NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS: NO SON SÓLO ABUSIVOS LOS GASTOS COMPRENDIDOS EN LA STS DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015

(GASTOS, EFECTOS Y PLAZOS)[1]

Alicia Agüero Ortiz
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 16 de enero de 2017

Como tuvimos ocasión de informar[2], el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil en Pleno) en su sentencia de 23 de diciembre de 2015[3] declaró abusiva la cláusula de gastos de BBVA por considerar que trasladaba al consumidor-prestatario determinados gastos que por naturaleza correspondían al empresario-prestamista (gastos de notaría y registro e impuesto sobre actos jurídicos documentados); así como por limitar los derechos básicos de los consumidores (gastos procesales y pre-procesales). Sin embargo, declaró la validez de la cláusula que repercutía al consumidor los gastos de contratación del seguro daños.

Con todo, los gastos relativos a la formalización del préstamo hipotecario, y gastos procesales y pre-procesales, no han sido los únicos cuya validez se ha venido cuestionando. A lo largo de este artículo analizaremos, por un lado, la declaración de nulidad efectuada por el TS y por la jurisprudencia menor de los gastos de notaría y registro (relativos a la constitución del préstamo hipotecario y al contrato de compraventa), gastos procesales y pre-procesales, y repercusión del impuesto sobre actos jurídicos documentados (con especial detenimiento a este respecto). Y, por otro lado, estudiaremos la eventual abusividad las cláusulas de gastos de tasación; seguro hogar (en particular, la imposición al consumidor de asegurar una cuantía superior a la del valor de tasación del inmueble, de contratar determinadas coberturas y de suscribir dicho seguro con una compañía específica); seguros amortización de pagos y de vida; gastos o

[1] Trabajo realizado en el marco de la ayuda para la Formación de Profesorado Universitario del Ministerio de Educación Cultura y Deporte (Ref. FPU014/04016).

[2] AGÜERO ORTIZ, A.: "Guía de cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios", Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº17, 2016. Disponible en:
https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1057/872

[3] RJ\2015\5714.

comisiones por gestión de impago; las comisiones por impago y por devolución; y los gastos de cancelación.

Finalmente, analizaremos las consecuencias que deben derivarse de la declaración de nulidad de dichas cláusulas así como el plazo para el ejercicio de la acción de nulidad y restitución.

1. Los gastos declarados abusivos por el TS en su sentencia de 23 de diciembre de 2015

1.1. Los gastos de registro y notaría

El TS declaró que la cláusula que repercuta al consumidor-hipotecante la obligación de asumir en exclusiva los gastos derivados de la intervención notarial y registral es abusiva. Por una lado, porque repercute al consumidor gastos de gestión que no le son imputables (art. 89.2 TRLGDCU). Por otro lado, porque imponen al consumidor gastos derivados de la preparación de la titulación que por naturaleza corresponden al empresario-prestamista [art. 89.3 a) TRLGDCU], toda vez que, tanto el arancel de los notarios[4] como el de los registradores de la propiedad[5], atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Siendo así que "*quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC)*" (STS de 23 de diciembre de 2015; FJ quinto, h, 2). Finalmente, recalcó que el hecho de la cláusula atribuyera la totalidad de estos gastos al consumidor, sin reflejar una mínima distribución equitativa, comportaba un desequilibrio relevante en los derechos y obligaciones de las partes que el consumidor no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada (art. 82.1 TRLGDCU).

[4] [4] Anexo II, norma sexta, Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, que determina que "la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de 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".

[5] Anexo II, norma octava, Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, según el cual: "Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado".

A este respecto, debe matizarse que lo que ocasiona la intervención notarial y registral no es la concesión de un préstamo (que no exige constitución en escritura pública, ni tiene acceso al Registro de la Propiedad), sino la constitución de la garantía real hipotecaria. De este modo, comprendemos que, ni siquiera una distribución equitativa de estos gastos eludirían la sanción de nulidad en virtud del art. 89.3.a) TRLGDCU –siempre que no se haya negociado individualmente-, pues la titulación es solicitada por el acreedor garantizado, interesa a éste y, a la postre, es quien recibe la primera copia de la escritura; y, por lo que respecta a los gastos de registro, es precisamente aquél en cuyo favor se inscribe el derecho y quien se encarga de inscribir el derecho en el RP.

Ahora bien, debe apuntarse que alguno de estos gastos deben ser soportados por el consumidor, por lo que la restitución no afectará a ellos. Es el caso, dentro de los gastos de notaría por la constitución del préstamo hipotecario, del coste de la/s copia/s simples recibidas por el consumidor (que consideramos, sí debe soportar su importe por ser interesado en su recepción y receptor de la/s misma/s). Sin embargo, en relación con los gastos de registro, todos ellos habrían de ser soportados por el prestamista, incluidas las certificaciones y notas simples del Registro de la Propiedad que haya solicitado[6].

Por lo demás, debe recalcarse que la nulidad de estos gastos se refiere a los relativos a la constitución del préstamo hipotecario y no a los gastos derivados de la compraventa del inmueble. Desde la redacción dada al art. 10 bis en relación con la DA 1ª, apartado 22 de la LGDCU por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, hasta la actualidad (art. 89.3 TRLGDCU) se reputan abusivas aquellas cláusulas que impongan al consumidor los gastos de documentación y tramitación que por ley (imperativa o dispositiva)[7] corresponda al empresario. A este respecto, dispone el art. 1455 CC que "*[L]os gastos de otorgamiento de escrituras serán de cuenta del vendedor, y los de la primera copia y los demás posteriores a la venta serán de cuenta del comprador, salvo pacto en contrario*". Por lo tanto, dado que por ley dispositiva corresponden estos gastos al empresario-vendedor, la cláusula del contrato de compraventa que imponga al consumidor los gastos de otorgamiento de la escritura de compraventa así como de su primera copia, deberá considerarse abusiva[8] siempre y cuando, claro está, no haya sido negociada

[6] Vid. SJMer de San Sebastián de 23 de diciembre de 2016 (JUR 2016\63440), y art. 19 bis 6ª II LH.

[7] Precisamente la Ley 44/2006, de 29 de diciembre eliminó el apelativo "imperativa" que impedía que dicha disposición se aplicara al art. 1455 CC.

[8] Como señala GONZALEZ PACANOWSKA, I.: "La ley 44/2006 suprimió el adjetivo "imperativa" que en el texto anterior cualificaba a la "ley" sobre gastos de documentación y tramitación. La cuestión tiene particular importancia para determinar si es abusivo desplazar la regla supletoria del art. 1455 CC, trasladando los gastos de otorgamiento de escritura sobre el consumidor. Muchos autores se habían inclinado a favor de la validez de la cláusula predispuesta en tal sentido, si bien con el argumento, parece que definitivo, de no tratarse el art. 1455 CC de norma imperativa; por lo que, parece, la actual remisión a

individualmente[9]. Pero nótese que estos gastos figurarán en una factura relativa a los honorarios y suplidos notariales diferente a la correspondiente a la hipoteca, y que el empresario en este caso (y sujeto pasivo de la acción de nulidad) no es la entidad prestamista sino el vendedor[10]. Con todo, los gastos de registro derivados de la compraventa, deberán ser soportados por el consumidor que es aquél en cuyo favor se inscribe la transmisión de la propiedad y quien tiene interés en constar como propietario del inmueble (Anexo II, norma octava, Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad).

1.2. Los gastos procesales y pre-procesales

El TS declaró la nulidad por abusiva de la cláusula que repercutía al consumidor todos los gastos de honorarios de abogado y procurador, incluso cuando su intervención no fuera preceptiva (art. art. 86 TRLGDCU en relación con los arts. 32.5 LEC que, generalmente, excluye tales gastos de la condena en costas); así como por atribuir las costas del procesales de los litigios que pudieran surgir como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del prestatario a éste, por contravenir el art. 86 TRLGDCU al estar reservada la atribución de tales gastos a los arts. 294 y 398 LEC.

1.3. Los tributos relativos al préstamo hipotecario, en especial, el impuesto sobre actos jurídicos documentados

La cláusula litigiosa[11] establecía que serían a cargo del prestatario "todos los tributos" que se devengaran como consecuencia de la constitución, ejecución y cancelación del contrato de préstamo hipotecario. Consecuentemente, el TS declaró que una cláusula como la descrita, que imponga al cliente la asunción de todos los tributos que genere el préstamo hipotecario, debía ser considerada abusiva, en virtud del art. 89.3.c) del

---

la ley, sin mayores aditamentos, conduciría a afirmar en cualquier caso su carácter abusivo. Para otros, el art. 1455 debía entenderse imperativo en este ámbito, y además la imposición de los gastos de escritura vulneraría el actual art. 89.3 a) por ser "preparación de la titulación" que por naturaleza corresponde al empresario". En "Comentario al artículo 89.3 TRLGDCU" *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Editorial Aranzadi, S.A.U., Septiembre de 2009.

[9] CARRASCO PERERA/ CORDERO LOBATO/ GONZÁLEZ CARRASCO, Derecho de la construcción y la vivienda, 6ª Ed. Madrid, 2008, págs. 568 y 569.

[10] Esta regla no aplicará a vendedores particulares pues el TRLGDCU no aplica a relaciones entre particulares (art. 2 TRLGDCU).

[11] "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 (…)".

TRLGDCU que impide la repercusión al consumidor del pago de tributos cuyo sujeto pasivo sea el empresario. Y es que, al menos, en la constitución del préstamo hipotecario, la emisión de la primera copia de la escritura pública de la hipoteca (en tanto que acto inscribible en el Registro de la propiedad, art. 31.2 LITP y AJD) devenga el IAJD cuyo sujeto pasivo, según el artículo 29 de la LITP y AJD, es "*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*", comprendiendo el TS que el adquirente de derecho (derecho real de garantía) no es otro que el acreedor garantizado. Por lo tanto, la repercusión al consumidor del IAJD es abusiva por contravenir el art. 89.3 c) TRLGDCU, ya que "*la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante*" (STS de 23 de diciembre de 2015; FJ quinto, h, 3).

