

CLÁUSULAS DE GASTOS: ¿DEBEN LOS NOTARIOS AUTORIZARLAS?*

Alicia Agüero Ortiz**

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: En este artículo analizaremos cuál debe ser la actuación del notariado tras la STS de 23 de diciembre de 2015, que declaró nula por abusiva la cláusula del préstamo hipotecario que repercutía al consumidor todos los gastos de constitución del mismo –incluidos los notariales-, cláusula que ya consta inscrita en el RCGC. En este sentido, haremos hincapié en las razones que determinaron la declaración de abusividad de las cláusulas de gastos –que no fue su generalidad-; el sujeto obligado al pago del arancel notarial y su posible distribución equitativa; el alcance del control preventivo del Notario; así como los efectos de la declaración de nulidad por una sola sentencia del TS (Sala Civil) en Pleno –comprendiendo que integra el ordenamiento jurídico (art.1.6 CC)- y de la inscripción de la cláusula en el RCGC, concluyendo que no deberían autorizarse escrituras que incorporen dicho contenido.

Palabras clave: Abusividad, cláusulas de gastos, gastos de notaría, impuesto sobre actos jurídicos documentados, Registro de Condiciones Generales de la Contratación, STS de 23 de diciembre de 2015.

Title: Expense terms: Should notaries authorized them?

Abstract: Throughout this paper we will study how notaries should act after the Spanish Supreme Court judgment of 23 December 2015, which declared unfair the mortgage term that transfer all the expenses caused by the constitution of the mortgage on to the consumer. In this sense, we will emphasize the reasons that determined the unfairness declaration of the expense term -that was not its generality-; the subject obligated to pay notary fees and its eventual equitable distribution; the scope of the Notary's preventive control; as well as the effects of the unfairness declaration by a single judgment of the Spanish Supreme Court in

* Trabajo realizado en el marco de la ayuda para la Formación de Profesorado Universitario del Ministerio de Educación Cultura y Deporte (Ref. FPU014/04016); y de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera, de la UCLM, ref. DER2014-56016-P.

** ORCID ID: 0000-0003-2794-9200; alicia.aortiz@uclm.es

Plenary - understanding that it integrates the legal system (art. 1.6 Spanish Civil Code)-, and the inscription of that term in the Registry of General Terms and Conditions, concluding that these expense terms should not be authorized by notaries.

Key words: Unfairness, expense terms, notary expenses, Stamp Tax, Registry of General Terms and Conditions, Spanish Supreme Court judgment of 23 December 2015.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. *Rationes decidendi* en las nulidades declaradas en la STS de 23 de diciembre de 2015. 3. ¿Quién es el obligado a abonar el arancel notarial? 3.1. Los que hubieren requerido la prestación de funciones o servicios del Notario. 3.2. Los interesados según las normas sustantivas. 3.3. Los interesados según las normas fiscales. Hipoteca convencional bilateral. Hipoteca convencional unilateral. 4. Sobre la posibilidad de distribución equitativa: una propuesta. 5. Control preventivo notarial de la inclusión de cláusulas abusivas. 6. Alcance y efectos de las declaraciones de abusividad efectuadas por el Tribunal Supremo en Pleno sin posterior inscripción en el RCGC. 7. Conclusiones.

1. Introducción

Este artículo constituye la tercera y última entrega de una serie de publicaciones que hemos realizado respecto a la nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios con consumidores.

En la primera entrega analizamos nulidad de estas cláusulas, comprendiendo que no son sólo abusivas las anuladas por el TS, sosteniendo que también lo es la repercusión de gastos de tasación al consumidor, entre otros gastos¹. Allí concluimos que declarada abusiva la cláusula de gastos y expulsada del contrato, la atribución de los gastos debe realizarse de acuerdo con el derecho supletorio aplicable. Así pues, en la segunda entrega analizamos cuál es el derecho supletorio en cada caso para determinar qué gastos pueden ser trasladados al consumidor por ser, precisamente, los que la normativa le atribuye².

Finalmente, en esta tercera entrega analizaremos cuál debe ser la actuación del notariado tras la STS de 23 de diciembre de 2015, a raíz de la consulta planteada a CESCO por la OMIC de Hellín el 28 de diciembre de 2016. En este sentido, haremos hincapié en las razones que determinaron la declaración de abusividad de las cláusulas de gastos por el Tribunal Supremo –que no fue su generalidad-; el sujeto obligado al pago del arancel notarial y su posible distribución equitativa; el alcance del control preventivo del Notario; así como los efectos de la declaración de nulidad por una sola sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) en Pleno –comprendiendo que integra el ordenamiento jurídico (art.1.6 CC)-, de forma que no deberían autorizarse escrituras que incorporen dicho contenido.

¹ AGÜERO ORTIZ, A.: "Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: no son sólo abusivos los gastos comprendidos en la STS de 23 de diciembre de 2015 (Gastos, efectos y plazos)" *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 13/01/2017, disponible en: <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1245>

² AGÜERO ORTIZ, A.: "Nulidad cláusula de gastos II: ¿A quién corresponde cada gasto en virtud del derecho supletorio?" *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 1/2/2017. Disponible en: <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/artics6mz/Nulidad-clausula-de-gastos.pdf>

2. *Rationes decidendi* en de las nulidades declaradas en la STS de 23 de diciembre de 2015

Mucho se ha discutido respecto a si el Tribunal Supremo declaró abusiva la cláusula de gastos por su generalidad (al referirse a “todos” los gastos); o por trasladar gastos propios del empresario-prestamista al consumidor, estando vetada la traslación de tales gastos a aquél. La cuestión no es baladí, pues ello determinará que deban considerarse abusivas las cláusulas que refieran a “todos” los gastos sin individualizarlos, o que deban considerarse que son abusivas las cláusulas que, incluso individualizando con claridad los gastos, trasladen al consumidor gastos que deben ser soportados por el prestamista. Para aclarar la cuestión, debemos analizar tanto el *petitum* de la demandante como el *iter* judicial del litigio.

Pues bien, en la demanda presentada por la OCU contra Banco Popular y BBVA se ejercitaba una acción de cesación en la que se pedía (i) la declaración del carácter abusivo, y en consecuencia la nulidad, de numerosas estipulaciones, teniéndose por no puestas; (ii) Orden de cesación en el empleo y difusión de las condiciones generales de la contratación declaradas nulas, debiendo eliminar las entidades demandadas de sus condiciones generales las estipulaciones reputadas nulas u otras análogas con idéntico efecto, así como abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo; (iii) la publicación, a costa de las demandadas, total o parcial de la sentencia dictada en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los periódicos de mayor circulación de la provincia -a criterio del juzgador conforme a lo dispuesto en el art. 221.2 LEC y art. 21 LCGC; (iv) el libramiento de mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo, según lo previsto por el artículo 22 LCGC; y (v) condena en costas a las entidades demandadas. Como puede observarse, no se ejercitó acción restitutoria.

En particular, respecto a la cláusula de gastos, la OCU alegó en su escrito de demanda que la cláusula controvertida era abusiva “*en aplicación de los artículos 86.7, 87, 89.2 y 89.3 TRLGCU*” y, en relación con los gastos procesales, por contravenir las normas de orden público en materia de imposición de costas; “*alegando finalmente que la cláusula en su redactado peca de una clara oscuridad y ambigüedad que impide saber en realidad que costes o servicios se imponen al usuario*” (FJ. Tercero. 31 SJMer nº 9 de Madrid de 8 septiembre 2011)³.

