

## **4.5. DE ISABEL TAPIA FERNÁNDEZ**

### **La nulidad de la cláusula “gastos” en los contratos de préstamo hipotecario**

#### **SUMARIO.**

1. Introducción. 2. El contrato de préstamo hipotecario. Naturaleza y regulación. 3. La nulidad de las cláusulas abusivas y sus consecuencias en relación con el contrato. 4. La nulidad de la cláusula “gastos” en los contratos de crédito hipotecario. 4.1. La cláusula “gastos y su abusividad. 4.2. Las consecuencias de la nulidad de la cláusula “gastos”.

#### **I. INTRODUCCIÓN.**

En los últimos años, nuestros Tribunales se están recurrentemente planteando la ilicitud de ciertas cláusulas que integran los contratos celebrados con consumidores, y en especial los contratos de préstamo hipotecario. No cabe duda de que la nulidad de una cláusula por abusiva, cualquiera que sea el tipo de abusividad de que se trate (ya sea abusividad en sentido estricto, referida a aquellas cláusulas accesorias, que patentiza una falta de reciprocidad obligacional; ya sea abusividad en sentido genérico o abstracto, respecto de las cláusulas principales que definen el objeto del contrato, que significa la falta de transparencia y de claridad) es un tema de candente actualidad que ha dado lugar a múltiples trabajos científicos de diversos autores y a una muy nutrida Jurisprudencia, tanto de los Tribunales patrios como del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El incontestable fenómeno del actual consumo en masa de bienes y servicios obliga al Legislador a garantizar de forma eficaz un genuino equilibrio en las relaciones jurídicas entre empresarios y consumidores, que obliga a modificar en parte las reglas ordinarias de una legislación civil general fundada en la igualdad de los contratantes.

Por ello, en este tipo de contratos en masa celebrados con consumidores, en especial, en el tipo de contratos en los que un profesional contrata con un

consumidor o usuario un préstamo garantizado con hipoteca (y, máxime, si dicho préstamo hipotecario se destina a la adquisición de un bien de primera necesidad, como es la vivienda habitual<sup>93</sup>), primero los Tribunales y después -y un poco a rémora- el Legislador, están imponiendo criterios normativos que palién las evidentes desigualdades que se aprecian en este tipo de relaciones contractuales.

El tema ha dado lugar a una abundantísima doctrina legal acerca de las exigencias que deben cumplir los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor o usuario del servicio, de tal modo que pueda paliarse la desigualdad que para las partes contratantes supone el hecho de que en este tipo de contratos, denominados “en masa”, sea una parte (el profesional) el que impone las cláusulas y las incorpora a una pluralidad de contratos, mientras que la otra parte (el consumidor) no presta un consentimiento individualizado (no puede influir en su supresión o en su contenido), sino que o bien se adhiere y consiente “en contratar con dicha cláusula”, o bien renuncia a contratar. Este mecanismo de contratación -propio de la contratación en masa, ante la imposibilidad y los grandes costes de mantener diálogos individualizados- es un mecanismo lícito, si bien, en contrapartida, se impone un mayor grado de control legal y judicial.

Y es en este contexto donde se inserta al tema que tratamos en este breve estudio: la posible declaración de nulidad de aquellas cláusulas que el consumidor suscribe como integrantes del contrato de las que, sin haber sido negociadas individualmente, no ha tenido una información suficiente, o que no aparecen con la debida claridad en el contrato, o, en fin, que suponen un grave desequilibrio entre las prestaciones de ambas partes contratantes. Y una vez declarada la nulidad de la cláusula abusiva, constatar los efectos que esta nulidad acarrea; tema éste de compleja solución, ya que confluyen factores de muy diversa índole, materiales y procesales.

Los posibles ejemplos de cláusulas en principio lícitas, pero que pueden ser declaradas nulas por no cumplir con las exigencias que para este tipo de contratos se precisan, son varios. Quizás el más llamativo, por la polvareda mediática que se ha levantado en los últimos años, sea la inserción de las denominadas “cláusulas suelo” en los contratos de préstamo hipotecario con interés variable suscritos entre entidades financieras y consumidores. En estos contratos, se usa incluir en el articulado una cláusula según la cual la entidad

---

<sup>93</sup> Como rotundamente ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 10 de septiembre de 2014, “*En el Derecho de la Unión, el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la Carta que el tribunal remitente debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13*”

financiera prestamista fija unos topes en los intereses a que se compromete pagar el prestatario, de manera que, o bien al alza (cláusulas techo) o bien a la baja (cláusulas suelo), limitan los efectos de las eventuales oscilaciones del interés de referencia.

Pues bien, en los últimos años, y con los tipos de interés tan bajos prolongados en el tiempo, ocurría que el consumidor prestatario, en virtud de la cláusula suelo, predispuesta por el banco y sin haber sido negociada individualmente, se veía abocado a tener que pagar un tipo de interés muy superior al que le correspondería en virtud de la oscilación a la baja del interés de referencia, pues aun cuando el índice de referencia descendía del tope establecido en la cláusula, ésta impide que la bajada se traslade al prestatario.

