

LOS GASTOS DE CONSTITUCIÓN DE UNA HIPOTECA UNILATERAL*

Encarna Cordero
Catedrática de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 12 de enero de 2018

Una OMIC formula a CESCO una consulta relativa a hipotecas unilaterales que, según se indica en la consulta, se habrían utilizado para financiar a autopromotores la construcción de sus propias viviendas familiares. En concreto, la OMIC solicita conocer cómo afectan las peculiaridades de esta hipoteca unilateral a la eventual reclamación de la devolución de gastos de constitución que se haga a la entidad bancaria, y si es conveniente recomendar a los consumidores que esperen al pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS sobre quién es el sujeto pasivo del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados.

1. La hipoteca unilateral y la protección de los consumidores

La posibilidad de constituir de modo unilateral una hipoteca está prevista en la legislación hipotecaria. El art. 141 LH permite que la hipoteca se constituya mediante la oferta realizada por el propietario hipotecante, lo que de por sí determina la constitución de una hipoteca de la que el acreedor no será titular hasta que no la acepte¹. Hecha constar esta aceptación por medio de nota marginal, la misma tiene efecto retroactivo al tiempo de la inscripción del título de hipoteca. Tres son, pues, las características más relevantes de la llamada hipoteca unilateral:

- El régimen legal hipotecario permite que el otorgamiento del documento público que formalice la oferta de hipoteca tenga lugar en un momento temporalmente

* Trabajo realizado en el marco 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, Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera, de la UCLM, ref. DER2014-56016-P.

¹ Para más detalles, CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., *Tratado de los derechos de garantía*, 3ª ed., 2015, tomo I, pp. 709 y ss.



distinto al de la aceptación, pues esta última podrá ser posterior. De este modo, no se exige presencia simultánea de hipotecante y acreedor garantizado para la prestación de los consentimientos respectivos. Así pues, la presencia del acreedor garantizado (o de su representante) no aparece configurada en la Ley Hipotecaria como un derecho del consumidor al que se estuviera renunciando (abusivamente, al tratarse de una relación de consumo) al otorgar una hipoteca unilateral, sencillamente porque la llamada hipoteca de constitución unilateral es simplemente una forma alternativa de formación de este contrato y del derecho de hipoteca, que de por sí no entraña menoscabo de ningún derecho del consumidor.

- Sea cual sea la forma en que se haya formalizado el contrato de hipoteca, esto es, tanto si se ha constituido de modo “bilateral” como unilateral, el consumidor deberá haber recibido la información correspondiente². Como prevé la legislación aplicable, esta información deberá haberse dado antes del momento en que el cliente firme la oferta de hipoteca. Es también el régimen proyectado sobre contratos de crédito inmobiliario, conforme al cual la información previa exigida ha de ser entregada por los prestamistas al cliente (que sea persona física deudora, fiadora o hipotecante tercero) con una antelación mínima de siete días naturales respecto al momento de la firma del contrato³. En definitiva, la ausencia del prestamista en el acto de otorgamiento de la oferta de hipoteca, que realiza solo el cliente frente al notario, no menoscaba su derecho a ser informado de los extremos del contrato que se propone celebrar, lo que necesariamente deberá haber sucedido antes del momento del otorgamiento de la escritura correspondiente.

- Finalmente, a diferencia de la regla general sobre contratos, conforme a la cual las ofertas son libremente revocables por el oferente antes de que la aceptación llegue a su conocimiento, por determinación legal, la oferta de hipoteca que haya sido inscrita conforme a lo establecido en el art. 141 LH no es revocable hasta que no transcurra el plazo establecido en el precepto sin que haya recaído aceptación, momento a partir del cual el hipotecante podrá solicitar la cancelación de la hipoteca.

² Cfr. Orden Ministerial 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; arts. 12 y ss. de la 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; arts. 7 y ss. de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

³ Cfr. art. 12 del Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (núm. 121/000012, BOCG Serie A, de 17 de noviembre de 2017).



