

## LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS<sup>1</sup>

*Laura Zumaquero Gil*

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil  
Universidad de Málaga

---

TITLE: *The nullity of the expenses clause in the mortgage loan contract*

RESUMEN: Son numerosas las sentencias que declaran nula por abusiva la cláusula que traslada al consumidor el pago de los gastos hipotecarios. Sin embargo, no todas ellas coinciden en las concretas partidas de gastos, cuya imposición al consumidor debe considerarse abusiva, ni tampoco en los efectos derivados de la declaración de nulidad. En este trabajo se analiza el carácter abusivo de la cláusula de gastos y sus efectos restitutorios, a partir del estudio de algunas partidas de gastos generalmente incluidas en este tipo de cláusulas.

ABSTRACT: *There are many sentences that declare null for abusive the clause that transfers to the consumer the payment of mortgage expenses. However, not all of them coincide in the specific expenses, whose imposition to the consumer must be considered abusive; nor in the effects derived from the declaration of nullity. In this paper we analyze the abusive nature of the expenses clause and its restorative effects from the study of some expense items generally included in this type of clause.*

PALABRAS CLAVE: cláusula de gastos, control de contenido, cláusula abusiva, nulidad, efectos restitutorios.

KEYWORDS: *expenses clause, content control, unfair term, nullity, restitutory effects.*

SUMARIO. 1. INTRODUCCIÓN. 2. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015. 3. EL CARÁCTER ABUSIVO DE LA CLÁUSULA DE GASTOS DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS. 3.1 *Planteamiento*. 3.2 *La traslación al consumidor de los gastos de constitución, modificación y cancelación de la hipoteca*. 3.3 *Repercusión de los gastos pre-procesales y procesales derivados de la reclamación al prestatario del cumplimiento de su obligación de pago*. 3.4 *Imposición al consumidor del pago de tributos que gravan el préstamo hipotecario*. 3.5 *Otras partidas de gastos cuya traslación al consumidor puede considerarse abusiva*. 3.5.1 *Gastos de tasación*. 3.5.2 *Gastos de gestoría*. 4. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD. 5. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

---

### 1. INTRODUCCIÓN

Es frecuente encontrar entre el condicionado general de las hipotecas cláusulas en virtud de las cuales se traslada al consumidor el pago de una serie de gastos relacionados con el propio contrato de préstamo hipotecario. Entre las partidas de

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido realizado en el marco de la Red temática «Justicia civil: análisis y prospectiva (DER 2016-81752-REDT)», financiado, dentro de las Acciones de Dinamización “Redes de Excelencia”, por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, siendo Investigadora Principal la Dra. Carmen Senés Motilla. Es resultado del Proyecto de Investigación «Función de las condiciones en el Derecho de Contratos» (DER 2015-67499), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y dirigido por la Dra. Ana Cañizares Laso.

gastos que habitualmente son incluidas en este tipo de cláusulas, se encuentran los gastos notariales y registrales derivados de la formalización de la hipoteca, los gastos de gestoría y tasación del inmueble, el pago de las obligaciones tributarias, los gastos pre-procesales y procesales consecuencia de las reclamaciones realizadas frente al prestatario por impago de las cuotas del préstamo o los gastos generados por la contratación de un seguro de daños, de amortización o de vida. Si bien estas cláusulas han sido declaradas abusivas por nuestros tribunales, existen pronunciamientos discrepantes respecto a las concretas partidas de gastos que deben verse afectadas por la nulidad, así como sus efectos.

No es hasta la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 705/2015, de 23 de diciembre, cuando el Alto Tribunal sienta una doctrina favorable al carácter abusivo de la cláusula de gastos, al considerar nulas las cláusulas incluidas en los préstamos hipotecarios de BBVA, que trasladan al consumidor el importe derivado de la formalización de la hipoteca, el pago del Impuesto sobre actos jurídicos documentados y el abono de gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por parte de la prestataria de su obligación de pago<sup>2</sup>. Por el contrario, considera ajustado a derecho el contenido de la cláusula que impone al consumidor-prestatario el pago de los gastos por la contratación del seguro de daños. El Tribunal Supremo no se pronuncia en esta sentencia sobre los posibles efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad, al dictarse en el marco de un procedimiento iniciado a través de una acción colectiva, ni tampoco sobre otras partidas de gastos, cuya obligada asunción por parte del consumidor resulta más que discutible.

En este trabajo se analiza el carácter abusivo de la cláusula de gastos a partir del estudio de algunas de las partidas que generalmente son incluidas en este tipo de cláusulas. Seguidamente, se analizan los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad, teniendo en cuenta que existen resoluciones judiciales contradictorias sobre esta concreta cuestión.

## 2. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en la Sentencia de Pleno de 23 de diciembre de 2015 sobre el carácter abusivo de la cláusula de gastos de las hipotecas, en el marco de un procedimiento iniciado mediante acción colectiva por la Organización de Consumidores y Usuarios. En él se solicitaba la declaración de nulidad de determinadas condiciones generales incluidas en las hipotecas de BBVA y Banco Popular Español, además del acuerdo de cesación de estas condiciones generales, la difusión y publicación a su costa de la sentencia dictada, el libramiento de mandamiento al titular

<sup>2</sup> RJ 2015/5714.

del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo, así como su condena en costas.

Tras recurrirse en apelación la Sentencia del Juzgado, en la que se estimó parcialmente la petición de la demandante, pues no declaró abusivas todas y cada una de las cláusulas mencionadas en la demanda, la Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia de 26 de julio de 2013, amplía el listado de condiciones generales que deben ser declaradas abusivas, confirmando el fallo del Juzgado en el resto de pronunciamientos<sup>3</sup>. Esta Sentencia es recurrida en casación tanto por Banco Popular como por BBVA, siendo desestimado el recurso por el Alto Tribunal, al considerar nulas por abusivas las condiciones generales que ya habían sido declaradas como tales por la Audiencia Provincial de Madrid (entre ellas, la cláusula de gastos inserta en los préstamos hipotecarios de BBVA)<sup>4</sup>. Por lo que respecta a la cláusula de gastos, el Tribunal Supremo fundamenta la declaración de nulidad, tanto en la infracción de normas imperativas, como en el desequilibrio que produce, en perjuicio del consumidor, la imposición a éste del pago de gastos y tributos derivados de esta operación, cuando su pago corresponde al prestamista. No obstante, no todas las partidas de gastos incluidas en la cláusula son declaradas abusivas<sup>5</sup>. El Tribunal

<sup>3</sup> JUR 2013/297024.

<sup>4</sup> RJ 2015/5714.

Aunque el Tribunal Supremo ya se había ya pronunciado en la Sentencia de 1 de junio de 2000 (RJ 2000/5090) sobre el carácter abusivo de la cláusula que traslada al consumidor los gastos notariales y registrales, éstos iban referidos al otorgamiento de la escritura de compraventa, y no al contrato de préstamo hipotecario.

<sup>5</sup> El contenido de la cláusula objeto de litigio era concretamente el siguiente: «*Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación -incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía- y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11ª.*

*La parte prestataria faculta al banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que en este acto se constituye y de los títulos previos a esta escritura, así como los gastos derivados de la cancelación de las cargas y anotaciones preferentes a dicha hipoteca. Los gastos suplidos podrán ser cargados en cuenta a la parte prestataria en la forma y condiciones que se indican la final de esta cláusula.*

*Los mencionados servicios complementarios que, a solicitud de la parte prestataria, el Banco decida libremente realizar, serán facturados por éste con arreglo a las tarifas de comisiones y gastos que tenga vigentes el Banco en el momento de dicha solicitud. En todo caso se considerará que constituyen un servicio objeto de facturación los trabajos de preparación de antecedentes que deba realizar el Banco para el otorgamiento de la escritura de cancelación de hipoteca.*

*La parte prestataria queda obligada a satisfacer y resarcir al Banco cuantos daños, perjuicios, costas y gastos procesales o de otra naturaleza, se generen u originen al Banco por el incumplimiento del contrato o para el cobro del crédito, incluyendo los gastos y costes directos o indirectos, causados por las actuaciones del Banco que tengan por objeto la reclamación de la deuda (tales como, en especial,*

Supremo considera perfectamente válida la traslación al prestatario de los gastos derivados de la contratación del seguro de daños, por cuanto deriva de una obligación legal (la obligación de pago de la prima del seguro corresponde al tomador del mismo, en aplicación de la Ley de Contrato de Seguro, en su art. 14), tratándose de una garantía no desproporcionada, consecuencia de la obligación de conservar diligentemente el bien hipotecado y de asegurarlo contra todos los riesgos que pudieran afectarle. La imposición del resto de partidas de gastos al consumidor (gastos notariales y registrales, pago del impuesto de actos jurídicos documentados y gastos pre-procesales y procesales, fruto de la reclamación de las cuotas de préstamo impagadas) son consideradas abusivas.

El Tribunal Supremo fundamenta la declaración de nulidad de la cláusula de gastos, concretamente, en los artículos 86.7, 87, y 89.3 del Real Decreto 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 (en adelante, TRLGDCU), en conexión con los artículos 82 y 86 del mismo texto legal, y con el artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC). El Tribunal Supremo califica la cláusula de abusiva sobre la base de tres argumentos fundamentales:

1º Porque considera que esta cláusula produce un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, en contra de la buena fe y en perjuicio del consumidor al trasladar al comprador la totalidad de los gastos derivados de la operación.

2º Porque se trata de supuestos incluidos en la lista negra de cláusulas abusivas. Afirma el Alto Tribunal que

*«El art. 89.3 TRLGDCU 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” (número 2º), como “La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario” (número 3). 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*

---

*requerimientos de pago por correo, teléfono, telegrama, notariales), así como los derivados de los procedimientos judiciales o extrajudiciales motivados por todo ello, incluidos los honorarios de Abogado y Procurador aun cuando su intervención en las actuaciones y procedimientos judiciales o extrajudiciales no fuera preceptiva.*

*El Banco queda facultado para cargar en cuenta o reclamar en cualquier momento a la parte prestataria cuantas cantidades se le adeuden por los conceptos antes indicados. Las cantidades así adeudadas al Banco devengarán, desde la fecha en que éste las hubiera satisfecho y sin necesidad de reclamación, intereses de demora con arreglo a la cláusula 6ª, y quedarán garantizadas con arreglo a la cifra prevista para gastos y costas en la cláusula 9ª».*

*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 tiene 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)».*

3º Por la imposición de una limitación a los derechos del consumidor (art. 86.7 TRLGDCU), así como por falta de reciprocidad (art. 87 TRLGDCU).

En ningún momento se hace referencia en la Sentencia a una nulidad derivada de la aplicación del control de transparencia. El Tribunal Supremo declara nula la cláusula a partir de la no superación del control de contenido, basándose en el derecho supletorio que resultaría aplicable de no existir la cláusula en cuestión. Para ello parte del contenido de la normativa específica reguladora de cada una de las partidas de gastos.

En relación a los gastos notariales y registrales derivados de la constitución de la hipoteca, el Alto Tribunal considera que, en aplicación de la normativa sobre arancel de Notarios (Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, norma sexta del Anexo II) y Registradores (Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, norma octava del Anexo II) la obligación de pago se atribuye al solicitante del servicio a cuyo favor se inscribe el derecho o a favor de quien solicite una certificación. Para el Tribunal Supremo el solicitante del servicio y aquél a cuyo favor se inscribe el derecho es el prestamista, pues es quien obtiene un título ejecutivo, quien constituye la garantía real y quien adquiere la posibilidad de ejecución especial en caso de impago. Además, por regla general, el solicitante del servicio es la entidad bancaria, por lo que, salvo que se demuestre lo contrario, el prestamista es quien debe sufragar tales gastos. Por otra parte, afirma que no es que en estos casos no exista distribución equitativa de gastos, sino que, a mayor abundamiento, se trasladan en su totalidad al prestatario, lo que se traduce en un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, en contra de la buena fe y en perjuicio del consumidor.

En cuanto a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, el Tribunal Supremo considera que la cláusula que traslada el pago del impuesto de actos jurídicos documentados al consumidor es abusiva porque la entidad prestamista es sujeto pasivo del impuesto, en aplicación de los artículos 27 y 28 de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Nosotros consideramos, tal y como explicaremos al analizar la cláusula relativa al pago de tributos, que esta solución es bastante discutible, si tenemos en cuenta el contenido del artículo 68 del Reglamento de Impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos

Documentados, así como la interpretación que de esta normativa realizan la Sala Tercera del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.

En materia de gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza derivados de las reclamaciones realizadas por la entidad bancaria al prestatario por incumplimiento de su obligación de pago, su traslación al consumidor supone para el Tribunal Supremo una clara infracción de las normas procesales (arts. 394, 398, 559, 561 LECiv), además de producir un desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaer en el consumidor todas las consecuencias de un proceso, con independencia de las serias dudas que pudiera plantear la procedencia legal de la reclamación. Para el Tribunal Supremo

*«la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales no solo infringe normas procesales de orden público, lo que comportaría sin más su nulidad ex artículo 86 TRLGDCU y ex artículo 8 LCGC, sino que introduce un evidente desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaer a todo trance las consecuencias de un proceso sobre una de ellas, sin tener en cuenta ni la procedencia legal de la reclamación o de la oposición a la reclamación, ni las facultades de moderación que la ley reconoce al Tribunal cuando aprecie serias dudas de hecho o de derecho».*

Por lo que respecta al pago de honorarios de abogado y aranceles de procurador de los que se haya servido el prestamista, incluso cuando su intervención no sea preceptiva, el Tribunal Supremo mantiene que

*«[...] la estipulación contraviene de plano el artículo 32.5 LEC, 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 aquél en que se ha tramitado el juicio. Por lo 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 sin ser preceptivo, 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 TRLGDCU y 8 LCGC».*

Si bien el Alto Tribunal sienta una doctrina favorable a la nulidad de la cláusula gastos, no son pocas las sentencias dictadas con posterioridad por tribunales inferiores que se apartan de este criterio, al considerar que la traslación al consumidor de algunas de estas partidas de gastos es conforme a Derecho. Como expondremos a continuación, numerosas son también las sentencias que declaran nula la imposición al consumidor de otras partidas de gastos sobre las que no existe pronunciamiento alguno por parte del Tribunal Supremo, y que vienen a ser consideradas abusivas.

Tampoco encontramos en esta Sentencia pronunciamiento alguno en relación a los efectos derivados de la declaración de nulidad, al dictarse en el marco de un procedimiento colectivo. Ello plantea serios problemas, teniendo en cuenta que los

tribunales inferiores están adoptando soluciones dispares, incluso ante una misma partida de gastos, condenando en ocasiones a la restitución íntegra de las cantidades abonadas por el prestatario-consumidor; mientras que en otros casos se condena a la restitución parcial o simplemente se deniega la restitución. Sobre los argumentos jurídicos en los que se apoyan nuestros tribunales para conceder o denegar la restitución de las cantidades abonadas por el consumidor, nos referiremos en la última parte de este trabajo.

### 3. EL CARÁCTER ABUSIVO DE LA CLÁUSULA DE GASTOS DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

#### 3.1 Planteamiento

En materia de contratos con condiciones generales de la contratación celebrados con consumidores el legislador español prevé dos tipos de controles a efectos de determinar qué cláusulas van a quedar incorporadas al contrato por reunir las condiciones de transparencia, claridad y sencillez que establece la ley, y cuáles, una vez incorporadas, deben ser declaradas nulas por abusivas al no superar el control de legalidad.