Como podemos observar, la nulidad de la cláusula respecto a la repercusión de tributos al consumidor, no se declara nula –en última instancia- por el hecho de que esta repercusión sea "indiscriminada" adoleciendo de falta de transparencia, sino porque en esta indiscriminación se puede trasladar y se traslada al consumidor la obligación de asumir tributos cuyo sujeto pasivo es el empresario, como sucede con el IAJD. En consecuencia, aun cuando la cláusula especifique qué gastos o tributos deberá satisfacer el consumidor, ésta será abusiva si traslada al consumidor gastos que por ley correspondan al empresario [art. 89.3.a) TRLGDCU], o cuando imponga al consumidor el abono de tributos en los que el sujeto pasivo sea el empresario [art. 89.3.c) TRLGDCU]. En este sentido y, en relación al IAJD, se ha pronunciado la AP de Pontevedra[12] sosteniendo que "[*N*]*o nos encontramos en el presente caso ante la imposición a cargo del prestatario de determinados gastos de forma genérica e indiscriminada, sino que la cláusula quinta establece los concretos conceptos. (...) Ahora bien, la cuestión ha sido resuelta por la STS de 23 diciembre 2015 que se refiere concretamente a este impuesto, considerando abusiva la carga de satisfacer su coste de forma total y absoluta al prestatario*".

Ahora bien, mucha controversia ha generado la declaración de abusividad efectuada por el TS en relación con la repercusión del IAJD al consumidor-prestatario, debido a que en su argumentación el Alto Tribunal no se hizo eco de que el art. 68 del Reglamento del ITP y AJD[13] establece que el sujeto pasivo del impuesto pasivo es el prestatario como

[12] SAP de Pontevedra de 14 noviembre de 2016 (JUR 2016\268699).
[13] Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo.

sigue "*[S]erá sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan. Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario*". En particular, el JPI nº 11 de Oviedo en su sentencia de 9 de diciembre de 2016[14] declaró la validez de la cláusula que imponía al consumidor soportar los gastos del IAJD por considerar que no se producía ningún desplazamiento de la carga tributaria, de acuerdo con el art. 68 del Reglamento del ITP y AJD y la reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera (de lo Contencioso-Administrativo) del Tribunal Supremo al respecto[15].

Sin embargo, como analizamos en profundidad en otro lugar[16], de la tradición histórica de la regulación del ITP y AJD (Impuesto de Derechos Reales e Impuesto del Timbre) puede desprenderse que cuando el legislador habla en el art. 29 TRLITP y AJD de "adquirente" se está refiriendo a supuestos en los que exista una transmisión que se produzca en documento notarial y que tenga acceso a un Registro público (v. gr. escritura pública de compraventa de inmueble). Disquisiciones históricas aparte, lo cierto es que el hecho gravado por el IAJD es la emisión de las primeras copias que contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil y de la Propiedad Industrial (art. 28 TRLITP y AJD en relación con el art. 31.2 TRLITP y AJD). Por lo tanto, dado que lo único inscribible en Registro de la Propiedad es el derecho real de garantía (y no el préstamo, que no requiere su documentación en escritura pública ni tiene acceso al Registro de la Propiedad), y siendo así que el sujeto que recibe[17] y que tiene interés[18] en recibir la primera copia de la escritura pública de constitución de la hipoteca

[14] Disponible en: https://www.asufin.com/sentencias/S_161209_LIBERBANK_JPI11_OVIEDO_GASTOS_HIPOTECA_SIN.pdf

[15] SSTS 19 enero [RJ 2002, 848] y 23 de noviembre de 2001 [RJ 2002, 638] , 24 de junio de 2002 [RJ 2002, 8214] , 14 de mayo [RJ 2004, 4924] y 27 de octubre de 2004 [RJ 2004, 7777] y 20 de enero de 2006 [RJ 2006, 524]; de 15 enero 2015 [RJ 2015\195].

[16] AGÜERO ORTIZ, A.: "Efectos y Alcance de la nulidad de las cláusulas de gastos en préstamos hipotecarios con consumidores. Especial referencia al IAJD y los gastos de tasación" Revista doctrinal aranzadi civil-mercantil, nº 2/2017 (pendiente de publicación en el momento de redactar estas líneas).

[17] El prestatario hipotecante sólo recibe una copia simple.

[18] PUIG PEÑA, E.: "*es lógico que no pueda ejecutarse un derecho sobre el patrimonio del deudor sin tomar ciertas garantías a favor de éste, la primera de las cuales -y única que aquí nos interesa- es la de la que la copia notarial del título del crédito sea "primera" o caso de ser "segunda o posterior" esté expedida en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien perjudica, como dice el artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEG 1881, 1) (actualmente sería el artículo 517 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil [RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892]); pues es claro que de admitirse a ejecución segundas copias sin este requisito, podría fácilmente despacharse ejecución dos o más veces contra una*

es el acreedor garantizado, es evidente que el único sujeto pasivo del impuesto ha de ser tal acreedor garantizado. Por si esto no fuera suficiente, la base imponible del impuesto no es el importe del préstamo sino el importe de responsabilidad hipotecaria[19], por lo que, de acuerdo con el art. 31.1 CE no podría sostenerse que el importe de responsabilidad hipotecaria responda a la capacidad económica del contribuyente-prestatario. Pues si como afirma el TS (Sala Tercera)[20] "*[E]n cualquier caso, sea quien fuere el adquirente en el caso de hipoteca, si se aplica la norma según la que en la constitución de hipoteca en garantía de un préstamo la tributación[21] se hace exclusivamente por el concepto de préstamo, el sujeto pasivo sigue siendo el adquirente del bien o derecho, o sea, el adquirente del préstamo, que es el prestatario"*, es decir, si entendemos que en un préstamo hipotecario quien adquiere algo (y, por tanto, sujeto pasivo del impuesto sobre AJD) es el prestatario que recibe un préstamo[22], el hecho de que la base imponible del impuesto no sea la cantidad de aquello que supuestamente adquiere (el préstamo) sino de otra cosa que no adquiere (hipoteca), y que de adquirir alguien es el sujeto garantizado por la misma, conlleva que el impuesto vulneraría el art. 31.1 CE que exige que la tributación responda a la capacidad económica de los obligados tributarios. En otras palabras, si la manifestación de un aumento de capacidad económica se produce por el hecho de recibir un importe a préstamo y ello justifica que el prestatario sea el sujeto pasivo del impuesto, la base imponible del impuesto debería ser, ineludiblemente, el importe del préstamo.

Pero no es así. Y no es así porque el IAJD no se devenga por la constitución de un préstamo, sino por emisión de la primera escritura pública de constitución de la hipoteca[23], motivo por el cual la base imponible es el importe de responsabilidad de la

misma persona con los consiguientes perjuicios. En "La Nueva Enciclopedia Jurídica" (voz "copia"), Barcelona: Francisco Seix, 1950.

[19] Como ha aclarado la DGT sosteniendo que "*la base imponible se determina en función de la hipoteca que se constituye, que es la que origina la inscripción registral, y concretamente, en función del valor declarado de la garantía hipotecaria en la propia escritura de constitución de hipoteca. Esta garantía hipotecaria suele extenderse, además de al capital prestado, a otras cantidades añadidas, por intereses, costas y gastos, indemnizaciones, etc.; y todas estas cantidades garantizadas con la hipoteca constituyen la base imponible a efectos del impuesto".* Consulta D.G.T. de 13 de septiembre de 1999, disponible en: http://www.asesoriayempresas.es/doctrinaadministrativa/JURIDICO/78788/consulta-dgt-de-13-de-septiembre-de-1999-itp-prestamo-hipotecario-sujecion

[20] STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de noviembre de 2001 (RJ 2002\848).

[21] Equiparación que se efectúa en el art. 15 TRLTP y AJD en relación con el impuesto sobre transmisiones patrimoniales, no sobre el impuesto sobre actos jurídicos documentados.

[22] Nótese que quien recibe un préstamo no adquiere nada, adquiere una deuda, un pasivo crediticio, lo que no demuestra una capacidad económica en el sentido del art. 31.1 CE, sino su ausencia de ella.

[23] SIMÓN ACOSTA, E.: "*[C]onfunde el préstamo y la hipoteca, pues la escritura del préstamo no está nunca sujeta al IAJD, porque el préstamo no es un acto inscribible en el Registro de la Propiedad,*

misma (notablemente superior al importe del préstamo, pues incluye intereses ordinarios y de demora, etc.)[24]. Por lo tanto, ya entendamos que el sujeto pasivo del IAJD deba ser el "adquirente" del bien o derecho, ya entendamos que deba ser la persona que inste o solicite los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan, resultará siempre que dicho sujeto es el acreedor garantizado. Porque quien "adquiere" un derecho de realización sobre el importe de responsabilidad de la hipoteca es el acreedor garantizado; y porque quien solicita los documentos notariales de constitución de la hipoteca, quien los recibe y en cuyo interés se expiden es, nuevamente, el acreedor garantizado. En este sentido, CASERO BARRÓN[25], quien realiza un completísimo análisis de la cuestión, concluye "*A juicio de este comentarista, el artículo 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados supone una extralimitación de lo dispuesto en el artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, cuando el precepto reglamentario establece que el sujeto pasivo será, en las escrituras de constitución de préstamo con garantía, el prestatario, puesto que se considera adquirente. (…) Y supone una extralimitación, porque a juicio de este comentarista, en los supuestos de préstamos hipotecarios no existe adquisición por parte del prestatario*".

Mercantil o de la Propiedad Industrial". "El préstamo hipotecario en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados".