2. La declaración de nulidad o validez de la cláusula de imposición de gastos al consumidor hecha en la STS 23 diciembre 2015

Como es sabido, esta sentencia determinó la abusividad de la cláusula que imponía ciertos gastos al consumidor. El TS fundó su decisión en diversos incisos del art. 89.3 TRLGCU⁴, pero también, parece, en la valoración de a quién (consumidor o entidad) interesaba el servicio generador del coste repercutido (así se hace en relación con los gastos notariales y registrales)⁵, así como en la ponderación de si la imposición de gastos estaba o no justificada y era proporcionada (como se razona sobre los gastos de seguros⁶). Finalmente, en lo que a los tributos se refiere, el Tribunal no fue muy preciso sobre cuál era su razonamiento, pues citó diversas disposiciones con un

⁴ “En primer lugar, 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. El art. 89.3 TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto “La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables” (numero 2º), como “La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario” (numero 3º). 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)”.

⁵ “(Q)uien 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), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida 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. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU)”.

⁶ “En lo que atañe a los gastos derivados de la contratación del seguro de daños, no parece que esta previsión sea desproporcionada o abusiva, por cuanto deriva de una obligación legal (art. 8 LMH), habida cuenta que cualquier merma del bien incide directamente en la disminución de la garantía. Es decir, no se trata de una garantía desproporcionada, en el sentido prohibido por el art. 88.1 TRLGCU, sino de una consecuencia de la obligación de conservar diligentemente el bien hipotecado y de asegurarlo contra todos los riesgos que pudieran afectarlo. Pero, en todo caso, se trata de una previsión inane, puesto que la obligación de pago de la prima del seguro corresponde al tomador del mismo, conforme al art. 14 de la Ley de Contrato de Seguro”.



sentido dispar⁷, tras las cuales se concluyó que *“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 lo que ahora importa, las declaraciones de nulidad o validez que efectuó el Tribunal Supremo no estuvieron basadas en el carácter bilateral o unilateral de la hipoteca, por lo que parece que serían aplicables a ambas.

Por otra parte, aunque el Tribunal no lo hizo en todos los casos, consideramos preciso atender a la normativa reguladora de cada uno de los gastos en cuestión, con el fin de determinar cuál sería la normativa sobre imposición de costes.

3. La regulación sobre aranceles no distingue entre hipotecas bilaterales y unilaterales

La regulación sobre aranceles notariales⁸ y registrales⁹ no diferencia los costes respectivos en función de si la hipoteca se constituyó ordinariamente o a través del procedimiento previsto en el art. 141 LH. Es más, tampoco está previsto cómo ha de distribuirse el arancel entre el otorgamiento y correspondiente registro de la oferta de hipoteca y, por otro lado, la aceptación y la pertinente nota marginal de aceptación.

4. La normativa fiscal tampoco distingue entre hipotecas bilaterales y unilaterales

Finalmente, la regulación fiscal sobre los tributos devengados por las escrituras de hipoteca impone los costes tributarios con carácter general al adquirente del derecho de hipoteca (cfr. art. 68.I del RD 828/1995), salvo que se trate de escrituras de

⁷ “(E)l art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que *estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el art. 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Pero el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto 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”*.

⁸ Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre.

⁹ Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre.



préstamo hipotecario, donde el sujeto pasivo del AJD es el prestatario (cfr. art. 68.II del RD 828/1995), como sería el caso de los créditos solicitados por consumidores. Es evidente que en este punto existe un criterio discrepante entre la norma fiscal (y la jurisprudencia sobre la misma de la Sala 3ª) y la Sala 1ª del Tribunal Supremo, que ha impuesto los costes de AJD a las entidades aunque, conforme a la legislación fiscal, el sujeto pasivo sea el prestatario. La Sala 3ª ha prometido resolver esta discrepancia a través del correspondiente recurso de casación en interés de la ley.

La condición de sujeto pasivo del AJD en las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios tampoco depende del carácter bilateral o unilateral de la hipoteca, ni a este respecto existe criterio discordante de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, pues si existen sentencias de esta Sala que en supuestos de hipoteca unilateral imponen los costes fiscales al acreedor, ello ha sucedido en casos en los que se estaban garantizando deudas tributarias o de Seguridad Social frente a las Administraciones Públicas y, por tanto, en supuestos los que la hipoteca no aseguraba préstamos y en los que el sujeto pasivo era el acreedor¹⁰.

¹⁰ Por ejemplo, SSTS, Sala 3ª, 16 julio 2015 (RJ 2015\3017), 15 septiembre 2015 (RJ 2015\3996), 26 septiembre 2016 (RJ 2016\4537).