Los artículos 5 y 7 LCGC establecen un control de inclusión, destinado a detectar si las condiciones generales incluidas en el contrato han sido redactadas de manera clara, concreta, sencilla y transparente, de forma que el consumidor haya podido emitir un consentimiento formal adecuado respecto de su contenido. Igualmente, el artículo 80.1 TRLGDCU exige claridad y transparencia en la redacción de las cláusulas que no hayan sido negociadas individualmente. De no superarse este control, la cláusula no quedará incorporada al contrato. Por su parte, los artículos 8 LCGC y 82 TRLGDCU establecen un control de contenido que permite detectar la presencia de cláusulas abusivas en el contrato. Toda cláusula que produzca un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor, y en contra de la buena fe, debe ser considerada abusiva y, por consiguiente, nula.

Junto a estos dos controles, aparece un tercer control, que no es un control independiente del control de inclusión, pero que ciertamente va más allá del mero control del consentimiento formal. Este control consiste en valorar si el consumidor conoce o ha podido conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a obtener de la otra parte contratante<sup>6</sup>. Se trata de un control del consentimiento material emitido por el consumidor, cuya no superación se va a traducir en la posibilidad de que esta cláusula sea declarada abusiva tras aplicar el

<sup>6</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., «Comentario a la disposición adicional 1ª.3», *Comentarios sobre la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (dir. Menéndez y Díez-Picazo), Madrid, 2002, p. 914.

control de contenido<sup>7</sup>. A este control de transparencia como un tercer control independiente se ha referido el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de mayo de 2013<sup>8</sup>, al definirlo como

*«el parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta [...] cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato que tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo»<sup>9</sup>.*

Aunque el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 23 de diciembre de 2015, no se refiere a la falta de transparencia a efectos de declarar nula la cláusula de gastos, algunas Audiencias Provinciales y Juzgados de Primera Instancia y de lo Mercantil han acudido a este criterio para declarar nula por abusiva la cláusula de gastos. Si bien, de la lectura de algunas de estas sentencias se extrae la aplicación de este control en un sentido distinto del que debiera ser utilizado. Cuando se hace referencia a la generalidad de la cláusula y se declara nula por falta de transparencia, con fundamento en el artículo 80 a) TRLGDCU, lo que verdaderamente se está aplicando es el control de inclusión, en el que se realiza un control formal del consentimiento emitido por el consumidor, debiendo tener como consecuencia la no incorporación de la cláusula al contrato<sup>10</sup>. La referencia a la falta de transparencia por el uso de expresiones genéricas, abstractas y universales no deja ser la aplicación de un control de inclusión, destinado a detectar la claridad o no de las cláusulas predispuestas. La necesidad de «concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos

<sup>7</sup> CARBALLO FIDALGO, M., *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, Barcelona, 2013, p. 117; CAÑIZARES LASO, A., «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *Revista de Derecho Civil*, núm. 3-2015, pp. 16 y 28.

En contra de la conexión entre control de transparencia y abusividad se ha manifestado CÁMARA LAPUENTE, para quien la no superación del control de transparencia debería llevar aparejada la no incorporación de la cláusula al contrato, radicando así el control de transparencia en un control de incorporación («Un examen crítico de la STJUE de 21 de diciembre de 2016: nulidad retroactiva, sí; falta de transparencia abusiva de las cláusulas suelo no», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 1, marzo 2017, p. 392). De igual modo, CARRASCO PERERA y CORDERO LOBATO defienden que el control de transparencia no es un tercer control, sino que más bien formaría parte del control de inclusión («El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación», *Cesco*, núm. 7-2013, p. 180).

<sup>8</sup> RJ 2013/3088.

<sup>9</sup> Para CÁMARA LAPUENTE la afirmación de que el control de transparencia solamente puede aplicarse a los elementos esenciales del contrato, pero no al resto de cláusulas, no casa bien con la jurisprudencia del TJUE, «Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016: Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no sólo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo», *Indret* 1-2017, p. 13.

<sup>10</sup> Es el caso de la SJMerc de Santander de 22 de enero de 2014 (AC 2014/427).

o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso deberá hacer referencia el documento contractual» son requisitos que deben cumplir las cláusulas no negociadas individualmente para entenderse incorporadas al contrato<sup>11</sup>. Pero una cosa es el control de inclusión meramente formal, que expresa la idea de transparencia con criterios de concreción, claridad, sencillez, desde el punto de vista de comprensibilidad de sus palabras; y otra bien distinta el control de transparencia, que controla el consentimiento material del consumidor, sobre todo de los elementos esenciales del contrato, que busca un conocimiento efectivo de los mismos, de forma que sólo si éstos no son transparentes se someterán a un control de contenido. Lo que está en juego aquí no es solamente la calidad o comprensibilidad de las palabras que la cláusula contiene, sino si esas palabras, a pesar de ser claras, pueden provocar valoraciones erróneas para el cliente medio. Una cláusula puede ser clara y comprensible y, sin embargo, no permitir al consumidor hacerse una idea de la carga económica que representa para él el contrato celebrado, y por tanto no ser transparente<sup>12</sup>.

Cuestión distinta es utilizar el término «*generalidad*» para referirse a la falta de concreción de los gastos que deben ser asumidos por el consumidor, lo que podría conectarse con el control de transparencia, en el sentido de que el consumidor que no

Este precepto hay que conectarlo con el artículo 60 TRLGDCU, al hacer referencia a un principio de transparencia que engloba todas las referencias a que la información debe ser clara y comprensible. También con la Orden Ministerial, EHA 2899/2011, de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección de servicios bancarios, de la cual se extrae que la información sobre la imposición de estos gastos es obligatoria para que el consumidor pueda adoptar su decisión de contratar de manera libre. De hecho, se prevé la necesidad de entregar al cliente una Ficha de Información Personalizada, en la que deberán constar los costes que supone la contratación del préstamo, debiendo advertirse al cliente que se asegure de tener conocimiento de todos los demás tributos y coste conexos al préstamo.

Por su parte, el Proyecto de Ley reguladora de los créditos inmobiliarios, en su artículo 5.1 c), establece, entre la información básica que debe figurar en la publicidad, la información sobre los gastos incluidos, en su caso, en el coste total del préstamo para el prestatario. Mientras el artículo 12 del Proyecto establece, dentro de las normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios, la obligación de entregar al prestatario, con una antelación mínima de siete días naturales respecto al momento de la firma del contrato, una Ficha de Advertencias Estandarizadas (FIAE), en la que conste “la distribución de gastos asociados a la concesión del préstamo”. Este Proyecto de Ley viene a recoger lo que ya establecía la Directiva 17/2014, de 4 de febrero sobre los contratos de crédito realizados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial<sup>11</sup>. Esta regulación relativa a la información precontractual no se queda en la existencia de una redacción clara y comprensible, sino que parece ir más allá del control de inclusión, en el sentido de que el consumidor pueda prever las consecuencias económicas derivadas de la contratación del préstamo, lo que conecta con la necesidad de que la cláusula supere el control de transparencia. A todo ello se une el deber de asesoramiento que, según el Proyecto, deberán realizar los notarios, debiendo éstos verificar la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos de transparencia.

<sup>12</sup> En opinión de CÁMARA LAPUENTE resulta más adecuado reconducir el control de transparencia, desde la abusividad en que se ha ubicado, al control de incorporación de los arts. 80 TRLGDCU y a los arts. 5 y 7 LCGC, «Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016...», cit., p. 16.

conoce todos los gastos que debe abonar, no puede hacerse una idea de la carga económica y jurídica que supone para él la celebración del contrato<sup>13</sup>. A partir de esta interpretación, algunas Audiencias Provinciales y Juzgados de Primera Instancia han declarado nula la cláusula de gastos por falta de transparencia. Para la Audiencia Provincial de Málaga, en Sentencia de 5 de julio de 2016, la falta de concreción y claridad de la cláusula de gastos incluida por Caja Rural de Granada en sus préstamos hipotecarios impide conocer cuáles son los específicos gastos y tributos que habrán de soportar los adherentes, de manera que una cláusula de este tipo no puede superar el control de transparencia<sup>14</sup>. Ello le llevó a declarar nula la cláusula en la que se imponía al consumidor el pago de todos los gastos y tributos derivados de la constitución de la hipoteca, ya que el consumidor no pudo conocer desde el principio la cuantía concreta que debía soportar<sup>15</sup>. En el mismo sentido, la Audiencia Provincial de Alicante, en Sentencia de 12 de junio de 2014<sup>16</sup>, consideró que la cláusula de gastos inserta por CaixaBank en sus hipotecas no superaba el control de transparencia porque su falta de concreción y claridad impedía conocer cuáles eran los específicos gastos y tributos que debía soportar el adherente, declarándola nula por abusiva. En el mismo sentido, se ha pronunciado posteriormente la Audiencia Provincial de Córdoba, en Sentencia de 20 de julio de 2015.

Se refiere también a la nulidad de la cláusula de gastos por falta de transparencia, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Torrelavega de 30 de junio de 2017, en la que se hace mención expresa a la necesidad de que este tipo de cláusulas posibiliten el conocimiento real de su contenido a partir de una redacción clara y comprensible. Señala el Juzgado que

*«no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación que puede pasar inadvertida al adherente medio»<sup>17</sup>.*

<sup>13</sup> Para AGÜERO ORTIZ no estamos ante un problema de cláusulas abusivas por su generalidad, sino por tratarse de cláusulas que imponen gastos al consumidor cuando éstos deben ser asumidos por el empresario-prestamista, sin que quepa pacto en contrario, salvo en el caso de los gastos notariales respecto de los que -considera la autora- puede negociarse su distribución («Cláusulas de gastos: ¿deben los notarios autorizarlas?», *Cesco*, núm. 21/2017, pp. 111 y 112).

<sup>14</sup> JUR 2016/268365.

<sup>15</sup> Algunas Sentencias identifican la generalidad o imprecisión con que está redactada la cláusula de gastos con el carácter abusivo de la misma. Es el caso de la SJMerc de Bilbao de 15 de enero de 2016 (JUR 2016/54633) o la SJMerc de Barcelona de 30 de junio de 2016 (JUR 2016/229196).

<sup>16</sup> AC 2014/1136.

<sup>17</sup> JUR 2017/223886.

En la cláusula objeto de litis se imputaban al demandante los gastos de gestoría relativos a la tramitación de la inscripción en el Registro de la Propiedad, así como los gastos de constitución, modificación y cancelación de la hipoteca, los gastos extrajudiciales derivados de cualquier reclamación por impago, las costas procesales y el abono del impuesto de actos jurídicos documentados. El tenor literal de la cláusula era el siguiente:

*«Serán de cargo de la parte prestataria los gastos, impuestos y demás conceptos relacionados a continuación, estando aquella obligada a satisfacerlos, por lo que en este mismo acto autoriza y ordena a la Caja de Ahorros de Santander y Cantabria para que, en caso de no efectuar su pago y si dicha Entidad lo estima pertinente, pueda abonarlos y acumularlos al saldo deudor de este préstamo [...]. Serán imputables a la partida presupuestada para gastos los derivados de lo pactado en esta escritura y tramitación de la misma hasta que cause inscripción en el Registro de la Propiedad, tales como Aranceles Notariales y Registrales, gestión de documentos, entre los que se comprende la tramitación de esta escritura ante el Registro de la Propiedad, la Oficina liquidadora de impuestos, tasación pericial del inmueble e informaciones Registrales sobre la situación del mismo, impuestos en su caso... e igualmente gastos ocasionados por tercerías de dominio como de mejor derecho, u otros procedimientos que se entablaren en defensa de los derechos de la citada Entidad para la salvaguarda de la finca hipotecada. Serán igualmente de cuenta de la parte prestataria los gastos, impuestos y otros devengos que se deriven de la cancelación de la hipoteca. Serán imputables a la partida presupuestada para costas, los gastos y costas de la reclamación judicial o extrajudicial y de su preparación, tales como los que pudieran ocasionar los requerimientos notariales previstos en el artículo 581.2 LECiv y en el artículo 236 a del Reglamento Hipotecario, honorarios de Letrado y derechos de Procurador u otras personas, si la institución acreedora se valiera de su intervención».*

El problema que plantea la aplicación del control de transparencia a la cláusula de gastos está relacionado con el propio objeto de este control. Según la redacción del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas, el control de transparencia se aplica a los elementos esenciales del contrato, lo que supone que cuando éstos no sean transparentes deberán someterse al control de contenido. De interpretarse el precepto en este sentido, no cualquier aspecto relacionado con el pago podría ser sometido a control. Explica MIQUEL GONZÁLEZ que la transparencia al contratar no es tan importante respecto de las cláusulas que no regulan elementos esenciales del contrato porque en la mayoría de los casos no se trata de factores de decisión de los clientes, importando en ellas más bien el equilibrio de derechos y obligaciones<sup>18</sup>. En el caso de la cláusula de gastos, es evidente que la fórmula abierta que normalmente se utiliza por las entidades bancarias para redactar este tipo de cláusulas hacen que la misma adolezca de falta de concreción, hasta el punto que no queda claro en la mayoría de los casos qué gastos va a repercutir el banco al consumidor, terminando en ocasiones incluso con la palabra «etcétera», lo que le deja completamente indefenso ante

<sup>18</sup> «Comentario a la disposición adicional 1ª. 3», *Comentarios...*, cit., p. 913.

cualquier tipo de cargo que se le quiera efectuar<sup>19</sup>. Al estar redactadas de forma abstracta o general, sin que exista información respecto de su contenido, no permiten al consumidor hacerse una idea clara del importe a abonar por servicios accesorios prestados o por tributos<sup>20</sup>. Sin embargo, no estamos aquí ante una cuestión de precio que deba ser sometida a un control de transparencia. Las cláusulas que no afectan a elementos esenciales del contrato deben ser sometidas a un control de legalidad, puesto que no se exige un especial consentimiento respecto de ellas<sup>21</sup>. Además, su posible inclusión en algunos de los supuestos que recoge el listado de cláusulas abusivas hace de éste un problema de control de legalidad y no de control de transparencia<sup>22</sup>.

Algunos autores, sin embargo, defienden, la extensión de este control a la cláusula de gastos. Para PERTÍÑEZ VÍLCHEZ en cuanto los gastos que en ellas se contienen forman parte del coste del crédito, su traslación al consumidor debe enjuiciarse desde la perspectiva del control de transparencia, pudiendo incluso no ser abusivas atendiendo a las circunstancias del caso<sup>23</sup>. A juicio de este autor, si bien es cierto que el control de transparencia se aplica a los elementos esenciales del contrato, y estos gastos no forman parte de la contraprestación que recibe el prestamista por el préstamo, nada impide que se aplique a la cláusula de gastos, como cláusula de carácter accesorio, cuando el consumidor no pueda hacerse una idea clara de la carga económica del

<sup>19</sup> SAP de Málaga de 5 de julio de 2016 (JUR 2016/268365). En el mismo sentido, la SJPI de Benidorm de 5 de junio de 2017 (JUR 2017/147403).

<sup>20</sup> Para GÁMEZ GUMERSINDO esta generalidad en la redacción atenta contra el artículo 80.1 a) TRLGDCU, que exige concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa («Préstamos hipotecarios. Abusividad de la cláusula relativa a los gastos de formalización de la hipoteca, imputados de forma genérica al consumidor», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 10, 2017, p. 120).

