

## Nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios en préstamos hipotecarios

**Adelaida Medrano Aranguren**

*Magistrada del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid*

---

### EXTRACTO

Asistimos en nuestro tiempo a un fenómeno jurídico de protección al consumidor por parte de los tribunales de justicia frente al proceder de las entidades bancarias. Una de estas manifestaciones está siendo, recientemente, la reclamación por los particulares prestatarios a la entidad bancaria de los gastos que tuvieron en su día que abonar referidos a notario, registro de la propiedad, tasación pericial de la finca hipotecada, gastos de estudio de la operación y, finalmente, los impuestos y tributos que la operación conllevase. La reclamación ha de articularse necesariamente por la declaración judicial de nulidad de las condiciones generales de la contratación y aplicando la doctrina de la abusividad de las cláusulas contractuales. En este caso, se trata de proporcionar los argumentos jurídicos que nos puedan ayudar a entender las soluciones que nuestros tribunales dan a este tipo de reclamaciones, aun a sabiendas de que no existe uniformidad por ahora en esta materia.

**Palabras clave:** préstamo hipotecario; cláusulas abusivas; gastos hipotecarios; consumidor.

---

*Fecha de entrada: 15-01-2018 / Fecha de aceptación: 30-01-2018*

## **ENUNCIADO**

El 4 de septiembre de 2012, Juan formalizó ante notario una escritura de préstamo hipotecario constituyendo hipoteca a favor de un banco. Juan no ha intervenido en la redacción de la escritura y no ha tenido opciones de negociación. En tal escritura consta una cláusula, con este texto:

«QUINTA.- GASTOS. Serán de cuenta exclusiva de la parte deudora todos cuantos arbitrios e impuestos graven la finca o puedan crearse durante la vigencia de este contrato, así como los gastos, tales como tasación, gastos y honorarios de los técnicos que puedan intervenir, así como aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca, los derivados de la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y tributos ocasionados por esta escritura (y su acta de entrega), hasta la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad, e incluso las que puedan girarse con posterioridad con carácter complementario, como los de cancelación de cargas anteriores, y las primas devengadas por la póliza del seguro contra incendios cuyos conceptos podrá satisfacer el BANCO por cuenta de la parte prestataria si esta no lo hiciere, garantizándose tales sumas con la cantidad consignada en la estipulación NOVENA para prestaciones accesorias. Igualmente, serán de cuenta del deudor los gastos de cancelación de la hipoteca y todos cuantos se produzcan al Banco si para conseguir la efectividad del pago de lo adeudado hubiera de ejercitarse cualquier acción de procedimiento judicial, incluso los honorarios de Letrado y Procurador que utilizare, cuando conforme a derecho proceda. Los servicios complementarios a que, a solicitud de la parte prestataria, el BANCO decida libremente realizar, serán facturados por este con arreglo a las tarifas de comisiones y gastos que tenga vigentes el BANCO en el momento de dicha solicitud. En todo caso, se considerará que constituyen un servicio objeto de facturación los trabajos de preparación de antecedentes que deba realizar el BANCO para el otorgamiento de la escritura de cancelación de hipoteca, cuando dicho otorgamiento se solicite por el interesado una vez transcurridos seis meses desde la devolución total del préstamo».

Como consecuencia de dicha cláusula, Juan satisfizo en su día 464,41 euros por gastos de notaría, 141,24 euros por gastos de registro, 2.170 euros de impuesto de actos jurídicos documentados, 403,20 euros de gastos de gestoría y 289,10 euros de factura de tasación del inmueble.

¿Deben ser abonadas estas cantidades por el prestatario? ¿Debe ser declarada nula esta cláusula que obliga a su pago? Razonemos una respuesta, adecuada a la situación actual de la cuestión.

### Cuestiones planteadas:

- Nulidad de las cláusulas que obligan al abono de gastos de hipoteca al prestatario.
- ¿Quién es el beneficiario de la operación de préstamo?