Hay que decir que estas cláusulas en sí no son contrarias a la ley; pero han de ser examinadas con cuidado porque pueden llegar a ser declaradas nulas si no cumplen con una serie de requisitos que la propia Jurisprudencia española, siguiendo las normas patrias y comunitarias en orden a los contratos celebrados con consumidores, ha establecido, puesto que se trata de cláusulas que no han sido negociadas individualmente, causan un perjuicio al consumidor y comportan un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes del contrato. Por ello, desde la importantísima STS de 9 de mayo de 2013 se han sucedido una serie de resoluciones<sup>94</sup> que han

---

94. De los centenares de sentencias que se han dictado sobre este tema, reseñaré por su importancia, la STS (Pleno) de 25 de marzo de 2015, que aborda el trascendental tema de la consecuencia jurídica (y económica) de la declaración de nulidad de la cláusula y la obligación de devolver lo cobrado por el banco indebidamente; puesto que la STS de 9 de mayo de 2013 había declarado que producida la nulidad y declarada como consecuencia la exigencia de restitución de lo cobrado indebidamente, no obstante “*procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia*”, esto es, la obligación de devolución no afecta a lo pagado de más desde que se produjo el hecho (la fecha en la que el banco cobró cantidades por encima del índice de referencia del momento), sino que limita la eficacia de la nulidad a la fecha en que el TS dictó esa Sentencia (el 9 de mayo de 2013), porque ello produciría un *trastorno grave del orden público económico* y afectaría a *la seguridad jurídica y la buena fe de los círculos interesados*. La cuestión prejudicial ante el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea no se hizo esperar; y diversos Tribunales plantearon sendas cuestiones preguntando al Tribunal Europeo si los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de la cláusula suelo se han de retrotraer al momento de la perfección del contrato, o los Tribunales lo pueden modular atendiendo a diferentes consideraciones. El TJUE, en Sentencia de 21 de diciembre de 2016, declaró que “*el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1 de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrada con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión*”.

Es fácil entender la repercusión económica de tal pronunciamiento y la polvareda mediática levantada a raíz de tal declaración.

venido a poner de manifiesto la importancia no sólo jurídica sino también económica de la inclusión de tal tipo de cláusulas. Esta sentencia declaró nula la cláusula suelo contenida en el contrato de préstamo hipotecario por no superar el control de transparencia y el filtro de equivalencia entre las prestaciones de una y otra parte, al suponer un desequilibrio objetivo en contra del consumidor.

Lo mismo cabe decir de la gran trascendencia que acarrea la inserción en estos contratos de la denominada “cláusula de vencimiento anticipado”, que se impone por las entidades financieras y que permite la reclamación del pago de la totalidad del capital pendiente de devolución, más los intereses y las costas. Dicha cláusula, cuya eficacia ha sido expresamente admitida en los contratos de préstamo hipotecario tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 693.2), ha dado lugar a toda una Doctrina legal, derivada de las declaraciones del Tribunal Supremo y de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, según la cual no se niega la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, siempre que esté claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podría dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pudiera quedar al arbitrio de la entidad prestamista. Los Tribunales deberán valorar -dice la STS 9/2020, de 8 de enero- si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificada, en función de la obligación incumplida y la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y la duración del contrato de préstamo, como tiene declarado el TJUE en Sentencia de 26 de enero de 2017 (Banco Primus).

La posible abusividad -dice la reciente STS 336/2020 de 12 de febrero, entre muchas otras- provendría de los términos en los que la condición general predispuesta permita el vencimiento anticipado, no de la mera previsión del mismo, que no es “per se” ilícita. La validez general de tales cláusulas se justifica cuando exista una verdadera causa justa para ello, es decir, cuando nos encontremos ante una manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraída, como puede ser el incumplimiento grave por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo. Por el contrario, la abusividad proviene cuando se prevé la facultad de vencimiento anticipado para incumplimientos irrelevantes, o cuando se perjudica de manera desproporcionada y no equitativa al prestatario, o cuando concurren circunstancias cuya apreciación se deja al puro arbitrio de la entidad bancaria (SSTS 715/2015, de 23 de diciembre; 79/2016, de 18 de febrero). Como ha reiteradamente establecido la Jurisprudencia, para que una cláusula de vencimiento anticipado no sea abusiva debe modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración del contrato y la cuantía del

préstamo (SSTJUE de 26 de enero de 2017). Así pues, una cláusula que permitiera el vencimiento anticipado por el incumplimiento de un solo plazo o respecto de obligaciones accesorias debe ser reputada abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativos o temporales graves.

Tanto la inserción de una cláusula suelo<sup>95</sup>, como de una cláusula que permite el vencimiento anticipado de la entera obligación, son ejemplos típicos de la posibilidad de declarar abusivas este tipo de cláusulas no negociadas individualmente insertadas en los contratos de crédito inmobiliario<sup>96</sup>. Pero no son los únicos. Últimamente se ha venido cuestionando también la licitud y posible nulidad de la denominada “cláusula gastos” que suele formar parte de las condiciones generales de los contratos de préstamo hipotecario, cuestión que va a ser objeto de este breve comentario. Pero antes de entrar en el específico examen de dicha cláusula, haré una breve mención del contrato de préstamo hipotecario y la posibilidad de insertar en él cláusulas que pueden ser declaradas nulas.