<sup>21</sup> Sobre este particular, véase la STJUE de 30 de abril de 2014 (Asunto C-26/13; ECLI:EU:C:2014:279).

<sup>22</sup> Para MORENO-TORRES la solución para los contratos celebrados a partir del 13 de junio de 2014 puede venir de la mano del art. 60 bis TRLGDCU, el cual permite exigir al consumidor el reembolso de pagos adicionales a la remuneración acordada para la obligación contractual principal, cuando no existiere consentimiento expreso por su parte para su abono, «¿Son abusivas las cláusulas que imponen al consumidor el pago de los gastos notariales y registrales del préstamo hipotecario?», *RCDI*, núm. 765-2018, p. 175.

<sup>23</sup> «Juicio crítico a la declaración del carácter abusivo de la cláusula que en préstamos hipotecarios impone los gastos del otorgamiento de la escritura pública, de la inscripción registral y del impuesto de actos jurídicos documentados al prestatario consumidor (a propósito de la STS de 23 de diciembre de 2015)», *Revista Lex Mercatoria*, núm. 1-2016, pp. 2-6). En este sentido, GONZÁLEZ PACANOWSKA considera que toda cláusula no negociada que afecte al monto económico de la operación debería analizarse desde la perspectiva de la transparencia («Comentario al art. 89.3 TRLGDCU», *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 1121).

En contra de esta opinión se muestra FORTEA GORBE, para quien la clara regulación imperativa en este tema no permite contemplar situaciones en las que no se plantee la abusividad de la cláusula de gastos (*La protección del deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas*, La Ley, Madrid, 2017, p. 504).

contrato, puesto que estos pagos forman parte del coste que para el consumidor tiene la adquisición del crédito. Si la finalidad de la transparencia es garantizar que el cliente pueda conocer la carga económica que en conjunto el contrato supone para él, esta idea podría hacerse extensible a la cláusula de gastos. Nosotros consideramos que esta interpretación no se ajusta al contenido del artículo 4.2 de la Directiva 93/13. Como ha declarado el Consejo General del Poder Judicial, en su dictamen emitido al Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito Inmobiliario (conclusión cuarta), el problema que se plantea con la cláusula de gastos es que nos enfrentamos a una materia proclive a la abusividad. En la misma línea se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Valencia, en la Sentencia de 25 de noviembre de 2015, al afirmar que la cláusula de gastos no forma parte del precio en el sentido de ser objeto esencial del contrato de préstamo, y de hecho aunque pueda considerarse que toda estipulación suma o resta, ello no significa que deba aplicarse el control de transparencia para apreciar su posible carácter abusivo, sino que habrá que estar al resultado de aplicar el control de contenido<sup>24</sup>.

A efectos de realizar este control de contenido y poder determinar la abusividad de la cláusula, como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia de 14 de marzo de 2013 (caso Aziz, asunto C-415/11)<sup>25</sup>, es necesario analizar las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para poder valorar en qué medida el contrato celebrado deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por su derecho nacional. La calificación de una cláusula contractual como abusiva es el resultado de un control específico de su contenido, que deberá hacerse comparando el contenido de la cláusula con el contenido de la regla que sería de aplicación de no haberse pactado dicha cláusula, debiendo atenderse a si la valoración de los intereses de las partes efectuada por el legislador puede alterarse a través de una condición general<sup>26</sup>.

En materia de gastos hipotecarios es importante también tener en cuenta que la existencia de un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes no requiere necesariamente que los costes que se trasladan al consumidor tengan una incidencia importante para éste, si lo comparamos con el importe de la operación, sino que es suficiente con que se traduzca en una lesión importante de sus derechos, si atendemos al derecho nacional aplicable, ya sea porque se restringe su contenido, porque se produce un obstáculo a su ejercicio o porque se le impone una obligación

<sup>24</sup> JUR 2016/129434.

<sup>25</sup> ECLI:EU:C: 2013:164.

<sup>26</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., «Las cláusulas de vencimiento anticipado en el contrato de préstamo hipotecario», *Vivienda, préstamo y ejecución* (dirs. Espejo Lerdo De Tejada y Murga Fernández), Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 715-721.

adicional que el derecho nacional no contempla<sup>27</sup>. Del análisis de la normativa específica que regula este tipo de gastos, se puede extraer que no todas las partidas de gastos que se trasladan al prestatario-consumidor pueden considerarse abusivas y, por consiguiente, nulas. Como veremos a continuación, existen argumentos poderosos para concluir que la cláusula que impone al consumidor la asunción de los gastos derivados de operaciones de modificación y cancelación del préstamo hipotecario o la traslación del pago de impuestos no debe ser considerada abusiva.

### *3.2. La imposición al consumidor de los gastos de constitución, modificación y cancelación de la hipoteca*

La constitución de la garantía hipotecaria, así como su modificación y extinción requieren de la intervención de notario y registrador. Esta intervención va a generar una serie de aranceles, cuyo pago corresponderá a la persona que designe la normativa arancelaria, salvo pacto en otro sentido. En el caso del arancel notarial, el artículo 63 del Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de organización y régimen del Notariado (en adelante, RN) despeja las dudas en cuanto a la persona obligada a asumir tales gastos: *«la retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios y se regulará por el Arancel Notarial [...]»*. Este arancel notarial, cuya regulación se encuentra en el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, norma sexta del Anexo II, deberá ser abonado por quienes *«hubieren requerido la prestación de sus 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»*.

Por lo que respecta a la escritura de constitución de la hipoteca, lo normal será que la entidad bancaria proceda a informar al cliente de los datos de la notaría en la que va a procederse a la firma tanto de la escritura de compraventa como de la hipoteca, sin que el cliente, por regla general, haya tenido la opción de elegir al notario otorgante del documento. En tal caso, si el solicitante del servicio notarial es la entidad bancaria, en aplicación de la normativa arancelaria, será el banco quien deberá hacerse cargo de tales gastos. Sin embargo, las entidades bancarias tratan de evitar su abono, con fundamento en el 1255 Código Civil (en adelante, CC), a partir de la inclusión en la escritura de una condición general en la que se haga constar que el prestatario se compromete a abonar tales gastos. Este argumento no es válido desde el mismo

<sup>27</sup> STJUE de 16 de enero de 2014 (asunto C-226/12). Véase el Comentario a esta Sentencia realizado por ZUMAQUERO GIL, «Criterios de determinación del carácter abusivo de las cláusulas no negociadas individualmente que repercuten en el consumidor el pago del impuesto de plusvalía y los gastos de alta en los distintos suministros necesarios para la habitabilidad de la vivienda: Comentario a la STJUE, Sala Primera, de 16 de enero de 2014, asunto C-226/2012, Constructora Principado S.A. y José Ignacio Menéndez Álvarez», *La Ley Unión Europea*, 15-2014, pp. 14-23.

momento en que el principio de autonomía de la voluntad no juega del mismo modo cuando se trata de contratos con condiciones generales de la contratación celebrados con consumidores. De ahí que nuestro legislador haya establecido una serie de controles a efectos de detectar situaciones de desequilibrio, en perjuicio del consumidor, derivadas de la inclusión de condiciones generales abusivas en los contratos.

La aplicación del control de contenido a este tipo de cláusulas permite concluir que la imposición al consumidor de los gastos notariales derivados de la escritura de constitución de la hipoteca es claramente abusiva<sup>28</sup>. La normativa reguladora de los aranceles notariales hace responsable del pago de estos gastos al solicitante del servicio, de manera que, salvo que se pueda demostrar que el servicio lo ha solicitado expresamente el prestatario, los gastos deberán ser abonados por la entidad bancaria. No hay que olvidar que la carga de la prueba la tiene el empresario y no el consumidor<sup>29</sup>. Por otra parte, el artículo 147 RN, en su párrafo tercero, establece que *«en el texto del documento el notario consignará, en su caso, que aquél ha sido redactado conforme a minuta y si le constare, la parte de quien procede ésta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación»*. Deberá, por tanto, el Notario hacer constar en el instrumento público quien ha remitido la minuta, y de no constar tal información, habrá que entender que lo ha solicitado la entidad bancaria, salvo prueba a contrario. Sobre este particular, explica AGÜERO ORTIZ que existen formas de poder saber quién solicita el servicio. De hecho, si el consumidor solamente es informado del día de la firma de la escritura y la dirección de la oficina del notario, así como de la posibilidad, pocos días antes, de revisar la escritura hecha de forma fiel a la minuta de la entidad de crédito, significará que la entidad de crédito fue la que solicitó la prestación del servicio al notario<sup>30</sup>. Por tanto, si el solicitante del servicio fue la entidad bancaria y se impone mediante condición general el pago del arancel notarial al consumidor, estaremos claramente ante una cláusula abusiva. Y ello por varios motivos:

1º Porque en aplicación del artículo 82 TRLGDU esta cláusula produce un claro desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, en contra de la buena fe, y en perjuicio del consumidor, al trasladar al consumidor el pago de unos gastos que legalmente no le corresponden, salvo que hubiera contratado los servicios de un notario determinado, distinto incluso al propuesto por la entidad bancaria.

<sup>28</sup> En contra, MORENO-TORRES HERRERA, M.L., «¿Son abusivas las cláusulas...», cit., p. 172?

<sup>29</sup> Art. 82.2, párrafo 2º TRLGDCU

<sup>30</sup> «Nulidad cláusula de gastos II: ¿A quién corresponde cada gasto en virtud del derecho supletorio?» (<http://blog.uclm.es/cesco/files/2017/01/Nulidad-de-la-clausula-de-gastos-en-prestamos-hipotecarios.pdf>).

2º Porque el Texto Refundido de Consumidores, dentro de la lista negra de cláusulas abusivas, incluye en su artículo 89.3 la prohibición de imponer al consumidor gastos de documentación y tramitación que por ley correspondan al empresario.

3º Porque existe una clara falta de reciprocidad en la distribución de los gastos derivados de la operación.

Si se analiza la cuestión desde el punto de vista del segundo criterio que recoge la normativa arancelaria para determinar quién debe abonar el arancel (la persona interesada en la constitución de la hipoteca), no podemos llegar a una conclusión diferente<sup>31</sup>. La persona interesada en la constitución de la garantía hipotecaria no puede ser otra que la entidad bancaria, que es a favor de quien se hace la inscripción de la garantía, siendo la persona que tiene interés en asegurarse que el derecho va a quedar inscrito y quien necesita que conste en escritura pública, ya que sin ella la garantía real no va a quedar constituida<sup>32</sup>. Además adquiere la posibilidad de ejecución especial, goza de un crédito preferente, y en caso de concurso de acreedores el crédito garantizado con hipoteca dispone de un privilegio especial<sup>33</sup>. Distinto es que el consumidor tenga interés en que le concedan el préstamo y que ello dependa en gran medida de que se constituya la garantía hipotecaria. Pero eso es diferente de lo que han defendido algunos autores de que la persona que activa el mecanismo es el prestatario, apoyándose en que es quien necesita financiación y, por consiguiente, quien debe abonar el arancel, ya que tiene derecho a la libre elección de notario por ser quien paga finalmente<sup>34</sup>. Una cosa es tener derecho a la libre elección de notario y

<sup>31</sup> En este sentido, BALLUGUERA GÓMEZ, C., «Documentación, Inscripción y Gestión de Hipoteca y Obligaciones Tributarias», ([www.notariosyregistradores.com/web/secciones/gastos-de-documentacion-inscripcion-y-gestion-de-hipoteca-y-obligaciones-tributarias/](http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/gastos-de-documentacion-inscripcion-y-gestion-de-hipoteca-y-obligaciones-tributarias/))

Sobre este particular CORDERO LOBATO considera que son cosas distintas ser solicitante del servicio profesional, que interesado o beneficiario del derecho que se inscribe. A su juicio, si la persona que solicitó los servicios debe pagar la minuta por todos los conceptos que tenga, el interesado o beneficiario del servicio, cuando sea responsable del pago, deberá abonar únicamente el concepto de minuta que se corresponda con aquello que le beneficia y no su totalidad, «Aranceles notariales y registrales por cancelación de hipotecas», ([http://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/images/CONTRATOS\\_INMOBILIARIOS/5-2011-2.pdf](http://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/images/CONTRATOS_INMOBILIARIOS/5-2011-2.pdf)).

<sup>32</sup> Art. 1280.1 CC.

<sup>33</sup> Art. 1923.3º CC y 90.1.1º LC.

<sup>34</sup> FERNÁNDEZ-BRAVO, L., «Protección del consumidor-deudor hipotecario: realidad y perspectivas de futuro. Actas del curso de verano 2017», *Revista Cesco*, num. 22-2017, p. 21.

Sobre este particular, ZEJALBO MARTÍN considera que mientras lo habitual es que se encargue la escritura por la entidad bancaria, es el prestamista la persona interesada en que se active el mecanismo al adquirir la vivienda mediante una compraventa, para la cual el préstamo hipotecario es el medio para satisfacer la totalidad o parte del precio de compra, «El sujeto pasivo en actos jurídicos documentados de los préstamos hipotecarios», (<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/fiscal/articulos-fiscal/el-sujeto-pasivo-en-ajd-de-los-prestamos-hipotecarios/>).

otra bien distinta poder ejercitar este derecho libremente. Aunque no todos los casos son iguales, lo cierto es que las posibilidades de elección por parte del consumidor son mínimas, por lo que mantener que si se ha incluido esa cláusula en el contrato es porque el consumidor así lo ha querido es desconocer completamente el funcionamiento de la contratación con condiciones generales. El consumidor normalmente ni siquiera es informado de que tiene derecho a elegir al Notario autorizante y simplemente se le obliga a abonar una serie de gastos porque la entidad bancaria así lo establece entre el clausulado. Por este motivo, huelga decir que la voluntad del consumidor en esta materia brilla por su ausencia. De hecho, tal es así que, para evitar esta falta de información, el legislador español ha introducido en el Proyecto de Ley de Crédito Inmobiliario, dentro de los deberes de información y transparencia (art. 12.1, último párrafo), la obligación de la entidad bancaria de hacer mención expresa del derecho del consumidor a la libre elección de notario. Entre las normas de transparencia se incluye también la posibilidad de la entidad bancaria de repercutir gastos por servicios relacionados con los préstamos solicitados, y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos que puedan acreditarse; además de especificar los gastos notariales y registrales, el pago del impuesto de actos jurídicos documentados y los gastos de gestoría.

Este criterio no es compartido por algunas Audiencias Provinciales que consideran que la persona interesada en la constitución del préstamo es el prestatario. La Audiencia Provincial de Pontevedra, en Sentencia de 28 de marzo de 2017<sup>35</sup>, consideró que tanto la entidad bancaria como el prestatario son personas interesadas en el otorgamiento del documento notarial (el prestamista, porque se ve protegido en caso de incumplimiento por el prestatario; y el prestatario, porque se ve protegido por el incumplimiento del banco, además de por las exigencias de legalidad e imparcialidad a que se refiere el 147 RN), de manera que no puede considerarse abusivo que el prestamista traslade al prestatario el pago de los gastos notariales. Para la Audiencia Provincial, aunque no se pueda demostrar quien ha solicitado el servicio (primer criterio que permite identificar quien debe abonar los gastos notariales), sí que puede afirmarse que el interesado según las normas fiscales es el prestatario, de manera que es éste quien, según la ley, está obligado al pago. Además, consideró que quien tiene interés en la operación es siempre el prestatario porque está interesado en comprar el inmueble y, si no le conceden el préstamo hipotecario, no podría adquirirlo. Los mismos argumentos son utilizados también por el Juzgado de Primera Instancia de Pamplona, en su Sentencia de 14 de septiembre de 2017<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> JUR 2017/94899

<sup>36</sup> JUR 2017/232096.

