



*Juicio crítico a la declaración del carácter abusivo de la cláusula que en préstamos hipotecarios impone los gastos del otorgamiento de la escritura pública, de la inscripción registral y del impuesto de actos jurídicos documentados al prestatario consumidor (a propósito de la STS 23 diciembre 2015)*

Autor/a

**Francisco Pertíñez Vílchez**

*Prof. Titular Derecho Civil. Universidad de Granada*

**REVISTA LEX  
MERCATORIA.**

*Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*

RLM nº1 | Año 2016

Artículo nº 19

Páginas 93-99

revistalexmercatoria.umh.es

ISSN 2445-0936

La STS 23 diciembre 2015 considera que son abusivas, entre otras cláusulas, las que imponen al consumidor los gastos del otorgamiento de la escritura pública de préstamo y de la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, así como la cláusula

que repercute sobre el consumidor el impuesto de actos jurídicos documentados derivado de dicha operación.

La “ratio decidendi” de la sentencia es la inclusión de esta cláusula en el supuesto del

art. 89.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (en adelante, TR-LGDCU), según el cual, “*en todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas...la imposición al consumidor de gastos de documentación y tramitación que por ley correspondan al empresario*”. En particular, considera la referida resolución que la cláusula que impone estos gastos es encuadrable en alguno de los supuestos concretos de cláusulas abusivas por imputación de gastos de documentación y tramitación previstos en los apartados a) a d) del referido art. 89.2 TR-LGDCU, para el caso concreto de compraventa de vivienda: en particular los gastos de otorgamiento de la escritura pública de préstamo y de la inscripción en el Registro de la Propiedad es subsumible en el supuesto del apartado 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 (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación)”*] y la repercusión del impuesto de actos jurídicos documentados en el apartado c) [*“La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario”*].

Creemos que la referida STS 23 diciembre 2015 ha incurrido en una serie de errores conceptuales que inciden en la incorrecta selección de las normas aplicables para enjuiciar el carácter abusivo de dichas cláusulas de imputación de gastos al prestatario consumidor, siendo así que estos errores conceptuales tienen trascendencia en las circunstancias que habrían de tenerse en cuenta en la valoración del carácter abusivo estas cláusulas. Especialmente, se ha preterido en el juicio sobre el carácter abusivo de estas cláusulas de imputación de gastos al prestatario cual-

quier referencia a la transparencia o a la información proporcionada por la entidad prestamista en la fase precontractual sobre la imputación de dichos gastos, siendo así que en cuanto que estos gastos forman parte del coste del crédito su repercusión al consumidor debería enjuiciarse desde la perspectiva de su transparencia. Resulta especialmente sorprendente la omisión de cualquier referencia a la transparencia en el enjuiciamiento del carácter abusivo de estas cláusulas precisamente en una resolución como la STS 23 diciembre 2015, que al enjuiciar también el carácter abusivo de la cláusula suelo ha acogido con una profusa explicación la doctrina sobre el carácter abusivo por falta de transparencia de las cláusulas que se refieren al coste total del crédito derivada de las precedentes STS 9 mayo 2013, 8 septiembre 2014, 24 marzo 2015, 25 marzo 2015 y 29 abril 2015.

En las reflexiones que siguen, comenzaremos por poner de manifiesto los errores conceptuales en los que ha incurrido la STS 23 mayo 2015 en la selección de la norma aplicable al supuesto, justificaremos que las cláusulas que imponen los gastos referidos han de estar sujetas a un control de transparencia y, por último, señalaremos cuál ha de ser la información necesaria que se ha de proporcionar sobre estas cláusulas en la fase precontractual para que resulten válidas.

*1. La norma aplicable para enjuiciar el carácter abusivo de estas cláusulas no es el art. 89.3 a) y c) TR-LGDCU*

Los apartados a) a d) del art. 89.3 TR-LGDCU se refieren exclusivamente al caso de la compraventa de viviendas, como claramente dispone el mismo supuesto general del art. 89.3 TR-LGDCU, en su inciso final “*En particu-*

lar, en la compraventa de viviendas:”, al que siguen los cuatro supuestos referidos.

La STS 23 diciembre 2015, que obviamente no desconoce que los supuestos concretos del art. 89.3 a) a d) se aplican exclusivamente a los contratos de compraventa de vivienda, salva este escollo con la justificación de que “*la financiación es una faceta o fase de la adquisición de la vivienda*”, argumento que no puede ser compartido, puesto que el contrato de préstamo hipotecario es un contrato totalmente independiente del contrato de compraventa de vivienda, por más que la causa de préstamo hipotecario pudiera ser la financiación de la adquisición del mismo bien sobre el que se constituye la garantía hipotecaria, lo que además no tendría por qué ser así, puesto que lógicamente la causa de un préstamo con garantía hipotecaria puede ser otra distinta que financiar la adquisición de una vivienda.