## SOLUCIÓN

La acción a ejercitar por los abogados de Juan ha de encontrar su cobertura en lo dispuesto en el artículo 51.1 de la Constitución Española, Código Civil, fundamentalmente, el Libro Cuarto, intitulado «De las obligaciones y contratos»; Ley 7/1998 de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación; Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias y anterior Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios; Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, por el que se actualizan los catálogos de productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado y de bienes de naturaleza duradera, a efectos de lo dispuesto, respectivamente, en los artículos 2, apartado 2, y 11, apartados 2 y 5, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y normas concordantes; Código de Comercio; Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios; Directivas 2004/39/CE y 2006/73/CE; Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; y *principio iura novit curia*. Y la acción a ejercitar ha de ser una acción de nulidad de la cláusula contractual 5.ª relativa a gastos contenida en la escritura de préstamo hipotecario otorgada en fecha el 4 de septiembre de 2012.

Juan habrá de oponer que estamos en presencia de una cláusula nula por cuanto no tuvo posibilidad alguna de intervenir en la redacción del contenido del contrato que resulta indeterminado, genérico y abierto y permite imponer a los clientes todos los posibles gastos y tributos sin distinguir quién sea el solicitante o beneficiario.

Ante tal pretensión, lo más habitual es que se haya opuesto el banco, quien alegará que la formalización del contrato litigioso responde a un acto voluntario y consciente de la parte previamente negociado y provisionada entre las partes, sin que haya existido vulneración de la normativa invocada por la actora. Además, se facilitó al cliente información relativa al abono de los gastos desde el primer momento en que este solicitó la operación de préstamo hipotecario. El banco añadirá que el clausulado de la escritura de préstamo es completo, legible y fácilmente comprensible por cualquier persona, habiendo aceptado el prestatario en la misma escritura de préstamo que los gastos en debate serían de su cuenta. Por otro lado, igualmente defenderá que

el prestatario tuvo acceso a la información en debate a través de la ficha de información precontractual (FIPRE), habiendo existido un doble control de información y consentimiento, pues nos encontramos ante una escritura pública con intervención de fedatario público.

En primer lugar, debe partirse del hecho no controvertido de la condición de consumidor de Juan, debiendo estimarse, también, que las estipulaciones contenidas en la controvertida cláusula quinta constituyen condiciones generales de la contratación.

Ha de recordarse que el principio de protección al consumidor y la legislación tuitiva de los derechos de este, como declara la jurisprudencia emanada del TSJE, se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de estas (entre las sentencias del TSJE, las de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, C 168/05, Rec. p. I 10421, apartado 25; de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C 243/08, Rec. p. I 4713, apartado 22, y de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C 40/08, Rec. p. I 9579, apartado 29).

Desde esa posición de partida, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) obliga a los Estados miembros a establecer que las cláusulas abusivas «no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales». Como se desprende de la jurisprudencia, se trata de una disposición imperativa que trata de remplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas (véanse las sentencias Mostaza Claro, antes citada, apartado 36; Asturcom Telecomunicaciones, antes citada, apartado 30 y de 9 de noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing, C 137/08, Rec. p. I 0000, apartado 47).

Señala, así, el TJUE que «la existencia de un "desequilibrio importante" no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para este en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de estos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales».

Conforme a lo expuesto en el presente caso se considera que la cláusula quinta controvertida es una cláusula no negociada individualmente, pues tal y como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (NCJ057740), sobre cláusulas suelo:

- a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

- b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.
- c) Tampoco equivale a negociación individual, susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.
- d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores recae sobre el empresario, quien ninguna prueba ha practicado para desvirtuar tales consideraciones.

Se ha limitado en este caso el banco a aportar los documentos previos a la contratación exigidos legalmente, como la ficha FIPRE y la propia escritura del préstamo suscrita ante notario, que por sí solos no evidencian que no se hayan redactado de manera unilateral por su parte y que Juan tuviese alguna posibilidad de modificar su contenido o excluirlo de alguna manera.

Determinada su consideración de condición general de la contratación, con respecto a su posible abusividad y consiguiente nulidad, siguiendo lo referido en la sentencia mencionada, el artículo 89.3 del TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto «la transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables» (numero 2.º), como «la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario» (numero 3.º). El propio artículo atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3.º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3.º letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4.º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5.º).