Esta interpretación choca frontalmente con la normativa reguladora de tales gastos. Si bien el consumidor tiene interés en poder adquirir el inmueble y, por supuesto, en que se le conceda el préstamo para poder afrontar los pagos, no tiene interés alguno en que se constituya una garantía que grave la propiedad del inmueble, debiendo distinguirse la compraventa, del contrato de préstamo y de la garantía hipotecaria. Por otra parte, es fácilmente identificable quién es el solicitante del servicio, que en la mayoría de los casos serán las entidades bancarias, por lo que no es necesario acudir a ningún otro criterio para identificar quien es la persona obligada al pago. No obstante, se trata de casos aislados, ya que la mayoría de Audiencias Provinciales y Juzgados de Primera Instancia y de lo Mercantil siguen el criterio mantenido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, que considera nula por abusiva la traslación al consumidor de los gastos notariales<sup>37</sup>.

Similares argumentos a los ya expuestos pueden utilizarse también para defender el carácter abusivo de la cláusula que impone al consumidor el abono de los gastos de inscripción de la hipoteca<sup>38</sup>. En aplicación del artículo 1875 CC, para que esta garantía real quede válidamente constituida es necesaria la inscripción en el Registro de la Propiedad. Y, para el caso de hipotecas voluntarias, el artículo 145 LH exige escritura de constitución junto a la inscripción en el Registro de la Propiedad. De la prestación de este servicio por parte del Registrador se deriva también la obligación de abonar unos

<sup>37</sup> SSAP de Murcia de 25 de febrero de 2016 (AC 2016/489), de Tarragona de 1 de junio de 2016 (AC 2016/1976), de Navarra de 27 de enero de 2017 (JUR 2017/137982), de Asturias de 8 de mayo y 6 de julio de 2017 (AC 2017/807 y 1131), de Badajoz de 11 de mayo de 2017 (JUR 2017/160519), o de Zaragoza de 23 de mayo de 2017 (JUR 2017/174797).

Entre los Juzgados de Primera Instancia, las SSJPI de Oviedo de 9 de diciembre de 2016 (JUR 2017/1549), de Cáceres de 25 de abril de 2017 (JUR 2017/115413) de Santa Cruz de Tenerife de 15 de mayo de 2017 (JUR 2017/190824), de Sevilla de 18 de mayo de 2017 (JUR 2017/235940), SJPI de 5 de junio de 2017 (JUR 2017/150351), de Santander de 14 de julio de 2017 (JUR 2017/198980) y 26 de julio de 2017 (JUR 2017/200808), de Zaragoza de 21 de julio de 2017 (JUR 2017/199984), de Madrid de 7 de septiembre de 2017 (JUR 2017/226575).

Entre los Juzgados de lo Mercantil, las SSJMerc de Vigo de 1 de diciembre de 2015 (JUR 2016/79665), 8 de marzo de 2016 (JUR 2016/1255000), 12 de abril de 2016 (JUR 2016/125811), 28 de abril de 2016 (JUR 2016/125297), 11 de noviembre de 2016 (JUR 2017/282333) y la SJMerc de San Sebastián de 23 de diciembre de 2015 (JUR 2016/63440).

<sup>38</sup> Argumentos similares son utilizados para defender la nulidad de la cláusula de gastos notariales derivados del otorgamiento de la escritura pública de compraventa. En aplicación del artículo 89.3 TRLGDCU no podrá trasladarse al consumidor el pago de gastos que correspondan por ley al empresario. De hecho, el propio artículo, en materia de compraventa, establece que los gastos derivados de la preparación de la titulación son de cuenta del empresario. Por otra parte, el artículo 63.2 TRLGDCU señala que la formalización del contrato será gratuita para el consumidor cuando deba documentarse por escrito obligatoriamente. Aunque la compraventa de bienes inmuebles no es un contrato formal, lo cierto es que no documentarlo en escritura pública impediría la constitución de la hipoteca. Por otra parte, según el artículo 1455 CC, a falta de pacto, este gasto corresponde al vendedor y no al comprador, con la consiguiente interpretación que debe realizarse del término *pacto* en materia de condiciones generales de la contratación.

aranceles, que, según el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los registradores de la propiedad, deberá recaer en «*aquel o aquellos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento [...]»*<sup>39</sup>. En el caso de derechos correspondientes a certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quien las solicite<sup>40</sup>. Es evidente que la hipoteca se inscribe a favor del banco, que es a quien beneficia la constitución de la garantía, debiendo ser éste quien abone los gastos hipotecarios, de no haberse incluido en el contrato dicha cláusula. En este sentido, también aquí la traslación de gastos al consumidor de documentación y tramitación que por ley corresponden al empresario, hacen de esta una cláusula abusiva, en aplicación del artículo 89.3 TRLGDCU<sup>41</sup>, resultando completamente desproporcionado para el consumidor imponerle gastos que corresponden a las entidades bancarias<sup>42</sup>.

Esta tesis no ha sido sin embargo acogida por las recientes Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 (núms. 147/2018 y 148/2018)<sup>43</sup>, que han entendido en relación a los gastos notariales de los préstamos hipotecarios que, a falta de pacto entre las partes, debe considerarse que tanto prestatario como prestamista están interesados en el préstamo y a ambos beneficia el documento notarial, siendo razonable, por tanto, distribuir por mitad la cuota fija correspondiente a la matriz, mientras que respecto de las copias, debe considerarse sujeto pasivo a quien las solicite<sup>44</sup>. El Tribunal Supremo pone fin de este modo a la diversidad de criterios existentes al respecto en los últimos años entre los distintos Juzgados de Primera Instancia y las Audiencias Provinciales.

En cuanto a la traslación de gastos derivados de la ampliación y la cancelación de la hipoteca, si según el RD 1426/1989 la obligación de pago corresponderá a quien hubiere solicitado el servicio y, en su caso, a los interesados en la operación, en el caso del otorgamiento de la escritura de ampliación y posterior inscripción de la novación el interesado es el prestatario, siendo éste en la mayoría de los casos quien solicita la ampliación de la hipoteca<sup>45</sup>. Lo mismo sucede en el supuesto de cancelación de la

<sup>39</sup> Anexo II, norma octava, número 1 del RD 1427/1989.

<sup>40</sup> Anexo II, norma octava, número 2 del RD 1427/1989.

<sup>41</sup> Es este mismo sentido, BALLUGUERA GÓMEZ, C., «Gastos de documentación...», cit., p. 8; GÁMEZ GUMERSINDO, C., «Préstamos hipotecarios...», cit., p. 121.

<sup>42</sup> SSAP de Murcia de 25 de febrero de 2016 (AC 2016/489), de Tarragona de 1 de junio de 2016 (AC 2016/1976), de Badajoz de 11 de mayo de 2017 (JUR 2017/160519), de Zaragoza de 23 de mayo de 2017 (JUR 2017/174797), de Las Palmas de 6 de julio de 2017 (AC 2017/658); SSJPI de Benidorm de 5 de junio de 2017 (JUR 2017/147403), de San Sebastián de 14 de junio de 2017 (JUR 2017/154282), de Castellón de la Plana de 6 de julio de 2017 (JUR 2017/190826).

<sup>43</sup> RJ 2018/1241 y RJ 2018/966.

<sup>44</sup> Esta solución ya había sido apuntada por la RDGRN de 7 de abril de 2016 (RJ 2026/3229).

<sup>45</sup> SAP de Asturias de 25 de noviembre de 2016 (AC 2016/2398).

hipoteca. Una vez abonadas todas las cuotas por el consumidor, es éste el mayor interesado en que la carga inscrita en el Registro sea cancelada, por lo que habrá que entender que estos gastos deben correr de su cuenta, sin que la cláusula que traslada tal partida de gastos al consumidor pueda considerarse abusiva<sup>46</sup>. Además, el artículo 1168 CC establece que los gastos derivados de la cancelación o pago deberá abonarlos el deudor<sup>47</sup>. En este sentido, se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Asturias en la Sentencia de 25 de noviembre de 2016, al considerar que el pago de aranceles notariales y registrales corresponde en estos casos al prestatario, al ser solicitante e interesado en la operación<sup>48</sup>. A pesar de ello existen en la jurisprudencia menor sentencias en las que se declara abusiva la cláusula que impone los gastos de cancelación de la hipoteca al consumidor, apoyándose en que se trata un trámite más derivado de la constitución de la garantía, operación ésta realizada en beneficio del prestamista<sup>49</sup>. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 15 de mayo de 2017 establece que, teniendo en cuenta que la garantías se inscriben en beneficio de la entidad financiera para asegurar el cumplimiento de la obligación garantizada, es por lo que una vez cumplida ésta, será dicha entidad a quien corresponda cancelarla, siendo ésta una consecuencia natural del contrato. Por otra parte, considera que, si en virtud del artículo 82.3 LH, la cancelación de la escritura requiere del consentimiento del beneficiario, hay que concluir que los gastos derivados

<sup>46</sup> Hay que tener en cuenta que, si los gastos de constitución y cancelación de la hipoteca se insertan en el marco de una hipoteca que se ha constituido para financiar la construcción, y no para adquirir la vivienda, la jurisprudencia ha declarado que estas cláusulas son también abusivas. Existen un buen número de sentencias que declaran nulas por abusivas las cláusulas en las que la parte vendedora traslada al consumidor el pago de los gastos de constitución de la hipoteca cuando el préstamo se solicitó por la vendedora para financiar la construcción, distinguiéndolo de aquellos otros casos en los que los gastos de constitución del préstamo hipotecario sobre la vivienda adquirida tiene como finalidad financiar la adquisición de la vivienda y la parte compradora se haya subrogado en el mismo. Es el caso de la STS (1ª) de 1 de junio de 2000 (RJ 2000/5090) y de las SSAP de Madrid de 8 de julio de 1994 (AC 1994/1486), de A Coruña de 15 de octubre de 1999 (AC 1999/2034), de Sevilla de 8 de octubre de 2003 (JUR 2003/264629), de Badajoz de 27 de julio de 2006 (JUR 2006/279628), de Murcia de 28 de mayo de 2007 (JUR 2007/303395), de Madrid de 18 de febrero de 2011 (AC 2011/847).

<sup>47</sup> Para CORDERO LOBATO es claro que, según la normativa arancelaria, si el consumidor es quien solicita la cancelación de la hipoteca es éste quien debe asumir los gastos, («Aranceles notariales y registrales por cancelación de hipotecas», ([http://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/images/CONTRATOS\\_INMOBILIARIOS/5-2011-2.pdf](http://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/images/CONTRATOS_INMOBILIARIOS/5-2011-2.pdf)). En esta línea, AGÜERO ORTIZ considera que los gastos de cancelación deben ser abonados por el consumidor, que es el interesado en cancelar el gravamen, sin que puedan trasladarse al consumidor los gastos de desplazamiento y los gastos de certificado de deuda cero, al ser una obligación de la entidad bancaria («Nulidad de la cláusula de gastos de formalización: alcance y consecuencias», *Protección del consumidor-deudor hipotecario: realidad y perspectivas de futuro. Actas del curso de verano 2017, Revista Cesco*, núm. 22-2017, p. 15).

<sup>48</sup> AC 2016/2398.

<sup>49</sup> En contra de la declaración de nulidad, la SAP de Málaga de 16 de diciembre de 2003 (JUR 2004/67631), al quedar probada la negociación individual del contenido de la cláusula que trasladaba los gastos de cancelación de hipoteca al prestatario.

del otorgamiento de la escritura de cancelación serían de cargo del prestamista, lo que se traduce en que su imposición al consumidor suponga un desequilibrio, debiendo declararse nula dicha cláusula<sup>50</sup>. Con los mismos argumentos, la Audiencia Provincial de Asturias, en Sentencia de 6 de julio de 2017<sup>51</sup>, declaró nula por abusiva la cláusula que trasladaba al consumidor el pago de los gastos de cancelación de la hipoteca<sup>52</sup>. Nosotros consideramos que en esta operación el verdadero interesado es el consumidor, de manera que, será él quien deberá correr con los gastos de cancelación de la hipoteca en aplicación de la normativa arancelaria.

### *3.3. Repercusión de los gastos pre-procesales y procesales derivados de la reclamación al prestatario del cumplimiento de su obligación de pago*

Es práctica generalizada de las entidades bancarias la inclusión en sus préstamos hipotecarios, como un gasto más trasladable al prestatario, el abono de los gastos pre-procesales y procesales derivados de la reclamación por incumplimiento del pago de cuotas de la hipoteca, incluyendo honorarios de abogado y procurador, incluso cuando su intervención no sea preceptiva. El tenor literal de este tipo de cláusula suele ser el siguiente:

*«... serán de cuenta y cargo en todo caso de la parte prestataria, cuantos gastos tengan su origen en la tramitación de los procedimientos judicial o extrajudicial, con inclusión de los intereses pactados que se devenguen desde la fecha de la reclamación, honorarios profesionales, gastos fiscales, etc.». “Idéntica norma se seguirá con los gastos, costas y perjuicios que origine la parte deudora por incumplimiento de contrato con inclusión de los honorarios de Letrado y Procurador si, aunque fuere voluntariamente, se utilizara su intervención...».*

Es nula de pleno derecho la cláusula que impone al prestatario el pago de todas las costas del proceso. Estas cláusulas únicamente pueden ser válidas si se ajustan a la regulación que la Ley de Enjuiciamiento Civil contiene en esta materia, al tratarse de normas imperativas. Los artículos 394 y 398 LECiv siguen el criterio del vencimiento en los procesos declarativos, al imponer las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones. En casos de estimación parcial, cada parte hará frente a las costas devengadas a su instancia. En ambos supuestos, a excepción de los casos de temeridad. Si la estimación total o parcial es del recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación no se condenará en costas a ninguno de los litigantes.

En los procesos de ejecución, en cambio, el artículo 559.2, párrafo 2º LECiv impone las costas al ejecutante cuando se deje sin efectos el despacho de la ejecución por

<sup>50</sup> JUR 2017/190824.

<sup>51</sup> JUR 2017/1131.

defectos o faltas no subsanables o este trámite no haya sido realizado en tiempo; mientras que, el artículo 561 LECiv condena en costas a la ejecutante de estimarse la oposición a la ejecución por motivos de fondo. En este sentido, la condena en costas no es siempre al ejecutado.

La declaración de nulidad de este tipo de cláusulas tiene un fundamento doble: en primer lugar, el carácter imperativo de nuestras normas procesales, cuya infracción automáticamente va a traducirse en nulidad de pleno derecho de la cláusula, ya se trate de un empresario o un consumidor; en segundo lugar, y para el caso de los consumidores, el desequilibrio que produce entre los derechos y obligaciones de las partes, en contra de la buena fe, y en perjuicio del consumidor imponer las costas procesales al prestatario sin tener en cuenta la procedencia legal de la reclamación o de la oposición a la reclamación, ni las facultades de moderación que la ley otorga a los tribunales, cuando se aprecien serias dudas de hecho o de derecho<sup>53</sup>. De todo ello se desprende que la condena en costas a los ejecutados, si debe tener lugar, en ningún caso será fruto de la estipulación, sino consecuencia de la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>54</sup>.

