a través de una gestoría. La norma no puede interpretarse de esta manera, aunque así parezca entenderlo el Tribunal Supremo. El precepto parte de que hay un pacto válido (no impuesto en condiciones generales de la contratación) sobre la contratación de una gestoría. Si hay un pacto de ese tipo, ese pacto debe alcanzar también a la concreta empresa que realizará los trámites, pues no puede elegirla únicamente el prestamista. En este caso, como prestamista y prestatario pactan libremente que los trámites los haga una empresa, y acuerdan también qué concreta empresa actuará como gestoría, el precio deben abonarlo prestamista y prestatario del modo que estimen conveniente (lo normal sería por mitad).

En definitiva, si el prestamista no acredita que ha existido un pacto (negociado) con el prestatario sobre la oportunidad de contratar con una gestoría y sobre su identidad, será él el único obligado a abonar el precio a la empresa de gestoría. La cláusula es abusiva porque encaja perfectamente en el [art. 89.4 TRLGDCU \(RCL 2007, 2164\)](#). El consumidor no ha solicitado que una empresa (gestoría) se ocupe de los trámites relacionados con el pago del IAJD y la posterior inscripción de la hipoteca en el

Registro de la Propiedad. Si él no lo ha solicitado, ni existe un acuerdo (libre) entre prestamista y prestatario para que se contrate a una gestoría, el banco no lo puede hacer unilateralmente y exigir después que sea el prestatario el que pague sus honorarios. Es llamativo que el Tribunal Supremo no haya juzgado la validez de la cláusula desde la perspectiva del [art. 89.4 TRLGDCU](#).

#### 4. Los gastos de tasación

El Tribunal Supremo no se ha ocupado de quién debe sufragar el gasto de tasación. En cuanto a las Audiencias Provinciales, la jurisprudencia está dividida, aunque hay mayoría de sentencias que consideran que no es abusiva la cláusula que impone su pago al prestatario. En esta línea, SSAP Pontevedra (Secc. 1.ª) 175/2014, de 14 de mayo de 2014 ([JUR 2014, 145294](#)); Barcelona 269/2015 (Secc. 15.ª), de 18 de noviembre de 2015 ([JUR 2016, 5194](#)); Barcelona 225/2016 (Secc. 15.ª), de 17 de octubre de 2016 ([JUR 2016, 240432](#)); Huelva 103/2016 (Secc. 2.ª), de 24 de febrero de 2016 ([AC 2016, 926](#)); Asturias 193/2017 (Secc. 6.ª) de 2 de junio de 2017 (n.º recurso 190/2017); Asturias 222/2017 (Secc. 6.ª) de 23 de junio de 2017 ([JUR 2017, 210725](#)); Asturias 153/2017 (Secc. 6.ª) de 19 de mayo de 2017 ([JUR 2017, 175335](#)); La Rioja 131/2016 (Secc. 1.ª), de 16 de julio de 2016 ([JUR 2016, 184857](#)); Vizcaya 398/2016 (Secc. 3.ª) de 19 de octubre de 2016 ([JUR 2016, 271621](#)); La Coruña 375/2017 (Secc. 4.ª) de 8 de noviembre de 2017 ([JUR 2017, 309145](#)); Alicante 447/2017 (Secc. 8.ª) de 13 de noviembre de 2017 ([JUR 2017, 309303](#)).

Hay que partir del hecho de que quien ofrece garantía debe asegurar que el bien que da en garantía tiene el valor necesario para cumplir ese fin. Desde este punto de vista, es el prestatario quien debe correr con los costes de tasación.

En realidad, lo correcto es entender que a la empresa de tasación debe abonarle el precio la persona que haya contratado con ella. Al igual que sucede con la gestoría. Lo normal sería que fuera el prestatario el que celebra con ella el contrato, que obliga a la tasadora a elaborar un informe de tasación a cambio de un precio. El prestatario deberá abonar ese precio, como contratante obligado. Por eso, si es el prestamista el que contrata a la tasadora debería él abonar su coste, salvo que haya actuado en nombre del prestatario.

En cualquier caso, se trata de una cuestión debatida, por lo que sería bueno que el Tribunal Supremo se pronunciara expresamente sobre ella.

#### 5. El Impuesto de Actos Jurídicos Documentados

Desde hace años la doctrina fiscalista ha puesto de manifiesto la enorme controversia que existe en la determinación del sujeto pasivo en el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados (IAJD) que grava la constitución de un préstamo hipotecario. La imprecisa redacción del [art. 29 TRLTPyAJD \(RCL 1993, 2849\)](#) (“será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expiden”) pretendió aclararse con el [art. 68](#) del Reglamento, aprobado por [RD 828/1995 \(RCL 1995, 1816\)](#), que en su párrafo segundo añadía que “*cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario*”.

La penosa fórmula empleada en el art. 29 de la ley ha provocado enormes discrepancias en los tribunales sobre quién debe ser considerado sujeto pasivo del IAJD.

En el orden contencioso-administrativo, la tesis clásica de la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo consistía en considerar sujeto pasivo del IAJD al prestatario. Así lo ha establecido, durante décadas, en numerosas sentencias<sup>6</sup>. Sin embargo, las SSTS 1505/2018, de 18 de octubre; [1523/2018, de 22 de octubre \(RJ 2018, 4599\)](#); y [1531/2018, de 23 de octubre de 2018 \(RJ 2018, 4618\)](#), dictadas por la Sección Segunda de la Sala 3.<sup>a</sup> (la competente en materia de tributos), modifican esta doctrina, y sancionan que el sujeto pasivo es el prestamista. Además, estas sentencias declaran nulo el segundo párrafo del art. 68 del Reglamento, por ser contrario a la ley. Sin embargo, el 27 de noviembre de 2018 la Sala 3.<sup>a</sup> ha dictado tres sentencias de Pleno ([sentencias 1669/2018 \(RJ 2018, 5195\)](#), [1670/2018 \(RJ 2018, 5092\)](#) y [1671/2018 \(RJ 2018, 5093\)](#)) que vuelven a la tesis tradicional y entienden que el sujeto pasivo del IAJD es el prestatario. Estas sentencias cuentan con extensos votos particulares, que defienden que el sujeto pasivo debería ser el prestamista.