Por lo tanto, no deberían haberse aplicado para valorar el carácter abusivo de estas cláusulas los supuestos concretos previstos en los apartados a) a d) art. 89.3 TR-LGDCU para el caso concreto de la compraventa de la vivienda. La cuestión no es baladí, pues como se ha señalado en la doctrina [Cámara Lapuente, S., “Comentario al art. 89.3 TR-LGDCU”, en *Comentarios a las normas sobre protección de los consumidores*, (Dir. S. Cámara Lapuente), Ed. Cóllex, Madrid, 2011, págs. 919 a 920], mientras que las cláusulas previstas en los apartados a) y d) del art. 89.3 TR-LGDCU para el caso de la compraventa de vivienda son *cláusulas negras*, en el sentido de que resultan abusivas siempre, con independencia de las circunstancias, por decisión del legislador, el supuesto general contemplado en el art. 89.3 TR-LGDCU es un supuesto de cláusula gris, que podría no ser abusiva atendidas las circunstancias del caso concreto.

Es decir, una cláusula que en un contrato distinto del de compraventa de vivienda impusiera al consumidor gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario, valorada conforme al supuesto general del art. 89.3 TR-LGDCU, podría no ser abusiva de acuerdo con las circunstancias del caso, entre las cuales, si se considera que estos gastos forman parte integrante del coste del contrato tendrían una importancia capital su transparencia. La ratio del art. 89.3 TR-LGDCU (que no tiene precedente en la directiva 13/1993 sobre cláusulas abusivas) es evitar que ciertos gastos que, en cuanto que corresponden prima facie al empresario, deberían ser considerados como un coste empresarial más tenido en cuenta por éste en la fijación del precio, se desgajen del precio y sean imputados de forma subrepticia al consumidor, de tal manera que éste se vea sorprendido por un sobre coste con el que no contaba y no se hubiera podido formar una correcta representación sobre el precio del producto y la conveniencia de realizar o no el contrato. El fin que se persigue mediante la declaración de abusividad de estas cláusulas no es una reducción del coste de los bienes o servicios, pues el empresario siempre podrá imputar estos gastos propios de documentación y tramitación al consumidor mediante su inclusión en el precio -en el caso concreto de los contratos de préstamo mediante una comisión de apertura o mediante un incremento del interés remuneratorio- sino que su finalidad es conseguir que el precio de los bienes o servicios sea más transparente, evitando que el consumidor se vea sorprendido por la imputación de gastos con los que no contaba y que alteran en su perjuicio el precio que creía haber pactado [Así lo han considerado en la doctrina los primeros comentaristas de este precepto, Moralejo Imbernón, N.I., “Comentario a la Disp. Adic. 1ª, núm. 22 Ley General de Defensa Consumidores y Usuarios”, en *Comentarios a la Ley de*

*Condiciones Generales de la Contratación*, (Dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, 1999, págs. 1.181 y Cabanillas Sánchez, A. “Comentario a la Disp. Adic. 1ª, núm. 22 Ley General de Defensa Consumidores y Usuarios”, en *Comentarios sobre la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, (Dir. A. Menéndez Menéndez, L. Díez-Picazo y J. Alfaro Águila-Real), Civitas, Madrid, 2002, pág. 1.275).

Desde esta perspectiva, de la misma manera que sería irreprochable que el empresario incluyera estos gastos propios de documentación y tramitación en la fijación del precio final del producto, tampoco debería considerarse ilícito que separase estos gastos del precio final del producto y los repercutiese de manera independiente sobre el consumidor mediante cláusulas contractuales, siempre y cuando lo hiciera de buena fe, es decir, informando previamente al consumidor sobre la repercusión de estos gastos y su importe total o cuanto menos aproximado.

La transcendencia de la información en la valoración del carácter abusivo de las cláusulas de imputación de gastos al consumidor ha sido puesta de manifiesto en la STS 25 noviembre 2011 (sentencia nº 824/2011, ponente Excmo. Sr. Corbal Fernández), en la que si bien se enjuiciaba el carácter abusivo de la cláusula que repercutía sobre el comprador de una vivienda el impuesto de plusvalía, no resultaba “ratio tempore” de aplicación el supuesto del actual art. 89.3.c) TR-LGDCU, que fue introducido (en el núm. 22 letra c, de la disp. adic. 1ª de la derogada Ley 26/1984, General de Defensa de Consumidores y Usuarios) por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores. Esta sentencia consideró abusiva la cláusula en cuestión por la razón de que “*En el caso no se ofreció desde el inicio una completa*

*información a los compradores sobre lo que aquí respecta, si tenemos en cuenta que incluso en la escritura de compraventa no se dio como seguro que se generaría el impuesto de plusvalía*”, luego *sensu contrario* si se hubiera proporcionado al consumidor suficiente información sobre la repercusión del impuesto de plusvalía la cláusula podría considerarse lícita.

