

COLECCIÓN DE DERECHO DEL CONSUMO

Directoras:

SILVIA DÍAZ ALABART

Catedrática de Derecho de civil  
Universidad Complutense de Madrid

MARÍA TERESA CARRANCHO HERRERO

Profesora titular de Derecho civil  
Acreditada como catedrática. Universidad de Burgos

# LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

Manuel Jesús Marín López

*Catedrático de Derecho Civil*  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

**REUS**  
EDITORIAL

Madrid, 2018

Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, «Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo», dirigido por el prof. Ángel Carrasco Perera (ref. DER2014-56016-P).

© Editorial Reus, S. A.  
C/Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid  
Tfno.: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54  
Fax: (34) 91 445 11 26  
E-mail: reus@editorialreus.es  
<http://www.editorialreus.es>

1.ª edición REUS, S.A. (2018)  
ISBN: 978-84-290-2032-8  
Depósito Legal: M 3410-2018  
Diseño de portada: María Lapor  
Impreso en España  
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.  
Ctra. Castellón, km 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus, ni los Directores de Colección de ésta, responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de los mismos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley. Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

*A Anto,  
esposa, compañera y amiga,  
por lo mucho que nos queda por vivir juntos*

*A la Generación 30-40,  
por esas intensas conversaciones sobre derecho civil  
rodeados de «primeras marcas»*

---

## ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN .....	7
II. LA STS DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015 .....	11
III. LA «CLÁUSULA DE GASTOS» DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO .....	15
1. MODELOS DE CLÁUSULAS DE GASTOS UTILIZADAS POR LAS ENTIDADES DE CRÉDITOS .....	15
2. PRIMERA PREMISA: LA CLÁUSULA DE GASTOS ES UNA CLÁUSULA NO NEGOCIADA INDIVIDUALMENTE Y UNA CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN .....	22
3. SEGUNDA PREMISA: EL PRESTATARIO ES UN CONSUMIDOR .....	31
IV. EL CONTROL DE INCORPORACIÓN DE LA CLÁUSULA DE GASTOS .....	35
1. CLÁUSULA COMPRENSIBLE .....	36
2. CLÁUSULA ACCESIBLE .....	39
3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL .....	40
V. EL CONTROL DE CONTENIDO DE LA CLÁUSULA DE GASTOS Y LA CONSIDERACIÓN DE LA CLÁUSULA COMO ABUSIVA.....	45
VI. CONTROL DE CONTENIDO Y GASTOS NOTARIALES .....	49
1. ARGUMENTOS DE LA STS DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015 PARA CONSIDERAR LA CLÁUSULA ABUSIVA.....	49

2. ¿QUIÉN DEBERÍA ABONAR LOS ARANCELES NOTARIALES DE LA ESCRITURA PÚBLICA DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO SI NO EXISTIERA LA CLÁUSULA DE GASTOS? .....	51
3. ARANCELES NOTARIALES QUE DEBEN ABONAR EL PRESTAMISTA, EL PRESTATARIO Y LOS DOS SOLIDARIAMENTE .....	57
4. JURISPRUDENCIA SOBRE QUIÉN DEBERÍA ABONAR LOS GASTOS NOTARIALES SI NO EXISTIERA LA CLÁUSULA DE GASTOS.....	60
4.1. Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.....	60
4.2. Jurisprudencia de Audiencias Provinciales .....	60
4.3. Jurisprudencia de primera instancia.....	73
5. EL CARÁCTER ABUSIVO DE LA CLÁUSULA DE IMPOSICIÓN DE LOS GASTOS NOTARIALES .....	87
5.1. El criterio de la letra a) del artículo 89.3 TRLGDCU .....	87
5.2. El criterio de la primera frase del artículo 89.3 TRLGDCU.....	89
5.3. El criterio general de abusividad del artículo 82 TRLGDCU: el papel de la buena fe y el equilibrio de las prestaciones de las partes .....	92
5.4. El criterio del artículo 89.2 TRLGDCU .....	96
<b>VII. CONTROL DE CONTENIDO Y GASTOS REGISTRALES.....</b>	<b>97</b>
1. LOS ARGUMENTOS DE LA STS DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015 .....	97
2. ¿QUIÉN DEBERÍA ABONAR LOS ARANCELES REGISTRALES DERIVADOS DE LA INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD? EL RD 1427/1989 ...	98
3. JURISPRUDENCIA SOBRE QUIÉN DEBERÍA ABONAR LOS ARANCELES REGISTRALES SI NO EXISTIERA LA CLÁUSULA DE GASTOS .....	99
4. CRITERIOS PARA VALORAR EL CARÁCTER ABUSIVO DE LA CLÁUSULA DE IMPOSICIÓN DE LOS GASTOS REGISTRALES .....	109
<b>VIII. CONTROL DE CONTENIDO Y PAGO DEL IMPUESTO DE ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS .....</b>	<b>111</b>
1. LOS TRIBUTOS QUE GRAVAN UN PRÉSTAMO HIPOTECARIO .....	111
2. CRITERIOS USADOS POR LA STS DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015 PARA CONSIDERAR ABUSIVA LA CLÁUSULA QUE IMPONE SU PAGO AL PRESTATARIO .....	113