<sup>6</sup> Por ejemplo, [SSTS de 25 de septiembre de 1989 \(RJ 1989, 6492\)](#), [19 de noviembre de 2001 \(RJ 2002, 848\)](#), 23 de noviembre de 2001 ([RJ 2002, 638](#)), 24 de junio de 2002 ([RJ 2002, 8214](#)), 20 de enero de 2004 ([RJ 2004, 535](#)), 14 de mayo de 2004 ([RJ 2004, 4924](#)), 27 de marzo de 2006 ([RJ 2006, 5262](#)) y 20 de junio de 2006 ([RJ 2006, 7028](#)).

No es este el lugar para juzgar la bondad de la tesis finalmente asumida por la mayoría de los Magistrados de la Sala 3.<sup>a</sup>. En todo caso, la lectura meditada y el análisis sereno de estas sentencias me han servido para confirmar mi opinión en el sentido de que hay mejores argumentos para defender que el sujeto pasivo del IAJD es el prestamista<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Así lo expuse en *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios*, Madrid, Reus, 2018, pp. 115 y ss., y en particular en pp. 126 y 127.

En los tribunales civiles, quién sea sujeto pasivo del IAJD es relevante para determinar si es abusiva o no la cláusula que impone al prestatario los gastos de constitución del préstamo hipotecario, y, en su caso, para fijar los efectos de la nulidad de esta cláusula. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el particular. La [STS de 23 de diciembre de 2015 \(RJ 2015, 5714\)](#) declara abusiva la cláusula que impone al prestatario el pago de los tributos. Señala que “la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese”. Sin embargo, las [SSTS 147/2018 \(RJ 2018, 1241\)](#) y [148/2018 \(RJ 2018, 966\)](#), de Pleno, de 15 de marzo de 2018, cambian de criterio: “respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, en armonía con la jurisprudencia de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo, debemos concluir que el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario”. La Sala 1.<sup>a</sup> decide seguir la doctrina clásica de la Sala 3.<sup>a</sup>, y por ello concluye que “en lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta ([art. 69](#) del Reglamento), será sujeto pasivo el prestatario, por indicación expresa del art. 68 del mismo Reglamento”.

Como puede apreciarse, las Salas 1.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo han dictado sentencias discrepantes sobre la interpretación y alcance del [art. 29](#) TRLTPyAJD. El máximo responsable de este caos es, sin duda, el legislador. Atenta contra la seguridad jurídica que una norma fiscal, y en particular una norma destinada a designar quién debe satisfacer un tributo, designe al sujeto pasivo de una forma tan abstracta y poco clara que san posibles varias interpretaciones en torno a quién es el sujeto obligado fiscalmente.

Para corregir esta situación se ha dictado el [Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre \(RCL](#)

[2018, 1497](#)), que da una nueva redacción al art. 29 TRLTPyAJD. En realidad, la reforma consiste en añadir un segundo párrafo a ese precepto, con la siguiente redacción: “cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista”. Esta norma entró en vigor el 10 de noviembre de 2018.

Pero volvamos a la redacción original del art. 29 TRLTPyAJD, y a la averiguación de quién es el sujeto pasivo del IAJD. Hay que partir de que la documentación de un préstamo hipotecario en un documento notarial provoca que se generen dos figuras o submodalidades tributarias del IAJD.

Hay una primera figura del IAJD sobre *los documentos notariales* (tributo sobre el “*instrumentum*” notarial) y otra submodalidad de IAJD sobre los *actos jurídicos documentados notarialmente* (tributo sobre el “*negotium*” notarial). El primer tipo es un tributo de cuota fija, cuyo hecho imponible es la utilización de papel timbrado exclusivo para uso notarial, en el que se redactan la matriz y las copias autorizadas de la escritura pública ([art. 31.1](#) TRLTPyAJD). En cambio, en el segundo tipo (tributo sobre el acto jurídico notarialmente documentado, que es un tributo de cuota variable), el hecho imponible son las primeras copias de la escritura públicas y actas notariales, siempre que tengan por objeto cantidad o cosa evaluable, y contenga actos o contratos inscribibles en un Registro público (art. 31.2 TRLTPyAJD).

En el caso de préstamos hipotecarios, está sujeto a la cuota variable del IAJD la primera copia de la escritura pública de préstamo hipotecario que expide el notario. Y debe abonarse el IAJD en su cuota fija por la matriz de la escritura pública y por las copias autorizadas de la escritura que se expiden para el prestamista o el prestatario.

La cuantía del impuesto es muy diferente en ambas modalidades tributarias. En caso de IAJD sobre el documento (cuota fija), la cantidad que debe abonarse es muy reducida: 0,3 euros por pliego o 0,15 euros por folio, a elección del fedatario (art. 31.1 TRLTPyAJD). Sin embargo, en concepto de derecho de cuota variable, la cantidad es bastante elevada, estando el sujeto pasivo obligado a abonar varios miles de euros (a la base imponible, definida en el [art. 30.1](#), se le aplica el tipo que corresponda, conforme al art. 31.2 TRLTPyAJD).