Por lo que respecta al pago por parte del prestatario de los honorarios de abogados y aranceles de procurador, incluso cuando la intervención no sea preceptiva, es claro al respecto lo dispuesto en el artículo 32.5 LECiv, que excluye estos gastos de una eventual condena en costas, salvo casos de temeridad, o que el domicilio de la parte representada o defendida esté en lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio. En este sentido, la cláusula que impone al prestamista tales gastos es nula por infringir una norma imperativa, además de poder calificarse de abusiva por falta de reciprocidad y por provocar un total desconocimiento del consumidor de las situaciones en las que el prestamista va a valerse de abogado y procurador, cuando su

<sup>53</sup> STS (1ª) de 23 de diciembre de 2015 (RJ 2015/5714); SSAP de Murcia de 25 de febrero de 2016 (AC 2016/489), de Tarragona de 1 de junio de 2016 (AC 2016/1976), de Valencia de 1 de marzo de 2017 (JUR 2017/154862), de Pontevedra de 28 de marzo de 2017 (JUR 2017/94899), de Badajoz de 11 de mayo de 2017 (JUR 2017/160519).

El JPI de Benidorm, en las Sentencias de 5 de junio de 2017 (JUR 2017/147403 y 150351), añade un argumento más para la nulidad: la falta de transparencia de la cláusula que impone tales gastos.

<sup>54</sup> La Audiencia Provincial de Madrid, en la Sentencia de 7 de diciembre de 2016 (JUR 2017/17057) considera, sin embargo, válida la cláusula que impone las costas del proceso al prestatario porque según el artículo 539.2 LECiv corresponde al ejecutado afrontar las costas de la ejecución. A ello habría que responder que no en todos los procesos de ejecución que se inician las costas deben ser abonadas por el ejecutado. El artículo 559.2, párrafo 2º LECiv impone las costas al ejecutante cuando se deje sin efectos el despacho de la ejecución por defectos o faltas no subsanables o este trámite no haya sido realizado en tiempo. Por su parte, el artículo 561 LECiv condena en costas a la ejecutante, de estimarse la oposición a la ejecución por motivos de fondo.

actuación no es preceptiva. Esta cláusula en ningún caso supera el control de contenido de los artículos 82 TRLGDCU y 8 LCGC<sup>55</sup>.

En el caso de los gastos pre-procesales, tampoco puede admitirse como válida la cláusula que traslada estos gastos al prestatario con fundamento en los artículos 1100 y 1101 CC<sup>56</sup>. Es posible que la reclamación extrajudicial que realice el prestatario no esté claramente fundada, que se trasladen tales gastos, cuando no se ha hecho reclamación alguna o que la reclamación de la deuda no haya generado verdaderamente ningún gasto. Sobre este particular, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre sobre transparencia y protección del cliente de servicios bancarios establece en su artículo 3.1 párrafo 2º, que *«solo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos»*<sup>57</sup>. En el mismo sentido, el Proyecto de Ley de Crédito Inmobiliario introduce en el artículo 12.2 la posibilidad de la entidad bancaria de repercutir gastos por servicios relacionados con los préstamos, *«siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos que puedan acreditarse»*. Además resulta abusivo que la entidad bancaria no establezca las gestiones que va a realizar a efectos de reclamar la deuda<sup>58</sup>.

#### 3.4. Imposición al consumidor del pago de tributos que gravan el préstamo hipotecario

La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 viene a confirmar el pronunciamiento de la Audiencia Provincial, que declaraba nula por abusiva la cláusula que imponía al consumidor el pago del impuesto de actos jurídicos documentados derivado del contrato de préstamo hipotecario, al considerar que en aplicación de la normativa tributaria el sujeto pasivo del impuesto es la entidad bancaria y no el prestatario. El Tribunal Supremo fundamenta su fallo en la interpretación conjunta de los artículos 8, 27 y 28 del RD-Ley 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos

<sup>55</sup> SSAP de Murcia de 25 de febrero de 2016 (AC 2016/489), de Málaga de 5 de julio de 2016 (JUR 2016/268365), de Tarragona de 1 de junio de 2016 (AC 2016/1976), de Valencia de 1 de marzo de 2017 (JUR 2017/154862), de Badajoz de 11 de mayo de 2017 (JUR 2017/160519). En el mismo sentido, las SSJPI de Orense de 19 de marzo de 2014 (JUR 2017/145976), de Bilbao 29 de marzo de 2017 (JUR 2017/90439), de Sevilla de 18 de mayo de 2017 (JUR 2017/235940), de Santander de 14 de julio de 2017 (JUR 2017/198980).

<sup>56</sup> Se apoyan en tal argumento para defender la validez de este tipo de cláusulas, la SAP de Madrid de 7 de diciembre de 2016 (JUR 2017/17057) o la SJPI de Granollers de 21 de diciembre de 2016 (JUR 2017/9372).

<sup>57</sup> SAP de Guipúzcoa de 20 de abril de 2015 (AC 2015/991) y SAP de Asturias de 29 de septiembre de 2014 (JUR 2014/277837), entre otras.

<sup>58</sup> En este sentido, AGÜERO ORTIZ, A., «Nulidad cláusula de gastos II: ¿A quién corresponde cada gasto en virtud del derecho supletorio?», (<http://blog.uclm.es/cesco/files/2017/01/Nulidad-de-la-clausula-de-gastos-en-prestamos-hipotecarios.pdf>).

Jurídicos Documentados (en adelante, TRLITPyAJD), en conexión con el artículo 89.3 c) TRLGDCU. Para el Alto Tribunal la entidad bancaria no queda al margen del pago del impuesto, al ser sujeto pasivo por lo que respecta a la constitución del derecho y también por la expedición de copias, actos y testimonios que interese. Por este motivo, trasladar al consumidor el pago de las obligaciones tributarias, cuando éstas corresponden al empresario, hace nula la cláusula por abusiva<sup>59</sup>.

Esta interpretación que realiza la Sala Primera del Tribunal Supremo de la normativa tributaria reabre nuevamente el debate acerca de quién es el sujeto pasivo del impuesto, al entrar en contradicción con la jurisprudencia de la Sala Tercera, que establece como sujeto pasivo al prestatario, en aplicación del artículo 68 del RD 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante, RTPyAJD)<sup>60</sup>. Según este artículo, y en consonancia con lo dispuesto en el artículo 29 del mismo texto legal, *«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»*. El problema se plantea cuando tratamos de conectar el artículo 29 con el párrafo segundo del artículo 68, en el que se establece que *«cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario»*. Para la Sala Tercera, al existir unidad de hecho imponible en materia de préstamos, la consecuencia no puede ser otra que el único sujeto pasivo posible es el prestatario, sea cual sea el tipo de préstamo realizado, ya que en virtud de los artículos 8 y 15 TRLITPyAJD los préstamos hipotecarios tributan por el mismo concepto que cualquier

<sup>59</sup> En este mismo sentido, encontramos las SSAP de Tarragona de 1 de julio de 2016 (AC 2016/1976), de Navarra de 27 de enero de 2017 (JUR 2017/137982), de Pontevedra de 28 de marzo de 2017 (JUR 2017/94899); de Badajoz de 11 de mayo de 2017 (JUR 2017/160519). También las SSJPI de Granollers de 21 de diciembre de 2016 (JUR 2017/9372), de Bilbao de 29 de marzo de 2017 (JUR 2017/90439), de Cáceres de 25 de abril de 2017 (JUR 2017/115413), de Sevilla de 18 de mayo de 2017 (JUR 2017/235940), de Benidorm de 5 de junio de 2017 (JUR 2017/147403), de Castellón de 6 de julio de 2017 (JUR 2017/190826), de Bilbao de 6 de septiembre de 2017 (JUR 2017/235994), de Madrid de 7 de septiembre de 2017 (JUR 2017/226575).

En contra se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Asturias, en la Sentencia de 25 de noviembre de 2016 (AC 2016/2398), en un caso de ampliación y novación del crédito hipotecario, el que la entidad bancaria imponía al prestatario-consumidor el pago del impuesto de actos jurídicos documentados y los gastos notariales y registrales. Para la Audiencia Provincial en este caso el obligado al pago del impuesto es el consumidor, puesto que el pago del impuesto se devenga por la ampliación del préstamo hipotecario, siendo interesados en esta operación los prestatarios.

<sup>60</sup> Recientemente se ha pronunciado la DGRN, en la Resolución de 24 de mayo de 2017 (RJ 2017/2526) a favor de la inscripción de la cláusula de gastos que impone el pago del impuesto de actos jurídicos documentados al prestatario, al considerar que, en aplicación del artículo 68, párrafo 2º RTPyAJD y la interpretación que de este precepto realiza la Sala Tercera del Tribunal Supremo, el sujeto pasivo del impuesto es el prestatario.

otro préstamo<sup>61</sup>. Para esta Sala en ningún momento el artículo 68, párrafo 2º RITPyAJD se extralimita en su contenido ni contradice los artículos 29 TRITPyAJD y 31.1 CE, tal y como mantiene un sector de la doctrina científica<sup>62</sup>, por cuanto se limita a desarrollar y especificar la concreta aplicación del mismo sin contradecirlo, en tanto que entiende que el prestatario es el adquirente del derecho al que se refiere el texto legal (esto es, al préstamo recibido), no pudiendo referirse al acreedor hipotecario porque la hipoteca no se adquiere, sino que opera como garantía del préstamo.

Este debate parece haber llegado nuevamente a su fin tras las recientes Sentencias de Pleno, de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 (núms. 147/2018 y 148/2018)<sup>63</sup>, en las que se modifica el criterio de la Sentencia de 23 de diciembre de 2015, en relación a quien debe abonar el impuesto, llegando a la conclusión, en consonancia con la doctrina de la Sala Tercera, que el sujeto pasivo del impuesto es el prestatario.

Por su parte, el Tribunal Constitucional viene a refrendar la postura de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, al inadmitir dos cuestiones de inconstitucionalidad, mediante Auto de 18 de enero de 2004 (RTC 2005/24) y 4 de mayo de 2005 (RTC 2005, 223), tras considerar que no existe como se alega una vulneración del principio de capacidad económica del artículo 31.1 CE, puesto que la propia capacidad de endeudarse es una manifestación de riqueza potencial, de manera que determinar que el sujeto pasivo del impuesto es el prestatario no puede ir en contra de este principio. Tampoco se produce una vulneración del principio de igualdad del artículo 14 CE, al dispensarse el mismo tratamiento a todos aquellos que solicitan un préstamo y, posteriormente, constituyen una garantía hipotecaria. Se trata, por tanto, a juicio del tribunal, de una opción de política legislativa perfectamente válida desde el punto de vista constitucional.

En virtud de lo expuesto, el mantenimiento de la tesis que defiende la nulidad de este tipo de cláusulas por abusivas se enfrenta a varios problemas:

1º La redacción del artículo 68 párrafo 2º RTPyAJD que establece claramente que el sujeto pasivo del impuesto es el prestatario. Aunque la Ley de Transmisiones Patrimoniales parece clara en su redacción, al señalar el artículo 29 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»*, lo

<sup>61</sup> SSTs (Sala 3ª) de 19 de noviembre de 2001 (RJ 2001/848), 24 de junio de 2002 (RJ 2002/8214), 20 de enero de 2004 (RJ 2004/535), 31 de octubre de 2006 (RJ 2006/7837), 9 de febrero de 2015 (RJ 2015/901).

<sup>62</sup> AGÜERO ORTIZ, A., «Análisis crítico de las últimas Sentencias...», cit., pp. 70-73; RIBÓN SEISDEDOS, E., *Cláusula suelo y reclamación de gastos hipotecarios*, Sepin, Madrid, 2017, p. 226.

<sup>63</sup> RJ 2018/1241 y RJ 2018/966.

que nos lleva a pensar que el sujeto pasivo del impuesto no puede ser otro que el prestamista porque es quien adquiere el derecho de garantía real y quien solicita la primera copia<sup>64</sup>, sin embargo una interpretación conjunta del artículo 68, párrafo 2º del Reglamento y del artículo 8 c) TRLTPyAJD puede llevar a pensar que el sujeto pasivo del impuesto es el prestatario, con independencia de que no compartamos tal regulación.

2º Aunque se pueda entender que este artículo entra en contradicción con la regulación que realiza la Ley, lo cierto es que ni el Tribunal Constitucional ni la Sala Tercera del Tribunal Supremo lo han entendido así<sup>65</sup>, siendo competente para determinar quién es el sujeto pasivo del Impuesto la Sala Tercera<sup>66</sup>. De hecho, esta Sala se ha pronunciado recientemente, mediante Auto de de 17 de mayo de 2017, inadmitiendo un recurso de casación por considerar que no existe interés casacional cuando se fundamenta dicho interés en la doctrina emitida por la Sala Civil del Tribunal Supremo en la Sentencia de 23 de diciembre de 2015.

3º Teniendo en cuenta la redacción actual del artículo 68, párrafo 2º del Reglamento y la interpretación que de la normativa tributaria realizan la Sala Tercera del Tribunal Supremo y el propio Tribunal Constitucional, cualquier cláusula que imponga al prestatario la obligación de pago del impuesto únicamente estaría reproduciendo lo que dice la Ley, por lo que no puede considerarse la cláusula abusiva, en aplicación del artículo 89.3 TRLGDCU, al no imponer al consumidor el pago de un tributo que por ley no le corresponde<sup>67</sup>.

Ciertamente, a nuestro juicio, el artículo 68, párrafo 2º RITPyAJD entra en clara contradicción con lo que dispone el artículo 29 TRLTPyAJD, ya que éste debe gravar, en el caso de préstamos hipotecarios, y según la Ley de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, a la persona que realmente es adquirente del derecho real, no teniendo ningún sentido establecer que el adquirente del derecho en las hipotecas es el prestatario, y menos aún que la adquisición del derecho al que se

<sup>64</sup> El artículo 28 TRLTPyAJD señala como hecho imponible las escrituras, actas y testimonios notariales. En el caso de las escrituras tributa la primera copia.

<sup>65</sup> A favor de la interpretación que realiza la Sala Tercera del Tribunal Supremo, puede citarse la SAP de Asturias de 25 de noviembre de 2016 (AC 2016/2398) y la SAP de Pontevedra de 28 de marzo de 2017 (JUR 2017/94899). En primera instancia, las SSJPI de Oviedo de 9 de diciembre de 2016 (JUR 2017/1549), de Santander de 14 de julio de 2017 (JUR 2017/198980), de Zaragoza 21 de julio de 2017 (JUR 2017/199984) o de Pamplona de 14 de septiembre de 2017 (JUR 2017/232096).

<sup>66</sup> La propia Sala Primera del Tribunal Supremo ha manifestado su falta de jurisdicción para conocer de cuestiones tributarias vía prejudicial, cuando la controversia sea la determinación del sujeto pasivo de un impuesto. Es el caso de la Sentencia de 18 de mayo de 2016 (JUR 2016/3678).

