

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

6688 *Resolución de 24 de mayo de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Medio Cudeyo-Solares, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario.*

En el recurso interpuesto por don C. C. M., en nombre y representación de «Liberbank, S.A.», contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad de Medio Cudeyo-Solares, don Ricardo Mantecón Trueba, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario concedido por la parte recurrente, por razón de existir cláusulas abusivas, en concreto la imposición de ciertos gastos.

Hechos**I**

Mediante escritura autorizada por la notaria de Solares, doña María de los Ángeles Mazorra Ruescas, el día 8 de noviembre de 2016, número 1.081 de protocolo, se formalizó un préstamo con garantía de hipoteca otorgada por personas físicas consumidoras a favor de «Liberbank, S.A.», con destino a «otras financiaciones a familias», en la que se grava una vivienda que se dice constituye su residencia habitual, la finca registral número 18.162 del Registro de la Propiedad de Medio Cudeyo-Solares.

II

Dicha escritura fue presentada telemáticamente en el Registro de la Propiedad de Medio Cudeyo-Solares, y el día 16 de diciembre de 2016 se practicó la inscripción correspondiente, pero con suspensión de algunas de las cláusulas del préstamo hipotecario, como consta en la nota de calificación cuyo tenor es el siguiente: «Ricardo Mantecón Trueba, registrador de la Propiedad de Medio Cudeyo-Solares Certifico: Que la precedente copia, de la escritura pública de hipoteca (préstamo), autorizada por la notaria de Solares, doña María Ángeles Mazorra Ruescas, el día 8 de noviembre de 2016, número 1081 de su protocolo, fue aportada el día 23 de noviembre de 2016, cuyo impuesto fue autoliquidado también con fecha 23 de noviembre de 2016, según consta por nota al pie del título. Que dicha escritura fue presentada telemáticamente mediante copia electrónica de la misma e inscrita el día dieciséis de diciembre de dos mil dieciséis, causando la inscripción 5.^a de la finca registral 18.162 del ayuntamiento de Entrambasaguas (idufir 39018000629567), en el folio 145 del tomo 1708, libro 119; datos que también constan en el cajetín estampado al margen de la descripción de la finca. Se ha inscrito el derecho de hipoteca a favor de Liberbank, S.A. Con motivo de la inscripción del presente documento y la correspondiente afección fiscal, se ha modificado el estado de cargas de la finca por lo que se acompaña nota simple informativa. Se han hecho constar en el asiento las cláusulas financieras y las de vencimiento anticipado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12.2 de la Ley Hipotecaria; y se ha suspendido la inscripción: - de la cláusula 5.^a (porque los gastos derivados de la concertación del contrato y de la ejecución: gastos de notaría, registro, impuesto de AJD, gestoría, costas procesales y honorarios de abogado y procurador, se declaran en general nulos por tratarse, en algunos casos de gastos que corresponden legalmente al banco en cuanto es el principal interesado en otorgar la escritura e inscribir la hipoteca, lo que hace abusiva esta cláusula al conllevar para el consumidor un desequilibrio

relevante (artículo 89.2 y 3 LGDCU); en otros casos se trata de gastos: las costas procesales, sujetos a estricta regulación legal (arts. 394, 398, 559 y 561 LEC), correspondiente al juez su atribución al deudor o al acreedor según las vicisitudes del procedimiento y mediante la aplicación de la indicada regulación; y en cuanto a la imputación de los honorarios de abogado y aranceles de procurador, indica el TS que es contraria al artículo 32.5 de la LEC que los excluye de la condena en costas salvo temeridad, por lo que su imposición al deudor supone abusividad por falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes (artículo 86 LGDCU)); - del apartado c) de la cláusula 6.^a bis (por resultar contraria a lo dispuesto en la Ley Concursal); y - de los apartados b), d) y f) de dicha cláusula 6.^a bis, del apartado "compensación" de la cláusula 7.^a, y de la cláusula 14.^a en adelante (por carecer de contenido inscribible y ser de carácter personal entre las partes (artículos 2 y 98 de la Ley Hipotecaria)). Se advierte que, dada la existencia de condiciones generales, el contrato objeto del documento inscrito queda sujeto a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Contra esta calificación (...) Y para que así conste, expido la presente que firmo en Solares, a dieciséis de diciembre de dos mil dieciséis. Este documento ha sido firmado digitalmente por el registrador: don Ricardo Mantecón Trueba con firma electrónica reconocida».