Los sujetos pasivos del IAJD se definen en el [art. 29](#) TRLTPyAJD. Tras las [sentencias de Pleno de 27 de noviembre de 2018 \(RJ 2019, 5092\)](#), ([RJ 2018, 5195](#)) no hay dudas que el prestatario es el sujeto pasivo del IAJD en su modalidad de cuota variable (teniendo en cuenta la redacción original del art. 29, antes de su reciente reforma).

Sin embargo, estas sentencias de Pleno de la Sala 3.<sup>a</sup> no se ocupan de quién es el sujeto pasivo del IAJD en su modalidad de cuota fija. La razón parece clara: el TS no tiene que pronunciarse expresamente sobre ello, pues la demanda judicial de la que conoce tiene su origen en la liquidación efectuada por la oficina liquidadora de Alcalá de Henares en concepto de IAJD sobre el préstamo hipotecario documentado en escritura pública. El debate jurídico se centra en quién es sujeto pasivo de la cuota variable del IAJD, que es lo que se ingresa en la oficina liquidadora.

Pero la cuota fija del IAJD se abona de otro modo. Esa cantidad la “cobra” el propio notario al prestatario, junto a los aranceles notariales; y así figura en la factura que el notario remite al prestatario. Y después será el notario el que “liquide” con la Hacienda correspondiente.

Las sentencias de Pleno de la Sala 3.<sup>a</sup> no analizan quién es el sujeto pasivo del IAJD en su modalidad de cuota fija. Tampoco lo hacen los votos particulares. Pero el voto del Magistrado D. Nicolás Maurandi sí expresa las dificultades para aplicar el [art. 29](#) de la ley a este tipo de IAJD, “porque



la referencia al '*adquirente*' no se corresponde en absoluto con el hecho gravado en la primera submodalidad del gravamen que hemos diferenciado (el gravamen al documento mismo)" (FJ 3.º, ap. 3).

Ante el silencio de la Sala 3.ª del TS, no deja de ser curioso que sea la Sala 1.ª del TS la que haya analizado quién es el sujeto pasivo del IAJD en su cuota fija.

De ello se ocupan las dos [SSTS de Pleno de 15 de marzo de 2018 \(RJ 2018, 966\)](#). En el FJ 5.º, apartado 5, señalan que el IAJD tiene dos modalidades (el derecho de cuota variable y el derecho de cuota fija), y que, conforme al art. 68 del Reglamento, el sujeto pasivo del IAJD es el prestatario.

Y a continuación establecen lo siguiente (FJ 5.º, ap. 6):

"6.– Así pues, en lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta ( [art. 69](#) del Reglamento), será sujeto pasivo el prestatario, por indicación expresa del [art. 68](#) del mismo Reglamento.

Y en cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas ( [arts. 71](#) y ss. del Reglamento), habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas.

Respecto de la matriz, conforme al ya citado art. 68 del Reglamento y la interpretación que del mismo hace la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, corresponde el abono del impuesto al prestatario. Salvo en aquellos casos en que pudiera existir un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales. Como el [Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre \(RCL 1989, 2555\)](#), por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor –por la obtención del préstamo–, como el prestamista –por la hipoteca–, es razonable distribuir por mitad el pago del impuesto (solución que, respecto de los gastos notariales y registrales, apunta la [Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 2016 \(RJ 2016, 3229\)](#) ).

Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite, según se desprende del propio [art. 68](#) del Reglamento".

Según la Sala 1.ª del TS, es el prestatario el sujeto pasivo del IAJD en lo que se refiere a la cuota variable. Y en cuanto a la cuota del IAJD por el timbre de los folios, hay que distinguir: en el timbre de las copias autorizadas el sujeto pasivo es quien las solicite (prestamista o prestatario), mientras que en el timbre de la matriz los sujetos pasivos son prestamista y prestatario, por mitad.

La argumentación utilizada para alcanzar esta solución en lo que concierne al timbre de la matriz es inadecuada. De hecho, el tercer párrafo del FJ 6.º, apartado 6, es de difícil comprensión. En un primer momento, el TS afirma que el abono de timbre de la matriz corresponde al prestatario, porque así resulta del art. 68 del Reglamento. Pero si existe un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales, hay que "distribuir por mitad el pago del impuesto". Según el TS, del RD 1426/1989, que regula los aranceles notariales, resulta que son "interesados" en la celebración del préstamo hipotecario tanto el consumidor como el prestamista, de donde se infiere –aunque no se afirma expresamente– que según este RD los gastos notariales deberían ser abonados por mitad entre

prestamista y prestatario. Si ello es así, “es razonable” que el IAJD por el timbre de la matriz también se distribuya por mitad entre ambos.

La sentencia parece dar a entender que el IAJD sobre el timbre de la matriz deben abonarlo prestamista y prestatario porque ambos son los que tendrían que costear los gastos notariales. Este razonamiento no convence, pues una cosa es quién satisface los aranceles notariales (lo que debe averiguarse conforme a las reglas del derecho de contratos y la norma 6.ª del [Anexo II](#) del RD 1426/1989), y otra muy distinta quién es el sujeto pasivo del IAJD. Esta última cuestión debe abordarse teniendo en cuenta el [art. 29](#) TRLTPyAJD y el [art. 68](#) del Reglamento. Las reglas de esos preceptos no tienen por qué coincidir (y de hecho no coinciden) con las del RD mencionado. Por otra parte, ¿por qué cuando existe un pacto (¿negociado?) entre prestamista y consumidor sobre los gastos notariales y registrales el IAJD debe distribuirse por mitad? Siguiendo el razonamiento del TS, ¿no sería razonable que la distribución del pago del IAJD fuera en la misma proporción que el de los gastos notariales? Además, si primero se afirma que el sujeto pasivo del IAJD del timbre de la matriz es el prestatario, porque así resulta de la normativa fiscal, ¿por qué cambia el criterio cuando hay un pacto sobre los aranceles notariales y registrales si ese pacto, por definición, no puede afectar a la normativa fiscal? Además, ¿qué tiene que ver en este asunto el pacto sobre el abono de los aranceles registrales?