## **2. EL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO. NATURALEZA Y REGULACIÓN.**

El contrato de préstamo garantizado con hipoteca es un negocio jurídico complejo en el que el derecho de crédito (préstamo) está subsumido en un derecho real de hipoteca. De ahí que no pueda tratarse como un crédito ordinario, ya que en el hipotecario confluyen dos figuras jurídicas diferentes: el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real); y ambas figuras son diferentes, inescindibles y conforman una institución unitaria. Como tiene declarado el Tribunal Supremo (S. 546/2019, de 16 de octubre, entre muchas otras), su tratamiento jurídico tiene que ser por fuerza distinto del resto de los contratos. El fundamento común para las partes es la obtención de un crédito más barato (consumidor) a cambio de una garantía eficaz en caso de impago (entidad financiera). En el contrato de préstamo hipotecario, por tanto, se advierten de entrada dos cualidades que van a hacer necesario un tratamiento jurídico diverso del resto de los contratos ordinarios: Por una parte, la propia naturaleza del contrato, negocio jurídico complejo, como he dicho más arriba; y, por otra, la diferente posición jurídica en que se

---

95. Obsérvese que con relación a este tipo de cláusulas, el art. 21 de la Ley 5/2019 de 15 de marzo ha establecido que “...3. *En las operaciones con tipo de interés variable no se podrá fijar un límite a la baja del tipo de interés*”. Sin duda, esta norma ha sido consecuencia de la ingente problemática producida por las denominadas “cláusulas suelo”.

96. Sobre ambos temas existe hoy día una abundantísima doctrina científica y jurisprudencial, a la que no voy a hacer mención precisamente por su extensión.

encuentran las partes que intervienen en él: a) el particular prestatario (consumidor), que no tiene más remedio que adherirse a las condiciones del contrato redactado de antemano por la otra parte, sin poder influir en éstas; y b) la entidad financiera prestamista (profesional), que impone sus condiciones de tal modo que al consumidor sólo le queda o adherirse a sus exigencias o renunciar a contratar.

Debido a las especiales condiciones antes apuntadas en las que nace y se desenvuelve el contrato de crédito hipotecario, se ha generado en torno a él toda una normativa específica, tanto sustantiva como procesal, con el fin de adaptarlo a las necesidades del consumidor. Sobre todo, con relación a la licitud de las distintas cláusulas que conforman estos contratos.

Desde el punto de vista sustantivo, el primer texto normativo que reguló la contratación con consumidores fue la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley 26/1984, de 19 de Julio, que vino a desarrollar el mandato constitucional establecido en el art. 51 CE, a tenor del cual *“Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”*.

A partir de este momento, una nutrida legislación ha venido incidiendo en la mejora de la protección de los consumidores, tanto por lo que respecta a determinadas modalidades de contratación, como respecto de la creación de determinadas acciones encaminadas a hacer efectiva dicha protección. Sería largo y tedioso relatar ahora toda la normativa que se ha venido generando al respecto, tanto en nuestra legislación interna como en el marco de la Unión europea. Sólo mencionaré, por su relevancia y por su adecuación al tema que tratamos en este trabajo, la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, que a su vez ha obligado a nuestro Legislador a adaptar nuestras leyes a los criterios de dicha Directiva; y a nuestros Tribunales a adaptar sus decisiones a las previsiones de la misma y a la Jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La citada Directiva 93/13 pretende armonizar las diversas legislaciones de los Estados miembros en materia de contratos celebrados entre profesionales y consumidores, de modo que se eliminen de manera uniforme las cláusulas abusivas de esos contratos; y se refiere únicamente a las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual. Considera que es necesario fijar de forma general los criterios de apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales; y relaciona en el Anexo una lista de cláusulas, con carácter indicativo y contenido mínimo, de manera que los

Estados miembros puedan someterlas a formulaciones más restrictivas en el marco de su legislación nacional.

El hito final, por el momento, a esta continua preocupación del Legislador en la protección del consumidor contratante con un profesional, ha sido la reciente Ley 5/2019 de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario. Esta Ley tiene como objeto la transposición de la Directiva 2014/17 UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014. Consciente, el Legislador comunitario de la necesidad de armonizar la normativa atinente a los consumidores, y reconociendo que el crédito hipotecario es un elemento clave en el éxito del régimen de la propiedad en los distintos países, ha dictado esa Directiva, cuya finalidad es “establecer un marco jurídico adecuadamente armonizado a escala de la Unión Europea, a fin de crear un verdadero mercado interior con un grado elevado y equivalente de protección de los consumidores”. Para ello, la Directiva establece que los Estados miembros adoptarán las medidas oportunas para que el concesionario de los créditos al consumo observe las normas de conducta adecuadas, actuando de manera honesta, imparcial, transparente y profesional; facilite información precontractual clara, comprensible y gratuita; y prohibiendo toda redacción que pueda generar en el consumidor falsas expectativas sobre la disponibilidad o el coste del crédito.

En virtud de la transposición de la Directiva 2014/17, la Ley 5/2019, de 15 de marzo ha recogido los principios y normas de conducta que aquélla establece, y ha modificado, en consecuencia, determinadas Leyes patrias (Ley Hipotecaria, RDL 1/1993 de 24 de septiembre, por el que se regula el Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación... etc). Y también la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Desde el punto de vista procesal, además de la inserción de normas específicas referidas a los consumidores en determinadas sedes de la regulación del proceso de declaración, a partir de la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, el Capítulo V del Título IV ha regulado “*las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados*” (arts. 681 a 698). El crédito garantizado con hipoteca tiene a partir de este momento una regulación procesal unitaria y en su sede adecuada, dado que hasta ese hito histórico era la Ley Hipotecaria de 1909 y su Reglamento la que se ocupaba del procedimiento para hacer efectivos los derechos de prenda e hipoteca. Las especialidades procesales derivan del propio carácter del derecho que se pretende hacer efectivo: un derecho

real sobre un bien inmueble determinado ofrecido como garantía de un derecho de crédito asumido por el consumidor. Y hay que señalar que dichas especialidades procesales no se han establecido en beneficio del consumidor hipotecante, sino en beneficio del acreedor hipotecario (el banco), el cual puede -si así lo desea- apartarse de la ejecución ordinaria establecida para satisfacer cualquier derecho de crédito constante en un título de los que tengan aparejada ejecución (art. 517 LRC), y acudir a este procedimiento expeditivo y extraordinariamente duro para el consumidor ejecutado, en el que las posibilidades de defensa quedan considerablemente mermadas.