III

Contra la anterior nota de calificación, don C. C. M., en nombre y representación de «Liberbank, S.A.», interpuso recurso el día 1 de marzo de 2017 en base a los siguientes argumentos: «Hechos: Primero: (...) Segundo: La concreta cláusula afectada por la calificación del Registrador que por la presente se impugna es del siguiente tenor literal: "Quinta: gastos a cargo de la parte prestataria Serán de cuenta de la parte prestataria todos los gastos futuros, o pendientes de pago siguientes: a) Gastos de tasación y comprobación registral del inmueble hipotecado realizados con carácter previo a la firma de esta escritura, b) Aranceles notariales y registrales relativos a la formalización del préstamo y constitución (incluidos los de la expedición de la primera copia de la presente escritura para la entidad y en su caso, los derivados de los documentos acreditativos de las disposiciones), modificación o cancelación de la hipoteca, incluidas las comisiones y gastos derivados del otorgamiento de la carta de pago c) Impuestos devengados por esta operación, salvo en el caso de préstamos formalizados en consumidores, en los que se excluirán los impuestos que por ley resulte sujeto pasivo la entidad d) Gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos e) Los derivados de la conservación y seguro de daños del inmueble hipotecado f) Los derivados del seguro de vida de la parte prestataria, caso de que se hubiere pactado la obligación de contratarlo para obtener el préstamo en las presentes condiciones g) Gastos de correo, según las tarifas oficiales aplicables en cada momento h) Cualquier otro gasto que corresponda a la efectiva prestación de un servicio, relacionado con el préstamo, que no sea inherente a la actividad de la entidad dirigida a la concesión o administración del préstamo." El recurso se motiva en los siguientes Fundamentos jurídicos: I.-Competencia, procedimiento y legitimación: Artículo 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria. II.-Fondo del asunto: 1.º Dos son por tanto los argumentos empleados por el Registrador de la Propiedad de Medio Cudeyo-Solares para suspender la inscripción de la cláusula 5.^a de la escritura de referencia. En primer lugar, considera que en la misma se imponen al prestatario gastos que legalmente corresponden al banco (entre los que cita el impuesto de AJD y las costas procesales). Asimismo, afirma que algunos de los gastos recogidos en la citada cláusula, entre los que señala las costas procesales, están sujetos a una regulación legal que determina a quién corresponde, en su caso, el abono de los mismos. Pues bien, en total desacuerdo con la citada argumentación, considero procede recurrir la resolución de referencia, en base a los argumentos que se desarrollan a continuación. 2.º En primer lugar, como se ha indicado, el Registrador afirma suspender la inscripción de la cláusula 5.^a por

considerar que en la misma se atribuyen al prestatario gastos que no le corresponden legalmente, señalando concretamente entre ellos el impuesto de Actos Jurídicos Documentados. Expresamente indica: "... se ha suspendido la inscripción: - de la cláusula 5.^a (porque los gastos derivados de la concertación del contrato y de la ejecución: gastos de notaría, registro, impuesto de AJD, gestoría, costas procesales y honorarios de abogado y procurador, se declaran en general nulos por tratarse, en algunos casos de gastos que corresponden legalmente al banco en cuanto es el principal interesado en otorgar la escritura e inscribir la hipoteca, lo que hace abusiva esta cláusula al conllevar para el consumidor un desequilibrio relevante (artículo 89.2 y 3 LGDCU); Pues bien, en este sentido, ha de recordarse el tenor literal de la cláusula cuya inscripción se suspende, en lo que se refiere a los gastos derivados del pago de impuestos, puesto que la misma indica expresamente que: 'Serán de cuenta de la parte prestataria todos los gastos futuros, o pendientes de pago siguientes: (...) c) Impuestos devengados por esta operación, salvo en el caso de préstamos formalizados con consumidores, en los que se excluirán los impuestos que por ley resulte sujeto pasivo la entidad (...)'. Por tanto, en contra de lo que indica la resolución del Registrador, en el apartado c) de la cláusula 5.^a de referencia no se está trasladando al prestatario ningún gasto que corresponda asumir al banco, puesto que expresamente se indica en la misma que, en el caso de consumidores, no serán de cuenta de la parte prestataria los gastos derivados de impuestos de los que por ley el sujeto pasivo sea la Entidad. Es decir, la citada cláusula únicamente afirma que será de cuenta del prestatario el pago de los Impuestos devengados por la operación, en los que el sujeto pasivo sea el propio prestatario. En resumen, únicamente plasma el sometimiento a la regulación que exista en cada caso al respecto de los impuestos que sean de aplicación a la operación, indicando expresamente que será tal normativa la que determine quién es el sujeto pasivo en cada caso, y por tanto el obligado al pago del impuesto. Y es que además el Registrador se refiere de forma específica al Impuesto de AJD. Pues bien, tal como indica la cláusula 5.^a, a fin de determinar a quién corresponde asumir el pago del Impuesto de AJD, ha de acudir a la normativa reguladora del mismo, esto es el Real Decreto Legislativo 1/1993. Y el citado texto establece en su artículo 29 que será sujeto pasivo "el adquirente del bien o derecho". Pero este precepto se completa con el artículo 68 del Real Decreto 628/1995, Reglamento del Impuesto de AJD, que señala expresamente que: "Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan. Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario." En resumen, el apartado c) de la cláusula 5.^a no atribuye al prestatario el pago del Impuesto de AJD, sino que expresamente se remite a la regulación normativa que determine quién es el sujeto pasivo del mismo. Analizada ésta, queda acreditado que en el caso del Impuesto de AJD, existe una previsión expresa por virtud de la cual se designa como sujeto pasivo del impuesto, en el caso de escrituras de constitución de préstamos con garantía, al prestatario. Sobre este particular existe además unanimidad en la numerosa Jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, quien reconoce expresamente la condición de sujeto pasivo del prestatario en el impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, fundando su argumentación en la unidad del hecho imponible señalada en el artículo 15.1 del citado Real Decreto Legislativo 1/1993 ("La constitución de fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo") y en el artículo 18 del anterior Reglamento de 29 de diciembre de 1981 ("la constitución de préstamos garantizados confianza, prenda y anticresis tributarán sólo por el concepto de préstamo"). Por tanto, cuando el artículo 29 señala que será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y en su defecto las personas que insten o soliciten documentos notariales, según señala el Tribunal Supremo, el derecho a que se refiere el precepto es el préstamo que se refleja en el documento notarial, y el adquirente del préstamo es el prestatario. A modo de ejemplo de esta unánime línea argumental puede citarse la Sentencia de 17 de