Así las cosas, el JMer madrileño comenzó su fundamentación jurídica apuntando que la interpretación de las cláusulas oscuras se realizará a favor del adherente, reprochando el carácter absolutamente genérico de la cláusula sin discriminar “*origen del gasto ni su imputación, siquiera se condicionen a la previa solicitud del consumidor*”. Lo que implicaría, por un lado, que el cliente no pueda conocer a priori los gastos que asume y, por otro, que no se condicione el devengo de los gastos a la previa solicitud del cliente de servicios determinados.

³ AC 2011\2146.

Concluyendo en su FJ. 35 que “[a] la vista de lo expuesto hemos de considerar abusiva la condición general en todos sus párrafos excepto en el cuarto, por resultar abusiva a la vista del art 87.5 y 89.3 del TRLCU”, y añadiendo “[e]n segundo término y tal como resulta de lo ya expuesto, la cláusula no cumplirá tampoco los requisitos de claridad y concreción del art 5.5 de la LGCGC, resultando por el contrario oscuras y ambiguas en los términos del art 7.7 del mismo texto” (FJ. 36). Consecuentemente, (i) emitió orden de cesación en el empleo y difusión de la condición general, condenando a las entidades a eliminar la cláusula declarada nula o cláusulas análogas así como a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo; (ii) publicación a costa de las demandadas de la sentencia; y (iii) emitió libramiento de mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la contratación para la inscripción de la sentencia según lo previsto en el art. 22 LCGC.

Todas las partes interpusieron recurso de apelación. En relación con la cláusula de gastos, la SAP de Madrid de 26 de julio de 2013⁴ resolvió el recurso de apelación de BBVA sosteniendo, en primer lugar, que “no estamos ante un problema de falta de claridad, dada la vocación omnicomprendiva de la misma. Lo que ocurre, sin embargo, es que se trata de una cláusula abusiva, a tenor de lo previsto en el artículo 89.1 del TRLGDCU, en sus letras "a" (repercusión de gastos) y "c" (pago de tributos), porque no da lugar a distinción alguna entre gastos y tributos que pudieran incumbir a una u otra parte, permitiendo la derivación universal de todos ellos, con independencia de su origen o causa (lo que incluiría los imputables al banco o de los que éste pudiera ser sujeto pasivo en un determinado momento) al consumidor. (...) el problema estriba en que con el tenor de dicha cláusula los [gastos] que en algún momento pudieran corresponderle a la entidad bancaria, por naturaleza o disposición normativa, podría cargarlos al cliente. Una condición general de ese calado, que permite el tratamiento del mismo modo de los gastos y tributos que pudieran incumbir al empresario que los que no lo fueran, resulta claramente abusiva” (FJ.25). Finalmente, la SAP desestimó los recursos de apelación de las demandadas y estimó los presentados por la OCU y el Ministerio Fiscal, declarando la abusividad de otras cláusulas, adicionando al fallo de la SJMer de Madrid las nuevas cláusulas declaradas abusivas, quedando sujetas a la condena que allí se pronunció.

BBVA recurrió en casación denunciando la infracción del artículo 89.3 TRLGDCU (FJ. 5º. h) 1. STS de 23 de diciembre de 2015⁵). En concreto, BBVA alegó que (i) el art. 89.3 letras a) y c) no resultaba de aplicación por referirse a contratos de compraventa de viviendas; (ii) que la cláusula recoge las atribuciones de gastos previstas en las leyes⁶; (iii) que el único impuesto que se devenga es el IAJD cuyo sujeto pasivo es el prestatario; (iv) que la hipoteca es unilateral (141 LH) y por lo tanto los de formalización corresponden al prestatario, en concreto, gastos de notaría y registro; (v) que las primas de contratos del seguro de hogar se prevén en el art. 8 LMH.

⁴ JUR 2013\297024.

⁵ RJ 2015\5714.

⁶ Para más información sobre la atribución de gastos en derecho supletorio vid. AGÜERO ORTIZ, A.: “Nulidad cláusula de gastos II: ¿a quién corresponde cada gasto ...?” *op. cit.*

En primer lugar, el TS manifestó (*obiter dictum*) que “*resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones [como veremos] contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto*”. Tras ello, entró de lleno en el análisis del art. 89 TRLGDCU (en coherencia con el recurso de apelación de BBVA), realizando las siguientes valoraciones:

- **Aplicabilidad del art. 89.3 a la constitución de préstamos hipotecarios para la adquisición de viviendas:** “*El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º 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. 89.3.4º) 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. 89.3.5º)*”.
- **Gastos de notaría y registro:** niega que la SAP de Madrid vulnerara las normas de atribución de gastos pues “*en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que 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 solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC [RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892]), constituye la garantía real (arts. 1875 CC [LEG 1889, 27] y 2.2 LH [RCL 1946, 886]) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC)*”. Por lo tanto, una cláusula como la expuesta “*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*”. Concluyendo que dicha estipulación “**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 TRLGDCU)**”. Es decir, que la abusividad de la cláusula no deriva únicamente de su contención en la lista

negra de cláusulas abusivas sino primeramente del art. 82 TRLGDCU por comportar un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor en contra de las exigencias de la buena fe.

Adicionalmente, vuelve a reiterar la aplicabilidad del precepto aun cuando se refiera a compraventa de viviendas sosteniendo que *"En la sentencia 550/2000, de 1 de junio (RJ 2000, 5090), esta Sala 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 seriadados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso"*.

- **Impuestos:** tras analizar la normativa que regula el IAJD (sin mencionar el art. 68 del Reglamento IAJD) concluyó que la referida cláusula también vulneraba el art. 89.3.c) TRLGDCU pues en esa "omnicomprensividad" de tributos traslada al consumidor el IAJD cuando el sujeto pasivo es el acreedor garantizado. En palabras del TS: *"la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGDCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho"*.

Por lo tanto, podemos observar cómo la *ratio decidendi* en todas las instancias es la vulneración del art. 89 TRLGDCU, siendo sólo tomada en consideración la generalidad de la cláusula en la SJMer como complemento de la declaración de abusividad por vulneración de dicho precepto, al sostener *"en segundo término (...) la cláusula no cumpliría tampoco los requisitos de claridad y concreción (...)"*. Por su parte, la AP Madrid niega tajantemente que se trate de un problema de oscuridad o generalidad, mientras que el TS únicamente indica que *"resulta llamativa la extensión de la cláusula"*, sin tomarlo en consideración para la declaración de abusividad sobre la base del art. 89.3 TRLGDCU, tras efectuar un análisis de la atribución normativa de los diferentes gastos, concluyendo que se trasladan al consumidor gastos que por naturaleza corresponden al empresario. Esto se debe a que (i) fue el *petitum* principal de la demandante (congruencia); y, (ii) fue el objeto del recurso de casación de BBVA que alegó que los gastos trasladados al consumidor eran los que la normativa aplicable a cada gasto le atribuía, por lo que no se producía vulneración del art. 89.3 TRLGDCU.

En conclusión, las cláusulas de gastos no son abusivas por su generalidad, sino por transmitir al consumidor gastos que deben ser asumidos por el empresario-prestamista sin que quepa pacto en contrario, salvo en lo relativo a los gastos de notaría respecto a los cuales cabrá negociar individualmente su equitativa

distribución, como analizaremos *infra*. Nótese, además, que el Tribunal Supremo no entra a cuantificar los gastos que debieron ser asumidos por cada parte, pero no lo hizo porque no se ejercitó acción restitutoria. Se limitó a especificar que es abusivo trasladar al consumidor los gastos de notaría (respecto a los que cabe distribución equitativa), los gastos de registro, y el impuesto sobre actos jurídicos documentados, así como gastos procesales (por venir su imputación regulada en la LEC, no siendo materia disponible al predisponente) y pre-procesales.

3. ¿Quién es el obligado a abonar el arancel notarial?

