

El criterio del Supremo sobre los gastos hipotecarios

Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019

El pasado 23 de enero podremos considerarlo como una “jornada de dura de trabajo” para el Tribunal Supremo, aunque “decisiva” para los numerosos afectados sobre la incertidumbre generada en torno a los gastos asociados con la firma de préstamos hipotecarios, más concretamente, *¿a quién corresponde asumir cada uno de estos gastos a falta de pacto?*

Han sido varios los pronunciamientos del Supremo, que en un “vaivén” decisivo sobre a quien correspondía la asunción de dichos gastos, el pasado 23 de enero ha intentado aclarar este asunto¹.

Estas sentencias analizan dos aspectos diferentes:

En primer lugar, la principal novedad que presentan es que consideran que la **comisión de apertura** forma parte del precio y por tanto no está sujeta al control de contenido, concretamente en esta se aborda su posible carácter abusivo.

Argumentando su decisión en diferentes motivos la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo descarta que la cláusula que establece una comisión de apertura pueda considerarse abusiva ya que esta está excluida del control de contenido, dicta textualmente que *“no es procedente que el juez realice un control de precios, que pueda anular una cláusula que establece el precio porque este resulte desproporcionado a la prestación”*.

Asimismo, la sentencia descarta también la posible nulidad de esta cláusula por la vía del control de transparencia material ya que considera difícil imaginar que un consumidor pudiera suscribir un préstamo hipotecario sin tener previo conocimiento de la existencia de una comisión de apertura y el importe de esta.

El Supremo considera esencial la libertad en la fijación de precios en una economía de mercado, careciendo de sentido que un juez o tribunal tenga que determinar posteriormente si un precio es o no adecuado y proporcional al servicio prestado. Dejando en escena la seguridad jurídica y el principio de igualdad al respecto de la fijación.

Y, en segundo lugar, el Supremo se reitera en su criterio que la cláusula que atribuye todos los gastos dimanantes de la operación de préstamo al deudor debe ser considerada abusiva en su totalidad, excluyéndose la aplicación directa del efecto restitutorio, por entender que *“no son pagos hechos por el consumidor al banco que este deba restituir sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva”*².

Partiendo el Alto Tribunal del enriquecimiento injusto y del pago de lo indebido para justificar la devolución por parte del banco de las cantidades, considerando necesario examinar las reglas legales vigentes en el momento de contratar para averiguar a quien corresponden los gastos a falta de pacto, y cuáles habrá que restituir³.

Respecto a las idas y venidas sobre quién asume el pago del **Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPyAJD)**, incide el tribunal que el sujeto

¹ Sentencias del Tribunal Supremo [44/2019](#), [46/2019](#), [47/2019](#), [48/2019](#) y [49/2019](#), de 23 de enero.

² [Sentencia](#) del Supremo de 23 de diciembre de 2015, [arts. 6.1](#) de la Directiva 93/13 y [1303](#) del Código Civil.

³ [Sentencia](#) del Tribunal de Justicia de la UE (STJUE) de 31 de mayo de 2018.

pasivo por la cuota variable es el prestatario y el timbre se distribuye igual que los gastos notariales, por lo que no cabe restitución por este concepto⁴. Sin embargo, este criterio jurisprudencial únicamente es aplicable a los préstamos firmados hasta el 8 de noviembre que entró en vigor el [Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre](#), el cual establece el pago de este tributo al banco, sin carácter retroactivo.

Respecto a los **gastos notariales**⁵, establece el Supremo que los gastos por las escrituras de otorgamiento y modificación del préstamo serán abonados por mitad (ambas partes están interesadas en la modificación o novación), mientras que los de cancelación de la hipoteca correrán a cargo del prestatario (que es el verdadero interesado). Respecto de las copias del propio arancel corresponden a quien las solicite.

Los **gastos del Registro de la Propiedad** derivados de la inscripción de la hipoteca por el prestamista en su totalidad ya que es “*aquel a cuyo favor se inscriba*” y los de cancelación, por el prestatario, ya que “*esta libera el gravamen y, por tanto, se inscribe en favor del prestatario, por lo que le corresponde este gasto*”

Por último, los **gastos de gestoría**, que carecen de una norma que los regule, el Supremo entiende que los debe pagar aquel a quien se presta el servicio, por lo que se entiende que las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, por lo que el gasto derivado de las mismas lo asumirán las partes por mitad.

Sobre este último aspecto, no queda claro que sea aplicable a las hipotecas posteriores a la entrada en vigor del RD-ley 17/2018, de 8 de noviembre, que el impuesto de AJD corresponde al prestamista, cuando la presentación de documentación en el Registro de la Propiedad o ante la Agencia Tributaria para el pago del impuesto, no está muy claro si el reparto por mitad es razonable. Se entiende que, a estas alturas, los bancos tendrán adaptadas sus cláusulas a la nueva doctrina del Tribunal Supremo, aunque en la actualidad la mayor parte ya respetan estos criterios salvo en lo que concierne a los gastos de matriz de escritura que solían atribuir al deudor.

Concluye, el Tribunal Supremo sin limitar la posibilidad de regular esta materia

⁴ Sentencias del Tribunal Supremo [1669/2018](#), [1670/2018](#) y [1671/2018](#) de 27 de noviembre.

⁵ Sentencias Tribunal Supremo [147/2018](#) y [148/2018](#), de 15 de marzo.