noviembre de 2001 (recurso 2194/1996; Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.^a), si bien referida a un préstamo concedido cuando aún no estaba vigente el actual Reglamento del Impuesto (muy claro a este respecto en su artículo 68), y que aun así señala: "Respecto de la denuncia de que se ha exigido el Impuesto a quien, como la recurrente, no ostenta la condición de sujeto pasivo -infracción del artículo 30, hoy 29, del texto refundido del ITP y AJD-, es necesario destacar que este precepto señala que, en la modalidad de documentos notariales del IAJD, 'será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan' y que ese adquirente del bien o derecho solo puede ser el prestatario, no ya por un argumento similar al de la unidad del hecho imponible en torno al préstamo, conforme ocurre en la modalidad de transmisiones onerosas -artículo 8.ºd), en relación con el 15.1 del texto refundido aquí aplicable y con el art 18 de su Reglamento-, sino porque el 'derecho' a que se refiere el precepto es el préstamo que refleja el documento notarial, aunque este se encuentre garantizado con hipoteca y sea la inscripción de esta en el Registro de la Propiedad elemento constitutivo del derecho de garantía, En definitiva, cuando el art 31 del texto refundido -artículo 29 del vigente, como antes se dijo- exige, entre otros que ahora no interesan, el requisito de que las escrituras o actas notariales contengan actos o contratos inscribibles en el Registro de la Propiedad, está refiriéndose indisolublemente, tanto al préstamo como a la hipoteca. Buena prueba de que es así la constituye el que el Reglamento vigente de 29 de mayo de 1995 -que, aun no aplicable al supuesto de autos, tiene un indudable valor interpretativo-, en el párrafo 2 de su art 68, haya especificado que 'cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario'. En el mismo sentido, en la Sentencia de 31 de octubre de 2006 (Recurso 4593/2001; Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.^a), insiste el Tribunal Supremo al indicar: En cualquier caso, la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible es el prestatario, de conformidad con lo establecido en el artículo 8.ºd), en relación con el 15.1 del texto refundido ITP y AJD y en relación, asimismo, con el artículo 18 del Reglamento de 1981, hoy artículo 25 del vigente de 29 de Mayo de 1995, que, por cierto, ya se refiere a la constitución de, entre otros, derechos de hipoteca en garantía de un préstamo y no a la de préstamos garantizados con hipoteca». Y en la misma línea se puede citar, dentro de la más reciente jurisprudencia, la Sentencia de 25 de Noviembre de 2016, número 340/2016, dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 6, Civil, en la que ante un caso similar indicó que: "Es por ello que en este caso no puede estimarse que se hubieran imputado a los actores gastos que no les fueran exigibles, conforme no solo a lo contratado sino conforme a la legislación que regida los mismos lo que impide, por cuanto se lleva razonado y se argumenta en la recurrida, la declaración de nulidad por abusividad postulada en la demanda y con ello la procedencia de reintegro alguno. En efecto el gasto representado por el pago del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos jurídicos Documentados (doc. 3 de la demanda al f 46 de los autos), se gira en este caso exclusivamente por el concepto de 'ampliación de hipoteca' que, ya se ha razonado, lo fue a instancia de los propios actores, figurando en el documento fiscal correspondiente éstos como sujeto pasivo, lo que es conforme con la legislación que regula la tribulación por este concepto, toda vez que el artículo 8 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que 'estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere [letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto [letra c)], aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario [letra d)]. Estableciendo el artículo 15.1 del mismo texto refundido que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Obligación tributaria a cargo