En relación con el fallo del TS, se ha venido cuestionando la declaración de abusividad de la repercusión de los gastos notariales al consumidor-prestatario, sosteniéndose que la normativa arancelaria imputa estos gastos, precisamente, al consumidor. En este sentido, se afirma que la norma sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios impone estos gastos a (i) quien hubiera requerido el servicio, interpretando que quien requiere estos servicios o es indeterminable o es el prestatario que solicita la financiación; y (ii) a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, comprendiendo que de conformidad con el art. 68.II Reglamento ITP y AJD debe entenderse que el interesado es el prestatario⁷. Discrepamos de ambos criterios como hemos tenido ocasión de manifestar⁸, por las razones que en síntesis pasamos a exponer.

3.1. Los que hubieren requerido la prestación de funciones o servicios del Notario

La norma de derecho supletorio que regula la atribución de los gastos notariales es, en primer lugar, el art. 63 RN⁹ según el cual, la retribución de los notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios. Dicha disposición y la regulación de los aranceles notariales es desarrollada por Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, cuya norma sexta del Anexo II introduce como sujeto obligado subsidiario al interesado según las normas sustantivas y fiscales. Por consiguiente, el primer estudio que debe realizarse para averiguar quién es el obligado al pago del arancel, es el relativo a quién solicita efectivamente los servicios del Notario.

Como es sabido, la función notarial es de carácter rogado, es decir, se inicia a instancia, solicitud o rogación del sujeto interesado (art. 3 RN). Por lo tanto, la interpretación de quién sea el sujeto que hubiera requerido la prestación de los servicios notariales se deberá efectuar en pura relación con

⁷ ZEJALBO MARTÍN, J.: "El sujeto pasivo en actos jurídicos documentados de los préstamos hipotecarios" <http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/fiscal/articulos-fiscal/el-sujeto-pasivo-en-ajd-de-los-prestamos-hipotecarios/>; CABANAS TREJO, R.; BALLESTER AZPITARTE, L.: "Más Montesquieu y menos Laclau" 10/01/2017 <https://boletinjuridico.wordpress.com/2017/01/10/mas-montesquieu-y-menos-laclau/>; entre otros.

⁸ AGÜERO ORTIZ, A.: "Nulidad cláusula de gastos II: ¿a quién corresponde cada gasto ..." *op. cit.*

⁹ Redacción dada el Real Decreto 1126/1982, de 28 de mayo. En idénticos términos se pronunciaba la disposición general tercera, párrafo segundo, del Decreto 644/1971, de 25 de marzo, por el que se revisan los Aranceles Notariales.

el carácter rogado de la intervención notarial¹⁰. Es decir, en relación con quién solicitó efectivamente los servicios y no en relación con quién inició el *iter* contractual. Así las cosas, es notorio que en la abrumadora mayoría de casos la intervención notarial es solicitada por la entidad de crédito que es precisamente la que envía la minuta en virtud de la cual el notario redactará la escritura del préstamo hipotecario¹¹. En estos casos, será fácil adivinar quién es el requirente pues, de conformidad con el art. 147 RN “*el notario consignará, en su caso, que aquél ha sido redactado conforme a minuta y si le constare, la parte de quien procede ésta*”. Aún así, supongamos que el hecho de que la escritura se redacte conforme a minuta no implica que quien ha solicitado los servicios no sea la parte de la que procede la minuta.

En ese caso, para discernir quién solicita los servicios del notario bastará saber si el consumidor ha efectuado algún requerimiento al mismo, pues (i) que el cliente solicite un préstamo a una entidad de crédito significa, simple y llanamente, que el cliente está requiriendo un servicio (financiación) a una entidad de crédito; y (ii) que la entidad de crédito contacte con un notario, mantenga tratos previos, envíe la minuta de la escritura que deberá redactar, concierte una cita para la firma, que sólo posteriormente, informe al consumidor del día de la firma, dirección de la oficina del notario y datos del mismo y (en el mejor de los casos) de la posibilidad que tiene de revisar el contenido de la escritura tres días antes de la firma, significa, meridianamente, que la entidad de crédito es la única que solicita la prestación del servicio al notario.

Esto es así, aun cuando la entidad de crédito imponga como requisito *sine qua non* para la concesión del préstamo la constitución de un derecho real de garantía al cliente, esto es, aun cuando se argumente que el que tiene que soportar los gastos es el cliente que es el necesitado de financiación. En primer lugar, porque la constitución de un préstamo –prestación solicitada por el cliente a la entidad de crédito, no al Notario- no requiere su formalización en escritura pública (perfeccionándose por la entrega de la cosa o por la prestación del consentimiento, según las distintas corrientes doctrinales). En segundo lugar, porque el acto que requiere su constitución en escritura pública –aún impuesto- es la hipoteca, como requisito para la inscripción registral de la misma que es lo que provoca en nacimiento del

¹⁰ Como afirma CORDERO LOBATO, E.: “*De estas disposiciones resulta que para ser responsable del pago de los honorarios registrales y notariales hace falta haber requerido la prestación de los servicios notariales o registrales (en éste último caso, por haber presentado el documento para su inscripción) o, alternativamente, tener la condición de interesado o beneficiado por el documento y la inscripción, de acuerdo con las normas sustantivas y fiscales que regulen el derecho en cuestión. Estimamos que existe una diferencia sustancial entre ambos criterios de imputación de responsabilidad del pago de los aranceles, pues si bien la persona que solicitó los servicios de estos profesionales debe pagar toda la minuta por todos los conceptos que contenga, sin embargo, si la condición de responsable deriva del hecho de ser interesado o beneficiarse con el derecho que se inscribe, entonces la responsabilidad de este último no se extiende al pago de toda la minuta, sino sólo a la del concepto que se corresponda con el derecho que le beneficia*”. En “Aranceles notariales y registrales por cancelación de hipotecas”, Centro de Estudios de Consumo (CESCO), disponible en: <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/5/2011/5-2011-2.pdf>

¹¹ Como sostiene ZEJALBO MARTÍN op. cit.: “*en la práctica, que conocemos, tratándose de préstamos hipotecarios, lo habitual es que se encargue formalmente la escritura por la entidad de crédito*”.

derecho real (arts. 1875 CC)¹², siendo así que el solicitante/imponente de la constitución de la hipoteca es el prestamista. En tercer lugar, porque el beneficiario e interesado del servicio que justifica la intervención notarial -la constitución de la hipoteca- es el acreedor, que obtiene así un derecho de realización de valor (art. 1858 CC) con carácter preferente respecto a otros acreedores del deudor común (arts. 1923 y 1927 CC) para el caso de que el prestatario incumpla sus obligaciones de pago. En cuarto lugar, porque el perceptor de la primera copia de la escritura y, así, interesado (en el sentido del art. 17.1.IV LN), es el prestamista, que obtiene así un título ejecutivo (art. 517.2.4º LEC).

Por todo lo expuesto, consideramos que quien requiere la prestación del servicio notarial es el prestamista (art. 63 RN). Lo mismo puede concluirse en relación con las supuestas hipotecas unilaterales, que en realidad disimulan un préstamo hipotecario voluntario bilateral, si la intervención del notario se produce como hemos descrito anteriormente.

3.2. Los interesados según las normas sustantivas

Desde el punto de vista de las normas sustantivas es evidente que el interesado en el otorgamiento de la escritura pública es el acreedor garantizado como requisito ineludible para la inscripción de su derecho en el Registro de la Propiedad y, así, para válida constitución del mismo (art. 145 LH, 1875 CC, 130 LH). En este sentido, los arts. 1876 CC y 104 LH disponen que “[l]a hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida”. Consecuentemente, el art. 6 c) LH se refiere a “quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir”, o el art. 9 e) LH a “la persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción” (art. 9. E LH). Por otro lado, el art. 214 LH en relación con el 322 RH establece que el registrador no podrá efectuar rectificaciones sin la conformidad del interesado, entendiendo por tal a quien posea el título inscrito (que es el acreedor garantizado).