Pese a las limitadas posibilidades que para el consumidor ejecutado se establecen en este procedimiento especial, y ante las reiteradas quejas de inconstitucionalidad que han planeado sobre el proceso de ejecución hipotecaria, el Tribunal Constitucional ha refrendado su constitucionalidad desde muy temprana jurisprudencia (STC 41/1981, de 18 de diciembre) aduciendo, en esencia, que pese a las limitaciones apuntadas, el deudor ejecutado siempre tendrá la posibilidad de acudir al juicio ordinario para poder contradecir de forma plena las pretensiones del acreedor: *“Lo expeditivo de la ejecución no elimina la posibilidad de contradicción que sigue abierta en el juicio ordinario”*.

Desde entonces, y en el largo camino recorrido en la adecuación de la legislación española en materia de ejecuciones hipotecarias al Derecho comunitario de consumo, como acabo de señalar, la Ley 5/2919, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario, ha supuesto la culminación de dicha adecuación legislativa, tarea en la que el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea ha sido especialmente beligerante con relación a la posibilidad de existencia de cláusulas abusivas insertadas en los contratos celebrados con consumidores y su control judicial, en correcta aplicación de las exigencias que al respecto estableció la mencionada Directiva 93/13 CEE el Consejo, de 5 de abril de 1993.

### **3. LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS Y SUS CONSECUENCIAS EN RELACIÓN CON EL CONTRATO.**

En términos generales, con la denominación de “cláusulas abusivas” nos estamos refiriendo a diferentes tipos de ineficacia de determinadas cláusulas que se suelen insertar en los contratos, que pueden llegar a ser declaradas nulas. Pero en un sentido estricto, la “abusividad” se aplica -según lo prevenido en los arts. 4 y 2 de la Directiva 93/13- a aquellas cláusulas insertas en el contrato que no definen el objeto principal del mismo, ni a la adecuación

entre precio/retribución, por una parte, y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra. Con el término “abusiva” la mencionada Directiva hace referencia a aquellas cláusulas accesorias del contrato que sin haberse negociado individualmente sean contrarias a las exigencias de la buena fe o causen un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes (art. 3 de la Directiva).

Las cláusulas que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio/retribución y los servicios que deben proporcionarse como contrapartida, si bien no están sometidas al control de abusividad en sentido estricto, sí que pueden ser censuradas cuando no estén redactadas de forma clara y comprensible. Tales cláusulas han de pasar el denominado “control de incorporación y transparencia” en el *iter* de la negociación y en la incorporación al contrato, de modo que el consumidor esté en condiciones de conocer perfectamente cuál es su posición jurídica y los riesgos que asume. La falta de información precisa sobre el contenido y significado puede acarrear la nulidad de esa cláusula, no por abusividad en sentido estricto, sino por falta de transparencia<sup>97</sup>.

Pues bien, con relación a estas cláusulas abusivas, la mencionada Directiva 93/13 establece que “*no vincularán al consumidor*”, y los Estados miembros dispondrán que “*el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas*” (art.6.1). Asimismo, “*Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados*

---

97. Al respecto, puede verse la doctrina que establece la importante STS de 9 de mayo de 2013, ya mencionada anteriormente en la Introducción de este trabajo, que resolvió un recurso ocasionado por la demanda de Ausbank de acción colectiva de cesación y declaración de nulidad por abusiva de las cláusulas suelo incorporadas al contrato celebrado por determinados con diversos consumidores. Los Bancos demandados alegaron, entre otras muchas, la inaplicabilidad de la normativa sobre cláusulas abusivas derivada de la Directiva europea, ya que las que se pretendía expulsar del contrato regulaban elementos esenciales del contrato y no un elemento accesorio. El Tribunal Supremo, en un minucioso análisis, termina argumentando que, efectivamente, las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, por lo que definen el objeto principal del contrato, y por ello no son susceptibles de control judicial como abusivas al no quedar sometidas a un control de equilibrio de las prestaciones. Pero, sigue diciendo esta Sentencia, este hecho no eliminaría totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es o no abusivo en el sentido de la Directiva; pues aunque en principio no cabe el control de su equilibrio entre las prestaciones y en consecuencia no puede examinarse su abusividad en sentido estricto, sí que es posible efectuar el denominado “control de transparencia”, esto es, si dichas cláusulas predispuestas son claras y comprensibles. Pasa a analizar a continuación lo que significa el doble filtro que deben superar estas cláusulas, de modo que superen el filtro de la incorporación al contrato y el filtro de la transparencia (que estén en lugar visible, la firma del adherente, claridad en la redacción, sencillez, comprensión directa... etc), de modo que se proporcione un elevado nivel de información al prestatario (verificar que el consumidor conozca la carga económica que para él puede suponer la oscilación de los intereses en función de la variación del Euríbor). Y concluye finalmente que una cláusula que incumple el deber de transparencia en los términos indicados, debe ser considerada abusiva (en sentido amplio) por causar un desequilibrio subjetivo importante contrario a la buena fe en perjuicio del consumidor.