3. EL SUJETO PASIVO DEL IMPUESTO DE ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS EN LA ESCRITURA PÚBLICA DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO.....	115
3.1. Primera tesis: el sujeto pasivo es el prestatario.....	116
3.2. Segunda tesis: el sujeto pasivo es el prestamista.....	121
3.3. Opinión personal.....	126
4. JURISPRUDENCIA (CIVIL) SOBRE QUIÉN ES EL SUJETO PASIVO DEL IAJD.....	127
4.1. Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.....	127
4.2. Jurisprudencia de Audiencias Provinciales.....	129
4.3. Jurisprudencia de primera instancia.....	140
5. EL CARÁCTER ABUSIVO DE LA CLÁUSULA QUE IMPONE AL PRESTATARIO EL PAGO DEL IAJD.....	154
5.1. El criterio de la letra c) del artículo 89.3 TRLGDCU.....	154
5.2. El criterio general de abusividad del artículo 82 TRLGDCU.....	156
<b>IX. CONTROL DE CONTENIDO Y GASTOS DE GESTORÍA.....</b>	<b>159</b>
1. GASTOS DE GESTORÍA Y SUJETO OBLIGADO A SU PAGO.....	159
2. JURISPRUDENCIA SOBRE QUIÉN DEBERÍA ABONAR LOS GASTOS DE GESTORÍA.....	161
2.1. Jurisprudencia de Audiencias Provinciales.....	161
2.2. Jurisprudencia de primera instancia.....	166
3. EL CARÁCTER ABUSIVO DE LA CLÁUSULA QUE IMPONE AL PRESTATARIO EL ABONO DE LOS GASTOS DE GESTORÍA.....	171
<b>X. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LA CLÁUSULA DE GASTOS.....</b>	<b>177</b>
<b>XI. EFECTOS DEL CARÁCTER ABUSIVO DE LA CLÁUSULA DE GASTOS.....</b>	<b>189</b>
1. LA SOLUCIÓN DE LA STS DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015.....	189
2. NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LA CLÁUSULA Y CARACTERES DE LA NULIDAD.....	191
3. LA POSIBLE CONVERSIÓN O CONFIRMACIÓN DE UNA CLÁUSULA DE GASTOS NULA.....	196
4. LA REDUCCIÓN CONSERVADORA DE VALIDEZ Y LA INTEGRACIÓN DE LAS LAGUNAS.....	198
5. ¿CABE LA APLICACIÓN SUPLETORIA DEL DERECHO NACIONAL TRAS LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA ABUSIVA?.....	200

A) Doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo .....	201
B) Análisis crítico y opinión personal .....	207
6. LAS CANTIDADES QUE TIENE DERECHO A RECLAMAR EL CONSUMIDOR AL PRESTAMISTA TRAS LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS: DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES .....	209
A) Primera tesis: restitución al consumidor de todo lo abonado por la aplicación de la cláusula de gastos nula (devolución total) .....	210
B) Segunda tesis: restitución al consumidor de las cantidades que él no debía abonar conforme al derecho supletorio (devolución parcial) .....	227
C) Tercera tesis: no procede restituir al consumidor cantidad alguna. ....	243
7. DEVOLUCIÓN DEL INTERÉS LEGAL DEL DINERO DE LAS CANTIDADES DEBIDAS.....	249
<b>XII. LA PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR ...</b>	255
1. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE NULIDAD Y DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DE PRESTACIONES EJECUTADAS .....	255
2. LA DURACIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN .....	260
3. EL INICIO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN ( <i>DIES A QUO</i> ) .....	262
4. LA PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO EN EL CASO DE PRÉSTAMOS YA CANCELADOS .....	267
5. EL TRATAMIENTO DE LA PRESCRIPCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA .....	270
<b>XIII. OTRAS CUESTIONES .....</b>	277
1. PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CONCERTADOS ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL TRLGDCU .....	277
2. EL «ALCANCE» DE LA DOCTRINA CONTENIDA EN LA STS DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015 .....	278
3. PROTECCIÓN DEL PRESTATARIO NO CONSUMIDOR .....	283
<b>XIV. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL .....</b>	293
1. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO .....	293
2. JURISPRUDENCIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES	298
2.1. Audiencia Provincial de Madrid .....	298
2.2. Audiencia Provincial de Barcelona.....	299

2.3. Audiencia Provincial de Pontevedra.....	305
2.4. Audiencia Provincial de Asturias .....	315
2.5. Audiencia Provincial de Valencia .....	334
2.6. Otras sentencias de Audiencias Provinciales.....	342
3. JURISPRUDENCIA DE PRIMERA INSTANCIA .....	378
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>453</b>

## I. INTRODUCCIÓN

Uno de los ámbitos en los que con más habitualidad y profusión se utilizan cláusulas abusivas es en la contratación bancaria. Como la práctica de los tribunales demuestra, son muchas las sentencias que analizan la validez de las cláusulas impuestas en contratos bancarios. En este sector el contrato con mayor número de pronunciamientos judiciales es el préstamo hipotecario. Además de la cláusula suelo, también se ha discutido la validez de otras, como la de vencimiento anticipado o la de intereses de demora.