Es más, el art. 233 RN que “[a] los efectos del artículo 517.2.4.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se considera título ejecutivo aquella copia que el interesado solicite que se le expida con tal carácter. Expedida dicha copia el notario insertará mediante nota en la matriz su fecha de expedición e interesado que la pidió”. Dado que la copia con carácter ejecutivo es la primera copia respecto a la que el acreedor pide que se emita con dicho carácter, y que ésta es pedida y recibida por el prestamista por

¹² En este sentido, cuando la normativa relativa a la contratación por consumidores de préstamos hipotecarios se refiere a la escritura pública, lo hace precisamente porque se refiere a préstamos garantizados por una hipoteca, y no porque los préstamos concedidos a consumidores requieran intervención notarial. Cfr. Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito; Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito; Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

ser el "interesado" en los propios términos de la LN y RN (que es quien necesita el título ejecutivo para ejecutar la hipoteca llegado el caso, lo que además es fácilmente verificable pues debe constar al pie o margen de la matriz quién fuera "el interesado que la solicitó", arts. 17.1.IV LN y 244.I RN), es evidente que el interesado es el prestamista.

Así pues, en nuestro criterio, en virtud de las normas sustantivas, el único interesado en la prestación de los servicios notariales y formalización de la hipoteca o préstamo hipotecario en escritura pública es el acreedor; mientras que el consumidor es interesado en la prestación del servicio de la entidad de crédito, es decir, en la financiación.

3.3. Los interesados según las normas fiscales

Si lo hasta ahora expuesto no fuera suficiente para alcanzar el convencimiento del lector respecto a nuestra tesis, procederemos ahora a analizar quién es el interesado en la documentación de la hipoteca en escritura pública (que es el objeto de la intervención notarial) según las normas fiscales. En este contexto debemos diferenciar dos supuestos de hecho: que el negocio constituido en escritura pública sea un préstamo hipotecario con hipoteca convencional bilateral o contractual, art. 104 y ss. LH); o que el negocio formalizado en escritura pública sea una hipoteca unilateral (art. 141 LH) en garantía de un préstamo ya perfeccionado por (supuestamente) haberse entregado ya el importe del préstamo al consumidor-prestatario.

- Hipoteca convencional bilateral (supuesto típico de préstamo hipotecario):

El art. 29 del TRLITP y AJD establece que "[s]erá 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". Por su parte, el art. 68 del Reglamento del ITP y AJD desarrolla el contenido determinando que "[s]erá 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".

Por lo tanto, de la lectura del precepto reglamentario se desprende que cuando se constituya la hipoteca en la misma escritura pública que el préstamo, se entenderá que el sujeto pasivo del impuesto es el prestatario por ser el "adquirente", y así lo ha reiterado la Sala Tercera del Tribunal Supremo¹³. Sin embargo, la validez del precepto ofrece serias dudas, por lo

¹³ SSTs 23 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 638), 19 enero (RJ 2002, 848) 24 de junio de 2002 (RJ 2002, 8214), 14 de mayo (RJ 2004, 4924) y 27 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7777) y 20 de enero de 2006 (RJ 2006, 524); de 15 enero 2015 (RJ 2015\195).

que no es de extrañar que se hayan interpuestos recursos de nulidad¹⁴, así como recursos de inconstitucionalidad¹⁵ contra el mismo.

En cualquier caso, debe resaltarse que de conformidad con los arts. 31.3 CE y 8 LGT existe **reserva de ley** en la determinación de los elementos esenciales del tributo, entre los que se encuentra la determinación de los sujetos activo y pasivo del impuesto¹⁶. Esto incluso cuando el TC haya matizado que el principio de reserva legal del art. 31.3 CE es una reserva relativa de Ley que no se opone a la colaboración reglamentaria, pues para ello debe producirse necesariamente “en términos de subordinación, desarrollo y complementariedad y, de modo particular, siempre que «sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley»”¹⁷. Subordinación que no tiene lugar en el art. 68.II RITP y AJD que desarrolla el art. 29 TRITP y AJD *contra legem*.

En este sentido, como expusimos¹⁸ y analizamos en mayor profundidad en otro lugar¹⁹, consideramos que el art. 68 del Reglamento ITP y AJD es contrario, al menos, a los arts. 14 y 31.1 CE y al art. 29 TRITP y AJD. Y no lo decimos nosotros, civilistas, sino la doctrina fiscalista más autorizada²⁰,

¹⁴ STS de 20 de enero de 2004 (RJ 2004\535).

¹⁵ TC (Sala Pleno), auto núm. 223/2005 de 24 mayo. RTC 2005\223; TC (Sala Pleno), auto núm. 24/2005 de 18 enero. RTC 2005\24.

¹⁶ STC 26 de marzo de 1985 (RTC 1985\46); GONZÁLEZ GARCÍA, E.: “El principio de legalidad tributaria en la Constitución española de 1978”, en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, cit., vol. II, págs. 976-977; VARONA ALABERN, J.V.: “Razones constitucionales para la rehabilitación y la necesaria reforma del impuesto sobre sucesiones y donaciones”, en *Revista Quincena Fiscal*, núm. 16/2014; RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.M.: “Un nuevo espaldarazo a la tributación ambiental autonómica: a propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 3 julio 2001”, en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 7/2002; FERREIRO LAPATZA, J.J.: “La Ley reguladora de las Haciendas Locales de 1988: aplicación y reforma”, *Revista Quincena Fiscal*, núm. 6/1998; etc.

¹⁷ STC 14 de diciembre de 1995 (RTC 1995\185).

¹⁸ AGÜERO ORTIZ, A.: “Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios...” *op. cit.*

¹⁹ AGÜERO ORTIZ, A.: “Efectos y Alcance de la nulidad de las cláusulas de gastos en préstamos hipotecarios con consumidores. Especial referencia al IAJD y los gastos de tasación” *Revista doctrinal aranzadi civil-mercantil*, nº 2/2017 (pendiente de publicación en el momento de redactar estas líneas).

²⁰ SIMÓN ACOSTA, E.: quien sostiene “[C]onfunde el préstamo y la hipoteca, pues la escritura del préstamo no está nunca sujeta al IAJD, porque el préstamo no es un acto inscribible en el Registro de la Propiedad, Mercantil o de la Propiedad Industrial”. En “El préstamo hipotecario en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados”. *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 379. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 1999. Igualmente, CALVO VÉRGUEZ, J., quien se sorprende del precepto afirmado que “Cabe referirse aquí a una curiosa situación. Como hemos manifestado, los préstamos con garantía hipotecaria se hallan sujetos a IVA. El otorgamiento en escritura de estos préstamos origina además que deban liquidarse por AJD (Documento Notarial), ya que contienen actos no sujetos a TPO ni al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISyD), resultando además inscribibles en el Registro de la Propiedad en base a la existencia de garantía hipotecaria. Siendo la citada garantía real la que provoca la sujeción a AJD, lo lógico debiera ser que el adquirente de la misma, es decir, la entidad financiera que efectúa el préstamo fuese el sujeto pasivo. El criterio administrativo sin embargo ha estimado que el sujeto pasivo es el prestatario en tanto que beneficiario del negocio jurídico principal, del que la hipoteca constituye únicamente un negocio accesorio”. En “La constitución y transmisión de derechos en el Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados: cuestiones conflictivas a la luz de distintos supuestos”. *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi* núm. 5/2004. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2004.

siendo especialmente clarificador el trabajo realizado por CASERO BARRÓN²¹, ya en el año 2004, cuyos razonamientos seguimos aquí.