*y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores”.*

En orden a llevar a cabo la transposición de la citada Directiva a nuestro Derecho interno, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, y, posteriormente, el Texto Refundido de la LGCU, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (que reforma la LGCU de 1984), establece el régimen jurídico en materia de cláusulas contractuales no negociadas individualmente y cláusulas abusivas, siguiendo la Directiva 93/13. Y entiende que *“se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas 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”*(art. 82.1).

La apreciación de abusividad en sentido amplio (ya sea de estricta abusividad o por falta de transparencia) de una cláusula lleva consigo la declaración de nulidad de esa cláusula y su expulsión del contrato. Y así, el art. 83 TRLGDCU, en relación con el art. 6.1 de la Directiva, en su redacción original, consideró que, una vez expulsada del contrato la cláusula, éste subsistirá sin la cláusula nula; otorgando al Juez la facultad de modificar su contenido para integrar la parte del contrato afectada por la nulidad, con arreglo al art. 1258 del Código Civil y al principio de la buena fe objetiva. La consecuencia, pues, de la declaración de nulidad sería la expulsión del contrato de la cláusula y la posibilidad de que el Juez que así la declaró integre el contrato a su criterio, siguiendo las prevenciones que establece el Código Civil y el principio de buena fe objetiva.

No obstante lo dicho, el citado art. 83 del TRLGDCU fue considerado contrario a las prevenciones de la Directiva 93/13 CEE del Consejo, y en Sentencia de 14 de junio de 2012 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que el art. 6.1 de la mencionada Directiva<sup>98</sup> se opone a una disposición nacional como el art. 83 citado, que atribuía al Juez nacional la facultad de integrar el contenido de una cláusula contractual declarada nula por abusiva. Considera que la facultad concedida al Juez para integrar el contrato podría actuar como elemento que alentara a los profesionales a incluir unilateralmente tal cláusula abusiva, sabiendo que su consecuencia sería, en el peor de los casos, que el Juez hubiera de integrar el contrato,

---

98. El art. 6.1 de la Directiva dispone que *“Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.*

eliminando así su efecto disuasorio para un profesional que sabe que, de considerarse nula la cláusula, será el Juez el que modulará su contenido<sup>99</sup>.

Tras esta Sentencia, el art. 83 citado debió reformarse. Y así, la Ley 3/14, de 27 de marzo, por la que se reforma el Texto Refundido de la LGDCU), acatando la Jurisprudencia del TJUE, redactó de nuevo dicho artículo y estableció: “*Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A tales efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas*”<sup>100</sup>. La consecuencia, pues, de la declaración de nulidad de la cláusula será su expulsión del contrato, el cual subsistirá sin dicha cláusula. El Juez nacional está obligado únicamente a dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva para que no surta efectos vinculantes para el consumidor, sin que esté facultado para variar su contenido. El contrato debe subsistir, en la medida en que sea posible, según las normas de Derecho interno (STJUE de 26 de enero de 2017, Banco Primus, SA, entre muchas otras).

Es evidente que la drástica consecuencia de la eliminación sin más de la cláusula nula puede producir perjuicios graves a los profesionales que contratan con consumidores (piénsese, por ejemplo, en el caso de una cláusula declarada nula por ser abusivos los intereses estipulados, que produciría la anómala situación de que la cantidad objeto del contrato de préstamo no generara para el prestatario interés económico alguno). Por ello, la propia STJUE de 14 de junio de 2012 considera que, con carácter excepcional y sólo cuando esté justificado para la subsistencia del contrato, el Juez nacional tendrá la facultad de sustituir la cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional.

Esta facultad excepcional reconocida al Juez nacional para sustituir una cláusula declarada abusiva por una disposición supletoria de carácter nacional, ha sido reconocida en varias resoluciones del TJUE. Y así, en Sentencia de 21 de enero de 2015, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que ello es posible siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 6.1 de la Directiva 93/13 permitiendo restablecer el equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato; que no obstante,

---

99. En el mismo sentido, puede verse, entre otras, la STJUE de 21 de enero de 2015.

100. Recientemente, este art. 83 ha sufrido una adición en virtud de la Ley 5/2019 de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario. La adición consiste en un nuevo párrafo, que reza: “*Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho*”.

esta posibilidad quedará limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligaría al Juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización; y que, por consiguiente, en el caso concreto planteado, el art. 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional con arreglo a la cual el Juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija los intereses de demora calculados a partir de un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero con el fin de que el importe de dichos intereses no rebase ese límite, siempre que la aplicación de la disposición nacional no prejuzgue la apreciación por dicho Juez nacional del carácter abusivo de tal cláusula y no impida que ese mismo Juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que aprecie que es “abusiva” en el sentido del art.3. apartado 1 de la citada Directiva<sup>101</sup>.