Éste es, a nuestro criterio, el marco en el que debió haberse enjuiciado el carácter abusivo de las cláusulas de imputación de los gastos notariales y registrales y del impuesto de actos jurídicos documentados al consumidor. Aunque por ley estos gastos correspondiesen inicialmente al prestamista -lo que es incuestionable en relación al tributo de actos jurídicos documentados (art. 28 Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados) y a los gastos de inscripción registral, pero quizás no tanto en relación a los gastos de otorgamiento de la escritura pública, puesto que para el contrato de préstamo hipotecario no existe una norma como la prevista por el art. 1.455 CC para el contrato de compraventa, que impongan si quiera de manera dispositiva los gastos de otorgamiento de la escritura pública al prestamista- no resulta a nuestro criterio abusivo que dichos gastos se repercutieran al prestatario, siempre y cuando se hubiera aportado suficiente información sobre la imputación de estos gastos y sobre su cuantía, si quiera aproximada, para que el consumidor pudiera haberlos tenido en cuenta al adoptar su decisión de contratar.

*2. Las cláusulas que imputan gastos notariales y registrales al consumidor han de valorarse desde la perspectiva de la transparencia*

Obviamente, los gastos notariales y registrales, así como el tributo por actos jurídicos documentados no forman parte de la contraprestación que recibe el prestamista por el préstamo, pero, en cuanto que sean impuestos al consumidor, forman parte del coste que para él supone el crédito y habiendo sido éste convenientemente informado sobre su repercusión y sobre su cuantía, si quiera de una forma aproximada, los tendrá en consideración a la hora de concertar su decisión de concertar el préstamo. Desde la perspectiva del coste que representan para el consumidor, tanto da que estos gastos que le resultan impuestos fuesen liquidados directamente por él mismo ante quien corresponda, como que fuesen asumidos por el prestamista y repercutidos posteriormente por éste al consumidor. De hecho, esta es la única opción posible en relación al impuesto de actos jurídicos documentados, puesto que el prestamista es el sujeto pasivo (art. 28 RDL 1/1993), sin que se pueda alterar esta condición frente a la administración tributaria por un pacto entre particulares y de hecho también es la práctica habitual que la entidad financiera gestione el pago de los aranceles notariales y registrales por cuenta y mandato del prestatario previa provisión de fondos solicitada con carácter previo a la formalización del préstamo.

Que la información sobre la imputación de estos gastos es necesaria para que el prestatario pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de causa es algo que se desprende de la normativa sobre transparencia bancaria. La Orden Ministerial, EHA 2899/2011 de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección de servicios bancarios, en el Anexo I, prevé que en la Ficha de Información Personalizada, que ha de entregarse a cada cliente con carácter previo a la formalización del préstamo hipotecario (art. 22), se informe al prestatario acerca de los

costes que conlleva el préstamo, con una advertencia al cliente de que se asegure de tener conocimiento de *“todos los demás tributos y costes (p. ej. notariales) conexos al préstamo”* (apartado 7º del Anexo I). Igualmente, la derogada Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (que estuvo vigente hasta el 29 de abril de 2012), exigía que en folleto informativo que se había de entregar a los clientes (art. 3) se incluyesen información sobre los impuestos y aranceles a cargo del prestatario (Anexo I, apartado 5).

Del mismo modo, la Directiva 17/2014, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito realizados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, que debería haber sido transpuesta al ordenamiento español antes del pasado 31 de marzo de 2016, prevé que en el documento de información personalizada que forzosamente se ha de entregar por la entidad prestamista con carácter previo al prestatario, la FEIN (Ficha Europea de Información Normalizada) a la que se refiere su art. 14 y el Anexo II, se incluya en su apartado 4 “Tipo de interés y otros gastos”, una advertencia al consumidor de que tendrá que pagar “una tasa por registrar la hipoteca”, insertándose el importe de dicha “tasa” si se conoce por el prestamista o la base para su cálculo, así como la advertencia sobre otros gastos que deberán ser satisfechos por el prestatario, que no se incluyen en la TAE y que el prestamista desconoce, entre los cuales, se incluirían los gastos notariales y los de repercusión del impuesto de actos jurídicos documentados.