<sup>67</sup> A favor de la nulidad con fundamento en el artículo 89.3 TRLGDCU, BALLUGUERA GÓMEZ, C., «Documentación, inscripción y gestión de hipoteca y obligaciones tributarias», cit., p. 9.

refiere la ley es del derecho de préstamo y que éste lo adquiere el prestatario<sup>68</sup>. Por otra parte, la regulación del artículo 68, en su párrafo 2º supone una extralimitación respecto a lo que establece la Ley de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en su artículo 29, puesto que en las hipotecas no existe adquisición de derecho alguno por el prestatario. El párrafo segundo del artículo 68 contraría incluso el párrafo primero, en el que se establece que el sujeto pasivo del impuesto es el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que instan o solicitan los documentos notariales<sup>69</sup>. En la mayoría de los casos son las entidades bancarias las que solicitan esta operación, ya que es a ellas a quien le interesa, beneficiando la adquisición del derecho al acreedor hipotecario<sup>70</sup>. También existe extralimitación, si lo conectamos con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que exige reserva de ley para la determinación de los elementos esenciales de los tributos, como pueda ser el sujeto pasivo del impuesto. Además el documento notarial se grava porque contiene un acto jurídico inscribible en el Registro de la Propiedad, que es la hipoteca, y no porque se haya celebrado un contrato de préstamo, que podría no haberse realizado ante notario de no ser por la garantía. Es la entidad bancaria la beneficiaria claramente de la expedición del documento al que se refiere el artículo 29 TRLITPyAJD. A pesar de ello, por el momento, parece claro que la solución actual a este problema pasa por reformar el Reglamento.

### 3.5. Otras partidas de gastos cuya traslación al consumidor puede considerarse abusiva

#### 3.5.1. Gastos de tasación

La elaboración de un informe de tasación del bien inmueble hipotecado es otro de los gastos que las entidades bancarias repercuten en el consumidor, a pesar de que la

<sup>68</sup> De esta misma opinión se muestra GÁMEZ GUMERSINDO, C., «Préstamos hipotecarios. Abusividad de la cláusula relativa a los gastos de formalización de la hipoteca, imputados de forma genérica al consumidor», cit., p. 123; CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., *La nulidad de la cláusula de gastos...*, cit., pp. 104 y 105.

<sup>69</sup> CASERO BARRÓN, R., «¿Quién debe abonar el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados?», *Actas del curso de verano sobre protección del consumidor-deudor hipotecario: realidad y perspectivas de futuro, celebrado en Cuenca los días 3 y 4 de julio de 2017*, CESCO, núm. 22/2017, pp. 18 y 19; AGÜERO ORTIZ, A., «Análisis crítico de las últimas Sentencias...», cit., pp. 70-73; RIBÓN SEISDEDOS, E., *Cláusula suelo y reclamación de gastos hipotecarios*, cit., p. 226.

<sup>70</sup> MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, J., *Estudios sobre el Reglamento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 135. Para CONCEIRO DEL RÍO esta regulación, sin embargo, viene a resolver el problema respecto a quien debía considerarse adquirente de la garantía en aplicación del párrafo primero del artículo 68 del Reglamento, quedando claro que, en el caso de los préstamos hipotecarios, el sujeto pasivo del impuesto es el prestatario (*Exenciones en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos jurídicos Documentados*, Bosch, Barcelona, 2010, p. 324); ZEJALBO MARTÍN, J., «El obligado al pago del impuesto de AJD y de los honorarios notariales en el préstamo hipotecario es el prestatario (Según Sentencia Audiencia Provincial Pontevedra de 28 de marzo de 2017)», (<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/fiscal/articulos-fiscal/gastos-hipoteca-obligado-pago-impuesto-notaria-registro-proceso/>).

prestación de este servicio a quién beneficia realmente es al prestamista. Y ello por varios motivos: en primer lugar, porque la fijación del valor de tasación del inmueble permite conocer si el prestatario tiene garantía suficiente y cuánto debe prestarle<sup>71</sup>; en segundo lugar, porque en caso de impago de las cuotas, resulta necesaria la tasación, si la entidad bancaria quiere tramitar la ejecución. El artículo 682.2 LECiv, tras la reforma operada mediante Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, establece que en el caso en que se persigan bienes hipotecados, procederá la ejecución, cuando en la escritura de constitución de la hipoteca se fije el valor de tasación, para que sirva de tipo de subasta, no pudiendo éste ser inferior al 75% de dicha valoración. La misma previsión puede encontrarse en el caso de venta extrajudicial (artículo 129.2 LH). Esta afirmación viene a ser secundada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en las Resoluciones de 7 de octubre de 2015 y 14 de septiembre de 2016, que admite la obligatoriedad de este informe a pesar de las reformas acontecidas en materia procesal e hipotecaria (arts. 682.2 LECiv y 129 LH). En tercer lugar, porque si no se produce la tasación, el banco no puede emitir cédulas o bonos hipotecarios que permiten vender esos préstamos a los inversores (art. 5 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario)<sup>72</sup>.

Teniendo en cuenta, por tanto, que es la entidad bancaria la principal interesada en la realización de la tasación, imponer al consumidor, mediante una condición general, el pago de los gastos derivados de la misma, hacen de ésta una cláusula claramente abusiva. En este sentido, se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Gerona, en la Sentencia de 10 de marzo de 2016<sup>73</sup>, al considerar que se trata de un gasto que debe afrontar el empresario, en aplicación del artículo 89.3 a) TRLGDCU, siendo ésta la parte interesada en conocer este dato a efectos de garantizar el inmueble. En el mismo sentido, el Juzgado de Primera Instancia de Barakaldo, en Sentencia de 27 de marzo de 2017<sup>74</sup>, declaró nula por abusiva la cláusula de gastos de tasación, a pesar de considerar que existe un interés por ambas partes contratantes en que se elabore el informe de tasación, lo que va a repercutir finalmente en los efectos restitutorios

<sup>71</sup> La tasación del inmueble es una excelente medida para prevenir los abusos contra el deudor al ser concedidos los préstamos en la mayoría de los casos por prestamistas profesionales y usureros (ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «La tasación de los préstamos hipotecarios: para qué sirve y cuándo es necesaria», blog hay derecho (<https://hayderecho.com/2016/12/12/la-tasacion-en-los-prestamos-hipotecarios-para-que-sirve-y-cuando-es-necesaria/>)).

<sup>72</sup> Establece el artículo 5, en su párrafo segundo, que «el préstamo o crédito garantizado con esta hipoteca no podrá exceder del 60% del valor de tasación del bien hipotecado. Cuando se financie la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo o crédito podrá alcanzar el 80% del valor de tasación, sin perjuicio de las excepciones que prevé esta Ley».

<sup>73</sup> JUR 2016/102096.

<sup>74</sup> JUR 2017/73051.

derivados de la declaración de nulidad. Se refiere el Juzgado al interés de ambas partes contratantes en el siguiente sentido:

*«[...] el artículo 682 LEC fija la necesidad de efectuar una tasación del bien para poder despachar a posteriori una ejecución hipotecaria, pero al mismo tiempo es requisito indispensable, de conformidad a la Ley 2/1981, para que se pueda llegar a conceder un préstamo hipotecario para la adquisición de una vivienda, por lo que volvemos a encontrarnos con intereses de ambas partes en la tasación [...]».*

A pesar de lo ello, la inmensa mayoría de resoluciones judiciales consideran que la cláusula que traslada los gastos de tasación al prestatario es ajustada a derecho, al tratarse el valor de tasación de un dato necesario para formular la oferta de préstamo, beneficiando por consiguiente al prestatario. Podemos citar como ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 6 de febrero de 2015<sup>75</sup>; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 4 de diciembre de 2015<sup>76</sup>, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, de 3 de marzo de 2017<sup>77</sup> o las Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, de 19 de mayo y 2 de junio de 2017<sup>78</sup>. En la misma línea, el Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza, en Sentencia de 21 de julio de 2017, declaró ajustada a derecho la cláusula de gastos de tasación, al entender que el consumidor resulta beneficiado por las garantías que ofrece la tasación de cara a determinar el tipo de subasta o fijar el porcentaje mínimo de dicho tipo por debajo del cual no se podrá adjudicar el bien en un procedimiento de ejecución<sup>79</sup>.

Se ha utilizado también como argumento para defender la validez de la cláusula que la ley otorga la posibilidad al consumidor de que aporte un informe de tasación. El Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián, en Sentencia de 23 de diciembre de 2015, consideró que la cláusula que imponía los gastos de tasación al prestatario era perfectamente válida porque, además de ser la persona beneficiaria de este servicio, pudo haber solicitado el informe de tasación y no lo hizo, siendo éste quien debe informar de los datos relacionados con la valoración del inmueble<sup>80</sup>. Esta afirmación no es conforme con la normativa protectora de los consumidores en materia bancaria. Es cierto que en aplicación del artículo 3 bis I de la Ley 2/1981, el prestatario puede aportar el informe de tasación, si ha sido realizado por una empresa homologada, y no está caducado, debiendo ser aceptado por la entidad bancaria. Pero no es obligación del prestatario aportarlo ni tampoco se dice en la Ley que deba asumir los gastos

<sup>75</sup> JUR 2015/790020.

<sup>76</sup> JUR 2016/46339.

<sup>77</sup> JUR 2017/111325.

<sup>78</sup> JUR 2017/175335 y 171744.

<sup>79</sup> En idéntico sentido, la SJPI de Pamplona de 14 de septiembre de 2017 (JUR 2017/232096).

<sup>80</sup> JUR 2016/63440.

derivados de la prestación de este servicio. De hecho, la Ley 2/2009, de 31 de marzo, de regulación de la contratación con consumidores de préstamos o crédito hipotecarios identifica este servicio como accesorio, pudiendo ser éste asumido por el consumidor o no<sup>81</sup>, lo cual no impide que la cláusula en la que se establece dicho pacto pueda calificarse de abusiva, al imponer al consumidor el abono de unos gastos que en el marco de una negociación individual el consumidor no aceptaría tras conocer las finalidades reales de la tasación. Esto produce un claro desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, en contra de la buena fe, y en perjuicio del consumidor al trasladarle los gastos de un servicio que corresponde abonar al prestamista, al ser la persona interesada en el mismo, además del solicitante en la inmensa mayoría de los casos (art. 89.3 TRLGDCU). Por otra parte, se trata de la imposición de un servicio accesorio que el cliente no ha solicitado, lo que infringe claramente el artículo 89.4 TRLGDCU<sup>82</sup>, con independencia de que el interesado en la prestación del servicios sea la entidad bancaria y no el consumidor. Todo ello nos lleva a concluir que la cláusula que impone los gastos de tasación al consumidor es claramente abusiva.

### 3.5.2. Gastos de gestoría

Es habitual que las entidades bancarias encarguen a una gestoría la tramitación de la inscripción en el Registro de la Propiedad de las escrituras de préstamo hipotecario y la liquidación del correspondiente impuesto. De este modo, la gestoría corre con los riesgos que supone entregar el importe del préstamo solicitado antes de llevar a cabo dicho trámite. Los costes que supone la contratación de una gestoría de confianza por parte de la entidad bancaria para que realice dichos trámites suelen trasladarse también al consumidor como una partida más incluida en la llamada cláusula de gastos. Como sucede en el caso de los gastos de tasación, este tipo de prácticas son contrarias al artículo 89.4 TRLGDCU, al imponer al consumidor la contratación de un servicio accesorio no solicitado. Se trata de un servicio que además beneficia al prestamista, ya que su contratación permite finalizar con la formalización de la hipoteca, que es la operación que garantiza el contrato de préstamo celebrado. En este sentido, la cláusula que impone al consumidor el pago de gastos que por su naturaleza corresponden al empresario, debe considerarse abusiva, en aplicación del artículo 89.3 a) TRLGDCU. Además, se trata de una cláusula que razonablemente el consumidor no hubiera aceptado en el marco de una negociación individual.

<sup>81</sup> Art. 15.

<sup>82</sup> A estos argumentos AGÜERO ORTIZ añade la privación al consumidor de derechos reconocidos en normas imperativas o dispositivas, si la cláusula contenía su derecho a aportar una tasación de otro tasador homologado («Nulidad de la cláusula de gastos...», cit., pp. 20 y 21).

Si bien es cierto que la mayoría de resoluciones judiciales declaran esta cláusula nula por abusiva, la jurisprudencia menor se encuentra dividida sobre esta concreta cuestión. Mientras la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 17 de febrero de 2017<sup>83</sup> declaró abusiva la cláusula que repercutía en el consumidor los gastos de gestoría, condenando a la entidad bancaria a su restitución, las Sentencias de esta misma Audiencia, aunque de diferente sección, de 27 de enero y 24 de marzo de 2017<sup>84</sup> consideraron válida la repercusión al consumidor de tales gastos, al ser un servicio que asegura la inscripción en el Registro de la Propiedad, y, por tanto, la válida constitución de la hipoteca, evitando el riesgo que supone la entrega del importe del préstamo sin que se haya llevado a cabo la inscripción.

En el caso de los Juzgados de Primera Instancia, la mayoría de sentencias declaran nulas por abusivas este tipo de cláusulas. El Juzgado de Primera Instancia de Pamplona, en Sentencia de 14 de septiembre de 2017<sup>85</sup>, consideró abusiva la cláusula de gastos de gestoría al no existir prueba alguna de que la prestación de dicho servicio fuera de mutuo acuerdo, quedando anulada la posibilidad de elección por parte del consumidor, lo que, según el Juzgado, produjo claro desequilibrio entre las partes, en perjuicio del prestatario. También el Juzgado de Santander, en Sentencia de 14 de julio de 2017<sup>86</sup>, declaró nula por abusiva la cláusula de gastos en aplicación del artículo 89.3 TRLGDCU, al imponer al consumidor el pago de un servicio que corresponde al empresario. En el mismo sentido encontramos las Sentencias del Juzgado de Primera Instancia de Oviedo de 9 de diciembre de 2016<sup>87</sup>, del Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián de 14 de junio de 2017<sup>88</sup>, o del Juzgado de Primera Instancia de Vigo de 28 de abril de 2016<sup>89</sup>. En todas ellas la imposibilidad de elección por parte del consumidor del servicio de gestoría y la traslación al consumidor de los gastos de un servicio, cuyo pago corresponde al empresario, fundamentan la declaración de nulidad.

#### 4. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD

La no superación del control de contenido tiene como efecto la nulidad de la cláusula tachada de abusiva. El artículo 8 LCGC establece como sanción la nulidad para aquellas

<sup>83</sup> JUR 2017/94723.

<sup>84</sup> JUR 2017/54580 y 99171.

<sup>85</sup> JUR 2017/232096.

<sup>86</sup> JUR 2017/198980.

<sup>87</sup> JUR 2017/1549.

<sup>88</sup> JUR 2017/154282.

<sup>89</sup> JUR 2016/125297.

En un sentido distinto se pronuncia la Sentencia de 21 de julio de 2017 del Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza (JUR 2017/199984), al entender que, aunque la cláusula es nula por abusiva, también beneficia al consumidor, lo que se traduce en una distribución equitativa de los gastos.

condiciones generales de la contratación que resulten ser abusivas, siempre que se trate de contratos celebrados entre un empresario y un consumidor. Del mismo modo, el artículo 83 TRLGDCU prevé la nulidad de las cláusulas no negociadas individualmente que sean declaradas abusivas, debiendo tenerse por no puestas, sin que sea posible su moderación o integración por el juez. En ambos casos se trata de una nulidad de pleno derecho que funciona *ipso iure*, de tal forma que la cláusula va a carecer de efectos sin necesidad de intervención judicial<sup>90</sup>. Esta nulidad no podrá ser invocada por el predisponente, lo que no impide que pueda ser declarada por el juez de oficio en beneficio del adherente. La nulidad de la cláusula no es incompatible con la subsistencia del contrato, que va a continuar desplegando sus efectos, pero sin la cláusula en cuestión.