[24] CALVO VÉRGUEZ, J., denuncia la ilógica de esta regulación y la doctrina administrativa que la apoya como sigue: "*Cabe referirse aquí a una curiosa situación. Como hemos manifestado, los préstamos con garantía hipotecaria se hallan sujetos a IVA. El otorgamiento en escritura de estos préstamos origina además que deban liquidarse por AJD (Documento Notarial), ya que contienen actos no sujetos a TPO ni al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISyD), resultando además inscribibles en el Registro de la Propiedad en base a la existencia de garantía hipotecaria. Siendo la citada garantía real la que provoca la sujeción a AJD, lo lógico debiera ser que el adquirente de la misma, es decir, la entidad financiera que efectúa el préstamo fuese el sujeto pasivo. El criterio administrativo sin embargo ha estimado que el sujeto pasivo es el prestatario en tanto que beneficiario del negocio jurídico principal, del que la hipoteca constituye únicamente un negocio accesorio*". En "La constitución y transmisión de derechos en el Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados: cuestiones conflictivas a la luz de distintos supuestos". *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi* núm. 5/2004. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2004.

[25] CASERO BARRÓN, R.: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004, sección 2ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Recurso 158/2002.Sobre la cuota proporcional de la modalidad de actos jurídicos documentados en los documentos notariales. Especial mención de quien es sujeto pasivo en los préstamos hipotecarios" *Revista Quincena Fiscal num.20/2004*, Editorial Aranzadi, S.A.U. (BIB 2004\1755).

En conclusión, el art. 68 del TRLTP y AJD vulnera el art. 29 TRLITP y AJD así como el art. 31.1 CE y, en caso de consumidores el art. 89.3 TRLGDCU y la Directiva 93/13/CEE, al atribuir al prestatario la condición de sujeto pasivo del IAJD devengado por la constitución de un préstamo hipotecario. Por lo tanto, jueces y tribunales que coincidan con este criterio, vendrán obligados a no a aplicar este precepto en virtud del art. 6 LOPJ, según el cual "*[L]os Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa*". No sólo eso, de la misma forma que la Sala Tercera del TS es la competente para interpretar quién sea el sujeto pasivo del impuesto, lo mismo puede predicarse de la competencia para declarar abusivas cláusulas en la contratación no negociada con consumidores respecto a la Sala Primera. Es más, el art. 89.3 TRLGDCU se refiere a gastos que por "ley" correspondan al empresario, por lo que, en caso de incoherencia entre lo dispuesto en la ley y el reglamento, el criterio que debe ser seguido para efectuar el control de abusividad es el de la ley, a saber, el art. 29 TRLTP y AJD. Esto sin mencionar las discrepancias entre el art. 68. I y 68 II, según se trate de un préstamo hipotecario o una hipoteca unilateral, a lo que nos referiremos en un futuro artículo.

1.4. Evaluación de abusividad de las cláusulas de gastos en la jurisprudencia menor

La abrumadora mayoría de sentencias de Juzgados de lo Mercantil y Audiencias Provinciales coinciden en declarar abusiva las cláusulas de gastos, excepción hecha a los gastos de tasación y seguro de daños (que analizaremos *infra*), ya sea por considerar que estas cláusulas atribuyen gastos al consumidor que correspondería asumir al prestamista, comportando un grave desequilibrio en los derechos y obligaciones de los consumidores (art. 82.1 en relación con los arts. 89.3.a), 89.3.c) y 86 del TRLGDCU)[26], ya por

[26] Por todas, SJMer Pamplona de 4 abril 2014. JUR 2014\123994 SAP; SJMer Xátiva de 17 abril. JUR 2014\135736; SAP de Pontevedra núm. 175/2014 de 14 mayo. JUR 2014\145294; SAP de Alicante núm. 126/2014 de 5 junio. AC 2014\1132; SJMer de Barcelona núm. 169/2016 de 30 junio. JUR 2016\229196; AAP Barcelona núm. 326/2014 de 10 octubre. JUR 2015\63681; SJMer de Murcia de 5 enero 2015. JUR 2015\61802; SJMer de Murcia núm. 99/2015 de 10 abril. JUR 2015\278243; SAP Madrid núm. 184/2015 de 27 abril. JUR 2015\181971; SAP de Pontevedra núm. 173/2015 de 11 mayo. JUR 2015\142553; SJMer Madrid núm. 100/2015 de 29 mayo. JUR 2016\10787; SAP de Pontevedra Sentencia núm. 202/2015 de 4 junio. JUR 2015\164550; SAP de Córdoba núm. 260/2015 de 15 junio. JUR 2015\193880; SJMer de Murcia núm. 214/2015 de 29 junio. JUR 2015\277807; SAP de Córdoba núm. 328/2015 de 20 julio. JUR 2015\273227; SJMer Zaragoza núm. 173/2015 de 31 julio. JUR 2015\288102; SAP de Barcelona núm. 269/2015 de 18 noviembre. JUR 2016\5194; SJMer Madrid núm. 203/2015 de 23 noviembre. JUR 2016\110815; SJMer Bilbao núm. 13/2016 de 15 enero. JUR 2016\71649; SJMer Bilbao núm. 13/2016 de 15 enero. JUR 2016\54633; SAP Huelva núm. 103/2016 de 24 febrero. AC 2016\926; JMer San Sebastián núm. 81/2016 de 3 marzo. JUR 2016\120408; SJMer San Sebastián núm. 89/2016 de 8 marzo. JUR 2016\57311; SJMer de Vigo núm. 56/2016 de 11 marzo. JUR 2016\125604; SAP de Pontevedra núm.

considerar que la cláusula no supera el control de transparencia[27]. Pocas excepciones encontramos, por ejemplo, la ya citada SJMer de Oviedo de 9 de diciembre de 2016, respecto al IAJD, así como el AAP Castellón de 27 de mayo de 2015[28] según la cual "*los gastos que se cargan en la cuenta de la prestataria se corresponden con los gastos de notaría, impuesto de actos jurídicos documentados, Registro de la Propiedad y gestión en su tramitación, por el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario, conforme se refleja en el desglose de dichos gastos obrante al folio 59 de los autos, gastos de otorgamiento e inscripción que legalmente corresponde satisfacer al prestatario*".

Por lo demás, debemos señalar que la abusividad de estas cláusulas sólo podrá plantearse en el seno de un procedimiento declarativo, de conformidad con el art. 695.1.4ª LEC que únicamente permite la opinión del ejecutado por existencia de cláusulas abusivas que constituyan el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible[29].

2. Los gastos de tasación

La absoluta mayoría de las resoluciones[30] niegan que la repercusión al consumidor-prestatario de los gastos de tasación pueda considerarse abusiva, comprendiendo que la

188/2016 de 7 abril. AC 2016\943; SAP de Valencia núm. 578/2016 de 27 abril. JUR 2016\155263SAP de Valencia núm. 617/2016 de 4 mayo. JUR 2016\214702SAP de Guipúzcoa núm. 132/2016 de 23 mayo. JUR 2016\189066; SAP de Tarragona núm. 252/2016 de 1 junio. JUR 2016\199678; SAP de Asturias núm. 217/2016 de 11 julio. JUR 2016\19320; SAP de Barcelona núm. 225/2016 de 17 octubre. JUR 2016\240432; SAP de Pontevedra núm. 524/2016 de 14 noviembre. JUR 2016\268493; SAP de Córdoba núm. 17/2015 de 4 diciembre. JUR 2016\46339

[27] SAP de Alicante de 12 de junio de 2014. AC 2014\1136; SAP de Valencia (Sección 9ª) núm. 405/2015 de 25 noviembre. JUR 2016\129434; SAP de Málaga núm. 489/2016 de 5 julio. JUR 2016\268365; etc.

[28] JUR 2015\202146. Auto dictado en el seno de un procedimiento ejecutivo en el que no se puede producir la declaración de abusividad de estas cláusulas.

[29] AAAP de Barcelona (Sección 13ª) núm. 21/2015 de 2 febrero. JUR 2015\115525; núm. 102/2015 de 25 febrero. JUR 2015\120257; núm. 53/2015 de 2 marzo. JUR 2015\118858; núm. 269/2015 de 30 junio. JUR 2015\228203; núm. 315/2015 de 13 octubre. JUR 2015\276896; núm. 329/2015 de 26 octubre. JUR 2016\941; AAP de Valencia núm. 122/2015 de 26 febrero. JUR 2015\124077; AAP de León núm. 173/2015 de 10 julio. JUR 2015\194017; AAP de Sevilla núm. 197/2016 de 21 julio. JUR 2016\225389; AAP de Madrid núm. 316/2016 de 26 octubre. JUR 2016\275935; APP de Girona núm. 287/2015 de 8 septiembre. JUR 2015\283478; AAP de Madrid (Sección 18ª) núm. 297/2015 de 14 septiembre. JUR 2015\255675; AAP de Jaén núm. 275/2015 de 5 noviembre. JUR 2016\29760; AAP de Cádiz núm. 128/2016 de 29 abril. JUR 2016\181095; AAP de Girona (Sección 2ª) núm. 140/2016 de 25 mayo. JUR 2016\192593; etc.

[30] SAP de Pontevedra núm. 175/2014 de 14 mayo. JUR 2014\145294; SAP de Pontevedra núm. 46/2015 de 6 febrero. JUR 2015\79020; SJMer Madrid de 22 diciembre 2014. AC 2015\179; SJMer núm. 76/2015 de 2 marzo. JUR 2016\101570; SJMer Madrid núm. 100/2015 de 29 mayo. JUR 2016\10787; SAP de Barcelona núm. 269/2015 de 18 noviembre. JUR 2016\5194, SAP de Huelva núm. 103/2016 de 24 febrero. AC 2016\926; SJMer de San Sebastián núm. 81/2016 de 3 marzo. JUR 2016\120408; SAP de Málaga núm.

finalidad de ésta es permitir a la entidad de crédito configurar la oferta oportuna. Coinciden en considerar que la tasación del inmueble realizada previa la concesión del préstamo hipotecario es un gasto que debe asumir el consumidor solicitante del préstamo. En este sentido, la SAP de Pontevedra de 14 de mayo de 2014[31] ya apuntaba que "*la imputación al comprador hipotecante de los gastos de tasación del inmueble y los de comprobación de su situación registral no suscita dudas de legalidad. Se trata de gastos precontractuales que normalmente asume el que comprador en tanto que obligado a poner a disposición del prestamista los datos necesarios para la elaboración de la oferta correspondiente, tanto en cuanto al principal como, en su caso, las condiciones en que se establece la hipoteca*".