No digo que la solución del TS sea incorrecta. Quizás podría sostenerse que el sujeto pasivo son las dos partes (prestamista y prestatario) porque así resulta del art. 29 de la Ley, pues ambos tienen “interés” en que se documente la matriz de la escritura pública de préstamo hipotecario. Para ello habría que argumentar que el primer criterio del art. 29 (“es sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho”) no puede aplicarse, pues el hecho imponible del IAJD en su cuota fija es la propia expedición del documento, y no el acto o contrato que se documenta. Por esta razón no hay “adquirente” del bien o derecho. Y por eso hay que acudir al segundo criterio del art. 29 para averiguar el sujeto pasivo: “las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan”. En lo que se refiere a la matriz, son prestamista y prestatario los que instan ese documento, y son también los dos los “interesados” en esa expedición. De ahí que los dos deban ser los sujetos pasivos de este IAJD.

En todo caso, las afirmaciones que el Fallo de las SSTS hacen sobre esta materia evidencian que existe cierta confusión. En concreto, en el punto 2.º (ii) del Fallo se dispone lo siguiente:

“(ii) En lo que afecta al pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados habrá que estar a las siguientes reglas:

a) Respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario.

b) En lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, será sujeto pasivo el prestatario.

c) En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario, salvo en aquellos casos en que exista un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales, en los que también se distribuirá el pago del impuesto por la matriz. Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a

quien las solicite”.

En las letras a), b) y c) se enumeran lo que parece ser tres modalidades de IAJD. Esto es un error, pues en realidad sólo existen dos modalidades: las de las letras b) y c). La letra a) no existe como modalidad propia, y de hecho no se menciona como tal en el FJ 5.º, apartados 5 y 6. Por otra parte, en cuanto al IAJD por el timbre de la matriz, repite el argumento del FJ 5.º, apartado 6, con la importante diferencia de que ahora (en el Fallo) no se especifica que la cantidad a abonar tiene que distribuirse por mitad entre prestamista y prestatario.

Creo que la cuestión sigue abierta, pues no es la Sala 1.ª del TS, sino la Sala 3.ª, la competente para determinar quién o quiénes son los sujetos pasivos del IAJD en lo que se refiere al timbre de la matriz de la escritura del préstamo hipotecario.

### III . Los efectos de la nulidad de la cláusula de gastos

#### 1 . Tras la nulidad de la cláusula de gastos: ¿qué cantidades puede el consumidor reclamar al prestamista?

La cuestión nuclear que se plantea tras la nulidad de la cláusula de gastos es determinar qué consecuencias restitutorias ha de tener. En concreto, ¿puede el prestatario pedir la devolución de todo lo pagado en concepto de gastos notariales, registrales, y de gestoría, aunque exista una norma que le atribuya algunos de esos pagos (restitución total)? ¿o una vez eliminada la cláusula abusiva se aplica la norma que regula esta cuestión, y, en consecuencia, puede reclamar al prestamista únicamente las cantidades que él satisfizo y que no estaba obligado a abonar según la normativa aplicable (restitución parcial)?

Las [SSTS \(Sala 1.ª\) de 23 de enero de 2019 \(RJ 2019, 114\)](#) acogen esta segunda tesis (como ya hicieran las SSTS 147/2018 y [148/2018, de 15 de marzo \(RJ 2018, 966\)](#), y [725/2018, de 19 de diciembre \(RJ 2018, 5455\)](#)). Según el TS, “decretada la nulidad de la cláusula y acordada su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si tal cláusula nunca se hubiera incluido, y el pago de los gastos discutidos deberá ser afrontada por la parte a la que corresponde, según preveía el ordenamiento jurídico en el momento de la firma del contrato” ([STS 44/2019 \(RJ 2019, 114\)](#), FJ 7.º, ap. 4). Por tanto, según el Tribunal Supremo, el prestatario podrá reclamar al prestamista la mitad de los gastos de gestoría y de los gastos notariales de la matriz, y todos los gastos registrales.

Los argumentos esgrimidos en favor de esta interpretación son los siguiente. (i) El [art. 1303 CC](#) no es directamente aplicable, pues no son pagos hechos por el consumidor al banco que este deba restituir, sino pagos hechos a terceros (notario, gestoría, etc.). (ii) El [art. 6.1](#) de la [Directiva 93/13/CE \(LCEur 1993, 1071\)](#) exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido la cláusula de gastos (según la STJUE de 31 de mayo de 2018), por lo que el prestamista debe restituir las cantidades que le hubiera correspondido pagar de no haber mediado la estipulación abusiva. (iii). Se trata de una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor.

A mi juicio, hay mejores argumentos para sostener que procede la restitución total de cantidades.