En primer lugar, la regulación histórica del impuesto (art. 3.1 CC) siempre se ha referido al sujeto pasivo del impuesto, en caso de préstamo hipotecarios, como *"las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan"*.

Hasta entrada en vigor de la Ley 6/1979, de 25 de septiembre (RCL 1979, 2339), de Régimen Transitorio de la Imposición Indirecta, el Impuesto del Timbre (antiguo AJD) era incompatible con el Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas (antiguo IVA). Así, por ejemplo, en una compraventa de un inmueble, si se tributaba por Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas, entonces no se podía devengar AJD. Consecuentemente, hasta 1980 (Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados) no se introduce el concepto de "adquirente" en relación con el sujeto pasivo del IAJD. En concreto, el art. 95.3 del Reglamento del Impuesto del Timbre de 22 de junio de 1956 establecía que *"el reintegro de las operaciones a que se refiere este artículo se satisfará por las empresas bancarias y de crédito, formalizando los correspondientes contratos en las pólizas timbradas de préstamo y crédito que con ese fin expende el Estado"*. En palabras de la Resolución del TEAC de 7 de octubre de 1952, el impuesto debería ser abonado por *"el que adquiere o recobre los bienes o adjudiquen los bienes, créditos o derechos, (...) puesto que en los préstamos hipotecarios es el acreedor el que adquiere el derecho real constituido sobre la finca hipotecada"*. Por su parte, la posterior Ley 41/1964 de 11 de junio de Reforma del Sistema Tributario declaraba en su art. 168 c) de la LRST que serían el sujeto pasivo del IAJD *"los otorgantes de las escrituras y las personas que las suscriban o soliciten o aquellos en cuyo interés se expidan, en cuanto a las actas y demás documentos"*.

Así pues, **sólo cuando resultaron compatibles el impuesto de AJD y el IGTE** (a partir de 1979), se modificó el tenor de artículo de la ley respecto al sujeto pasivo (art. 30 Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, cuyo tenor se reproduce en la actualidad en el art. 29 TRLITP y AJD). En concreto, **se incluye al adquirente** como sigue: *"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"*. Por lo que es evidente que esta referencia a "adquirente" **tiene como finalidad dar cabida a estos nuevos sujetos pasivos que provengan de**

²¹ CASERO BARRÓN, R.: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004, sección 2ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Recurso 158/2002. Sobre la cuota proporcional de la modalidad de actos jurídicos documentados en los documentos notariales. Especial mención de quien es sujeto pasivo en los préstamos hipotecarios" *Revista Quincena Fiscal num.20/2004*, Editorial Aranzadi, S.A.U. (BIB 2004\1755).

transmisiones sujetas a IVA y que antes estaban excluidos por incompatibilidades de tributos, y no a los prestatarios de préstamos hipotecarios pues aquéllos ya estaban sujetos al Impuesto del timbre y AJD anteriormente sin que en ningún lugar se refiriera la norma a adquirentes.

Por lo tanto, la referencia e interpretación del art. 68.II del Reglamento al “*adquirente*” del derecho es inapropiada pues quien recibe dinero a préstamo no adquiere nada, o al menos, nada más que un pasivo de crédito, que lejos de mostrar su capacidad económica evidencia su ausencia de ella (art. 31.1 CE).

En segundo lugar, porque el hecho imponible del impuesto es el otorgamiento de la escritura pública y, en particular, de la primera copia de escritura que contenga hechos inscribibles en el Registro de la Propiedad. Pues bien, esta primera copia es recibida exclusivamente por el prestamista y no por el prestatario que sólo recibe una copia simple.

En tercer lugar, porque la base imponible es el importe de responsabilidad hipotecaria –sobre el que el prestatario no adquiere nada, sino el acreedor que adquiere un derecho de realización del valor- y no el importe del préstamo, que es lo que parece justificar su institución como sujeto pasivo. Por lo que carece de toda lógica el argumento del Tribunal Constitucional²² según el cual “*debe precisarse que la capacidad de endeudarse es una manifestación de riqueza potencial y, por tanto, de capacidad económica susceptible de gravamen, pues sólo quien tiene capacidad de pago, esto es, quien tiene aptitud para generar riqueza con la que hacer frente a la amortización de un préstamo o de una deuda puede convertirse en titular del mismo. De la misma manera quien ofrece como garantía del préstamo un bien pone de manifiesto, no ya una riqueza potencial concretada en su aptitud para hacer frente al pago de la deuda, sino una riqueza real equivalente al valor del bien que ofrece como garantía del pago de la deuda*”. Por un lado, porque creemos que los eventos actuales han dejado más que patente que no todo el que tenía capacidad para endeudarse tenía o finalmente tuvo la capacidad de pago para hacer frente a la amortización del préstamo, por lo que es obvio que la obtención de dinero a préstamo no muestra la capacidad económica del prestatario (art. 31.1 CE) sino todo lo contrario. Por otro lado, porque es absurdo afirmar que quien entrega un bien en garantía (hipoteca) demuestre tener “*una riqueza real equivalente al valor del bien*” cuando precisamente la adquisición del bien se produce mediante un préstamo hipotecario, es decir, si el propietario ostentara una riqueza real equivalente al bien, no habría necesitado un préstamo para adquirirlo y, menos, constituir una hipoteca sobre él. Lo que es todavía más palmario por el hecho de que, si la hipoteca se hubiera constituido de forma separada al préstamo, como por ejemplo hipoteca unilateral, el sujeto pasivo sería el acreedor garantizado –como analizaremos en el siguiente subapartado-, sin que ello infunde dudas de discriminación (art. 14 CE) al TC.

²² (AATC núm. 24/2005 de 18 enero (RTC 2005\24) y núm. 223/2005 de 24 mayo (RTC 2005\223)).

En cuarto lugar, porque lo que exige constitución en escritura pública inscribible en el Registro de la Propiedad –hecho imponible– es la hipoteca y no el préstamo (que ni exige formalización en escritura pública ni tiene acceso al RP (art. 28 TRLITP y AJD en relación con el art. 31.2 TRLITP y AJD). Porque quien adquiere algo mediante el acto documentado en escritura con acceso al Registro de la Propiedad es el acreedor garantizado, en concreto, un derecho real de garantía y, en fin, porque quien solicita los documentos notariales de constitución de la hipoteca, quien los recibe y en cuyo interés se expiden es el acreedor garantizado.

Por lo tanto, consideramos firmemente que el sujeto pasivo del IAJD es el determinado en el art. 29 TRITP y AJD dado que, el art. 68.II del Reglamento ITP y AJD es contrario, como decimos, los arts. 14 y 31.1 CE y al art. 29 TRITP y AJD, lo que debería ocasionar que jueces y tribunales no aplicaran dicho precepto en virtud del art. 6 LOPJ.

A mayor abundamiento, y volviendo al objeto de nuestro estudio, la norma sexta del Anexo II del RDAN se refiere a los “interesados” según las normas fiscales, y no a los adquirentes (art. 68.II Reglamento ITP y AJD). Así las cosas, tanto el artículo 29 TRLITP y AJD como el art. 68.I de su Reglamento se refieren a los interesados como a “*aquellos en cuyo interés se expidan*” los documentos notariales que generan el impuesto (primera copia), y estos no son otros que los acreedores garantizados.

- **Hipoteca convencional unilateral**

En estos casos la cosa es más obvia. A pesar de que las entidades de crédito traten de formalizar los préstamos hipotecarios como hipotecas unilaterales concedidas voluntaria e unilateralmente por el prestatario en garantía de un préstamo que (supuestamente) ya recibió de aquella para así justificar la traslación de todos los gastos al prestatario, lo cierto es que el relación con el IAJD y de los aranceles notariales, la consecuencia es bien distinta a la pretendida.