En contra del criterio mayoritario se posiciona la AP de Girona[32], que considera abusiva la cláusula según la cual los gastos de tasación inicial del inmueble y de las sucesivas tasaciones del mismo que sea preciso practicar, cuando a juicio de la prestamista haya podido producirse una disminución de valor. Y esto por dos motivos: (i) porque la prestamista es la interesada en saber si la vivienda hipotecada cubrirá el importe del préstamo que pretende entregar; y (ii) porque, en relación con las tasaciones posteriores, se deja a la discreción del empresario la realización de aquellas soportando las consecuencias económicas de ello el consumidor, vulnerando así el art. 82 a) b) y e) del TRLGDCU.

Sin embargo, la finalidad de la tasación no es configurar la oferta previa ni evaluar si el inmueble responderá del importe prestado. Las finalidades últimas y esenciales de la tasación del inmueble son: (i) permitir al acreedor acceder al procedimiento de ejecución judicial y extrajudicial, así como –desde la entrada en vigor de la Ley 1/2013- determinar el tipo de subasta en los procedimientos ejecutivos judiciales y extrajudiciales (art. 682.2.1º de la LEC, 234 del RH y art. 129.2 LH); y (ii) permitir que el préstamo hipotecario sea elegible para su movilización, es decir, permitir a las entidades de crédito emitir bonos hipotecarios, cédulas hipotecarias, etc.[33] (art. 3 Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, apartado segundo de la Exposición de Motivos del mismo texto normativo, art. 7 de la LMH, y arts. 1 y 2 de la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras). Nótese que, el art. 3 bis I) LMH, introducido por la Ley 41/2007 de 7 de

489/2016 de 5 julio. JUR 2016\268365; SAP de Barcelona núm. 225/2016 de 17 octubre. JUR 2016\240432; SAP de Córdoba núm. 17/2015 de 4 diciembre. JUR 2016\46339, etc.

[31] JUR 2014\145294.

[32] SAP de Girona núm. 55/2016 de 10 marzo. JUR 2016\102096.

[33] De ahí que se realizaran tasaciones sobrevaloradas, ello permitiría al acreedor emitir productos financieros respaldados por la hipoteca como poco arriesgados al estar respaldados por un inmueble de valor "muy superior" al préstamo.

diciembre, impone a las entidades la obligación de aceptar tasaciones aportadas por el cliente (que no tiene por qué ser consumidor) siempre que hayan sido realizadas por un tasador homologado y no estén caducadas (6 meses). Adicionalmente, debe resaltarse que tanto el art. 15 de la Ley 2/2009 como el art. 4 de la Orden de 5 de mayo de 1994, califican este servicio como un servicio accesorio, cuyo traslado al consumidor puede efectuarse previa información expresa contenida en dichos preceptos y, en todo caso, sin perjuicio de la aplicación del control de abusividad para el caso de que esta traslación no hubiera sido negociada individualmente (arts. 1.3 y 4.1.III, respectivamente).

Por lo tanto, la tasación previa del inmueble no constituye un requisito de tramitación del préstamo de cara al prestatario, sino un requisito para que el acreedor garantizado alcance diversas finalidades (ejecutar y movilizar los préstamos hipotecarios). Consecuentemente, consideramos que la repercusión al consumidor de los gastos de tasación debe reputarse abusiva por dos razones: (i) trasladar al consumidor gastos que naturalmente corresponden al empresario [art. 89.2 y 89.3.a) TRLGDCU]; (ii) por comportar un desequilibro grave de los derechos y obligaciones de las partes en contra de las exigencias de la buena fe pues, no puede esperarse que en seno de una negociación individual en la que el consumidor conociera que éstas son las finalidades reales de la tasación, aceptara asumir dicho gasto (art. 82.1 TRLGDCU); (iii) por comportar la imposición de un servicio accesorio no lo solicitado por el cliente (art. 89.4 TRLGDCU); y (iv) por privar al consumidor de sus derechos reconocidos en normas dispositivas o imperativas (art. 86 TRLGDCU) si la cláusula contenía su derecho a aportar una tasación de otro tasador homologado[34].

3. Gastos de gestoría

Como señala la Memoria del Servicio de Reclamaciones del BdE de 2012[35] "Los préstamos hipotecarios tienen una peculiaridad adicional: ya que la inscripción registral de la escritura de hipoteca tiene carácter constitutivo, «es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad» (artículo 1875 del Código Civil), por lo que, en tanto aquella no conste inscrita, la entidad no puede ejercitar todos los derechos generados de la garantía con la que pretende asegurar el reembolso del préstamo. (…) Amparado en ese interés de la entidad prestamista, y aunque la normativa aplicable reconoce expresamente el derecho del prestatario a designar quién va a realizar la gestión

[34] Nótese que el control de abusividad de las cláusulas debe realizarse de conformidad con su dicción literal, como ha recalcado el TJUE en su sentencia de 26 de enero de 2017 (asunto C-421/14).

[35] Disponible en: http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/12/Criterios.pdf

administrativa de la operación, es una práctica bancaria generalmente admitida el encargar la tramitación de las escrituras de préstamo hipotecario a una gestoría de la confianza de la entidad de crédito para que esta pueda correr el riesgo que supone entregar el importe del préstamo antes de llevar a efecto dichos trámites. Así las cosas, si el cliente no aceptara la gestoría propuesta por la entidad, tendría que esperar a la inscripción en el Registro de la Propiedad de la correspondiente carga hipotecaria para que aquella ponga a su disposición los fondos prestados". Sin embargo, la Memoria únicamente apunta como mala práctica bancaria la no información sobre los exactos costes que deberá asumir el cliente respecto a la prestación del servicio.

Pues bien, pese a que el TS no se haya pronunciado al respecto, consideramos que la imposición de la contratación de los servicios de una gestoría constituye una imposición al cliente de un servicio complementario o accesorio no solicitado en los términos del art. 89.4 TRLGDCU, de forma tal que si el consumidor no tuvo la posibilidad real de elegir entre concluir la operación con o sin intervención de la gestoría (en los términos del BdE, decidiendo "esperar a la inscripción en el Registro de la Propiedad de la correspondiente carga hipotecaria para que aquella ponga a su disposición los fondos prestados"), dicha imposición debe reputarse abusiva, debiendo restituir la entidad prestamista los importes correspondientes al consumidor. Adicionalmente, consideramos que este gasto constituiría un gasto que por naturaleza corresponde al prestamista [art. 89.3.a) TRLGDCU] por ser el interesado en la oportuna y correcta inscripción del derecho real a cuyo favor se constituye, así como ser quien requiere los servicios de la gestoría en cuestión y a quién beneficia la delegación de estos trámites en manos profesionales[36].

Por lo demás, en el caso de que la contratación de la gestoría se produzca para la tramitación de la cancelación de la hipoteca, debe recordarse que el BdE[37] ya aclaró que la repercusión de estos gastos sólo puede producirse bajo la solicitud expresa del cliente, pues en este caso es el prestatario el interesado en la oportuna cancelación de la carga, pudiendo elegir tramitarla personalmente. Consecuentemente, si esta solicitud no se produjo, sino que fue impuesta, corresponderá al prestamista restituir los importes abonados por este concepto (89.4 TRLGDCU).

4. Seguro de daños sobre el inmueble hipotecado

Idéntica fortuna desestimatoria corren las cláusulas de que imponen al prestatario el abono de un seguro de daños sobre el inmueble hipotecado. Como señalamos, el TS

[36] Así lo ha declarado la SJPI nº 11 de Oviedo núm. 247/2016 de 9 diciembre. JUR 2017\1549.

[37] Memoria del Servicio de Reclamaciones del BdE de 2009, disponible en: http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/09/Fich/MSR2009.pdf

declaró, en su STS de 23 de diciembre de 2015, que la cláusula no podía ser reputada abusiva por constituir una obligación impuesta por el art. 8 de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario. Esta imposición deriva de la obligación del propietario de conservar diligentemente el bien hipotecado y tiene su contrapartida en la acción de devastación concedida al acreedor hipotecario (art. 117 LH) y en la extensión legal de la hipoteca al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados (ya sea por seguros de daños o por expropiación, art. 109 LH). Por lo demás, el propio art. 14 LCS determina que el obligado al pago del seguro será el tomador del mismo. En este mismo sentido, y aunque el TS no lo mencione, el art. 10 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, establece que los bienes sobre los que se constituya la garantía hipotecaria deberán contar con un seguro contra daños que asegure, al menos, los daños causados por incendio, explosión, tormenta, elementos naturales distintos de la tempestad, energía nuclear y hundimiento de terreno, y otros daños causados por granizo o helada u otros sucesos distintos a los relativos al incendio, con exclusión del robo. Por los argumentos expuestos, la mayor parte de las sentencias[38] coinciden en negar la abusividad de la cláusula que impone al prestatario la contratación de este tipo de seguros de daños.