En este mismo sentido, la recentísima STJUE C-125/18 Gómez del Moral Guasch/Bankia S.A. de 3 de marzo de 2020, con referencia a una cláusula que establece la aplicación de un tipo de interés remuneratorio variable en función del “índice de referencia” en los contratos de préstamo hipotecario de las Cajas de Ahorro, ha considerado que esta cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas; y que, por tanto, los Tribunales españoles deberán comprobar que esas cláusulas son claras y comprensibles (control de transparencia), de modo que la persona que va a contratar un préstamo hipotecario conozca fácilmente el cálculo de dicho tipo de interés, y se le facilite por el profesional prestamista la información precisa sobre la evolución histórica del índice en que se basa ese tipo de interés. Y si el Tribunal español llegara a entender que es abusiva, podrá suprimirlas y sustituirlas por un índice legal aplicable de manera supletoria, para proteger a los consumidores de las perjudiciales consecuencias que derivarían de la anulación de todo el contrato de préstamo<sup>102</sup>.

---

101. Véase, también, la STJUE de 26 de marzo de 2019.

102. Es razonable pensar que esta Sentencia del TJUE va a producir un efecto similar al de las cláusulas suelo, y va a incrementar la litigiosidad entre la banca y el consumidor. Si el prestatario consumidor entiende que la cláusula relativa al IRPH (Índice de Referencia de los Préstamos Hipotecarios) no se negoció de manera transparente, podrá solicitar su declaración de nulidad (o el Juez apreciarla de oficio); y si el Tribunal considera que es así, lo sustituirá por otro índice legal aplicable “*sin que proceda limitar temporalmente los efectos de la presente sentencia*”. La repercusión social no se ha hecho esperar: al día siguiente de su publicación, la OCU ya ha aconsejado a consumidores y a la banca su modo de proceder; y ya se están postulando despachos de abogados para “analizar tu caso, identificar las cláusulas abusivas, calcular tu devolución y recuperar lo que es tuyo”.

Y ésta es la doctrina que ha acogido nuestro Tribunal Supremo; y así, en STS 9/2020 de 8 de enero (siguiendo lo declarado en la STS (Pleno) 463/ 2019, de 11 de septiembre) en un caso de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, y, después de razonar si la facultad que para el acreedor de hacer uso de esa cláusula contractual estaba justificada, pasa a pronunciarse sobre la consecuencia de la declaración de nulidad en los siguientes términos: la transcendencia de la declaración de nulidad de la cláusula no es la nulidad del contrato, que expone al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, sino la sustitución de la cláusula anulada por la aplicación del art. 693.2 LEC. Esto es, la consecuencia no puede ser la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria seguido contra el deudor, sino la sustitución de la cláusula anulada por la disposición legal que inspiró la cláusula: el art. 693.2 LEC, según la reforma operada por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario<sup>103</sup>.

El mismo criterio se sigue en la recentísima STS 336/2020, de 12 de febrero, la cual, después de contener la consabida doctrina acerca de la posibilidad de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, modula los efectos de su declaración en los contratos de préstamo hipotecario: el Juez sustituye la cláusula nula por lo prevenido en la normativa específica: el art. 693.2 LEC, referido expresamente a la ejecución hipotecaria, y el art. 24 de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario de 15 de marzo de 2019.

---

103. Como he dicho más arriba, esta Ley transpone parcialmente al Derecho interno la Directiva 2014/17 UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Para ver el alcance de la reforma que ha operado la Ley 5/2019 sobre el citado artículo 693.2 LEC, puede consultarse el estudio realizado por el Profesor GÓNZALEZ GARCÍA, “*El procedimiento hipotecario. Las ejecuciones de condena no pecuniarias*”, Colección 20 años LEC 2000, ed. La Ley, Madrid, 2019, págs.159 y ss. En esencia, la reforma del precepto hace referencia a la licitud de la cláusula de vencimiento anticipado de créditos con garantía real, de modo que se elimina el período de carencia de tres mensualidades impagadas (como se regulaba hasta ese momento) para establecer nuevos criterios, según lo preceptuado en el art. 24 de la Ley 5/2019 al que se remite expresamente: que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos al 3% del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo, o al 7% de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. En el primer caso, se considerará cumplido el requisito cuando las cuotas equivalgan al impago de doce plazos mensuales; y en el segundo, cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales. Además, se exige que el prestamista haya requerido al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento, y le advierta de que, de no ser atendido, reclamará el importe total adeudado en el préstamo.

## 4. LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA “GASTOS” EN LOS CONTRATOS DE CRÉDITO HIPOTECARIO.

### 4.1. LA CLÁUSULA GASTOS Y SU ABUSIVIDAD.

Visto, a grandes rasgos, las exigencias que se precisan para que en los contratos de préstamo hipotecario no se inserten cláusulas que puedan ser declaradas nulas (por abusividad en sentido estricto, o por falta de transparencia), y las consecuencias que tiene la posible declaración de nulidad en la pervivencia del contrato, voy a hacer mención ahora a un tipo de condiciones que también se acostumbra a incluir en el clausulado de estos contratos, y que establece que los gastos originados por la constitución y pervivencia del préstamo sean satisfechos a cargo de la parte prestataria.

En efecto, es habitual que en los contratos de préstamo hipotecario se imponga la denominada “cláusula gastos”, según la cual *“Serán a cargo del prestatario cuantos gastos se deriven del otorgamiento de esta escritura, así como los que puedan producirse, en su caso, a consecuencia de la cancelación, modificación y ejecución de la hipoteca, así como los gastos extrajudiciales y costas judiciales que se ocasionen a la Entidad prestamista, incluso honorarios de Abogado y Procurador aun cuando no sea preceptiva su intervención. En consecuencia, serán de cuenta y cargo del deudor los gastos ya devengados o que puedan devengarse en el futuro por los siguientes conceptos:...”* y enumera a continuación: a) gastos de tasación del inmueble y de comprobación registral de la finca; b) aranceles notariales y registrales; c) impuestos; d) gastos de gestión (tramitación de la escritura en el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos).