El art. 68.II Reglamento IAJD sólo se refiere a “*escrituras de constitución de préstamo con garantía*”, por lo que sólo en estos supuestos identifica al “adquirente”/sujeto pasivo del impuesto al prestatario. Por el contrario, cuando se constituye una hipoteca unilateral se supone que la obligación principal o préstamo ya existe, ya está perfeccionado (y así se hace constar en todas estas escrituras). Por lo que, en estos casos, no nos hallamos ante un “préstamo con garantía”, lo que provoca que nos situemos en el supuesto de hecho del art. 68.I del Reglamento, siendo el sujeto pasivo del mismo “*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*”. El adquirente del derecho de garantía es el acreedor garantizado, y aquél en cuyo interés se expide la primera copia de la escritura es, idénticamente, el prestamista garantizado. Así pues, la Sala Tercera del TS ha reiterado²³ que

²³ STS de 16 julio 2015. RJ 2015\3017; núm. 2073/2016, de 26 septiembre. RJ 2016\4537; de 15 septiembre 2015. RJ 2015\3996.

cuando la hipoteca no se constituye de forma conjunta con el préstamo, como sucede en las hipotecas unilaterales, no resulta de aplicación el art. 68.II del Reglamento ITP y AJD, siendo el sujeto pasivo el acreedor garantizado que se beneficia del derecho real de garantía. Motivo por el que comprendemos, como apuntábamos, que esta diferencia de trato de situaciones de hecho idénticas –constitución de un derecho real de garantía en garantía de un préstamo, con la única diferencia de estar constituidos ambos contratos en una misma escritura o en dos- comporta una vulneración del art. 14 CE²⁴.

En relación con el arancel notarial en caso de hipotecas unilaterales, si no se puede determinar quién solicita los servicios del Notario²⁵, ni quién es el interesado en que se documente en escritura pública la hipoteca según las normas sustantivas, es evidente que de conformidad con las normas fiscales, el interesado es el acreedor garantizado.

4. Sobre la posibilidad de distribución equitativa: una propuesta

El TS añadió un *ober dictum* en relación con los gastos de notaría y registro (no sobre el IAJD) respecto a la posibilidad de distribución equitativa de los mismos, sin explicar a qué distribución equitativa se refiere ni en qué términos puede producirse. En este sentido, como hemos comentado²⁶, la atribución de gastos notariales se efectúa en el art. 63 RN y norma sexta del Anexo II del RDAN, y la de los gastos registrales en el art. 19 bis 6ª LH y norma octava del Anexo II del RDAR.

En este contexto, el art. 89.3 establece que en todo caso será abusiva “*La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la compraventa de viviendas (...)*”. Pero no debe olvidarse que el apartado a) de dicho precepto sostiene: “*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)*”. Así pues, declarado por el TS que este precepto resulta de aplicación a la constitución de hipotecas para la adquisición de vivienda, por ser la financiación una fase de la adquisición, podría comprenderse que será abusiva en todo caso el traslado de gastos derivados de la preparación de titulación que “por naturaleza” corresponda al empresario, y no sólo por “ley”. En cualquier caso, sostener esto nos llevaría a realizar inducciones ontológicas que exceden el propósito de este trabajo.

A este respecto debemos realizar dos apreciaciones: (i) dado que la cláusula ha sido anulada por vulnerar el art. 89.3 TRLGDCU (no por atribuir en globo gastos, o por ser general, oscura, o inconcreta) consideramos que la cláusula que atribuya los gastos de notaría y registro al consumidor debe ser considerada, en

²⁴ Aunque el TC (AATC núm. 24/2005 de 18 enero (RTC 2005\24) y núm. 223/2005 de 24 mayo (RTC 2005\223), ha rechazado que esta diferencia de trato comporte discriminación alguna.

²⁵ Que, incluso en estos casos, es lo habitual que sea la entidad de crédito la que contacta con el notario, acuerda una cita, transmite la minuta, etc.

²⁶ AGÜERO ORTIZ, A.: “Nulidad cláusula de gastos II...” *op. cit.*

todo caso, abusiva; y (ii) la mencionada distribución equitativa de estos gastos sólo podría producirse respecto a los gastos de notaría y no a los de registro, pues estos últimos se regulan en el art. 19 bis 6ª LH y, por ende, no pueden ser trasladados al consumidor, sin más (art. 89.3 TRLGDCU).

Respecto a los gastos de notaría, dado que no se regulan en norma de rango legal, puede caber pacto en contrario, bajo las indicaciones del TS, a saber, que se trate de una distribución equitativa, que no traslade al consumidor todos los gastos derivados de la intervención notarial, y que no comporte un desequilibrio importante en contra de las exigencias de la buena fe, esto es, que hubiera podido ser aceptado por el consumidor en el seno de una negociación individual. Asumiendo que quien requiera los servicios notariales sea la entidad prestamista, o que es la interesada según las normas sustantivas y fiscales²⁷, comprendemos que una distribución equitativa que respetara aquellos criterios podría ser la siguiente:

- Gastos notariales a cargo del empresario-garantizado:
 - Los derechos oportunos por instrumentos de cuantía;
 - El timbre sobre la escritura matriz;
 - Exceso de caras (a partir del quinto folio de la escritura matriz);
 - La copia autorizada y el importe del timbre plasmado en sus folios;
 - La copia autorizadas electrónica (remitida telemáticamente al Registro de la Propiedad);
 - Las copias simples no recibidas por el consumidor (por ejemplo, emitidas para la liquidación de impuestos) y los importes relativos al timbre;
 - Diligencias de cotejo (en relación con testimonios de autenticidad de fotocopias integradas en la escritura –por ej. de DNI-) u otras diligencias;
 - Testimonio de legalización;
 - IVA devengado sobre los derechos, la copia autorizada, la copia autorizada electrónica, copias simples no recibidas por el consumidor, exceso de caras y testimonio (los timbres no devengan IVA).

- Gastos notariales a cargo del consumidor-garante:
 - Copia/s simple/s que hubiera recibido el consumidor.
 - Timbre relativo a la copia/s simple/s que hubiera recibido el consumidor.
 - IVA devengado por la/s copia/s simple/s que hubiera recibido el consumidor.

²⁷ “La retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios y se regulará por el Arancel notarial (...)” art. 63 RN. En virtud de la norma sexta del Anexo II del RDAN “La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente”.

El motivo por el que consideramos equitativa esta distribución es que traslada al consumidor la obligación de pago de los servicios que él propiamente recibe, esto es, el abono de todos los gastos devengados por las copias simples que, en última instancia, es lo único que recibe.

5. Control preventivo notarial de la inclusión de cláusulas abusivas

El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales (art. 1 LN). Los documentos autorizados por el Notario gozan de la presunción de legalidad, de acuerdo con el art. 17 bis LN, según el cual dichos documentos públicos *"gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes"*. Así pues, los notarios *"en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga"* (art. 24 LN), viniendo obligados a no autorizar instrumentos cuando *"no se hayan dictado o tramitado con arreglo a las leyes, reglamentos u ordenanzas, y cuando el acto o el contrato en todo o en parte sean contrarios a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres"* (art. 145.II RN). Adicionalmente, ostentan un deber de asesoramiento imparcial [*"el Notario como profesional del Derecho tiene la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles de los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar"* (art. 1 RN, en relación con el art. 103.3 CE) *"y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios"* (arts. 147.V RN, 81.2 TRLGDCU, 23.1 LCGC)].