Con todo, la AP de Madrid en su sentencia de 26 de julio de 2013[39] (precedente a la STS de 23 de diciembre de 2015) sí declaró la abusividad de la cláusula "*obligaciones de la parte deudora para asegurar la conservación y efectividad de la garantía*" de Banco Popular, lo que no fue recurrido por esta entidad, motivo por el cual no hay pronunciamiento del TS al respecto. La cláusula anulada imponía al deudor "*tener asegurada/s la/s finca/s que se hipoteca/n contra riesgo de incendios y daños de tal manera que la suma asegurada coincida con el valor máximo de reconstrucción a nuevo de la/s finca/s siniestrada/s (…) La indemnización deberá ser entregada al acreedor para aplicarla primero al pago de los gastos producidos e intereses devengados y posteriormente a la amortización total o parcial del capital del préstamo. Si hubiera exceso, ese entregará al propietario de las fincas, salvo que existan terceros hipotecarios, en cuyo supuesto se depositarán en la forma en que se convengan o, en defecto de convenio, en la forma establecida por los artículos 1176 y siguientes del Código Civil*".

[38] SAP de Barcelona núm. 269/2015 de 18 noviembre. JUR 2016\5194; SAP Audiencia Provincial de Huelva núm. 103/2016 de 24 febrero. AC 2016\926; SAP de Guipúzcoa núm. 81/2016 de 3 marzo. JUR 2016\120408; SAP de Pontevedra núm. 187/2016 de 7 abril. JUR 2016\98529; SAP de Pontevedra núm. 188/2016 de 7 abril. AC 2016\943; SAP de Valencia núm. 617/2016 de 4 mayo. JUR 2016\214702; SAP de Zaragoza núm. 264/2016 de 4 mayo. JUR 2016\189622; SAP de Valencia núm. 659/2016 de 11 mayo. JUR 2016\214858; SAP Tarragona núm. 252/2016 de 1 junio. JUR 2016\199678SAP La Rioja núm. 131/2016 de 16 junio. JUR 2016\184857AAP de Granada núm. 136/2016 de 30 junio. JUR 2016\221899; SAP Vizcaya núm. 398/2016 de 19 octubre. JUR 2016\271621; etc.

[39] JUR 2013\297024.

El motivo de esta declaración de abusividad fue que, por un lado, imponía al consumidor la constitución de un seguro en el que la suma asegurada fuera el valor de nuevo del inmueble, con independencia del valor real de mismo a lo largo de los años, lo que le obligaría a abonar una prima más elevada (sobreprima), considerando la AP que ello comporta una vulneración del art. 88.1 TRLGDCU por imponer al consumidor unas garantías desproporcionadas al riesgo asumido[40]. Por otro lado, por permitir que la indemnización correspondiente en caso de siniestro fuera percibida directamente por el acreedor, estuviera vencido el préstamo hipotecario o no, lo que entraña un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes (artículo 82.1 TRLGDCU) y concretamente una privación al consumidor de facultades de compensación de créditos, retención o consignación (artículo 86.4 del TRLGDCU). Esto es así, en palabras de la AP de Madrid, porque "*en nuestro sistema jurídico la indemnización viene a sustituir a la cosa perdida y pasa a ser objeto de la garantía real (artículos 1877 del C. Civil y 110 de la LH, por lo que si la obligación no hubiese vencido lo procedente es el depósito de las cantidades debidas, sin que ello pueda equipararse a una situación de vencimiento anticipado del préstamo. Ya hemos explicado que el problema no estriba en que el banco exponga que su lectura de la cláusula no daría lugar a una aplicación abusiva de la previsión, sino que lo relevante es que el tenor de la misma, contemplando todas las interpretaciones razonablemente sostenibles que de su texto puedan derivarse, no dé lugar a esa posibilidad, pues si es así lo procedente es depurarla*". Coincidimos con el criterio de la AP, con un matiz. El propio art. 8 LMH establece que "*[l]os bienes hipotecados habrán de estar asegurados contra daños por el valor de tasación*", por lo tanto, no se trata de que se imponga una garantía desproporcionada por existir una desconexión con el valor real del inmueble, sino que no se expresa correctamente el importe de la suma asegurada, que deberá ser el de la tasación del inmueble con independencia de valor real del mismo con posterioridad.

[40] "Por un lado, la constatación de que existe una desconexión entre la suma asegurada (valor máximo de reconstrucción a nuevo de la finca) y lo que se tendría necesariamente que garantizar (el valor de la finca según cual fuese su estado), lo que significa que se estaba imponiendo al cliente la prestación de una garantía que puede resultar desproporcionada (artículo 88.1 del TRLGDCU (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372)). El exigir un seguro a valor nuevo (lo que, en efecto, es licito y no contravendría el artículo 26 de la LCS (RCL 1980, 2295), si no se pierde de vista lo que también prevén los artículos 2, 18 y 29 del mismo cuerpo legal), en lugar de hacerlo a valor real al momento del siniestro, supone, en lo que aquí nos interesa, imponer la contratación de una ampliación de la garantía normal de la póliza de seguro de daños y por lo tanto el pago de una sobreprima que sería de cargo del cliente bancario, lo que no necesariamente tiene que conllevar una ventaja para éste como se sostiene por el banco (ya que el espíritu del seguro a valor nuevo sería que el asegurado pudiera también afrontar eventuales gastos de reconstrucción, lo que no parece que fuera a ser el caso si el banco, como a continuación veremos, es el que va a percibir la indemnización para cobrar su crédito) y sí, en cambio, implica un esfuerzo económico mayor para el prestatario (de lo que es muy posible que además ni tan siquiera sea consciente cuando acepta cláusulas de este tipo)".

Por otro lado, también resultarán abusivas las cláusulas que reconozcan al acreedor garantizado "*el derecho de aceptar a la Entidad Aseguradora, que podrá rechazar por causas justificadas y la póliza de seguro concertada*", por dejar a decisión del empresario la elección tanto de la compañía con la que el consumidor deba contratar así como el tipo de póliza (art. 85.3 TRLGDCU)[41]. Excepción hecha al supuesto en que la contratación con una determinada compañía haya sido utilizado como mecanismo para bonificar el diferencial o ajustar las condiciones de la oferta del préstamo hipotecario, siempre y cuando el consumidor hubiera contado con la posibilidad real de elegir entre suscribir el préstamo hipotecario con esta condición y sin ella y, conociendo el alcance económico de ambas alternativas antes de quedar vinculado por el contrato[42], se hubiera decantado por obligarse a contratar el seguro con una determina compañía para obtener mejores condiciones en la oferta del préstamo hipotecario (como analizaremos en el siguiente apartado).

Consecuentemente, las cláusulas que impongan al prestatario la contratación de un seguro de daños no deberían ser consideradas abusivas, salvo que (i) impongan que la suma asegurada habrá de ser superior al valor de tasación del inmueble; (ii) impongan la contratación de otras coberturas distintas a aquéllas derivadas del incendio y otros daños (excluido el robo); (iii) permitan la recepción directa de la indemnización por parte del acreedor y su libertad de imputación del importe; o (iv) permitan al acreedor reservarse el derecho de aceptar la compañía con la que el consumidor contrata el seguro de daños y el tipo de póliza –siempre que ésta cubra al menos daños por incendio y otros daños, excluido el robo-.

5. Seguro de amortización y seguros de vida

La vinculación a diferentes servicios adicionales es una práctica común en el mercado hipotecario, utilizado por las entidades de crédito como mecanismo para mejorar las condiciones del préstamo hipotecario y, en particular, bonificar el diferencial[43]. Dado que

[41] SAP de Pontevedra núm. 175/2014 de 14 mayo. JUR 2014\145294; SJMer de Vigo núm. 79/2016 de 23 marzo. JUR 2016\125809; SJMer de Vigo núm. 56/2016 de 11 marzo. JUR 2016\125604.

[42] Por ejemplo, que el consumidor hubiera tenido a su disposición información precontractual que le informara de que si contratase el seguro de daños con cualquier compañía el diferencial del préstamo sería un 1% (oscilando los precios del mercado para una prima de seguros sobre un inmueble de "x" características de 170 a 280€); y si contratase con la compañía "colaboradora" de la entidad de crédito, el diferencial sería de un 0,90%, siendo la simulación de la prima de 225€ - de forma tal que pudiera comparar el importe de la prima con otras opciones del mercado-.

[43] En la actualidad, según la noticia publicada por la web finanzas.com, para conseguir una hipoteca con un diferencial inferior al 1% es necesario contratar, de media, 4,5 productos vinculados, siendo los más comunes seguros de vida, de amortización de pagos, el seguro del hogar, tarjetas de crédito y planes de pensiones. Noticia de 9/12/2016, disponible en:

el art. 89.4 TRLGDCU considera abusivas, en todo caso, las cláusulas que impongan al consumidor la contratación de bienes o servicios complementarios o accesorios no solicitados, la validez de la cláusula que imponga la contratación de estos productos dependerá de que el cliente tuviera una posibilidad real de elegir entre la contratación del préstamo hipotecario con dicho producto vinculado y sin él[44]. Ahora bien, si la oferta precontractual –de haberla-, o el contenido mismo de la escritura de préstamo hipotecario, en defecto de lo anterior, muestran que sólo se ofreció al cliente la posibilidad de suscribir el préstamo hipotecario con la contratación de dichos productos vinculados, entonces consideramos firmemente que la cláusula debe reputarse abusiva en virtud del citado art. 89.4 TRLGDCU.

En este orden de cosas, el Auto de la AP de Barcelona de 10 de octubre de 2014[45], confirmó la declaración de abusividad efectuada por el juez *a quo* respecto a la contratación de un seguro de amortización, sosteniendo que "*la contratación de un seguro de amortización para el caso de impago del deudor debe considerarse abusiva dado que se establece la imposición de unos servicios que el consumidor no ha solicitado en virtud del artículo 89.4 del TRLGDCU ya que se obliga a los ejecutados a contratar un servicio concreto ofrecido por la propia entidad, una del grupo o con otra entidad determinada por la entidad financiera*". Igualmente, el JMer de Segovia ha declarado que la cláusula que impone la contratación de un seguro de vida constituye una cláusula abusiva en virtud del art. 89.4 TRLGDCU[46], y el JMer de Madrid núm. 2 hizo lo propio "*por no suponer el seguro de vida un gasto necesario para la constitución de la hipoteca*"[47].