del prestatario que reitera el artículo 68 del Reglamento de este impuesto dado que en el mismo al determinar el contribuyente establece que 'Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan. Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario'. Es por ello claro que en este caso el pago del impuesto cuyo reintegro se postula, solo corresponde a los actores quedando por completo al margen la entidad financiera demandada..." Adicionalmente a todo ello, el propio Tribunal Constitucional en los autos 24/2005, de 18 de enero, y 223/2005, de 24 de mayo, resuelve las Cuestiones de Inconstitucionalidad 6019/2003 y 4542/2004, respectivamente, planteadas ambas respecto de la posibilidad de que el artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, puesto en relación con los artículos 8.d) y 15.1 del mismo texto, y con el 68 del Real Decreto 828/1995, pudiera ser contrario a los artículos 14 (igualdad), 31.1 (capacidad económica) y 47 (disfrute de una vivienda digna) de la Constitución Española. Pues bien, por ejemplo en el Auto núm. 223/2005, de 24 de mayo del Pleno del Tribunal Constitucional, que resuelve la citada Cuestión de Inconstitucionalidad 4542/2004, se indica en su Fundamento Jurídico 1: "Plantea la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993 (...), en relación con los arts. 8.d) y 15.1 del mismo texto refundido y con el segundo párrafo del artículo 68 del Real Decreto 828/1995 (...). Conforme a la anterior normativa los préstamos con garantía hipotecaria... están sujetos pero exentos, en el impuesto sobre el valor añadido (...) y, en consecuencia la escritura pública que protocoliza tales negocios está sujeta al impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, en la modalidad de 'actos Jurídicos documentados' (...) El sujeto pasivo de la modalidad de 'actos jurídicos documentados' es como hemos visto el prestatario [artículo 8.d)] del Real Decreto legislativo 1/1993, en relación con el artículo 15 también del Real Decreto Legislativo 1/1993 y con el artículo 68 del Real Decreto 828/1995). A la anterior regulación, que atribuye la condición de sujeto pasivo por las escrituras de constitución de préstamos con garantía (en la modalidad de 'actos jurídicos documentados' del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados) al prestatario, y no al prestamista, le imputa el órgano judicial inconstitucionalidad por contravenir los arts. 14 (igualdad), 31.1 (capacidad económica) y 47 (disfrute de una vivienda digna), todos ellos de la Constitución Española." Ante tal planteamiento concluye el órgano reiterando, como ya lo hizo en el Auto 24/2005, de 18 de enero, que no se vulnera ninguno de los derechos alegados con la regulación transcrita, por lo que inadmite la cuestión de inconstitucionalidad. De todo lo detallado anteriormente queda acreditado que no puede entenderse, como hace el Registrador, que en el caso analizado se haya producido ninguna atribución por esta Entidad al prestatario del pago de un gasto que no le corresponde, cuando expresamente la normativa señala que si le corresponde ese gasto, como sujeto pasivo del impuesto de referencia. Por tanto, cuando el Registrador fundamenta su decisión en la consideración de que, en base a lo antedicho, la citada cláusula es abusiva por "conllevar para el consumidor un desequilibrio relevante", en los términos del artículo 89.2 y 3 LGDCU, no está teniendo en cuenta ni las previsiones legales de aplicación que se han analizado, ni la jurisprudencia consolidada al respecto de las mismas, pero tampoco el tenor literal de tales preceptos de la LGDCU, puesto que en los mismos únicamente se hace referencia al carácter abusivo de aquellas cláusulas que impongan al consumidor el pago de tributos de los que el sujeto pasivo sea el empresario [artículo 89.3.c)], circunstancia que, como se ha acreditado, no tiene lugar en este caso. Por todo ello, considero que la suspensión pretendida por el Registrador, en relación con el apartado c) de la cláusula 5.ª de referencia, carece de fundamento legal alguno, por lo que no puede ser mantenida. 3.º- Por lo que se refiere a la suspensión de la inscripción de la citada cláusula por la regulación que la misma supuestamente da al respecto de las costas procesales y de los honorarios de abogado y procurador, el Registrador indica