Salvo error u omisión míos, la doctrina al respecto arranca de la importante STS 705/2015, de 23 de diciembre<sup>104</sup>; y es reiterada en varias Sentencias posteriores: sendas Sentencias del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha de 15 de marzo de 2018 (las referenciadas con los números: 147/2018; y 148/2018); varias Sentencias, también del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de fecha de 23 de enero de 2019 (referenciadas con los números: 44/2019; 46 /2019; 47/2019; 48/2019; y

---

104. Esta Sentencia menciona como precedente la dictada por la Sala en fecha 1 de junio de 2000 (550/2000), y también la STS 342/2011, de 25 de noviembre, en sendos casos de contratos seriados de compraventa en los que se incluía una cláusula gastos imputables indiscriminadamente al comprador. El Tribunal Supremo consideró que una cláusula que hace repercutir en el comprador/consumidor los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. En el caso presente (el de la STS 705/2015), la condición general que se discute no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria. Sin embargo, dice el Tribunal Supremo, la doctrina de aquella sentencia es perfectamente trasladable al caso.

49/2019); y las más recientes STS 546/2019, de 16 de octubre de 2019; y 603/2019, de 12 de noviembre de 2019.

En todas ellas se plantea el mismo tema: la nulidad de la cláusula gastos; y se resuelve por el Tribunal Supremo de la misma manera y con idéntica argumentación. Por ello, expondré a continuación la doctrina del Tribunal Supremo al respecto, sin especificar minuciosamente a qué concreta resolución se refiere, puesto que, como he dicho hay absoluta homogeneidad en el razonamiento.

Parte el Tribunal Supremo del art. 89.3 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre), a tenor del cual son abusivas las cláusulas que imponen al consumidor las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables; así como los gastos de documentación o tramitación que por Ley corresponda al empresario; el pago de tributos en los que el sujeto pasivo sea el empresario; o aquellas que imponen al consumidor bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados. Y de acuerdo con esta norma, el Tribunal Supremo analiza si ha de declarar nula por abusiva<sup>105</sup> la cláusula que atribuye indiscriminadamente el pago de todos los gastos generados por la operación crediticia al consumidor prestatario; y una vez declarada nula cuáles son las consecuencias de tal declaración.

En SSTS (Pleno) 705/2015, de 23 de diciembre y 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo, el Tribunal Supremo declaró la abusividad de las cláusulas que, en contratos de préstamo con consumidores, sin negociación y de manera predispuesta, atribuyen indiscriminadamente al consumidor todos los gastos que genera la operación. Y ello es así -dice la STS (Pleno) 48/2019, de 23 de enero- porque produce un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. En este punto, el Juez deberá valorar si y en qué medida el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista en las disposiciones legales aplicables. Y para determinar si existe ese desequilibrio importante, se acoge a lo declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: *“no basta con realizar una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que descansa en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro. Por el contrario, un desequilibrio importante puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra, como parte en*

---

105. A la luz de la Directiva 13/93 y de la Jurisprudencia analizada en el número 3 de este trabajo.

*el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables” (STJUE de 16 de enero de 2014, C226/12, Constructora Principado).*

Bajo este prisma, resulta claro que si no existiera la cláusula controvertida, el consumidor no tendría que pagar todos los gastos e impuestos de la operación *“puesto que en virtud de las disposiciones de Derecho español aplicables ... no le corresponde al prestatario en todo caso el abono de tales gastos y tributos, por lo que la introducción de dicha estipulación implica un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato, que determina su abusividad. Máxime teniendo en cuenta la naturaleza del servicio objeto del contrato, que es la financiación de la adquisición de un bien de primera necesidad como es la vivienda habitual”*(STS 48/2019, de 23 de enero)<sup>106</sup>.

#### **4.2. LA CONSECUENCIA DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA GASTOS.**

Visto, por tanto, que una cláusula (no negociada individualmente sino impuesta al consumidor) que impone indiscriminadamente al prestatario el pago de todos los gastos derivados del contrato es abusiva por suponer un importante desequilibrio entre las partes, y por tanto nula, examinaré a continuación las consecuencias que acarrearán la declaración de la nulidad por abusiva de la cláusula gastos.

La consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula abusiva por producir un importante desequilibrio entre las partes no puede ser que se expulse del contrato y deje de desplegar efectos vinculantes para el consumidor (como pretendía el recurrente, con base en el art. 6.1 de la Directiva 93/13, y del art. 1303 del Código Civil) con restitución a la parte que abonó tales gastos; sino la consideración de que habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido tal cláusula en el contrato; esto es, como si no existiera la cláusula controvertida, de modo que el consumidor no tendría que pagar todos los gastos e impuestos de la operación, sino aquellos que por ley le correspondan. Pues, dice la STS 546/2019 de 16 de octubre, *“cuando hablamos de gastos de la operación no se trata de cantidades que el consumidor haya de abonar al prestamista, como intereses o comisiones, sino de pagos que han de hacerse a terceros, bien en concepto de honorarios por su intervención profesional en la gestación, documentación o inscripción del contrato, bien porque el mismo está sujeto al devengo de determinados impuestos. Y la declaración de abusividad no puede conllevar que esos terceros dejen de percibir lo que por*

---

106. Y todas las otras de la misma fecha reseñadas en el texto.

*ley les corresponde ... Decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido (rectius, predispuesto), debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico”. “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 (notario, registrador de la propiedad, gestoría, etc.) en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva”.*

La consecuencia, pues, de la declaración de nulidad de la cláusula gastos, es el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, mediante un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor (STJUE de 31 de mayo de 2018, C-483/2016). Y *“aunque en nuestro Derecho nacional no existe una previsión específica que se ajuste a esa obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, se trataría 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”*(STS 546/2019, de 16 de octubre)<sup>107</sup>.