Esa es la solución que deriva de la doctrina del TJUE sobre la inaplicación del derecho nacional supletorio. Al analizar la posible aplicación del [art. 1108 CC](#) tras la nulidad de la cláusula de intereses de demora, la [STJUE de 21 de enero de 2015 \(TJCE 2015, 4\)](#) (asunto C-482/13 y otros, ap. 33), tras declarar que el juez nacional debe únicamente dejar sin aplicación la cláusula abusiva, reconoce al juez nacional “la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del [artículo 6, apartado 1](#) de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los 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 ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización”. En el mismo sentido se expresan la [STJUE de 30 de abril de 2014 \(TJCE 2014, 105\)](#) (asunto C-26/13), el [ATJUE de 17 de marzo de 2016 \(TJCE 2016, 121\)](#) (asunto C-613/15) y la [STJUE de 7 de agosto de 2018 \(TJCE 2018, 247\)](#) (asuntos C-96/16 y 94/17). Según el TJUE, la inaplicación del derecho nacional supletorio se funda en el art. 6.1 de la Directiva (“no vincularán al consumidor las cláusulas abusivas”), y en los principios de efectividad y de efecto disuasorio de la nulidad del [art. 7](#) de la Directiva. La doctrina de la inaplicación del derecho nacional supletorio ha sido expresamente admitida por el [Tribunal Supremo, entre otras, en SSTS de 22 de abril de 2015 \(RJ 2015, 1360\)](#), 7 de septiembre de 2015 ([RJ 2015, 3976](#)), [23 de diciembre de 2015 \(RJ 2015, 5714\)](#), 3 de junio de 2016 ([RJ 2016, 2300](#)) y [28 de noviembre de 2018 \(RJ 2019, 5101\)](#).

Según el TJUE, no cabe aplicar el derecho supletorio dispositivo salvo que la nulidad de la cláusula conlleve la nulidad de todo el contrato y ello provoque consecuencias negativas al consumidor. El TJUE entiende que esta excepción no concurre cuando la cláusula abusiva es la que fija los intereses de demora, pues la nulidad de esta cláusula no afecta negativamente al consumidor. Lo mismo cabe predicar de la cláusula de gastos: su nulidad no perjudica al consumidor. Al contrario, le beneficia, porque le exime de pagar las cantidades que la cláusula le impone.

Las [SSTS de 23 de enero de 2019 \(RJ 2019, 114\)](#) no citan esta doctrina del TJUE. Apoyan su tesis de la restitución parcial en la [STJUE de 31 de mayo de 2018 \(TJCE 2018, 113\)](#) (asunto C-483/2016), que a su vez reproduce la [STJUE de 21 de diciembre de 2016 \(TJCE 2016, 309\)](#) que afirma que “la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que es encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva”. En mi opinión, la doctrina recaída en la STJUE de 21 de diciembre de 2016 no puede servir para justificar la restitución parcial de los gastos abonados. La sentencia, que versa sobre la posible limitación en el tiempo de los efectos restitutorios de la cláusula suelo nula, lo que en verdad quiere destacar es que no cabe limitar temporalmente los efectos de la nulidad, por lo que, declarada nula la cláusula abusiva, los efectos restitutorios se predicán *desde el principio*, pues todas las cantidades cobradas desde ese instante “son indebidas”. En definitiva, la STJUE de 21 de diciembre de 2016 no se pronuncia sobre la posible aplicación (o no) del derecho nacional supletorio.

Puede discreparse de la solución ofrecida por el TJUE. Pero, guste o no, es la doctrina que debe aplicarse. Y por eso no cabe acudir al derecho nacional supletorio para determinar, tras la nulidad de la cláusula de gastos, qué gastos debe soportar cada una de las partes.

El Tribunal Supremo señala que el consumidor no puede fundar la restitución total de cantidades en el [art. 1303 CC](#), pues este precepto es inaplicable, porque esos pagos no los recibió el prestamista,

sino terceros. Me permito discrepar de esta tesis. Pero aunque este precepto no fuera aplicable, la jurisprudencia del TJUE impide la aplicación del derecho nacional supletorio y exige una devolución total de las cantidades abonadas en ejecución de la cláusula abusiva. No hay razones para dejar de aplicar esta jurisprudencia en la hipótesis de que la cláusula imponga al consumidor el pago a un tercero en lugar de al banco predisponente.

Por último, es obvio que el consumidor podría, con apoyo en la acción de enriquecimiento injusto, solicitar al prestamista la devolución de algunas cantidades (aquellas que abonó el consumidor y que no estaba obligado a soportar según la normativa aplicable). Pero ello no impide que, amparándose en la doctrina del TJUE, pueda reclamar la devolución de todas las cantidades, en los términos expuestos.

## **2 . Las dos cuestiones prejudiciales del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 6 de Ceuta**

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 6 de Ceuta ha dictado dos autos en los que plantea una cuestión prejudicial al TJUE. En ellos pregunta si es conforme a la Directiva de cláusulas abusivas la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo que, tras la nulidad de la cláusula de gastos, ordena una distribución de los gastos entre las dos partes.

El primero de los [autos, de 13 de marzo de 2019 \(PROV 2019, 120042\)](#) (n.º recurso 190/2018), argumenta del siguiente modo. Después de citar los distintos preceptos de derecho comunitario y estatal implicados, reproduce el Auto del [TJUE de 11 de junio de 2015 \(TJCE 2015, 224\)](#) , que obliga a los jueces a dejar sin aplicación la cláusula abusiva, sin poder modificar el contenido de la misma. La cláusula abusiva debe expulsarse del contrato, sin más, sin que el juez pueda modificarla de algún modo. Pues eso contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen al consumidor. El TJUE ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula por una disposición supletoria de derecho nacional, pero esa posibilidad queda limitada al caso en el que la nulidad de la cláusula obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de este modo a consecuencias que representan para él una penalización.

El auto de Ceuta estudia la doctrina del TS y el modo en que se distribuyen los gastos de notaría, Registro y gestoría. Entiende que la solución del TS de distribuir los gastos entre prestamista y prestatario puede ser contraria a la normativa comunitaria, porque no respeta el principio de no vinculación, ni el de efectividad, ni se consigue el efecto disuasorio, y porque esta solución no permite restablecer el equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes.