expresamente que: "...se ha suspendido la inscripción: - de la cláusula 5.ª (porque los gastos derivados de la concertación del contrato y de la ejecución: gastos de notaría, registro, impuesto de AJD, gestoría, costas procesales y honorarios de abogado y procurador, se declaran en general nulos por tratarse, en algunos casos de gastos que corresponden legalmente al banco en cuanto es el principal interesado en otorgar la escritura e inscribir la hipoteca, lo que hace abusiva esta cláusula al conllevar para el consumidor un desequilibrio relevante (artículo 89.2 y 3 LGDCU); en otros casos se trata de gastos: las costas procesales, sujetos a estricta reputación legal (artículos 394, 398, 559 y 561 LEC), correspondiendo al juez su atribución al deudor o al acreedor según las vicisitudes del procedimiento y mediante la aplicación de la indicada regulación; y en cuanto a la imputación de los honorarios de abogado y aranceles de procurador, indica el TS que es contraria al artículo 32-5 de la LEC que los excluye de la condena en costas salvo temeridad, por lo que su imposición al deudor supone abusividad por falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes (artículo 86 LGDCU); (...)". Sin embargo, de la simple lectura de la cláusula 5.ª analizada, se observa que en ningún caso en la misma se hace referencia alguna a la atribución a la parte prestataria de ninguno de los gastos mencionados por el Registrador. Es decir, en contra de lo que se indica en la calificación de 16 de diciembre de 2016, en la cláusula no se le atribuye al prestatario el paso de las costas procesales, ni tampoco de los honorarios de abogado y procurador. Dado que, según el argumento dado por el Registrador, la suspensión de la cláusula se debe a su consideración de que la misma contiene una regulación al respecto de estos gastos (costas procesales y honorarios de abogado y procurador) contraria a la normativa sobre los mismos, acreditada la inexistencia de tal regulación, resulta de todo punto improcedente mantener la suspensión pretendida. En su virtud, Suplico Que teniendo por presentado este escrito y documentos acompañados, se sirva admitirlos, tenga por interpuesto recurso gubernativo contra la calificación del Registrador de la Propiedad de Medio Cudeyo-Solares expedida con fecha 16 de diciembre de 2016 a que hace referencia el cuerpo de este escrito y, tras los trámites oportunos, dicte resolución por la que se ordene al Registrador la inscripción del apartado c) de la cláusula 5.ª cuya suspensión se recurre, relativo a los impuestos devengados por la operación».

IV

El registrador de la Propiedad de Medio Cudeyo-Solares emitió informe el día 8 de marzo de 2017, manteniendo su calificación en cuanto a los defectos recurridos, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1255 y 1875 del Código Civil; 12, 18, 324 y 326 de la Ley Hipotecaria; 32, 37, 317, 319, 394, 398, 559, 561, 685 y 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 7 y 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación; 80, 82, 83, 84, 85, 86, 87 y 89 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; 8, 15, 29, 31 y 45 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados; 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados; 20 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido; la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso

residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010; las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 y 23 de noviembre de 2001, 24 de junio de 2002, 14 de mayo y 20 de octubre de 2004, 20 de enero, 27 de marzo y 29 de junio de 2006, 4 de julio, 7 de octubre y 12 de diciembre de 2008, 16 de diciembre de 2009, 10 de marzo de 2010, 25 de noviembre de 2011, 18 de junio, 20 de julio y 4 de noviembre de 2012, 9 de mayo y 13 de septiembre de 2013, 26 de mayo, 30 de junio y 8 de septiembre de 2014, 25 de marzo, 22 de abril y 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero y 3 de junio de 2016; las Sentencias del Tribunal Constitucional de 18 de enero y 24 de mayo de 2005, y las Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 22 de julio de 1996, 2 de octubre de 1998, 20 de mayo de 2000, 22 de marzo de 2001, 16 de febrero de 2005, 5, 17 y 18 de marzo de 2008, 14 de abril y 1 de octubre de 2010, 18 y 26 de enero y 8 de junio de 2011, 23 de enero y 20 de julio de 2012, 1 de agosto de 2014, 30 de marzo, 28 de abril, 24 de septiembre y 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero, 9 de marzo y 19 de octubre de 2016.

1. El presente expediente se refiere a una escritura de préstamo hipotecario entre un acreedor entidad de crédito y unos prestatarios personas físicas consumidoras, y en el que la finca gravada es una vivienda que constituye su domicilio habitual.