Con base en los anteriores argumentos, y considerando la normativa española aplicable a cada uno de los conceptos por cuyos gastos la cláusula cuestionada atribuye su cargo al consumidor prestatario, el Tribunal Supremo analiza cada una de esas partidas de gastos impuestos al prestatario. Y así:

-A) Por lo que respecta a los gastos notariales por la formación de la escritura pública del préstamo hipotecario y gastos registrales por su necesaria inscripción en el Registro de la Propiedad, tanto el Reglamento del Notariado (art. 63) y el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, de Arancel de los Notarios (Anexo II, norma sexta); como el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, de Aranceles de los Registradores de la Propiedad (Anexo II, norma octava), atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite la certificación.

Es cierto que por ser el contrato de préstamo hipotecario un contrato complejo, en el que se entremezcla inescindiblemente un derecho personal (el préstamo) y un derecho real de garantía (la hipoteca), se podría pensar

---

107. En este mismo sentido, cfr. SSTS 44, 46, 47, 48 y 49/2019 de 23 de enero; 147 y 148/2018 de 15 de marzo; y STS 603/2019 de 12 de noviembre.

con razón que el que se beneficia del crédito hipotecario es el consumidor prestatario, cuyo interés radica en la obtención de un préstamo a un interés inferior al habitual en los préstamos sin garantía real, por lo que podría estar justificada la obligación del pago de los gastos. Sin embargo, siendo esto cierto, no lo es menos que el beneficiario de la constitución de la garantía hipotecaria es el banco hipotecante, a través de un procedimiento sumamente beneficioso para él. Por ello, a falta de negociación individualizada, una estipulación que hace recaer sobre el consumidor todos los gastos notariales y registrales derivados de la constitución del préstamo hipotecario es una estipulación que produce un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes, y, por tanto, nula. *“La cláusula discutida -dice la STS 705/2015, de 23 de diciembre- no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista”.*

*“Desde este punto de vista -dice la STS 546/2019 de 16 de octubre- la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que... es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento”.*

Y en cuanto a los gastos de registro de la propiedad, a tenor del RDr 14/27/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, se establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1º, que “Los derechos del registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, con las excepciones que prevé. Y *“desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario. Y en cuanto a la inscripción de la escritura de cancelación, ésta libera el gravamen y, por tanto, se inscribe en favor del prestatario, por lo que le corresponde este gasto”.*

-B) Por lo que respecta al pago de los tributos que gravan el préstamo, resulta asimismo abusiva una cláusula que imputa exclusivamente al consumidor los tributos derivados de la operación, puesto que limita en su perjuicio los derechos que sobre distribución de la carga tributaria están previstos en la legislación fiscal.

En efecto, según el art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados, está obligado al pago: a) en las transmisiones de bienes y derechos, el que los adquiere; y en la constitución de derechos reales, aquél a cuyo favor se realice el acto, aclarando que en la constitución de préstamos, el obligado será el prestatario. Por otra parte, el art. 15.1 señala que en la constitución de hipoteca en garantía de un préstamo se tributará por el concepto de préstamo. Y el art. 27 sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, señalando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho, y las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

La interpretación de estas normas ha dado lugar a abundante jurisprudencia de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, del Tribunal Supremo<sup>108</sup>, que en resumen, ha venido a decir que, por lo que respecta al impuesto de transmisiones patrimoniales en la constitución del préstamo hipotecario, por la conjunción de las normas anteriormente señaladas, aparentemente contradictorias, la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo del impuesto es el prestatario (STS 148/2018 de 15 de marzo). Pero en cuanto al impuesto sobre actos jurídicos documentados por la documentación del acto -préstamo con garantía hipotecaria- en escritura pública, a tenor de lo previsto en los arts. 27, 28 y 29 LITPAJD, el pago del impuesto se distribuye entre el prestamista y prestatario en función del derecho de cuota fija o de cuota variable.

De esta manera -dice la STS 705/2015- *“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 testimonio que interese”*. Por lo tanto, se ha de considerar abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.

-C) Respecto de los gastos de gestoría o gestión derivados de la formalización del préstamo hipotecario, puesto que no existe norma legal que atribuya su pago a una de las partes (prestamista o prestatario), y dado que cuando se recurre a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto de-

---

108. Cfr. SSTs (Sala Tercera) de 20 de enero de 2006; 27 de marzo de 2006; 31 de octubre de 2006; 6 de mayo de 2015; 22 de noviembre de 2017, entre otras.

berá ser sufragado por mitad (SSTS 546/2019 de 16 de octubre; 48/2019 de 23 de enero)

-D) Y con relación a las costas del posible proceso y los gastos de Abogado y Procurador, está claro que los correspondientes artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil establecen imperativamente a quién corresponden, sin que sea posible que una cláusula del contrato no negociada se las atribuya indiscriminadamente al consumidor.