El auto formula dos preguntas. En la primera se cuestiona si es compatible con los [arts. 6 y 7](#) de la Directiva de cláusulas abusivas el fijar como criterio inequívoco el Tribunal Supremo que es abusiva la cláusula que impone todos los gastos de constitución al prestatario y que, tras la nulidad de la cláusula, se distribuyen los diferentes conceptos que se integran en dicha cláusula entre el banco y el consumidor, con el fin de limitar la restitución de las cantidades indebidamente abonadas por aplicación de la legislación nacional. La segunda pregunta es si es compatible con los arts. 6 y 7 de la Directiva de cláusulas abusivas el que el Tribunal Supremo lleve a cabo una interpretación integradora de una cláusula nula por abusiva cuando la supresión de la misma y los efectos dimanantes de ésta no afectan a la subsistencia del contrato de préstamo con garantía hipotecaria.

La redacción de las preguntas no es todo lo correcta que debiera. No tiene sentido preguntar al TJUE

si es correcto considerar abusiva la cláusula que establece que todos los gastos de constitución del préstamo son a cargo del consumidor. Esta solución es la adoptada por nuestros tribunales, y no veo la razón para que el TJUE se pronuncie sobre ello. La pregunta debe versar, necesariamente, sobre los efectos restitutorios. La segunda pregunta es, por ello, adecuada. Aunque quizás debería aludir también a la jurisprudencia del TJUE que sanciona la inaplicación del derecho nacional supletorio tras la nulidad de la cláusula.

El segundo auto del [JPIel de Ceuta es de 20 de marzo de 2019 \(PROV 2019, 120041\)](#) (n.º recurso 160/2018). El auto reproduce literalmente la misma argumentación esgrimida en el auto de 13 de marzo. En esta línea, el auto formula las dos mismas preguntas que el auto de 13 de octubre. Pero añade una tercera, que tiene que ver con la condena en costas. En concreto, se pregunta “si, en relación con el [art. 394](#) de la [LEC \(RCL 2000, 34\)](#) que establece el criterio del vencimiento objetivo en materia de costas procesales, por si cabe estimar que si se anula una cláusula abusiva de gastos, pero los efectos de dicha nulidad se contraen al reparto de gastos antes aludido, si ello supone una vulneración de los principios de efectividad y no vinculación del Derecho de la Unión Europea en caso de que se entienda la estimación en sentencia como parcial y si ello podría interpretarse como productor de un efecto disuasorio inverso con la consiguiente desprotección de los intereses legítimos de consumidores y usuarios”.

### 3 . La cuestión prejudicial del Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca

Mediante auto de 12 de marzo de 2019, el Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca plantea cuestión prejudicial al TJUE (asunto C-224/19). El auto formula trece preguntas, que tienen que ver con la posible vulneración de la Directiva de cláusulas abusivas. Las seis primeras preguntas se refieren a la posible contrariedad a la Directiva de la doctrina del TS sobre el reparto de gastos tras la nulidad de la cláusula de gastos. Los demás versan sobre el cumplimiento (o no) de la Directiva de la doctrina del TS relativa a la validez de la comisión de apertura (preguntas 7 a 11): sobre si vulnera la Directiva el hecho de que no se condene en costas al empresario, a pesar de haberse declarado la nulidad de la cláusula de gastos, por no estimar la sentencia la pretensión de restitución total de cantidades (pregunta 12); y sobre si respeta los arts. 6 y 7 de la Directiva la limitación en el tiempo, mediante la apreciación de la excepción de prescripción, de la acción de restitución de cantidades, aunque se considere imprescriptible la acción que declara la nulidad de la cláusula abusiva.

En relación con los gastos, el auto se cuestiona lo siguiente:

Si, a la vista del [art. 6.1](#) de la Directiva 93/13/CE, la cláusula de gastos “puede ser moderada en cuanto a sus efectos restitutorios tras su declaración de nulidad por abusiva” (pregunta 1).

Si, a la vista del [art. 6.1](#) de la Directiva 93/13/CE, una jurisprudencia nacional (la del TS) que establece que tras la declaración de nulidad de la cláusula de gastos prestatario, deben distribuirse por mitad entre prestamista y prestatario los gastos de notaría y gestoría, “puede considerarse una moderación judicial de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva y por tanto resulta contraria al principio de no vinculación contenido en el [art. 6.1](#) de la Directiva 93/13” (pregunta 2).

“Si a la vista del [artículo 6.1](#) de la Directiva 93/13, una jurisprudencia nacional (como la del TS) que establece que tras la declaración de nulidad de la cláusula que atribuye la integridad de los gastos de formalización, novación o cancelación de un préstamo con garantía hipotecaria al prestatario deben

imponerse igualmente al prestatario el abono de los gastos de tasación del inmueble y el impuesto que grava la constitución de hipoteca derivados de la formalización del préstamo, consiste en una quiebra del principio de no vinculación al consumidor de una cláusula abusiva declarada nula, y, si resulta contraria al [art. 3.2](#) de la Directiva 93/13 la atribución al prestatario de la carga de probar que no se le permitió aportar su propia tasación del inmueble” (pregunta 3).

“Si a la vista del [artículo 6.1](#) de la Directiva 93/13, resultaría contraria una jurisprudencia nacional que establece que tras la declaración de nulidad de la cláusula que atribuye todos los gastos de constitución, novación o cancelación de un préstamo con garantía hipotecaria al prestatario, puede seguir surtiendo efectos para el prestatario cuando realiza novaciones modificativas o cancela la hipoteca, en el sentido de tener que seguir abonando los gastos derivados de tal modificación o cancelación de la hipoteca, y si la atribución de esos gastos al prestatario supone una quiebra del principio de no vinculación al consumidor de una cláusula abusiva declarada nula” (pregunta 4).