Por lo que se refiere a los efectos derivados de la declaración de nulidad, señala el artículo 1303 CC que *“declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes”*. Aunque para un sector de la doctrina esta restitución es consecuencia ineludible de la declaración de nulidad, por lo que no será necesario ejercitar una acción independiente de la principal, debiendo considerarse un efecto automático de ésta, no sujeto a plazo de prescripción<sup>91</sup>; esta tesis no es compartida de forma unánime por nuestros tribunales, que en ocasiones han denegado al prestatario la restitución de los gastos de la hipoteca, al no haberse ejercitado la acción de restitución como una acción independiente de la acción de nulidad<sup>92</sup>. Lo cierto es que en estos casos existe una pretensión por parte del consumidor de que se le restituyan las cantidades abonadas

<sup>90</sup> DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1971, p. 475; MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., «Comentario al art. 8 LCGC», cit., pp. 474 y 475; también en «Comentario al art. 83 TRLGDCU», cit., p. 754. En el mismo sentido, PASQUAU LIAÑO, M., «Comentario a los arts. 9 y 10 LCGC», *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coor. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Cizur Menor, 2000, p. 283; CAÑIZARES LASO, A., «Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016», *Revista de Derecho Civil*, vol. 3, núm. 4, 2016, p. 110.

<sup>91</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario al artículo 1303 CC», *Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia*, Madrid, 1991, p. 551; RIBÓN SEISDEDOS, E., *Cláusula suelo y reclamación de gastos hipotecarios. Acciones para su eliminación y devolución de cantidades indebidamente percibidas*, cit., p. 197. En contra, MARÍN LÓPEZ, M.J., «La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados», *Cesco*, núm. 22/2017, p. 90.

<sup>92</sup> A favor de la restitución de las prestaciones como consecuencia implícita e ineludible de la nulidad, sin que sea necesaria petición expresa, las SSTs (1ª) de 24 de febrero de 1992 (RJ 1992/1513), 9 de noviembre de 1999 (RJ 1999/80099), 22 de noviembre de 2005 (RJ 2005/10198), 23 de noviembre de 2011 (RJ 2012/569) o 4 de mayo de 2017 (RJ 2017/3273); SAP de Córdoba de 20 de julio de 2015 (JUR 2015/273227). Se oponen a la restitución de los gastos hipotecarios por no haberse solicitado en el procedimiento, las SSAP de La Coruña de 26 de enero de 2017 (JUR 2017/65488), de Zamora de 30 de marzo de 2017 (JUR 2017/123738), de Barcelona de 30 de junio de 2016 (AC 2016/196007) y 29 de septiembre de 2016 (JUR 2016/240522), de Huelva de 24 de febrero de 2016 (AC 2016/926) o la SJPI de Orense de 19 de marzo de 2014 (JUR 2017/145976).

indebidamente a la entidad bancaria, y esta pretensión si está sujeta a un plazo de prescripción. La restitución de las cantidades percibidas por el predisponente no podrá reclamarse sin límite temporal alguno, siendo en cualquier caso el plazo máximo para reclamar el general de las acciones personales<sup>93</sup>.

Este plazo comenzará a contar desde el día en que las acciones pudieron ejercitarse<sup>94</sup>. En el caso de la cláusula de gastos parece que ese momento debe coincidir con el de publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 en la web del Consejo General del Poder judicial; esto es, el 21 de enero de 2016, puesto que es a partir de esa fecha cuando el consumidor podía conocer, dada su difusión, que la cláusula de gastos era nula y que, por tanto, podía reclamar la restitución de las cantidades abonadas. Esto no impide que el plazo se acorte en aquellos casos en los que el consumidor pudo conocer o conoció con anterioridad que la cláusula de gastos era nula<sup>95</sup>.

Siendo nula por abusiva la cláusula de gastos, la consecuencia no puede ser otra que la restitución íntegra de las cantidades abonadas por el consumidor en tal concepto, siempre y cuando no haya transcurrido el plazo de prescripción de la acción restitutoria. En la jurisprudencia menor encontramos, sin embargo, soluciones contrapuestas; si bien es cierto que la mayoría de sentencias condenan a la restitución íntegra de las cantidades abonadas por el consumidor. En este sentido, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias de 1 de febrero y 17 de febrero de 2017<sup>96</sup>, en relación a los gastos notariales y registrales, condenan a la entidad bancaria a la restitución total de las cantidades abonadas en tal concepto, tras declarar la nulidad de la cláusula por abusiva:

<sup>93</sup> PASQUAU LIAÑO, M., «Comentario a los arts. 9 y 10 LCGC», cit., p. 288; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 233; MÚRTULA LAFUENTE, V., *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Madrid, 2012, p. 86; MARÍN LÓPEZ, M.J., «La prescripción de la acción de nulidad...», cit., p. 92; RIBÓN SEISDEDOS, E., *Cláusula suelo y reclamación de gastos hipotecarios*, cit., p. 198; CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., *La nulidad de la cláusula de gastos...*, cit., pp. 184 y 185.

MIQUEL GONZÁLEZ defiende la aplicación preferente del plazo de cuatro años previsto en el artículo 1301 CC («Comentario al art. 83 TRLGDCU», cit., p. 762). En este mismo sentido, DELGADO ECHEVERRÍA, J., («Comentario al art. 1301 CC», *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 545; CAÑIZARES LASO, A., *La caducidad de los derechos y acciones*, Civitas, Madrid, 2001, p. 152.

<sup>94</sup> Art. 1969 CC. Sobre qué debe entenderse por posibilidad de ejercicio de la acción, véase DÍEZ-PICAZO, L., *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 132-135.

<sup>95</sup> MARÍN LÓPEZ, M.J., «La prescripción de la acción de nulidad...», cit., p. 95; RIBÓN SEISDEDOS, E., *Cláusula suelo y reclamación de gastos hipotecarios*, cit., p. 198.

<sup>96</sup> JUR 2017/75770 y 94723.

*«[...] resultando nulas las estipulaciones señaladas, las consecuencias de ello derivadas no pueden ser otras que su expurgación, otorgando la tutela completa que de ello deriva al consumidor, por virtud del principio de efectividad consagrado en la Directiva 93/13, siendo además en el presente caso la restitución por la entidad bancaria de las cantidades derivadas de los pagos efectuados por la actora [...]».*

Entre los Juzgados de Primera Instancia y de lo Mercantil, admiten la restitución íntegra de los gastos notariales y registrales y del pago del impuesto de actos jurídicos documentados, las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil de Vigo, de 1 de diciembre de 2015<sup>97</sup>, del Juzgado de Primera Instancia de Granollers, de 21 de diciembre de 2016, del Juzgado de Primera Instancia de Cáceres, de 25 de abril de 2017<sup>98</sup> o del Juzgado de Primera Instancia de Bilbao, de 6 de septiembre de 2017<sup>99</sup>. De los gastos pre-procesales y procesales, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla de 18 de mayo de 2017<sup>100</sup>; de los gastos de gestoría, las Sentencias del Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián, de 14 de junio de 2017<sup>101</sup>; del Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza, de 21 de julio de 2017<sup>102</sup>, del Juzgado de Primera Instancia de Madrid, de 7 de septiembre de 2017<sup>103</sup> o del Juzgado de Primera Instancia de Pamplona de 14 de septiembre de 2017<sup>104</sup>. Respecto a los gastos de tasación, admite la restitución íntegra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Santander de 14 de julio de 2017<sup>105</sup>. En todas ellas el fundamento no es otro que la aplicación de los efectos contenidos en el artículo 1303 del CC.

A pesar de ello, como hemos indicado con anterioridad, existen sentencias en las que se condena a la restitución parcial de las cantidades abonadas por el prestatario. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 6 de julio de 2017<sup>106</sup>, a pesar de declararse nula la cláusula que trasladaba al consumidor el pago de los gastos notariales y registrales, sin embargo, se mantuvo la condena de restitución parcial establecida por el Juzgado, al no haber sido esta cuestión objeto de recurso. Aunque el Juzgado de Primera Instancia había declarado nula la cláusula de gastos, sin embargo, condenó a la entidad bancaria a la restitución de la mitad de las cantidades abonadas, al entender que tanto el prestamista como el prestatario eran parte interesada en la

<sup>97</sup> JUR 2016/79665.

<sup>98</sup> JUR 2017/115413.

<sup>99</sup> JUR 2017/235994.

<sup>100</sup> JUR 2017/235940.

<sup>101</sup> JUR 2017/154282.

<sup>102</sup> JUR 2017/199984.

<sup>103</sup> JUR 2017/226575.

<sup>104</sup> JUR 2017/232096.

<sup>105</sup> JUR 2017/198980.

<sup>106</sup> AC 2017/658.

operación. Pero no es éste un caso aislado. En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 19 de mayo de 2017<sup>107</sup>, condenó a la entidad bancaria a la devolución del 50% de los gastos notariales de la escritura de préstamo y constitución de la hipoteca y de los servicios de gestoría por beneficiar a ambas partes contractuales. Sin embargo, condenó a la restitución íntegra de los gastos de primera copia y copia simple de la escritura y los gastos derivados de la inscripción de la hipoteca por ser parte interesada la entidad bancaria. En el caso la Sentencia de 2 de junio de 2017<sup>108</sup>, condenó a la entidad bancaria al pago de la mitad de los gastos de notaría, al no quedar claro de donde partió la solicitud de estos servicios.

La misma solución encontramos en el caso de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barakaldo, de 27 de marzo de 2017, en relación a los gastos notariales, de gestión y tasación, cuya restitución se fijó en el 50%<sup>109</sup>. En esta línea, aunque con diferencias en relación al porcentaje de restitución, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Bilbao de 29 de marzo de 2017<sup>110</sup>, tras declarar la nulidad de pleno derecho de la cláusula de gastos que imponía al consumidor el pago de los aranceles notariales y registrales y los gastos de tasación, condenó a la entidad bancaria a la restitución del 50% de gastos notariales y de gestoría, al entender que beneficiaba a ambas partes (en el caso de la notaría, por cuanto que obtienen copias de las escrituras, lo formalizan ante la fe notarial y el prestatario ve fijado el importe máximo el importe máximo de la hipoteca en la escritura). Por lo que respecta a los gastos de tasación, condenó a la entidad bancaria a la devolución del 70%, al ser la parte más interesada en esta operación a los efectos de una posterior ejecución hipotecaria. De lo contrario –considera el Juzgado– se produciría una situación de enriquecimiento injustificado a favor del consumidor.

Más recientemente, el Juzgado de Primera Instancia de Málaga, en la Sentencia de 31 de octubre de 2017, tras declarar la nulidad de la cláusula de gastos, condenó a la entidad bancaria a la restitución del 50% de los gastos notariales, el 100% de los registrales y el 50% de los gastos de gestoría. No consideró, sin embargo, objeto de restitución el pago del impuesto de actos jurídicos documentados, al entender que el sujeto obligado al pago es el prestatario. Mantiene el Juzgado que la prestación de los servicios del notario y de gestoría benefician a ambas partes, tratándose de trámites necesarios para la constitución de la hipoteca y la formalización del préstamo. Sorprende el argumento utilizado por el Juzgado para fundamentar esta solución cuando afirma que «no acreditándose que se le diera a la parte actora la opción de

<sup>107</sup> JUR 2017/175335.

<sup>108</sup> JUR 2017/171744.

<sup>109</sup> JUR 2017/73051.

<sup>110</sup> JUR 2017/73051.

*acudir a una entidad de su elección, esta juzgadora entiende justificado que el coste del servicio sea repartido entre ambas partes».* De esta afirmación se desprende que es perfectamente razonable que, cuando al consumidor no se le da la oportunidad de acudir a otra gestoría, porque ni siquiera es informado de ello, lo que corresponde es que abone el 50% del servicio recibido.

Los argumentos en que se apoyan estas sentencias para defender la restitución parcial de las cantidades abonadas por el consumidor resultan inadmisibles. Como hemos explicado con anterioridad, en relación a los gastos notariales y registrales, la normativa arancelaria establece que, de no demostrarse quien solicitó el servicio, habrá que entender que el obligado al pago es el prestamista, al ser la persona que resulta beneficiada por la constitución de la garantía. Por otra parte, en aplicación de la normativa de consumidores, a falta de prueba por el banco de que el servicio fue solicitado por el consumidor, deberá presumirse que quien realmente solicitó el servicio fue la entidad bancaria, pues es práctica generalizada de los bancos elegir la Notaría donde se va a proceder al otorgamiento de la escritura, la gestoría que va a realizar los trámites de inscripción de la hipoteca y liquidación de los impuestos correspondientes, o la empresa que va a proceder a la tasación del inmueble, y simplemente comunicar al consumidor la elegida. En todos estos casos lo que se produce realmente es una moderación de los efectos derivados de la cláusula abusiva, actuación prohibida por el artículo 83 TRLGDCU. Condenar a la entidad bancaria a la restitución del 50% o del 70% de las cantidades abonadas, además de infringir la normativa de consumidores, genera una situación de enriquecimiento injustificado a favor de la entidad bancaria y en contra del consumidor, al ahorrarse aquélla afrontar unos costes que realmente le corresponde asumir. En aplicación del artículo 1303 CC la nulidad de pleno derecho se traduce en la restitución íntegra de las prestaciones, por lo que parece ilógico pensar que esta restitución va a producir una situación de enriquecimiento injustificado a favor del consumidor y en contra del prestamista.

La situación se agrava en aquellos casos en que nuestros tribunales declaran la nulidad de la cláusula pero, sin embargo, no condenan a la entidad bancaria a la restitución. En algunos casos, con fundamento en el largo tiempo transcurrido desde el pago de dicha cuantía hasta que se produce la reclamación; en otros, por la falta de prueba por parte del consumidor de que el servicio fue solicitado por la entidad financiera. También porque se considera que el gasto beneficia a ambas partes de la relación contractual o porque el pago efectuado afecta a terceros, en el sentido de que son los terceros los destinatarios del pago y no el demandado. En ocasiones simplemente se declara la

nulidad de la cláusula, sin hacer referencia alguna a la restitución, con fundamento en que en la demanda solamente se solicitó la declaración nulidad de la cláusula<sup>111</sup>.

En el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 28 de marzo de 2017<sup>112</sup>, a pesar de ser declarada nula por abusiva la cláusula que trasladaba al consumidor el pago del Impuesto de actos jurídicos documentados, con fundamento en su generalidad, la Audiencia Provincial desestimó la pretensión restitutoria, al considerar que en aplicación de la normativa tributaria el sujeto pasivo del impuesto es el prestatario; además de resultar un problema que se condene a la restitución de las cantidades abonadas por el consumidor por las consecuencias que ello puede provocar respecto a terceros, que se pueden ver afectados sin ser parte en el contrato:

*«Al contrario de otro tipo de cláusulas en las que solo se ven afectadas las partes que suscriben el documento, prestamista y prestatario, la nulidad de alguna de ellas provoca a fortiori la devolución de las prestaciones entre ellos ex art. 1303 CC; sin embargo, cuando interviene un tercero —en este caso la Hacienda Pública— cuya actividad o derecho de percepción del Impuesto está regulada por el legislador, sólo procederá la devolución de lo pagado cuando efectivamente se haya realizado indebidamente, esto es, por quien no corresponde y a quien abusivamente se ha impuesto».*

Esta Sentencia no hace más que seguir la doctrina ya establecida en la Sentencia de 19 de enero de 2016, en relación al carácter abusivo de la cláusula que imponía al consumidor el pago de los gastos notariales y registrales derivados de la constitución de la hipoteca<sup>113</sup>. Para la Audiencia la afectación de un tercero que no ha sido parte en el procedimiento y que no ha podido alegar y probar en su defensa lo que considera pertinente, impide hacer una aplicación acrítica del artículo 1303 CC. Sin embargo, este argumento no convence. El que se haya abonado el servicio a un tercero no impide condenar a la entidad prestamista al reintegro al consumidor del importe pagado por éste en tal concepto. Por otra parte, en aplicación del artículo 1158 CC, el consumidor que pagó una deuda ajena tiene derecho a subrogarse en la posición del antiguo acreedor.