Una de esas cláusulas que ha generado gran litigiosidad, y que provocará todavía más en el futuro, es la cláusula que impone al prestatario el pago de todos los gastos que se originen por la celebración del contrato de préstamo y por la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad. Es la denominada «cláusula de gastos». Aunque ya existían algunos pronunciamientos judiciales, la cuestión toma una nueva dimensión tras la STS de 23 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5714), que es la primera sentencia del Tribunal Supremo que se ocupa expresamente de la validez de esta cláusula. Desde entonces se cuenta por cientos las sentencias dictadas sobre la cláusula de gastos.

Muchas de estas sentencias resuelven acciones individuales de nulidad ejercitadas por concretos consumidores. Otras veces, sin embargo, son las asociaciones de consumidores las que han ejercitado acciones colectivas de cesación, lo que obliga al juzgador a pronunciarse sobre la nulidad de la cláusula (sólo cabe condenar a cesar en el uso de una cláusula cuando esta sea nula). En este sentido, a mediados de 2017 la Asociación de Usuarios Financieros (ASUFIN) ha interpuesto tres demandas colectivas contra varias entidades de

crédito para que cesen en el uso de la cláusula de gastos incluida en los préstamos hipotecarios e indemnicen a los perjudicados por el importe desembolsado<sup>1</sup>. Otras asociaciones de consumidores siguen recopilando información con la idea de ejercitar también acciones judiciales.

La STS de 23 de diciembre de 2015 declara abusiva la cláusula en lo que se refiere a la imposición de los aranceles notariales y registrales y al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados (en adelante, IAJD). Pero son todavía muchas las cuestiones que quedan pendientes. Por ejemplo, se discute cuáles han de ser las consecuencias de la nulidad de la cláusula de gastos; en particular, si tras la nulidad el consumidor puede recuperar todas las cantidades que abonó en aplicación de la citada cláusula o únicamente aquellas cantidades que a él no le incumbe abonar según las normas que rigen estos gastos (¿devolución total de cantidades o únicamente parcial?). Esto remite a la posible aplicación del derecho supletorio tras la nulidad de la cláusula. Otra materia de indudable interés es la relativa a la prescripción de la acción. Hay que determinar si la acción de nulidad y la acción de restitución de cantidades que nace de la nulidad tienen el mismo régimen de prescripción, y más exactamente, si esta segunda acción prescribe, cuál es el plazo de prescripción y qué día empieza a correr ese plazo (*dies a quo*).

Esta obra tiene por objeto el análisis de la cláusula de gastos incluida en las condiciones generales del contrato de préstamo hipotecario. El trabajo se divide en las siguientes partes. En primer lugar se expone el caso resuelto por la STS de 23 de diciembre de 2015 y la solución ofrecida en las distintas instancias procesales (apartado II). Después se examina la cláusula de gastos (apartado III). El apartado siguiente analiza si la cláusula de gastos supera el control de incorporación (apartado IV). A continuación hay que analizar el control de contenido y los distintos cauces existentes en nuestro derecho para considerar una cláusula abusiva (apartado V). Después llega el momento de exponer con detalle si superan o no el control de contenido o, por el contrario, son abusivas, cada una de las subcláusulas que integran la cláusula de gastos. Así, si es abusiva la cláusula en lo relativo a los gastos notariales (apartado VI), gastos registrales (apartado VII), el pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados (apartado VIII)

---

<sup>1</sup> Según se indica en la web de Asufin; en concreto, en <https://asufin.com/2017/10/gastos-hipoteca-admitida-tramite-la-tercera-demanda-colectiva-asufin/> [fecha de consulta: 3 de octubre de 2017].

y los gastos de gestoría (apartado IX). El apartado X aborda la cláusula de gastos y la posible aplicación a la misma del control de transparencia (apartado X). La cuestión relativa a los efectos de la nulidad de la cláusula y a qué cantidades tiene derecho a reclamar el prestatario al prestamista tras la nulidad se expone en el apartado XI. Por su parte, el apartado XII analiza el régimen de la prescripción de la acción. Por último, el apartado XIII se ocupa de otras cuestiones, entre otras, qué «alcance» tiene la doctrina sentada por la STS de 23 de diciembre de 2015 o qué sucede si el prestatario no es consumidor.

El libro finaliza con un anexo jurisprudencial, en el que se exponen las dos Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que analizan la validez de la cláusula de gastos, y las sentencias más importantes sobre la materia dictadas por las Audiencias Provinciales y por los juzgados de primera instancia. Ciertamente es que la jurisprudencia dictada en primera instancia puede tener poco valor. Pero se ha considerado oportuno exponerla y analizarla en esta obra, para dejar constancia de las diferentes posiciones que han sido defendidas por los tribunales.