Por lo que se refiere ya a la intervención del notario y a las menciones contenidas en la escritura acerca de que la parte prestataria reconoce haber tenido a su disposición para su examen el proyecto de escritura pública, no pueden alterar las conclusiones alcanzadas más arriba.

A estos efectos no es suficiente con que el cliente haya tenido la posibilidad de leer la escritura, ni que el notario la haya leído en voz alta en el momento de la firma del contrato de préstamo hipotecario, como tampoco son suficientes las menciones que en la misma se contengan en relación con eventuales actuaciones del prestatario, pues no consta que el prestatario haya tenido

intervención en la redacción de tales menciones y por tanto que hayan consentido la inclusión de las mismas en el contrato, ni desde luego cabe considerar por esa mera referencia que haya existido la pretendida negociación.

La simple intervención notarial, como dice la STS de 8 de septiembre de 2014 en relación con un préstamo multidivisa, no garantiza la comprensibilidad real ni el control y cumplimiento de ese deber especial y esencial de facilitar la información, clara, completa, adecuada en cuanto al funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa y muy especialmente la relación entre dicho mecanismo y el detallado por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo. Siguiendo los criterios de la STS de 9 de mayo de 2013, tal y como está redactada la escritura, su lectura no garantiza en absoluto que el prestatario pueda conocer con sencillez la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado (la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener), ni la carga jurídica del mismo (la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo).

En los mismos términos se manifiesta la reciente STS 608/17, de 15 de noviembre (NCJ062784), cuando declara en relación con un préstamo multidivisa que:

«En la sentencia 464/2013, de 8 de septiembre, declaramos que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario no suplen por sí solos el cumplimiento del deber de transparencia.

En la sentencia 138/2015, de 24 de marzo, llamamos la atención sobre el momento en que se produce la intervención del notario, al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, que no parece la más adecuada para que el prestatario revoque su decisión de concertar el préstamo.

Pero en la sentencia 367/2017, de 8 de junio (NCJ062413), afirmamos que tal declaración (en referencia a la declaración del notario en la escritura de préstamo) no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir. Cuando se ha facilitado una información precontractual adecuada, la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo, pero no puede por sí sola sustituir la necesaria información precontractual, que la jurisprudencia del TJUE ha considerado fundamental para que el consumidor pueda comprender las cargas económicas y la situación jurídica que para él resultan de las cláusulas predisuestas por el empresario o profesional.

Además de lo expuesto, en la escritura tampoco se informa sobre la naturaleza de los riesgos asociados a la denominación en divisas del préstamo. Barclays dispuso una condición general en la que los prestatarios afirmaban que conocían los

riesgos de cambio de moneda que conllevaba el préstamo, sin precisar siquiera en qué consistían tales riesgos.

Ya hemos afirmado en ocasiones anteriores la ineficacia de las menciones predisuestas que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos [...].

También el TJUE, en el ámbito del crédito al consumo y con relación a las obligaciones de información de la entidad de crédito para con sus clientes previstas en la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, ha declarado en su sentencia de 18 de diciembre de 2014, asunto 449/13, caso Bakkaus, apartados 31 y 32, que si una cláusula predisuesta por el empresario en la que el consumidor reconoce haber recibido la información sobre el contrato significara, en virtud del Derecho nacional, el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista, originaría como consecuencia una inversión de la carga de la prueba del cumplimiento de esas obligaciones que podría perjudicar la efectividad de los derechos reconocidos al consumidor por la Directiva, por lo que las disposiciones de esta se oponen a que, en razón de una cláusula tipo, el juez deba considerar que el consumidor ha reconocido el pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales que incumben al prestamista».

Sobre tales bases legales, se considera abusiva la cláusula 5.<sup>a</sup> como la que aquí de debate, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), pues tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicita una certificación, y no en todo caso al actor.

La cláusula quinta aquí discutida 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 actor, 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 (derecho de garantía accesorio del principal préstamo), no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU).

En la sentencia 550/2000 (NCJ044952), de 1 de junio, el propio Tribunal Supremo estableció que la repercusión al comprador/consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. Y si bien en este caso la condición general discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso.