“Si a la vista del artículo 6.1 en relación con el [artículo 7.1](#), de la Directiva 93/13, si una jurisprudencia nacional que excluye parcialmente el efecto restitutorio de la declaración de nulidad por abusividad de la cláusula que atribuye al prestatario todos los gastos de la formalización, novación o cancelación de un préstamo con garantía hipotecaria, serían contrarios al efecto disuasorio frente al empresario consagrado en el [art. 7.1](#) de la Directiva 93/13” (pregunta 5).

“si a la vista del principio de no moderación de las cláusulas declaradas nulas establecido en la jurisprudencia del TJUE, y a la vista del principio de no vinculación del artículo 6 de la Directiva, puede resultar contraria una jurisprudencia nacional que modera los efectos restitutorios tras la declaración de nulidad de una cláusula que atribuye al prestatario todos los gastos de formalización, novación o cancelación, amparándose en el interés del prestatario” (pregunta 6).

Muchas de las preguntas son repetitivas. En esencia, se discute, al igual que en la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Ceuta, si la doctrina del TS sobre la distribución de los gastos, tras la nulidad de la cláusula de gastos, respeta los [arts. 6 y 7](#) de la Directiva 93/13/CE.

#### **IV . La distribución de los gastos de constitución en la Ley 5/2019: el art. 14.1.e)**

El [art. 14.1.e\)](#) LCCI enumera qué gastos debe asumir cada parte. Esta materia se regula al hilo de la información que el prestamista debe suministrar al potencial prestatario antes de celebrar el contrato, en el marco de la transparencia material. Entre la información que debe facilitar está la relativa a los gastos que corresponden al prestamista y al prestatario. Lo correcto hubiera sido que la distribución de los gastos se regulara de manera independiente, y no en el precepto relativo a la transparencia material. La tortuosa tramitación de la ley, que nació con un Gobierno y ha terminado con otro, quizás explique este desatino.

El art. 14.1.e) LCCI establece que los gastos se distribuirán del siguiente modo:

- i. Los gastos de tasación del inmueble corresponderán a prestatario y los de gestoría al prestamista.
- ii. El prestamista asumirá el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario y los de las copias los asumirá quien las solicite.
- iii Los gastos de inscripción de las garantías en el registro de la propiedad corresponderán al prestamista.

iv. El pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados se realizará de conformidad con lo establecido en la normativa tributaria aplicable”.

Como puede apreciarse, la mayoría de los gastos se imponen al prestamista. Así, es el prestamista quien tiene que asumir los gastos notariales relativos a la matriz de la escritura pública. La norma se separa de la regla establecida por el TS, según la cual estos gastos debían costearse por mitad. En cuanto a los aranceles notariales de las copias, los abanará la parte que las solicite (esa misma regla ya regía conforme al [RD 1426/1989 \(RCL 1989, 2555\)](#)). El prestamista también asumirá “los gastos de inscripción de las garantías en el registro de la propiedad”, esto es, los aranceles registrales. Es una regla lógica, como ya se ha expuesto. Igualmente asumirá los gastos de gestoría, decisión esta que es jurídicamente correcta, como ya se ha apuntado (v. epígrafe II.3 *supra*).

El único gasto que expresamente se atribuye al prestatario es el de tasación, además del coste de las copias notariales de la escritura que él solicite. Así lo establece también la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE). En efecto, en la FiAE habrá de indicarse (apartado 3 del [Anexo II](#) de la [Orden EHA/2899/2011 \(RCL 2011, 1943\)](#)) que “el deudor asume el pago de los siguientes gastos asociados a la concesión del préstamo: (i) los gastos de tasación del inmueble; (ii) el coste de aquellas copias de la escritura del préstamo hipotecario que solicite expresamente; (iii) (si ha lugar) [enumeración de otros gastos de constitución]”.

En relación con las copias notariales, aunque el [art. 14.1.e\)](#) LCCCI establece que el coste de las copias lo asumirá quien las solicite, hay que tener en cuenta que, conforme a la DA 8.ª LCCI, “el notario autorizante de una escritura de préstamo sujeto a la presente Ley entregará o remitirá telemáticamente al prestatario sin coste copia simple de aquella”. Esa primera copia simple de la escritura es, pues, gratuita para el prestatario. Las demás que solicite el prestatario, deberá ser abonadas por él.

En relación con la tasación, es razonable que este coste se atribuya al prestatario, pues el informe de tasación puede servirle, no sólo para esa concreta operación de crédito, sino que si esta no fructifica, puede usarlo para solicitar un préstamo a otra entidad financiera. Es lógico que él abone el coste del tasador, y que él adquiera el informe de tasación, que podrá utilizar para solicitar crédito de distintos prestamistas. Ahora bien, no está claro cómo ha de afectar ahora lo dispuesto en el [art. 40](#) del [RD-Ley 6/2000 \(RCL 2000, 1404\)](#), que atribuye al prestatario el derecho a designar la entidad que debe llevar a cabo la tasación. Por eso, cabe preguntarse si el prestatario debe seguir abonando la tasación cuando es el prestamista quien, unilateralmente, elige al tasador. Es razonable defender que, en tal caso, esa tasación deberá costearla el prestamista, a pesar de lo dispuesto en el [art. 14.1.e\)](#) LCCI.

En cualquier caso, hay entidades de crédito que ofrecen préstamos en los que ellas asumen el coste de tasación, si finalmente el préstamo se celebra con ellas. En tal caso, a ese pacto habrá de estarse, por lo que ese coste lo abonará el prestamista, y no el prestatario.