Debe recordarse que, de conformidad con los artículos 324 y 326 de la Ley Hipotecaria y la doctrina de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 16 de febrero de 2005, 5, 17 y 18 de marzo de 2008 y 1 de agosto de 2014, entre otras), el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad y Mercantil es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa realizada por el registrador titular del Registro en que debe inscribirse el negocio celebrado es o no ajustada a Derecho tanto formal como sustantivamente; no pudiendo entrar a valorar otros posibles defectos que pudiera contener la escritura, ni tampoco aquellos defectos puestos de manifiesto en el nota de calificación que no hubieran sido objeto de impugnación, o aquellos respecto a los que, aun habiendo sido recurridos, el registrador ha procedido a rectificar la calificación y acceder a su inscripción en el informe.

En este caso, se ha recurrido únicamente el rechazo de la cláusula financiera quinta de «gastos», en cuanto a la imposición a la parte prestataria de la obligación de pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados derivado del préstamo hipotecario, y la imposición, igualmente al deudor de las costas procesales y honorarios de abogado y procurador.

La estipulación quinta de la escritura es del siguiente tenor: «Quinta: Gastos a cargo de la parte prestataria Serán de cuenta de la parte prestataria todos los gastos futuros, o pendientes de pago siguientes: a) Gastos de tasación y comprobación registral del inmueble hipotecado realizados con carácter previo a la firma de esta escritura, b) Aranceles notariales y registrales relativos a la formalización del préstamo y constitución (incluidos los de la expedición de la primera copia de la presente escritura para la entidad y en su caso, los derivados de los documentos acreditativos de las disposiciones), modificación o cancelación de la hipoteca, incluidas las comisiones y gastos derivados del otorgamiento de la carta de pago c) Impuestos devengados por esta operación, salvo en el caso de préstamos formalizados en consumidores, en los que se excluirán los impuestos que por ley resulte sujeto pasivo la entidad d) Gastos de gestión por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos e) Los derivados de la conservación y seguro de daños del inmueble hipotecado f) Los derivados del seguro de vida de la parte prestataria, caso de que se hubiere pactado la obligación de contratarlo para obtener el préstamo en las presentes condiciones g) Gastos de correo, según las tarifas oficiales aplicables en cada momento h) Cualquier otro gasto que corresponda a la efectiva prestación de un servicio, relacionado con el préstamo, que no sea inherente a la actividad de la entidad dirigida a la concesión o administración del préstamo».

2. En cuanto a la cláusula de imputación del pago de «los impuestos que devengue la operación de préstamo» al prestatario, salvo los que, tratándose de consumidores,

«por ley resulte sujeto pasivo la entidad crediticia», es cierto que, como señala el registrador de la Propiedad en su nota de calificación, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 (haciéndose eco de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2011), afirma que es aplicable a la misma lo dispuesto en el artículo 89.3, letra c), de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que califica como cláusulas abusivas y, por tanto, nulas «las estipulaciones que impongan al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario».

A este respecto el artículo 8 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados -Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre- dispone que «estará obligado al pago del Impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: (...) c) En la constitución de derechos reales, aquél a cuyo favor se realice este acto. d) En la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el prestatario», añadiendo el artículo 15.1 de dicho texto refundido que «la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, por el concepto de préstamo»; lo que parece postular por la legalidad de la cláusula discutida, por ser sujeto pasivo el prestatario al constituir el único hecho imponible el préstamo.

No obstante, el Alto Tribunal -Sala Civil-, en la citada Sentencia, siguiendo el criterio de la Sala Contencioso-administrativa, considera, en primer lugar, que la exención de tributación, a efectos del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, del otorgamiento de préstamos cualquiera que sea la forma en que se instrumente (artículo 45.I.B.15 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados), o la no sujeción por tal concepto de los préstamos sujetos al Impuesto sobre el Valor Añadido -los concedidos por entidades financieras- que también están exentos de este impuesto (artículo 20.Uno.18.ºc de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido), conduce a su tributación por el concepto de Actos Jurídicos Documentados, al reunir las escrituras de préstamos hipotecarios todos los requisitos que recoge el artículo 31.2 de la norma tributaria de referencia, es decir, tratarse de una escritura notarial, tener por objeto una cantidad o cosa valorable económicamente, y referirse a un acto o contrato sujeto a inscripción en el Registro de la Propiedad.