Asimismo, los notarios ejercen una función preventiva que impida la existencia de acto o negocios contrarios a la ley. En este sentido, el Notario está llamado a desempeñar un control de legalidad (STC de 11 de noviembre de 1999²⁸). Por lo que respecta a las condiciones generales de la contratación el Notario deberá efectuar el control de incorporación. Así el art. 23.2 LCGC establece que los notarios velarán por el cumplimiento, en los documentos que autoricen, de los requisitos de los arts. 5 LCGC –redacción de las condiciones generales con transparencia, claridad, concreción y sencillez-; y art. 7 LCGC –que no sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles-. De otro lado, los art. 84 TRLGDCU y 147 RN impiden al Notario autorizar escrituras que contengan condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme inscrita en el RCGC. En materia de contratación bancaria, el art. 30 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, impone a los notarios la denegación de la autorización del préstamo cuando no se cumpla con lo previsto en la Orden y la legalidad vigente, ampliando el mero deber informativo y verificador del art. 7 de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

Sin embargo, ni los notarios ni los registradores son competentes para realizar el control de contenido de las condiciones generales de la contratación –competencia exclusiva de jueces y tribunales-, es decir, no pueden declarar la abusividad de una cláusula *ex novo* (a pesar de que en ocasiones lo hagan²⁹).

²⁸ RTC 1999\207.

²⁹ Cfr. RRDGRN de 22 de julio de 2015 y de 10 de febrero de 2016.

Ahora bien, la DGRN ha reiterado que, en virtud del principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea, existen circunstancias en las que notarios y registradores pueden ejercer un control de abusividad de las cláusulas que no afecten al objeto principal del contrato, aun cuando no consten inscritas en el RCGC.

En concreto, procederá este control de abusividad: "a) cuando la nulidad por abusividad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, sin que sea necesario que conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación ya que tal exigencia infringiría el «principio de efectividad» de la normativa europea de protección de consumidores; siendo, no obstante necesario, a falta de tal inscripción, que la sentencia judicial proceda del Tribunal Supremo, en cuanto fuente complementaria del derecho (artículo 1 del Código Civil), o responda a un criterio mayoritario y uniforme de los órganos judiciales superiores; y en todos los casos que se refieran al contrato de préstamo o crédito hipotecario, y b) cuando el carácter abusivo de la cláusula pueda ser apreciado directamente por el registrador de forma objetiva, sin realizar ningún juicio de ponderación en relación con las circunstancias particulares del caso concreto, bien porque coincidan con alguna de las tipificadas como tales en la denominada «lista negra» de los artículos 85 a 90 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, bien por vulnerar otra norma específica sobre la materia"³⁰.

En conclusión, los notarios deben efectuar el control de incorporación cuidando que no se incluyan cláusulas no transparentes, ambiguas, etc.; el control de legalidad que, en nuestra opinión, comporta la no autorización de contratos que contengan cláusulas declaradas abusivas por sentencias reiteradas del Tribunal Supremo o del Tribunal Supremo en Pleno por integrar el ordenamiento jurídico (art. 1.6 CC), como analizaremos *infra*; así como un control de abusividad cuando (i) la cláusula haya sido declarada abusiva por sentencia firme inscrita en el RCGC; (ii) la cláusula haya sido declarada abusiva por el Tribunal Supremo o responda a un criterio mayoritario e uniforme de los órganos judiciales superiores; y (iii) cuando la abusividad pueda ser apreciada directamente sin necesidad de realizar ningún juicio de ponderación por vulnerar alguna norma específica en la materia o por constituir un supuesto de la lista negra de cláusulas abusivas³¹.

³⁰ Por todas: RRDGRN núm. 12622/2015 de 21 octubre. RJ 2015\6493; núm. 13108/2015 de 10 noviembre. RJ 2015\653; núm. 1088/2016 de 4 enero. RJ 2016\1878; núm. 4018/2016 de 7 abril. RJ 2016\3229; núm. 7033/2016 de 20 junio. RJ 2016\4992; núm. 10445/2016 de 19 octubre. RJ 2016\5285; núm. 10444/2016 de 19 octubre. RJ 2016\5286.

³¹ En palabras de OLAIZOLA, F.: "todo ello es plenamente aplicable a los notarios, primordial instrumento de protección en nuestro modelo de seguridad jurídica preventiva: no perdamos de vista que los registradores de la propiedad y mercantiles tan sólo conocen de aquellas operaciones crediticias respecto de las que se establece una garantía real inscribible, y además, y sobre todo, que los registradores intervienen cuando el contrato ya se ha celebrado, y que por mucho que una determinada cláusula no se inscriba en el Registro, sigue produciendo efectos entre las partes y vinculando al deudor. Los notarios habrán así de denegar la autorización o intervención de aquellas escrituras y pólizas que contengan cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser objetivamente apreciado; y, por el contrario, no podrán entrar a pronunciarse sobre aquellas cláusulas respecto de las que haya que realizar una actividad de ponderación y valoración, para lo que carecen de potestad. Tal es pues, ni menos ni más, el alcance del control notarial de abusividad de las cláusulas que resulta posible conforme a la normativa vigente". En "El necesario

6. Alcance y efectos de las declaraciones de abusividad efectuadas por el TS en Pleno sin posterior inscripción en el RCGC

Con ocasión de la publicación de la STS de 22 de abril de 2015³² relativa a la abusividad de los intereses moratorios en préstamos sin garantía que superaran en dos puntos porcentuales a los remuneratorios (doctrina extendida a los préstamos hipotecarios por la STS de 3 de junio de 2016³³), manifestamos nuestra opinión a este respecto³⁴, como también lo hizo el Órgano de Control de Cláusulas Abusivas (OCCA) del Consejo General del Notariado³⁵. En concreto, se consultó al OCCA cuál debía ser la actuación del notario ante una cláusula como la expuesta dado que no fue inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación y habida cuenta de que la sentencia no refería a préstamos hipotecarios. Ante ello, el OCCA respondió que el notario debería *“informar a la parte acreedora del carácter abusivo de la cláusula y las consecuencias de su inclusión, a fin de que sea corregida, y si se niega, lo procedente será negar la autorización”*. Coincidimos allí con aquél criterio, y lo haremos aquí idénticamente por las razones que pasamos a esgrimir.

En primer lugar, porque el notario deberá negar la autorización notarial del acto o contrato cuando en todo o en parte sea contrario a la ley, a la moral o al orden público, o cuando se prescindiera por los interesados de los requisitos necesarios para su plena validez (arts. 1, 17 y 24 LN). Así las cosas, dado que una sola sentencia del Tribunal Supremo en Pleno crea jurisprudencia, y esta jurisprudencia integra el ordenamiento jurídico (art. 1.6 CC), si en TS en Pleno sienta que este tipo de cláusula constituye un supuesto específico del art. 89.3 TRLGDCU, dichas cláusulas deberán comprenderse integrantes de la lista negra de cláusulas abusivas. Por lo tanto, la denegación de la escritura que contenga una cláusula que repercuta al prestatario consumidor los gastos de notaría y registro, el impuesto sobre actos jurídicos documentados, y los gastos procesales y pre-procesales -en los términos expuestos en la STS de 23 de diciembre de 2015-, deviene imperativa por constituir un contenido contrario a la ley, en concreto, al TRLGDCU. Esto es así porque de conformidad con el acuerdo de 19 de noviembre de 2014, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la composición y funcionamiento de las Salas y Secciones y asignación de ponencias que deben turnar los Magistrados en 2015, *“La Sala en Pleno será convocada por el Presidente cuando se considere necesario que la deliberación sobre un asunto*

control extrajudicial de las cláusulas abusivas”. *El Notario del Siglo XXI*. Disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-49/opinion/opinion/3421-el-necesario-control-extrajudicial-de-las-clausulas-abusivas>

³² RJ\2015\1360.

³³ JUR 2016\126397.