A mayor abundamiento, el TJUE en su sentencia de 21 de diciembre de 2016[48] ha declarado que el control de transparencia material "instaurado" por el TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013, está contenido tanto en el art. 4.2 Directiva 93/13/CEE (respecto a las cláusulas que definan el objeto principal del contrato) como en su art. 5 (en relación con todas las cláusulas contractuales). Por lo tanto, todas las cláusulas están sujetas a este control de transparencia material, control que exige, en palabras del TJUE, que el

http://www.finanzas.com/noticias/vivienda/hipotecas/20161209/hipotecas-debajo-euribor-exigen-3532405.html (consultado el 8/1/2017).

[44] Vid. CARRASCO PERERA, A.: "¿Cláusulas de vinculación abusivas o menú lícito de opciones alternativas?" Centro de Estudios de Consumo (CESCO), disponible en: http://blog.uclm.es/cesco/files/2017/01/Clausulas-de-vinculacion-abusivas-o-menu-licito-de-opciones-alternativas.pdf

[45] JUR 2015\63681.

[46] SSJMer de Segovia de 3 de noviembre de 2015 (JUR 2016\38619); de 28 septiembre 2015. JUR 2016\38617; de 28 septiembre 2015. JUR 2016\61107.

[47] SJMer de Madrid núm. 209/2015 de 15 octubre. JUR 2016\100119.

[48] Asuntos acumulados C- 154/15, C- 307/1 y C- 308/15 (TJCE 2016\309).

consumidor disponga "*antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración*" (párrafo 50). Así pues, serán abusivas por falta de transparencia material las cláusulas respecto a las cuales el consumidor "*no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración*" (párrafo 51).

Por lo tanto, tras la STJUE de 21 de diciembre de 2016, queda aclarado que (i) el control de transparencia deriva de la Directiva 93/13/CEE; (ii) que resulta de aplicación a todo tipo de cláusulas (definan o no el objeto principal del contrato, arts. 4.2 y 5 Directiva 93/13/CEE); y (iii) que el control de transparencia no se restringe a los requisitos establecidos por el TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013, sino que va más allá alcanzando a la información precontractual, de forma tal que también cabrá considerar una cláusula abusiva por falta de transparencia por el mero hecho de que el consumidor no hubiera dispuesto, antes de la celebración del contrato, de toda la información necesaria sobre las condiciones contractuales y sus consecuencias.

Aplicando esta doctrina a nuestro caso, como podría hacerse con la totalidad de cláusulas del préstamo hipotecario[49], si el consumidor no recibió información precontractual sobre la "necesidad" de suscribir un producto vinculado, sobre los costes del producto, funcionamiento, en caso de seguros, sobre coberturas, etc. entonces la cláusula será igualmente abusiva por falta de transparencia, aun cuando el consumidor hubiera podido elegir entre varias ofertas del prestamista con o sin productos vinculados. Y es que no se trata, exclusivamente, de que el producto vinculado no sea impuesto o no solicitado, sino también de que el consumidor, antes de la suscripción del contrato, pudiera conocer todas las consecuencias económicas y jurídicas del mismo.

En este contexto, la SAP de León de 16 de diciembre de 2016[50] declara nula la cláusula que impone al consumidor la contratación de un seguro de amortización de pagos que, como es habitual, era un seguro de prima única cuyo importe se incluía en el capital prestado por la entidad ("financiándolo"). En concreto, declaró nula la cláusula por no superar el control de transparencia material, debido a que la prima del seguro no se incluía en el cálculo de la TAE, así como por no haber sido informados precontractualmente los consumidores de la carga económica que supondría para ellos la financiación de la prima. Asimismo, recuerda la AP de León que, ya en 2006, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones consideró estas prácticas como malas prácticas, en el Informe anual

[49] Piénsese, por ejemplo, en comisiones de apertura, subrogación, cancelación o amortización anticipada, etc.
[50] JUR 2016\34407.

de su Servicio de Reclamaciones[51], sosteniendo que la imposición de un seguro de este tipo a prima única "*por todo el período de vida del préstamo hipotecario, que es cargada al prestatario y tomador de la póliza mediante un incremento del capital prestado (...) se está extendiendo en el mercado, siendo una actuación que es considerada por el Servicio de Reclamaciones como inadecuada y, en ciertas ocasiones, claramente abusiva*".

Por lo demás, debe tenerse en cuenta que, en caso de amortización o cancelación anticipada del préstamo hipotecario, el consumidor que hubiera suscrito un seguro de vida a prima única para la amortización del préstamo, tendrá derecho a la devolución proporcional de la prima, según el criterio establecido por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones[52] y la "Guía de buenas prácticas de transparencia en el Seguro" editada por la Asociación Empresarial del Seguro (UNESPA)[53].

6. Gastos o comisiones por gestión de impago y reclamación de posiciones deudoras

La comisión por reclamación de posiciones deudoras tiene como finalidad la retribución de los costes que comporte para el prestamista la reclamación extrajudicial de la deuda existente en caso de impago del prestatario.

La Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela establece en su norma tercera 1. I que *"[t]odas las Entidades de Crédito establecerán libremente sus tarifas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles a la clientela por las operaciones o servicios realizados (...)*". Ahora bien, esta libertad en la fijación de las comisiones queda limitada en varios sentidos: (i) "*[N]o se tarifarán servicios u operaciones no practicados*" (norma tercera 1. IV); (ii)*"[T]ampoco se incluirán en las tarifas, sin perjuicio de su reflejo en los contratos correspondientes, las penalizaciones o indemnizaciones que deba pagar el cliente por incumplimiento de sus obligaciones contractuales*" (norma tercera 1. IV); y (iii)*"[L]as comisiones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente"* (norma tercera 3). En el mismo sentido, el art. 3.1.II de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, establece que "*[S]ólo podrán percibirse comisiones o*

[51] Disponible en: http://www.dgsfp.mineco.es/sector/documentos/INFO_ANUAL_SER%20RECLAM_2006.pdf (consultado el 8/1/2017).

[52] Disponible en: http://www.dgsfp.mineco.es/reclamaciones/documentos/SPH2%20%20Seguros%20de%20vida%20a%20prima%20%C3%BAnica%20-%20post%20JCSFP%20feb%2009.pdf (consultado el 8/1/2017).

[53] Disponible en: http://www.unespa.es/adjuntos/fichero_3533_20130301.pdf (consultado el 8/1/2017).

repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos".

Queda, pues, patente que las comisiones constituyen retribuciones por "*servicios efectivamente prestados o gastos habidos*" que hayan sido aceptados o solicitados por el cliente. Por ende, la comisión debe responder a un servicio prestado o gastos habidos, o lo que es lo mismo, su abono debe tener una causa como elemento contractual esencial. Asimismo, debe tenerse en cuenta que el BdE[54] ha matizado que, desde la óptica de las buenas prácticas bancarias, su adeudo sólo es posible si, además de aparecer recogida en el contrato, se acredita que: (i) efectivamente se han realizado gestiones de reclamación ante el cliente deudor distintas de la remisión de una carta periódica; (ii) es única en la reclamación de un mismo saldo; (iii) su cuantía es única, no admitiéndose tarifas porcentuales, pues el gasto de reclamación no depende del importe adeudado; y (iv) no se procede a su aplicación automática, pues cada reclamación debe realizarse atendiendo a las circunstancias particulares de cada cliente y cada impago.

En este contexto, la mayoría de resoluciones que declaran la nulidad de las comisiones por reclamación de posiciones deudoras se han producido en el seno de procedimientos de ejecución hipotecaria. Por un lado, se fundamenta su nulidad en la inexistencia de prueba suficiente del prestamista sobre la realización efectiva de actos extrajudiciales de reclamación de la deuda (efectiva prestación del servicio) que justifique la retribución del mismo. En su auto de 2 de febrero de 2015, la AP de Barcelona[55] sostenía que "*para que se devengue la comisión que se reclama no basta con que se produzca el impago, sino que, presupuesto éste, es preciso que la entidad prestamista haya procedido a su reclamación, y es lo cierto que no consta que la entidad bancaria haya llevado a cabo actividad alguna (ni siquiera la remisión de una comunicación por cualquier medio) a tal fin, ya que la única reclamación que consta en las actuaciones se contrae a la reclamación por burofax de 28.3.2013, posterior al vencimiento anticipado y en el que se reclamaba ya el importe de la liquidación, que incluía los gastos accesorios que se cuestionan*".

Por otro lado, se han declarado también abusivas estas cláusulas cuando el prestamista no demuestra haber incurrido en los gastos que reclama, esto es, cuando no existe prueba de que los gastos de reclamación extrajudicial de la deuda asciendan a la cuantía de la

[54] Memoria del servicio de reclamaciones 2009, pág. 81. Disponible en: http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/09/Fich/Criterios_generales.pdf (consultado el 8 de enero de 2017).