Pero a continuación argumenta que, como el artículo 29 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados indica que será sujeto pasivo del impuesto por el concepto tributario de Actos Jurídicos Documentados «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», 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 (en cuanto adquirente del derecho real de hipoteca que es lo que verdaderamente se inscribe) y, en todo caso, porque las copias autorizadas se expiden a su instancia y es la principal interesada en la inscripción de la garantía hipotecaria. Este interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria se materializa, según el Tribunal Supremo -Sala Civil-, en que permite al prestamista obtener un título ejecutivo (artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), constituye la garantía real (artículos 1875 del Código Civil y 2.2.º de la Ley Hipotecaria) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (artículo 685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

3. Ahora bien, constituye una constante y reiterada doctrina de la citada Sala Primera (Sentencias de 29 de junio de 2006, 7 de octubre del 2008, 20 de julio y 4 de noviembre de 2012 y 18 de mayo de 2016, entre otras) el criterio de que no corresponde a la jurisdicción civil entrar a conocer sobre la aplicabilidad o la procedencia de un impuesto determinado, el sujeto pasivo del mismo, su base imponible o el tipo aplicable, concurriendo en tales casos una falta de jurisdicción (artículo 37 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil), ya que el conocimiento de tales cuestiones está reservado legalmente a la Administración Tributaria, y en su caso a la jurisdicción contencioso-administrativa. Por excepción, la jurisdicción civil es competente cuando de lo que se trata es meramente de obtener el cumplimiento de la obligación que una parte contrajo en un contrato, lo que integra una cuestión de naturaleza estrictamente civil.

Pues bien, en cuanto al sujeto pasivo en el concepto impositivo de Actos jurídicos Documentados, el artículo 68 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados -Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo- establece en su artículo 68, que «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», añadiendo en su párrafo segundo que «cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario», lo que lleva a concluir que también por el concepto de Actos Jurídicos Documentados, el sujeto pasivo es el prestatario.

Así se ha manifestado la jurisprudencia de la Sala competente del Tribunal Supremo, la Sala Tercera (Sentencias de 19 y 23 de noviembre de 2001, 24 de junio de 2002, 14 de mayo y 20 de octubre de 2004 y 20 de enero y 27 de marzo de 2006, entre otras), que señala reiteradamente que la constitución de un préstamo hipotecario por una entidad de crédito está sujeta al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, y que conforme a la legislación fiscal el sujeto pasivo es el prestatario, por entender que el «derecho» a que se refiere el precepto (artículo 29 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados) es el préstamo mismo, aunque se encuentre garantizado con hipoteca.

Este criterio, lo justifica la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, en que el requisito del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, referido a que las escrituras o actas notariales contengan actos o contratos inscribibles en el Registro de la Propiedad, está refiriéndose, indisolublemente, tanto al préstamo como a la hipoteca, es decir, que si se aplica la norma según la cual en la constitución de hipoteca en garantía de un préstamo, la tributación se hace exclusivamente por el concepto de préstamo, el sujeto pasivo sigue siendo el adquirente del bien o derecho que constituye el hecho imponible, o sea, el adquirente del préstamo, que es el prestatario. Por ello concluye dicha Sala Tercera que la cláusula de la que tratamos, atribución al deudor hipotecario del pago del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, no vulnera el artículo 89.3.c) de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ya que la misma no produce un desplazamiento de la carga tributaria que debía soportar por ley el profesional hacia el consumidor ya que éste no tiene el carácter de sujeto pasivo.

Esta doctrina de la Sala Contencioso-administrativa del Tribunal Supremo ha sido seguida, apartándose del criterio recogido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, con posterioridad a la misma, por diversas Salas Civiles de Audiencias Provinciales, de lo que son ejemplos las sentencias de las Audiencias Provinciales de Madrid de 9 de junio de 2016 y de Oviedo de 25 de noviembre de 2016.

Por último, debe señalarse que, a este respecto, que el Auto número 24/2005, de 18 de enero, del Pleno del Tribunal Constitucional (reiterado por la Sentencia número 223/2005, de 24 de mayo) resolvió negativamente la posible inconstitucionalidad del citado artículo 68.2.º del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, declarando, entre otras cosas, que «es una opción de política legislativa válida desde el punto de vista constitucional que el sujeto pasivo de la modalidad de «actos jurídicos documentados» lo sea el mismo que se erige como sujeto pasivo del negocio jurídico principal (en el impuesto sobre el valor añadido o en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados), tanto cuando se trata de préstamos con constitución de garantías (aunque la operación haya sido declarada exenta en ambos impuestos), como cuando se trata de constitución de garantías en aseguramiento de una deuda previamente contraída, pues en ambos supuestos se configura como obligado tributario de aquella modalidad impositiva a la

persona que se beneficia del negocio jurídico principal: en el primer caso, el prestatario (el deudor real); en el segundo supuesto, el acreedor real (el prestamista)».