La LCCI no establece quién debe correr con el pago de los impuestos. Se remite, a estos efectos, a lo que establezca la normativa tributaria. Esta solución es correcta, pues no es la LCCI el lugar adecuado para establecer normas fiscales. En lo que se refiere al IAJD, la remisión hay que entenderla realizada al [art. 29](#) TRLTPyAJD. Hay que tener en cuenta que, tras el [Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre \(RCL 2018, 1497\)](#), este precepto consta de un segundo párrafo, según el cual “cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista”.

La nueva norma sigue planteando problemas de interpretación. Es claro que la cuota variable del



IAJD tiene como sujeto pasivo al prestamista. ¿Pero qué sucede con la cuota fija? Con la primitiva redacción del art. 29 TRLTPyAJD, la cuota fija por la matriz de la escritura debía abonarse por mitad entre prestamista y prestatario, pues los dos eran sujetos pasivos (así lo ha establecido la Sala 1.ª del TS). Dada la amplia redacción del nuevo segundo párrafo del art. 29, que no distingue entre los distintos IAJD, puede sostenerse que también debe abonar el prestamista el IAJD en su cuota fija por la matriz de la escritura. Respecto al IAJD por las copias autorizadas, el sujeto pasivo debe ser quien solicite y obtenga esas copias (normalmente, el prestamista).

La norma establece un régimen claro de abono de gastos, que a primera vista ha de considerarse positivo para el prestatario, pues la mayoría de los gastos debe asumírselos el prestamista. Creo que esta claridad también es buena para el prestamista, pues podrá “calcular” los gastos que a él corresponden y considerarlos como un “coste” más de su actividad crediticia. Es obvio que ese coste se redistribuirá entre todos los prestatarios, lo que provocará un encarecimiento del préstamo (el tipo de interés será más elevado). Pero nada de malo hay en ello, pues el consumidor se ha “ahorrado” el abono directo del IAJD y otros gastos de constitución.

Es evidente que el [art. 14.1.e\)](#) LCCI únicamente opera cuando el préstamo está gravado con una garantía real inmobiliaria (hipoteca), pues solo en ese caso es necesario elevar el contrato a escritura pública notarial antes de la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad. Si el préstamo se concede sin hipoteca no hay que acudir al notario, y no se genera ninguno de esos gastos.

## V . La distribución de los gastos en caso de cambio de prestamista

Conforme al art. 14.1.e) LCCI, es el prestamista el que asume todos los gastos de constitución del préstamo hipotecario (salvo el de tasación). El prestamista tendrá que soportar ese coste adicional. Es posible que, después, otro prestamista ofrezca al prestatario mejores condiciones financieras, y se produzca un cambio en la posición del prestamista, saliendo el prestamista original y entrando otro nuevo conforme al procedimiento previsto en la [Ley 2/1994 \(RCL 1994, 999\)](#), sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (Ley que, por cierto, ha sido modificada por la [DF 3.ª](#) LCCI para favorecer la subrogación de un nuevo prestamista). Repárese que el nuevo prestamista puede ofrecer un crédito a un tipo de interés más bajo que el prestamista original, por la simple razón de que este nuevo prestamista no tendrá que “recuperar” los gastos de constitución, como sí tiene que hacer aquél.

Para evitar esta suerte de competencia desleal, es razonable que el nuevo prestamista tenga que abonar al viejo una cantidad económica, sufragando así parte de esos costes de constitución. De ello se ocupan los párrafos segundo y tercero del [art. 14.1.e\)](#) LCCI.

Hay que advertir que la LCCI no impide que se produzca esta subrogación (cambio de prestamista), ni hace depender su eficacia de que la prestamista subrogante abone a la subrogada esa cantidad. Se trata de un derecho de crédito que surge a favor del prestamista subrogado en el mismo instante en que se produce la subrogación. La LCCI lo califica como “compensación”, o como derecho a ser “reintegrado”. En realidad, su naturaleza carece de trascendencia. Lo relevante es que se trata de un derecho nuevo, sometido al plazo general de prescripción (cinco años).

En cuanto a su cuantía, la LCCI contiene dos reglas:

- i) “En el caso del impuesto pagado por la cuota de actos jurídicos documentados, documentos

notariales, se deberá efectuar la liquidación del impuesto que correspondería a una base imponible integrada por la cantidad total garantizada entendiéndose por tal la constituida por el importe del préstamo pendiente de amortización en la fecha de la subrogación y los correspondientes intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento y otros conceptos análogos, que se hubieran establecido. La entidad subrogante deberá reintegrar a la subrogada el importe resultante de dicha liquidación”.

El prestamista original deberá hacer una simulación y calcular cuál sería el IAJD que el nuevo prestamista debería abonar, tomando como referencia el importe del préstamo pendiente de amortización en la fecha de la subrogación. Esa cantidad será, por definición, inferior a la que el prestamista original ya abonó como IAJD cuando concedió el préstamo al prestatario. Pues bien, esa cantidad puede reclamársela al nuevo prestamista.

ii) “En el caso del resto de gastos, se deberá prorratear la liquidación de dichos gastos entre la suma del importe del préstamo y los correspondientes intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento y otros conceptos análogos, que se hubieran establecido. La entidad subrogante deberá reintegrar a la subrogada la parte de dicha suma que corresponda al préstamo pendiente de amortización”.

La redacción de la regla es poco clara. Se trata de los gastos de notaría, registro y gestoría que fueron abonados ya por el prestamista original (no se incluyen los gastos de tasación, aunque hubieran sido también pagados por el prestamista, porque así lo acordó con el prestatario). De la cuantía total de esos gastos ese prestamista tiene derecho a recuperar una parte. Se trata de la parte proporcional al capital pendiente de amortizar.