Para la Audiencia Provincial de Pontevedra, sin embargo,

*«no es éste un efecto incongruente con la nulidad de la cláusula, ni con la prohibición de integración del contrato o el también llamado por el TJUE “efecto disuasorio” de la Directiva 93/13, puesto que la expulsión del contrato de la cláusula de gastos no implica sino actuar como si*

<sup>111</sup> SSAP de La Coruña de 26 de enero de 2017 (JUR 2017/65488), de Zamora de 30 de marzo de 2017 (JUR 2017/123738), de Barcelona de 30 de junio y 29 de septiembre de 2016 (AC 2016/196007 y 240522), de Huelva de 24 de febrero de 2016 (AC 2016/926).

<sup>112</sup> JUR 2017/94899.

<sup>113</sup> AC 2016/1033.

*la misma no se hubiera incluido en él, por tanto, de no existir es obvio que el Impuesto de TPYADJ, lo hubiera pagado también el prestatario a la Hacienda Pública».*

Además, mantiene la necesidad de diferenciar el control de contenido de la cláusula y su posible expulsión del contrato, de los efectos restitutorios derivados de la misma, los cuales no siempre van a tener lugar:

*«[...] una cosa es el control de la cláusula en cuestión y su expulsión de la norma del contrato, y otra las condiciones concretas en que se haya determinado las obligaciones de las partes en cada relación contractual [...], dicho de otro modo, expulsar la estipulación nula del contrato no significa atribuir necesariamente al predisponente el pago de los concretos gastos reclamados en el presente litigio, pues ello dependerá bien de la exigencia de una norma imperativa, bien de norma que regule el concreto gasto en que el acreedor es un tercero ajeno al contrato, o bien del concreto pacto contractual concertado con pleno conocimiento de sus consecuencias, como producto de la negociación individual»<sup>114</sup>.*

Nosotros consideramos que la no restitución infringe el artículo 1303 CC. En el caso de la cláusula de gastos no es admisible negar los efectos restitutorios derivados de la nulidad. Otra cuestión será que estemos más o menos de acuerdo con las partidas de gastos que deben ser consideradas abusivas y que, por consiguiente, van a dar lugar a la restitución. Pero, una vez declarada su abusividad, si se han abonado cantidades por parte del consumidor, éstas deberán ser reintegradas por la parte que se ha beneficiado de la no asunción de dicho coste.

El transcurso del tiempo ha sido también un impedimento para condenar a la restitución. Sobre este particular, resulta bastante llamativa la Sentencia de 8 de marzo de 2016, del Juzgado Mercantil de Vigo<sup>115</sup>, en la que se desestimó la petición de restitución de las cantidades abonadas por el prestatario en concepto de arancel notarial y registral al haber transcurrido un plazo muy largo entre el pago de estos gastos y el ejercicio de la acción, además de no quedar debidamente probada la imposición al consumidor de dicha cláusula. Los mismos argumentos son utilizados posteriormente por este Juzgado en las Sentencias de 12 y 28 de abril de 2016<sup>116</sup>. No parece que sea éste un dato relevante a efectos de denegar la restitución de las cantidades abonadas, sino que lo importante es si la acción estaba prescrita o no. Por otra parte, afirmar que el consumidor no ha demostrado que la cláusula no había sido negociada individualmente supone desconocer la normativa de consumidores, que hace recaer la carga de la prueba en el empresario. El artículo 82.2, p. 2º TRLGDCU señala expresamente que *«el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asumirá la carga de la prueba»*. Se trata además de

<sup>114</sup> SAP de Pontevedra de 23 de diciembre de 2015 (AC 2016/215).

<sup>115</sup> JUR 2016/125500.

<sup>116</sup> JUR 2016/125811 y 125297.

cláusulas insertas en el condicionado general del contrato, lo que ya de por sí supone imposición al consumidor, en atención al propio concepto de condición general de la contratación del artículo 1 LCGC. No tiene, por tanto, sentido alguno que se haya denegado la restitución con base en tales argumentos, debiendo proceder en estos casos la restitución total de las cantidades abonadas indebidamente por el consumidor.

## 5. CONCLUSIONES

En los últimos años el número de procedimientos judiciales en los que se ha solicitado la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios ha aumentado considerablemente, siendo este incremento mayor a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, al sentar una doctrina favorable al carácter abusivo de la cláusula de gastos. Esta sentencia no acaba, sin embargo, con todos los problemas de fondo que plantean este tipo de cláusulas. Si bien es cierto que actualmente es jurisprudencia mayoritaria que la cláusula que traslada al consumidor el pago de los gastos notariales y registrales derivados de la constitución de la hipoteca, así como de los gastos pre-procesales y procesales consecuencia de la reclamación de las cuotas impagadas, es abusiva, lo que se va a traducir en la nulidad de pleno derecho de la cláusula en cuestión, no existe una postura unánime en relación a la imposición al consumidor del pago del impuesto de actos jurídicos documentados, ni tampoco de los gastos de gestión y tasación. Por otra parte, existen pronunciamientos contrapuestos en relación a los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad. Mientras algunas sentencias condenan a la restitución íntegra de las cantidades abonadas por el consumidor, otras sentencias realizan interpretaciones incomprensibles de la normativa reguladora de las distintas partidas de gastos hipotecarios, a fin de justificar la restitución parcial de estas cantidades, lo que en definitiva se va a traducir en una moderación de la cláusula abusiva, contraria al artículo 83 TRLGDCU.

Desafortunadamente no parece que esta cuestión vaya a ser resuelta a corto plazo desde un punto de vista legislativo. El Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, aunque se refiere a esta cuestión, no la aborda de una manera adecuada, al aceptar sin más que las entidades bancarias imputen al consumidor, a través de una condición general, determinados gastos hipotecarios. En este sentido, el Proyecto de Ley se limita a establecer la necesidad de que se informe al consumidor de los gastos incluidos en el coste total del préstamo (art. 5); además de incorporar, entre las normas de transparencia en la comercialización de préstamos hipotecarios, que solo podrán repercutirse gastos o percibirse comisiones por servicios relacionados con el préstamo, siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos que puedan acreditarse; debiendo incluirse de forma específica los gastos relativos a aranceles notariales y registrales, impuesto de actos jurídicos documentados y gastos de gestión (art. 12). Pero, ¿es garantía suficiente que el consumidor haya sido

informado de los gastos hipotecarios? ¿Y si no le corresponde abonarlos según la normativa específica? ¿Es posible que a estas alturas nuestro prelegislador considere que se puede fundamentar esta traslación en el principio de autonomía de la voluntad?

Siendo ésta una materia, como ha señalado el Consejo General del Poder Judicial, proclive a la abusividad, habría sido deseable que nuestro prelegislador hubiera establecido unos criterios de imputación de tales gastos (ya que parece no quedar clara la interpretación que deba darse a la normativa vigente), e incluso los efectos derivados de la imposición al consumidor de determinados gastos hipotecarios, cuando éstos no deba asumirlos. Esta previsión habría contribuido sin duda a reducir el grado de litigiosidad que actualmente existe. Lo que es una evidencia es que, si finalmente este texto ve la luz, ello no va a impedir que nuestros tribunales sigan declarando nula por abusiva la cláusula de gastos en aquellos casos en que claramente proceda.

#### BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO ORTIZ, A:

- «Cláusulas de gastos: ¿deben los notarios autorizarlas?», *Cesco*, núm. 21/2017, pp. 106-127.
- «Nulidad cláusula de gastos II: ¿A quién corresponde cada gasto en virtud del derecho supletorio?»(<http://blog.uclm.es/cesco/files/2017/01/Nulidad-de-la-clausula-de-gastos-en-prestamos-hipotecarios.pdf>) (última fecha de consulta: 31 de enero de 2018).
- «Nulidad de la cláusula de gastos de formalización: alcance y consecuencias», *Protección del consumidor-deudor hipotecario: realidad y perspectivas de futuro. Actas del curso de verano 2017, Revista Cesco*, num. 22-2017, pp. 13-16.
- Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: no son solo abusivos los gastos comprendidos en la STS de 23 de diciembre de 2015 (Gastos, Efectos y Plazos)», *Cesco*, núm. 20-2016, pp. 8-36.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «La tasación de los préstamos hipotecarios: para qué sirve y cuándo es necesaria», blog hay derecho (<https://hayderecho.com/2016/12/12/la-tasacion-en-los-prestamos-hipotecarios-para-que-sirve-y-cuando-es-necesaria/>).

BALLUGUERA GÓMEZ, C., «Documentación, Inscripción y Gestión de Hipoteca y Obligaciones Tributarias»,([www.notariosyregistradores.com/web/secciones/gastos-de-documentacion-inscripcion-y-gestion-de-hipoteca-y-obligaciones-tributarias/](http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/gastos-de-documentacion-inscripcion-y-gestion-de-hipoteca-y-obligaciones-tributarias/)) (última fecha de consulta: 31 de enero de 2018).

CÁMARA LAPUENTE, S.:

- Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016: Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no sólo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo», *Indret* 1-2017, pp. 1-32.
- «Un examen crítico de la STJUE de 21 de diciembre de 2016: nulidad retroactiva, sí; falta de transparencia abusiva de las cláusulas suelo no», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 1, marzo 2017, pp. 383-395.

CAÑIZARES LASO, A.:

- *La caducidad de los derechos y acciones*, Civitas, Madrid, 2001. «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *Revista de Derecho Civil*, núm. 3-2015, pp. 67-105.
- «Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016», *Revista de Derecho Civil*, vol. 3, número 4, 2016, pp. 103-123.

CARBALLO FIDALGO, M., *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, Bosch, Barcelona, 2013.

CARRASCO PERERA, A. Y CORDERO LOBATO, E., «El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación», *Cesco*, núm. 7-2013, pp. 164-183.

CASERO BARRÓN, R., «¿Quién debe abonar el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados?», *Protección del consumidor-deudor hipotecario: realidad y perspectivas de futuro*, *Actas del curso de verano celebrado en Cuenca los días 3 y 4 de julio de 2017*, *CESCO*, núm. 22/2017, pp. 16-19.

CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., *La nulidad de la cláusula de gastos de los préstamos hipotecarios con consumidores*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017.

CONCHEIRO DEL RÍO, J., *Exenciones en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos jurídicos Documentados*, Bosch, Barcelona, 2010.

CORDERO LOBATO, E., «Aranceles notariales y registrales por cancelación de hipotecas», ([http://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/images/CONTRATOS\\_INMOBILIARIOS/5-2011-2.pdf](http://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/images/CONTRATOS_INMOBILIARIOS/5-2011-2.pdf)).

DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1971.

DELGADO ECHEVERRÍA, J.:

- «Comentario al artículo 1301 CC», Comentario del Código Civil, *Ministerio de Justicia*, Madrid, 1991, pp. 544-547.
- «Comentario al artículo 1303 CC», Comentario del Código Civil, *Ministerio de Justicia*, Madrid, 1991, pp. 550-553.

FERNÁNDEZ BRAVO, L., «Repercusión de los gastos notariales», *Protección del consumidor-deudor hipotecario: realidad y perspectivas de futuro*. *Actas del curso de verano 2017*, *Revista Cesco*, num. 22-2017, pp. 19-22.

FORTEA GORBE, J.L. *La protección del deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas*, La Ley, Madrid, 2017.

GÁMEZ GUMERSINDO, C., «Préstamos hipotecarios. Abusividad de la cláusula relativa a los gastos de formalización de la hipoteca, imputados de forma genérica al consumidor», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 10, 2017, pp. 116-126.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: «Comentario al art. 89.3 TRLGDCU», *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2009, pp. 1119-1130.

MARÍN LÓPEZ, M.J., «La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados», *Cesco*, núm. 22/2017, pp. 86-99.

MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, J., *Estudios sobre el Reglamento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.:

— «Comentario a la disposición adicional 1ª.3», *Comentarios sobre la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (dir. Menéndez y Díez-Picazo), Civitas, Madrid, 2002, pp. 891-964.

— «Comentario al artículo 8 LCGC», *Comentarios sobre la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (dir. Menéndez y Díez-Picazo), Civitas, Madrid, 2002, pp. 428-482.

— «Comentario al artículo 82 TRLGDCU», *Comentarios a las normas de protección de los consumidores* (dir. Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2011, pp. 711-753.

— «Comentario al artículo 83 TRLGDCU», *Comentarios a las normas de protección de los consumidores* (dir. Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2011, pp. 753-768.

— «Las cláusulas de vencimiento anticipado en el contrato de préstamo hipotecario», *Vivienda, préstamo y ejecución* (dirs. Espejo Lerdo De Tejada y Murga Fernández), Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 715-721.

MORENO-TORRES HERRERA, M.L., «¿Son abusivas las cláusulas que imponen al consumidor el pago de los gastos notariales y registrales del préstamo hipotecario?», *RCDI*, núm. 765-2018, p. 172.

MÚRTULA LAFUENTE, V., *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Reus, Madrid, 2012.

PASQUAU LIAÑO, M., «Comentario a los arts. 9 y 10 LCGC», *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coor. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Cizur Menor, 2000, pp. 271-309.

PERTÍÑEZ VILCHEZ, F.:

— *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

- «Juicio crítico a la declaración del carácter abusivo de la cláusula que en préstamos hipotecarios impone los gastos del otorgamiento de la escritura pública, de la inscripción registral y del impuesto de actos jurídicos documentados al prestatario consumidor (a propósito de la STS de 23 de diciembre de 2015)», *Revista Lex Mercatoria*, núm. 1-2016, pp. 93-99.

RIBÓN SEISDEDOS, E., *Cláusula suelo y reclamación de gastos hipotecarios. Acciones para su eliminación y devolución de cantidades indebidamente percibidas*, Sepin, Madrid, 2017.

ZEJALBO MARTÍN, J.:

- «El sujeto pasivo en actos jurídicos documentados de los préstamos hipotecarios»,  
(<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/fiscal/articulos-fiscal/el-sujeto-pasivo-en-ajd-de-los-prestamos-hipotecarios/>).
- «El obligado al pago del impuesto de AJD y de los honorarios notariales en el préstamo hipotecario es el prestatario (Según Sentencia Audiencia Provincial Pontevedra de 28 de marzo de 2017)», (<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/fiscal/articulos-fiscal/gastos-hipoteca-obligado-pago-impuesto-notaria-registro-proceso/>).

ZUMAQUERO GIL, L.: «Criterios de determinación del carácter abusivo de las cláusulas no negociadas individualmente que repercuten en el consumidor el pago del impuesto de plusvalía y los gastos de alta en los distintos suministros necesarios para la habitabilidad de la vivienda: Comentario a la STJUE, Sala Primera, de 16 de enero de 2014, asunto C-226/2012, Constructora Principado S.A. y José Ignacio Menéndez Álvarez», *La Ley Unión Europea*, 15-2014, pp. 14-23.

Fecha de recepción: 14.04.2018

Fecha de aceptación: 20.06.2018