³⁴ CARRASCO PERERA, A.; AGÜERO ORTIZ, A.: “Reflexiones sobre la actuación del notariado ante intereses moratorios que superen en un 2% a los intereses remuneratorios” Centro de Estudios de Consumo (CESCO), 19/6/2015. Disponible en: http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/06/Reflexiones-sobre-la-actuaci%C3%B3n-del-notariado-ante-intereses-moratorios-que-superen-en-un-2-a-los-intereses-remuneratorios_.pdf

³⁵<http://hayderecho.com/wp-content/uploads/2015/05/Consulta-OCCA-3-2015-inteses-demora-prestamos-personales.pdf>

se lleve a cabo por todos los Magistrados, atendiendo a la función unificadora y de creación de doctrina jurisprudencial que incumbe al Tribunal". Es decir, que la Sala Primera se reúne en pleno precisamente para crear doctrina jurisprudencial que, como decimos, constituye fuente de derecho y complementa el ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, el art. 84 TRLGDCU establece que "Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación". En realidad, tras lo expuesto en el párrafo anterior, no sería ya necesario entrar a valorar si la cláusula fue o no inscrita en el RCGC pues al haber sido declarado nulas por el TS en Pleno, constituyen jurisprudencia, por lo que tal fallo no requiere inscripción registral pues está ya (ex. art. 1.6 CC) integrado en el ordenamiento jurídico³⁶; motivo por el cual el artículo 84 TRLGDCU refiere a cláusulas declaradas abusivas por sentencia firme (de cualquier juez o tribunal), sin limitarlo a sentencias del Alto Tribunal por su carácter de fuente del derecho (por ser reiteradas, por provenir de la Sala reunida en Pleno, o por cambiar una doctrina precedente³⁷).

No obstante lo anterior, es cierto que la sentencia del TS de 23 de diciembre 2015 no se encuentra inscrita en el RCGC, como tampoco las sentencias de las instancias previas aunque condenaran a ello. Con todo, consta inscrita en el RCGC (Registro de Bienes Muebles de Santander) con fecha 5 de julio de 2016³⁸ la sentencia del JMEr nº 9 de Barcelona³⁹ que declara nula la cláusula de gastos de un contrato de préstamo de Banco Santander. En concreto, la inscripción reza: "condición quinta del contrato de préstamo hipotecario: se declara nula parcialmente en lo relativo a que serán de cargo de la parte prestataria: los impuestos en los que el obligado al pago sea el banco; las costas y gastos procesales o de otra naturaleza a que diesen lugar por faltar aquella al cumplimiento de este contrato, incluidos en tales costas los honorarios y derechos de letrado y procurador si el banco utilizase su intervención, así como todos los gastos y tributos que se causen". Por lo tanto, también por la vía del art. 84 TRLGDCU se alcanza la conclusión de que las escrituras de préstamo hipotecario que incluyan una cláusula que repercuta a los consumidores los gastos citados no deben ser autorizadas.

³⁶ Como ha reiterado la DGRN, *vid.* RRDGRN núm. 12622/2015 de 21 octubre. RJ 2015\6493; núm. 13108/2015 de 10 noviembre. RJ 2015\653; núm. 1088/2016 de 4 enero. RJ 2016\1878; núm. 4018/2016 de 7 abril. RJ 2016\3229; núm. 7033/2016 de 20 junio. RJ 2016\4992; núm. 10445/2016 de 19 octubre. RJ 2016\5285; núm. 10444/2016 de 19 octubre. RJ 2016\5286.

³⁷ En relación con la ausencia del carácter reiterado de la jurisprudencia para que actúe como fuente del derecho, las STS DE 18 de mayo de 2009 (RJ/314/2009); de 9 de mayo de 2011 (RJ/2011/3859); y de 11 de julio de 2011 (RJ/2011/5971) han sostenido que "[e]n todo caso, una sola Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo (sea o no del Pleno de dicha Sala) puede tener valor vinculante como doctrina jurisprudencial para el propio Tribunal y para los demás tribunales civiles, como sucede cuando con la motivación adecuada se cambia la jurisprudencia anterior (por muy reiterada que sea ésta) y fija la nueva doctrina".

³⁸ Número de entrada: 20160006692; diario 18, folio 998, asiento 20160005774.

³⁹ De 17 de junio de 2016, procedimiento ordinario (según los datos del Registro) 486/2013.

Así lo ha corroborado la DGRN en su resolución de 7 de abril de 2016⁴⁰ al confirmar la denegación de la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario con una cláusula similar, afirmando que *“la Sentencia de Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5714) , ha considerado abusivas por contrarias al artículo 89.2 y.3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, las cláusulas que impongan de cuenta exclusiva de la parte prestataria gastos de tramitación o gestión que por ley corresponden al acreedor, y como tales señala los de formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas, ya que tanto el arancel de los notarios como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación y quien tiene el interés principal en la hipoteca es el prestamista; y el tributo por Acto Jurídicos Documentados ya que según el artículo 27.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre (RCL 1993, 2849), por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, el acreedor es el sujeto pasivo de dicho impuesto en cuanto que adquirente del derecho real de hipoteca y persona que solicita los documentos notariales. En consecuencia, respecto a dichos gastos concretos, el defecto debe ser confirmado por cuanto opera la normativa de consumidores y constituyen cantidades a cargo del acreedor que no pueden ser atribuidas en exclusiva al prestatario”*. Asimismo, tras reconocer la posibilidad de distribuir equitativamente los gastos notariales y registrales (aunque por las razones expresadas *ut supra* los gastos registrales no pueden ser distribuidos), señaló que *“no se cuantifica su importe, ni se pacta de manera expresa la distribución de estos gastos, por lo que no se da cumplimiento a las exigencias impuestas por la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015”*.

En conclusión, consideramos que las escrituras que contengan cláusulas que repercutan al cliente los gastos de inscripción registral y de certificaciones que no hubiera solicitado; gastos notariales sin pacto de distribución equitativa; el IAJD; y los gastos procesales y pre-procesales detallados en la STS de 23 de diciembre de 2015, no deben ser autorizadas.

7. Conclusiones

La STS de 23 de diciembre de 2015 declaró abusivas las cláusulas de gastos del préstamo hipotecario por repercutir al cliente gastos que correspondía abonar al empresario prestamista (art. 89.3 TRLGDCU), y no por su generalidad. Habida cuenta de que la Sentencia fue decidida por la Sala Primera en Pleno, su fallo crea jurisprudencia complementando el ordenamiento jurídico (art. 1.6 CC). Consecuentemente, las cláusulas contenidas en contratos de préstamo hipotecario e hipotecas unilaterales (que fue el tipo de hipoteca del litigio) que contengan cláusulas que atribuyan a los consumidores-prestatarios los gastos allí especificados, contendrán un contenido contrario a la legalidad vigente, no debiendo ser autorizadas por los notarios. No cabe duda de lo anterior, toda vez que ya consta inscrita en el RCGC dicha cláusula y que la DGRN ha confirmado la

⁴⁰ RJ 2016\3229.

negativa a inscribir en el Registro de la Propiedad una escritura pública con este contenido.

Respecto a lo expuesto debe realizarse una matización pues, respecto a los gastos notariales cabe distribución equitativa dado que su atribución no está prevista en ninguna norma con rango legal (no así en los gastos registrales). Para que esta distribución equitativa responda a las exigencias de la buena fe, sin comportar un desequilibrio importante entre las partes, debe poder inferirse que el cliente la hubiera aceptado en el seno de una negociación individual (pues será harto difícil la prueba de la efectiva negociación). En este sentido, proponemos que una distribución equitativa que responda a dichos criterios, podría ser la atribución al consumidor-prestatario de las partidas de la minuta que refieran a la/s copia/s simple/s que reciba.