Ahora bien, que la hipoteca se constituya en favor del banco no determina que el préstamo lo sea solo también en su propio interés, siendo evidente y no discutido que el préstamo en el que tiene interés el actor no se habría concedido sin el accesorio que supone la garantía hipotecaria. Es por ello que en este caso el interés en el otorgamiento de la escritura pública e inscripción registral compete por igual a ambas partes en el negocio jurídico único e inescindible que supone el préstamo con garantía hipotecaria, por lo que no cabe atribuir todos los gastos al banco por considerar que solo por el préstamo no haría falta ese otorgamiento de escritura pública e inscripción registral o por solicitar él el servicio y no el actor, quien por otra parte paga la factura. La misma parte actora celebra el contrato de forma conjunta por su propio interés, siendo incluso generalmente considerado que la hipoteca es accesoria al préstamo principal.

En cualquier caso, lo que se considera es que el interés en su solicitud es por igual de ambas partes y por ello debe procederse, a falta de un criterio legal sobre la exacta determinación de la cantidad que correspondería a cada una de las partes, a su distribución equitativa entre las mismas que han de abonar al 50% estos gastos por importe de 464,41 euros y 141,24 euros, integrándose así la cláusula abusiva y nula parcialmente.

El Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013 (NCJ057740) sobre la nulidad parcial de los contratos, después de recordar que a diferencia de otros, como el italiano y el portugués, que en los artículos 1.419.1 y 292 de sus respectivos códigos civiles regulan de forma expresa la nulidad parcial de los contratos, señala que nuestro Ordenamiento positivo carece de norma expresa que, con carácter general, acoja el principio *utile per inutile non vitiatur* [lo válido no es viciado por lo inválido]; se indica en el apartado 265 que la jurisprudencia ha afirmado la vigencia del *favor negotio* en tutela de las iniciativas negociales de los particulares, en virtud del cual, en primer término, debe tratarse de mantener la eficacia del negocio en su integridad, sin reducirlo, y cuando ello no es posible, podar el negocio de las cláusulas ilícitas y mantener la eficacia del negocio reducido (SSTS 488/2010, de 16 julio, RC 911/2006; 261/2011, de 20 de abril, RC 2175/2007; 301/2012, de 18 de mayo, RC 1153/2009; y 616/2012, de 23 de octubre, RC 762/2009).

Otro tanto sucede con los correspondientes gastos de gestoría por importe de 403,20 euros y los gastos de tasación del inmueble en cuantía de 289,10 euros que deben abonarse al 50% por las partes por estar ambas interesadas en las gestiones que conlleva el otorgamiento de la escritura y en obtener una valoración del bien a efectos de la constitución de la correspondiente hipoteca, conforme a lo expuesto anteriormente. Lo mismo procede acordar respecto de los trabajos de preparación de antecedentes que deba realizar el banco para el otorgamiento de la escritura de cancelación de hipoteca cuando dicho otorgamiento se solicite por el interesado, una vez transcurridos seis meses desde la devolución total del préstamo, pues de nuevo se trata de gestiones en interés común de ambas partes, que deberán ser asumidos por mitad entre ellas.

En lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, nuevamente no se hace distinción alguna. El artículo 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en



contrario: en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el artículo 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. El artículo 68 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados completa tal previsión con una adición: «Artículo 68 Contribuyente. Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan. Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario».

La Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo ya venía así declarándolo previamente al Reglamento de desarrollo del impuesto. Así, entre otras, la Sentencia de 27 de marzo de 2006, que aborda un supuesto previo a la vigencia del reglamento, argumenta: «Dicho en otros términos, la doctrina contenida en la sentencia recurrida, en sus propios términos, no debe ser rectificada porque coincide con la jurisprudencia de esta Sala que, de manera reiterada, ha entendido que el artículo 30 (hoy 20) del Texto Refundido del ITP y AJD (artículo 68 del Reglamento) señala que, en la modalidad de documentos notariales del IAJD, "será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan" y que ese adquirente del bien o derecho solo puede ser el prestatario, no ya por un argumento similar al de la unidad del hecho imponible en torno al préstamo, conforme ocurre en la modalidad de transmisiones onerosas –arts. 8.º d), en relación con el 15.1 del Texto Refundido y con el artículo 18 de su Reglamento–, sino porque el "derecho" a que se refiere el precepto es el préstamo que refleja el documento notarial, aunque este se encuentre garantizado con hipoteca y sea la inscripción de esta en el Registro de la Propiedad, elemento constitutivo del derecho de garantía. En definitiva, cuando el artículo 31 del Texto Refundido exigía, entre otros que ahora no interesan, el requisito de que las escrituras o actas notariales contengan actos o contratos inscribibles en el Registro de la Propiedad, está refiriéndose, indisolublemente, tanto al préstamo como a la hipoteca. Buena prueba de que es así la constituye el que el Reglamento vigente de 29 de mayo de 1995 –que, aun no aplicable al supuesto de autos, tiene un indudable valor interpretativo–, en el párrafo 2.º de su artículo 68, haya especificado que "cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario". En cualquier caso, la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible es el prestatario, de conformidad con lo establecido en el artículo 8.º d), en relación con el 15.1 del Texto Refundido ITP y AJD, y en relación, asimismo, con el artículo 18 del Reglamento de 1981, hoy artículo 25 del vigente de 29 de mayo de 1995 que, por cierto, ya se refiere a la constitución de, entre otros, derechos de hipoteca en garantía de un préstamo y no a la de préstamos garantizados con hipoteca» (*Cfr.* SSTs de 19 y 23 de noviembre de 2001, 24 de junio de 2002, 14 de mayo y 20 de octubre de 2004 y 20 de enero de 2006, por citar solo algunas de las más recientes). En el sentido apuntado, las sentencias de los tribunales del orden contencioso-administrativo son unánimes y señalan como sujeto obligado del tributo al prestatario. Por ello no se produce un desplazamiento de la carga tributaria que debía soportar el profesio-

nal hacia el consumidor, ni, por ende, puede considerarse abusiva la cláusula debatida en lo que al impuesto referido se refiere, debiendo integrarse de nuevo la cláusula en el sentido indicado.

Resulta, por el contrario, nula la cláusula en lo relativo a «cuantos arbitrios e impuestos graven la finca o puedan crearse durante la vigencia del contrato [...] y tributos ocasionados por esta escritura (y su acta de entrega) [...] e incluso los que puedan girarse con posterioridad con carácter complementario como los de cancelación de cargas anteriores», al igual que «los demás gastos y honorarios, y servicios complementarios que, a solicitud de la parte prestataria, el banco decida libremente realizar», y ello a la vista de los términos genéricos e imprecisos en su redacción que impiden conocer y delimitar qué gastos se incluyen en dicha apartado y cuáles quedarían excluidos del mismo, quedando así en libertad la entidad financiera para trasladar al prestatario cualquier gasto improcedente, lo que supone un claro desequilibrio en las prestaciones de las partes contratantes.

Finalmente procede también declarar nula la cláusula en el aspecto relativo a los «gastos que se produzcan al banco si para conseguir la efectividad del pago de lo adeudado hubiera de ejercitarse cualquier acción de un procedimiento judicial, incluso los honorarios del letrado y procurador que utilizare, cuando conforme a derecho proceda».

La atribución generalizada de las costas y gastos procesales al consumidor prestatario contraviene las normas de la LEC reguladoras de las costas procesales previstas en los artículos 394 a 398 de la LEC para los procesos declarativos, y en los preceptos 559 y 561 para los procesos de ejecución. La cláusula no puede contravenir dichas normas en perjuicio del adherente (art. 8 LCGC).

El Tribunal Supremo, en la sentencia antes referida, ha declarado también la nulidad de la imposición generalizada de este tipo de gastos al prestatario por el motivo señalado y por la generación de un desequilibrio contractual con los argumentos que se exponen a continuación y que se hacen propios para declarar la nulidad de los mismos en el presente caso.

Así pues, y con base en todo lo expuesto, entendemos que la solución del pago por mitad es la más adecuada sin perjuicio de la clara nulidad de la cláusula.

#### *Sentencias, autos y disposiciones consultadas:*

- SSTs de 1 de junio de 2000, 9 de mayo de 2013, 8 de septiembre de 2014 y 15 de noviembre de 2017.