[55] JUR 2015\115525. En el mismo sentido: AAAP Barcelona núm. 299/2014 de 30 diciembre. JUR 2015\78161; núm. 53/2015 de 2 marzo. JUR 2015\118858; núm. 269/2015 de 30 junio. JUR 2015\228203; núm. 134/2015 de 27 mayo. JUR 2015\230196.

comisión de reclamación de posiciones deudoras[56]. Muestra de ello es la SAP de Guipúzcoa de 20 de abril de 2015[57], según la cual "*[e]n la cláusula se establece un recargo por parte de la entidad demandante, en el supuesto de impago de alguna cuota por parte de la prestataria y de reclamación de la misma, sin que en el momento de contratar se refleje ni se informe sobre el coste de una actuación concreta que la misma deba desarrollar en caso de que el prestatario se encuentre en posiciones deudoras, sino que se trata de una cuota fija a abonar por el solo hecho de recibir una reclamación, que la Caja puede formular mediante una simple llamada telefónica. Cuando la cláusula se refiere a la comisión por reclamación está contemplando la comunicación al deudor de su situación, sin que ello implique la necesidad de efectuar una requerimiento notarial ni de contratar los servicios de un abogado para llevar a cabo una llamada o remitir una carta que los empleados de la demandada pueden realizar dentro de sus funciones sin que tal actuación suponga un coste adicional en los salarios que la Caja deba afrontar*". Con mayor rotundidad se pronunció al respecto la AP de Castellón[58] al afirmar que "*el establecimiento de un cargo adicional, revestido de la denominación de comisión de recobro y fundado en la mera reclamación del pago carece de justificación, por cuanto (…) que la entidad prestamista dirija una comunicación al cliente exigiendo el pago no merece la calificación de servicio prestado por el banco, sino simple gestión por éste de sus propios intereses*".

A mayor abundamiento, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Vitoria[59] sancionó a Banco Sabadell y a Caja Laboral Popular S. Coop. de Crédito, por la

[56] Que oscila entre los 15 y 35 euros.

[57] AC 2015\991. Con el mismo criterio: SAP de Asturias núm. 235/2014 de 29 septiembre. JUR 2014\277837; SAP de Madrid núm. 881/2013 de 28 noviembre. JUR 2014\62300; SSAP de Guipúzcoa núm. 104/2015 de 24 abril. JUR 2015\169513; núm. 90/2015 de 14 abril. JUR 2015\169312; núm. 89/2015 de 13 abril. JUR 2015\169405; núm. 78/2015 de 27 marzo. JUR 2015\121802; núm. 68/2015 de 23 marzo. JUR 2015\121409; núm. 64/2015 de 20 marzo. JUR 2015\121549; núm. 60/2015 de 16 marzo. JUR 2015\120305; núm. 62/2015 de 20 marzo. JUR 2015\121118; núm. 125/2015 de 22 mayo. JUR 2015\175752; núm. 93/2015 de 17 abril. JUR 2015\169745; núm. 67/2015 de 24 marzo. JUR 2015\122060; núm. 69/2015 de 23 marzo. JUR 2015\12205; núm. 63/2015 de 20 marzo. JUR 2015\120454; núm. 38/2016 de 15 febrero. JUR 2016\80315; SSJMer de San Sebastián núm. 386/2015 de 20 noviembre. JUR 2016\60934; núm. 393/2015 de 25 noviembre. JUR 2016\60368; núm. 89/2016 de 8 marzo. JUR 2016\57311; sentencia núm. 73/2016 de 2 marzo. JUR 2016\120402; núm. 56/2016 de 18 febrero. JUR 2016\88059; núm. 336/2015 de 22 octubre. JUR 2016\732; SJPI de Vitoria núm. 162/2016 de 17 junio. JUR 2016\153238; SJMer Vitoria núm. 162/2016 de 17 junio. JUR 2016\163340; SAP de la Rioja núm. 131/2016 de 16 junio. JUR 2016\184857; SAP de León núm. 173/2015 de 10 julio. JUR 2015\194017; AAP de Lleida núm. 54/2016 de 1 abril. JUR 2016\134769; SAP de Pontevedra núm. 168/2016 de 31 marzo. AC 2016\509; entre otras.

[58] SAP de Castellón núm. 137/2015 de 18 mayo. JUR 2015\206347.

[59] Sentencias núm. 179/2016 de 1 septiembre. RJCA 2016\854; núm. 195/2016 de 1 septiembre. RJCA 2016\85; respectivamente.

utilización de estas cláusulas. Idénticamente lo hicieron el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Vitoria[60] respecto a Caixabank, y el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Valencia[61] con Kutxabank.

En todo caso, habrá de estarse al tenor concreto de la cláusula en cuestión, de forma que si la cláusula impone el devengo de la comisión por la mera constitución en mora del deudor[62], la cláusula deberá reputarse, sin más, abusiva (o, mejor, sin causa) por permitir su devengo automático sin responder a ningún servicio o gasto por servicio consentido por el cliente. Por el contrario, si la cláusula impone el devengo de la comisión por cada reclamación que se efectúe[63], la cláusula puede ser considera abusiva por no fijar las gestiones que llevará a cabo la entidad para la reclamación de la deuda y los gastos que dichas gestiones comportan, de forma tal que alcancen el importe de la comisión. Adicionalmente, deberá ser considerada abusiva (o sin causa) si, en el seno de un procedimiento ejecutivo o de reclamación de cantidad, la prestamista no prueba la realización de gestiones e incursión en gastos de reclamación extrajudicial de la deuda.

7. Comisión por impago y las comisiones por devolución

Las comisiones por impago y comisiones por devolución de recibos o cuotas, a diferencia de las comisiones por reclamación de posiciones deudoras o gestión de impagos, no tienen como finalidad retribuir la prestación de un servicio a la entidad prestamista. Las comisiones por impago imponen, directamente, una sanción al deudor por el impago de cuotas. Por su parte, las comisiones por devolución, que tienen su origen en el contrato de descuento bancario, han tenido –tradicionalmente- la finalidad de retribuir al acreedor la gestión de reenvío del recibo del préstamo (tras la devolución del primer envío en plazo por insuficiencia de saldo) cuando el cobro del préstamo estaba domiciliado en otra entidad de crédito distinta al prestamista (único supuesto en el que podría ocasionarle algún gasto).

Como señalamos *ut supra*, las comisiones no son -ni pueden ser- penalizaciones o indemnizaciones por incumplimiento, precisamente porque las comisiones constituyen retribuciones por servicios prestados y la indemnización por el incumplimiento no constituye remuneración de servicio alguno. Por lo tanto, consideramos que las comisiones por impago deben considerarse, en todo caso, abusivas por imponer una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor por el incumplimiento de sus obligaciones (art. 85.6 TRLGDCU). Esto es así porque la sanción o resarcimientos de los

[60] núm. 145/2016 de 30 junio. JUR 2016\209319.
[61] Sentencia núm. 145/2016 de 30 junio. JUR 2016\200413.
[62] Como sucedía en el caso de la SAP de Valencia núm. 808/2016 de 18 julio. JUR 2016\215151.
[63] Supuesto, por ejemplo, de la SAP de Guipúzcoa núm. 99/2015 de 20 abril. AC 2015\991.

daños y perjuicios ocasionados al acreedor por el incumplimiento del deudor queda ya cubierta por los intereses moratorios[64], por lo que esta duplicidad comporta la desproporcionalidad de la indemnización impuesta al consumidor por el incumplimiento[65]. Asimismo, en tanto que comisiones, resultarían carentes de causa en el sentido del art. 1274 y 1275 CC y de la norma tercera 3 de la Circular 8/1990 BdE y del art. 3.1.II de la Orden EHA/2899/2011, pues no existe servicio prestado ni gasto incurrido por la entidad que deba ser remunerado por el cliente.

Por lo que respecta a las comisiones por devolución, siempre que el abono de las cuotas del préstamo hipotecario estén domiciliadas en la misma entidad prestamista, comprendemos nuevamente que carecen de causa debido a que no existe servicio prestado por la entidad o gasto incurrido por aquella que justifique su devengo[66]. Así pues, no es necesario siquiera entrar a valorar si encubren intereses de demora (que, indudablemente, lo hacen) de forma que la conviertan en una cláusula abusiva en virtud del art. 85.6 TRLGDCU.

8. Gastos y comisiones por cancelación

Tanto el Tribunal Supremo como la AP de Madrid declararon abusiva la cláusula de gastos del préstamo hipotecario de BBVA (excepción hecha a los gastos de contratación del seguro de daños), sin hacer referencia expresa a los gastos de cancelación. En concreto, la cláusula anulada de BBVA establecía que serían de cuenta exclusiva de la parte prestataria, además de lo expuesto anteriormente, los gastos de cancelación de la garantía, incluyendo una comisión por cancelación por la que se retribuirían los trabajos de preparación de antecedentes que deba realizar el Banco para el otorgamiento de la escritura de cancelación de hipoteca.

---

[64] *Según el TS[64] los intereses moratorios no tienen naturaleza jurídica de intereses reales, sino que constituyen una sanción o pena por el incumplimiento de obligaciones del deudor. Vid. SSTS de 18 de mayo de 1963 (RJ 1963, 2739) y STS de 20 de mayo de 1986 (RJ 1986, 2734).*

[65] AAP de Huelva núm. 116/2016 de 14 abril. JUR 2016\166715; AJMer de Sevilla núm. 412/2014 de 2 mayo. JUR 2014\139108; AAP de Granada núm. 108/2016 de 7 junio. JUR 2016\221524.

[66] SAP de Córdoba núm. 269/2016 de 20 mayo. JUR 2016\178887. En supuestos de préstamos no hipotecarios, donde es más frecuente el cobro de la comisión por devolución, han declarado su nulidad por ausencia de causa, por ejemplo: SAP de Zaragoza núm. 350/2012 de 20 julio (JUR 2012\312659); SAP de Zaragoza núm. 332/2012 de 20 julio (JUR 2012\287406); SAP de Islas Baleares núm. 233/2014 de 24 julio (AC 2014\1500). Asimismo, la han declarado abusiva por encubrir intereses moratorios, en virtud del art. 85.6 TRLGDCU: -SAP de Castellón núm. 92/2013 de 26 febrero (JUR 2013\188518); SAP de Madrid núm. 304/2014 de 22 julio (JUR 2014\245390); SAP de Valencia núm. 328/2014 de 30 septiembre (JUR 2015\52019); SAP de Murcia núm. 56/2014 de 31 marzo (JUR 2014\169796); -SAP de Valencia núm. 52/2015 de 10 marzo (JUR 2015\145158), entre otras.