Parece un sinsentido que tanto la normativa nacional como la comunitaria sobre transparencia en préstamos hipotecarios prevea que deba informarse al prestatario sobre estos gastos, con lo que implícitamente está

reconociendo que puedan ser repercutidos por la entidad prestamista sobre él y que, sin embargo, se prohíba la repercusión de dichos gastos al consumidor por la vía de considerar abusiva ex art. 89.3 TR-LGDCU las cláusulas que repercutan estos gastos, sin ninguna valoración sobre la información precontractual que se haya proporcionado al respecto. Y es que el supuesto del art. 89.3 TR-LGDCU, de acuerdo con su ratio que es evitar la imputación sorpresiva al consumidor de gastos que en principio corresponden al empresario y de acuerdo con la normativa sobre transparencia bancaria habría de interpretarse en el sentido de que sólo son abusivas estas cláusulas de imputación de gastos propios de la entidad prestamista al prestatario consumidor si no se hubiese informado suficientemente sobre la imputación de estos gastos en la fase precontractual, lo que además resulta coherente con el art. 4.2 de la directiva 13/1993 sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, según el cual, *“La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.”*

### *3. La información precontractual necesaria sobre la imputación de gastos notariales y registrales*

Como ya hemos señalado, tanto la normativa nacional sobre transparencia bancaria como la directiva 17/2014 exigen que la entidad prestamista informe al prestatario antes de la realización del contrato de préstamo de los gastos asociados a la celebración del préstamo que deban ser asumidos por él. Es decir, lo relevante es que el prestatario conociera an-

tes de la celebración del contrato la imputación de dichos gastos para que teniéndolos en cuenta pudiera adoptar su decisión de realizar el contrato con pleno conocimiento de causa sobre el coste total del crédito. En este sentido, poca trascendencia sobre el plano informativo tiene la plasmación en términos claros y comprensibles de la cláusula de imputación de estos gastos en la misma escritura de préstamo.

Como ha dispuesto el TJUE en la interpretación del art. 4.2 de la directiva 13/1993, a pesar de que la norma comunitaria en su redacción literal condicione la exclusión del control de abusividad de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato a una mera redacción “clara y comprensible”, en realidad el deber de transparencia contenido en dicha norma respecto de las cláusulas que se refieren al objeto principal del contrato va más allá de una mera redacción clara y comprensible de las cláusulas en el contrato, puesto que lo que se exige es que el consumidor pueda prever sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo. Así lo dispuso la STJUE 14 abril 2014 (Asunto C-26/13 Kásler Vs OTP Jelzálogbank Zrt, apartado 73), criterio que ha sido confirmado por la posterior STJUE 24 marzo 2015 (Asunto C-143/13, Matei vs Volksbank România SA, apartado 74) y por la STJUE 23 abril 2015 (Asunto C-96/14, Van Hove vs CNP Assurance SA, apartado 40).

La información precontractual sobre la imputación de gastos notariales y registrales y del impuesto de actos jurídicos documentados puede considerarse adecuada a tal fin, no sólo cuando se incluya información sobre estos gastos en los documentos de información personalizada en los términos exigidos por las normas nacionales sobre transparencia banca-

ria y por la directiva 17/2014, sobre los contratos de crédito realizados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, sino también cuando con carácter previo a la celebración del contrato se haya requerido por la entidad prestamista al prestatario una provisión de fondos para hacer frente al pago de dichos gastos, con indicación del destino concreto de los fondos que se requieren.

En consecuencia, nos parece criticable que la STS 23 diciembre 2015 haya considerado abusivas las cláusulas que imputan sobre el prestatario que sea consumidor los gastos de otorgamiento de la escritura pública de préstamo hipotecario y de inscripción registral, así como el importe del impuesto de actos jurídicos documentados que ha de liquidar la entidad prestamista, en todos los casos y sin tener en cuenta la información precontractual que sobre la imputación de dichos gastos se hubiera aportado por la entidad prestamista al prestatario y más criticable aún nos parece que dicho fallo se haya dictado además en un procedimiento en el que se resuelve una acción colectiva de cesación, que no permite valorar las circunstancias del caso concreto, siendo así que sin lugar a dudas en muchos de los contratos de préstamo concernidos por dicha sentencia, la entidad financiera condenada pudo haber facilitado una información suficiente sobre dichos costes al prestatario consumidor para que el mismo los hubiera asumido como parte integrante del coste del crédito y hubiese adoptado su decisión de contratar sin sorpresas sobre los mismos y con pleno conocimiento de causa.