En consecuencia, dada la asignación legal de competencias jurisdiccionales y la constitucionalidad del artículo 68 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados antes expuesta, este Centro Directivo se ha de inclinar por la legalidad y no abusividad de la cláusula que nos ocupa, máxime si se tiene en cuenta, como se indica en el recurso, que aun cuando fuera otro el criterio legal o jurisprudencial, el tenor literal de la cláusula cuya inscripción se suspende, en lo que se refiere a los gastos derivados del pago de impuestos, indica expresamente que: «Serán de cuenta de la parte prestataria todos los gastos futuros, o pendientes de pago siguientes: (...) c) Impuestos devengados por esta operación, salvo en el caso de préstamos formalizados con consumidores, en los que se excluirán los impuestos que por ley resulte sujeto pasivo la entidad (...)», por lo que dicha cláusula no traslada al prestatario ningún gasto que corresponda asumir al banco, puesto que expresamente se indica en la misma que, en el caso de consumidores, no serán de cuenta de la parte prestataria los gastos derivados de impuestos de los que por ley el sujeto pasivo sea la entidad acreedora.

La alegación del registrador de la Propiedad calificante en su informe de que la redacción de la letra c) de la cláusula adolece de ambigüedad, ya que sólo refiere a impuestos devengados por préstamos, por lo que no queda claro si incluye o no el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, debe ser rechazada ya que como se ha expuesto anteriormente, el hecho imponible tanto por el concepto de transmisiones patrimoniales onerosas como por el concepto de Actos Jurídicos Documentados debe entenderse referenciado al préstamo y no a la hipoteca. Otra podría ser la solución si se hubiere señalado, como defecto suspensivo de la inscripción, la falta de transparencia objetiva de dicha cláusula por su carácter meramente declarativo, sin una concreción referida a lo que ocurre realmente en el contrato que se formaliza, que informe adecuadamente al consumidor de las obligaciones que verdaderamente asume; pero al no haber sido así, no procede entrar a valorar en este expediente las consecuencias de esta circunstancia.

4. En cuanto a los gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, señala el Alto Tribunal, en la repetida Sentencia de 23 de diciembre de 2015, que los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para los procesos declarativos, y en los artículos 559 y 561 de la misma Ley, para los procesos de ejecución. Tales normas, sigue diciendo el Tribunal Supremo, se fundan básicamente en el principio del vencimiento, y en el caso concreto de la ejecución, las costas se impondrán al ejecutado cuando continúe adelante el despacho de ejecución; pero también podrán imponerse al ejecutante cuando se aprecie algún defecto procesal no subsanable o que no se haya subsanado en el plazo concedido al efecto (artículo 559.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), o cuando se estime algún motivo de oposición respecto del fondo (artículo 561.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); y cuando la estimación sea parcial, cada parte deberá hacer frente a las costas devengadas a su instancia.

Por consiguiente, la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales no solo infringe normas procesales de orden público, lo que comportaría ya su nulidad conforme a los artículos 86 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 8 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación, sino que introduce un desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaer a todo trance las consecuencias de un proceso sobre una de ellas, la parte más débil, sin tener en cuenta ni la procedencia legal de la reclamación o las consecuencias de la oposición a la reclamación, ni tampoco las facultades de moderación en su aplicación que la Ley reconoce al Tribunal cuando aprecie serias dudas de hecho o de derecho.

Por último, respecto a la imputación al cliente-prestatario de los aranceles de procurador y honorarios de abogado contratados por la entidad prestamista, incluso

cuando su intervención no sea preceptiva, la citada sentencia considera que esta estipulación contraviene claramente el artículo 32.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que excluye tales gastos de la eventual condena en costas, salvo que el tribunal aprecie temeridad o que el domicilio de la parte representada o defendida en juicio esté en un lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio. Por lo que el Tribunal Supremo señala que «además de la falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes y la dificultad para el consumidor de valorar las consecuencias por desconocer en el momento de la firma del contrato el cúmulo de actuaciones en las que eventualmente podría valerse la entidad contratante de tales profesionales sin ser preceptivo (actos de conciliación, procedimiento monitorio, juicio verbal en reclamación de cantidad inferior a la establecida legalmente...), lo que de por sí sería suficiente para considerar la cláusula como abusiva, resulta correcta la declaración de nulidad de la misma, conforme a los artículos 86 LGDCU y 8 LCGC».

Frente a estos argumentos, en el recurso se señala, que la cláusula quinta analizada, en ningún momento hace referencia alguna a la atribución a la parte prestataria de ninguno de los gastos procesales mencionados por el registrador, ya sean las costas procesales propiamente dichas, ya sean los honorarios de abogado y procurador. La simple lectura de la citada cláusula basta para comprobar la realidad de la afirmación del recurrente, por lo que también en este punto debe revocarse la nota de calificación registral, aunque la propia inexistencia de esa atribución de gastos impide la constancia de circunstancia alguna en la inscripción por dicho concepto.

Por todo lo cual, aun concurriendo todos los presupuestos de aplicación de la normativa de consumidores, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación en cuanto a los extremos recurridos.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 24 de mayo de 2017.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.