En este sentido, la SJMer de Madrid de 8 de septiembre de 2011[67] (sentencia de primera instancia en la demanda colectiva de la OCU) declaraba que "*[R]especto de los gastos de cancelación tampoco se identifica cuál es su concepto en qué consisten, la posibilidad por parte del cliente de poder realizar directamente tales actuaciones previas y el derecho del consumidor a realizar directamente tales trámites previos*". Asimismo, citaba la Memoria del Servicio de Reclamaciones del BdE de 2009[68] que aclara que las comisiones de cancelación sólo pueden remunerar la prestación del servicio de preparación de la documentación necesaria, a petición del cliente, de forma que sea la entidad la que realice las gestiones y trámites necesarios para la cancelación notarial de la hipoteca. Con todo, no podrá comprenderse como "preparación de documentación" ni cobrarse comisión de cancelación por: (i) "*la entrega al cliente de la documentación justificativa de la extinción de la obligación contractual frente a la entidad (el mero otorgamiento de la carta notarial de pago o la emisión de un certificado de deuda cero)*"; ni (ii) "*el simple desplazamiento del apoderado de la entidad a la notaría que a esos efectos indique el cliente, ya que, en estos supuestos, la actividad desarrollada no es otra cosa que el consentimiento otorgado por el acreedor hipotecario (exigido por el artículo 82 de la Ley Hipotecaria) para la cancelación de una inscripción hecha a su favor en virtud de escritura pública*". Adicionalmente, continúa el Servicio de Reclamaciones del BdE, debe recordarse que los clientes pueden realizar por sí mismos los trámites de cancelación registral de su hipoteca, por lo que sólo podrá cobrarse esta comisión si el cliente solicita expresamente al prestamista la realización de esta gestión y consiente en el cobro de dicha comisión.

Consecuentemente, el SJMer Madrileño declaró la nulidad de la cláusula no sólo por vulnerar los arts. 87.5 y 89.3 TRLGDCU, sino también por falta de transparencia al no especificar qué gastos tendría que abonar el consumidor, siendo imposible para aquél evaluar el alcance económico y jurídico de la cláusula. Frente a ello, BBVA interpuso recurso de apelación alegando, por lo que aquí interesa, que la cláusula era precisa y clara, concluyendo la AP de Madrid[69] que "*no estamos ante un problema de falta de claridad, dada la vocación omnicomprensiva de la misma. Lo que ocurre, sin embargo, es que se trata de una cláusula abusiva, a tenor de lo previsto en el artículo 89.1 del TRLGDCU*".

Con todo, debemos plantearnos, en este punto, si efectivamente la única luz bajo la cual quepa analizar la validez de la cláusula sea la de la abusividad del art. 89 TRLGDCU. Tal

[67] AC 2011\2146.

[68] Disponible en: http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/09/Fich/MSR2009.pdf (última consulta: 9 de enero de 2017).

[69] Sentencia núm. 242/2013 de 26 julio. JUR 2013\297024.

y como apuntamos, tras la STJUE de 21 de diciembre de 2016 ha quedado aclarado que el control de transparencia material se extiende a todas las cláusulas contractuales y que alcanza a la información precontractual y contractual que hubiera recibido el consumidor de forma tal que pudiera comprender el alcance económico y jurídico de las condiciones contractuales no negociadas individualmente.

En consecuencia, el examen de transparencia material no puede quedar al margen en el análisis de validez de estas cláusulas, por cuanto alguno de los gastos incluidos de forma genérica en aquellas podrían legalmente corresponder al consumidor, en concreto los gastos de notaría y registro pues en estos casos la parte interesada en la cancelación es el prestatario[70]. En otras palabras, si bien determinados gastos podrían repercutirse al consumidor, aunque no bajo fórmulas omnicomprensivas como la utilizada por BBVA, en la mayoría de los casos estas cláusulas no superarían el control de transparencia material pues el consumidor no tiene forma de conocer, antes de quedar vinculado por el préstamo hipotecario, las implicaciones económicas que los gastos de cancelación podrían suponer. Estos es así porque, a diferencia con lo que sucede en los gastos de formalización de los que el consumidor sí puede conocer su alcance mediante la constitución de una provisión de fondos, no existe forma posible para el consumidor de conocer, antes de quedar vinculado por el contrato, el alcance económico de la repercusión de los gastos de cancelación[71]. Y no sólo se trata de que no pueda conocer el alcance económico, es que ni siquiera puede conocer el concepto de los gastos que se le pueden repercutir en virtud de la cláusula de gastos de cancelación.

ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ[72], señala que entre los gastos que usualmente se repercuten al cliente por cancelación del préstamo hipotecario se incluyen: (i) un certificado de saldo cero (que según el autor oscila alrededor de los 121€), sobre los que el Servicio de Reclamaciones del BdE ha negado que pueda repercutirse gasto alguno al consumidor (*ut supra*); (ii) gastos de gestoría para la gestión de la cancelación,

[70] Anexo II, norma octava, Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, según el cual: "Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado". Anexo II, norma sexta, Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, que determina que "la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de 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".

[71] En algunas ocasiones se realizará una provisión de fondos para la gestión de la cancelación de la hipoteca, pero ésta sólo se realiza cuando efectivamente se va a producir la cancelación, y no con anterioridad a la vinculación al préstamo hipotecario, como exige la STS de 21 de diciembre de 2016.

[72] https://www.notariofranciscorosales.com/como-abaratar-la-cancelacion-de-hipoteca/

lo que incluye la presentación de la escritura en el Registro de la Propiedad y la solicitud de liquidación del impuesto de AJD (cuyo coste varía de los 300 a los 1000€ según la entidad), recordemos que estos trámites pueden ser efectuados por el consumidor por lo que no pueden ser impuestos ni tampoco podrían convivir con una comisión de cancelación que pretende retribuir estos servicios (es decir, o se cobran gastos de gestión o comisión de cancelación, pero no ambos); (iii) gastos por desplazamiento del director de la sucursal a la notaría, gasto que no puede ser repercutido al prestatario, como sostiene el Servicio de Reclamaciones del BdE, debido a que el desplazamiento no comporta un servicio de la entidad sino que constituye una obligación de la misma en virtud del art. 82 LH[73]; (iv) los gastos notariales por la emisión de la escritura de cancelación, que como comentamos, su abono correspondería al prestatario que es el sujeto interesado en la cancelación de las cargas; y (v) los gastos de registro, que merecen igual valoración. Nótese que respecto al IAJD tan sólo existe obligación de obtener el certificado de exención del impuesto en la oficina liquidadora correspondiente para poder inscribir la cancelación en el Registro de la Propiedad, ya que las primeras copias de escrituras públicas notariales que documenten la cancelación de hipotecas están sujetas pero exentas de tributación en la modalidad de AJD [art. 45.B) 18 TRLTP y AJD, introducido por el art. 6.2 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social].

En consecuencia, la cláusula que repercuta al consumidor los gastos de cancelación puede no repercutir gastos propios del empresario al consumidor –gastos notariales y de registro- (en el sentido del art. 89 TRLGDCU) y no ser abusiva por este motivo. Ahora bien, podría ser declarada nula por no superar el control de transparencia material por estar redactadas de forma tal que el consumidor no pudo conocer su alcance económico antes de quedar vinculado por el préstamo hipotecario (en el sentido de la STJUE de 21 de diciembre de 2016). En todo caso, será nula la imposición al prestatario de los gastos de desplazamiento, de certificado de deuda cero, y de gastos de gestoría o de preparación de documentación salvo que, en este último supuesto, el prestatario haya solicitado o consentido expresamente la realización de este servicio en lugar de realizar personalmente estos trámites. Asimismo, ha de resaltarse que la repercusión de gastos de gestión no puede convivir con una comisión de cancelación cuyo objeto es retribuir, precisamente, la gestión de la cancelación. De forma que, si el cliente solicita que la entidad gestione la cancelación, ésta podrá cargar los gastos de gestión al consumidor –honorarios de la propia entidad o de gestoría- (con las excepciones expresadas), pero no

[73] "Las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública, no se cancelarán sino por (…) otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, o sus causahabientes o representantes legítimos".

podrá aplicar adicionalmente una comisión de cancelación pues implicaría una doble retribución por el mismo servicio, es decir, la comisión de cancelación carecería de causa (y viceversa, podría aplicar la comisión de cancelación pero entonces no podría repercutir gastos de gestión). Asimismo, si el cliente decidiera efectuar las gestiones de cancelación, no podrán repercutirse gastos de gestión ni comisión de cancelación.

En cualquier caso, la declaración de nulidad de la cláusula de gastos en globo (como sucede en la STS de 23 de diciembre de 2015) comprende la nulidad de los gastos de cancelación, por lo que, obtenida aquélla e inexistente la cláusula por haber sido expulsada del contrato, los gastos de cancelación deberán ser satisfechos de acuerdo con la normativa vigente, esto es, el consumidor vendrá únicamente obligado al abono de los gastos de notaría, registro e impuestos en los que sea sujeto pasivo.

9. Sobre el plazo para ejercitar la acción de nulidad y restitución de las cantidades indebidamente abonadas

El art. 6.3 del CC dispone que serán nulos de pleno los actos contrarios a las normas imperativas, asimismo, el art. 8 LCGC establece que serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que sean abusivas, a este respecto, el art. 9 LCGC determina que la declaración de nulidad podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales de la nulidad contractual; y, en el mismo sentido, el art. 83 TRLGDCU declara que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho. Dado que el art. 1301 CC resulta de aplicación a acciones de nulidad relativa o anulabilidad (no a acción de nulidad de pleno derecho), su plazo de prescripción de cuatro años no resulta de aplicación a las acciones declarativas de nulidad de pleno derecho de cláusulas abusivas. Mucha tinta se ha vertido en relación con la eventual prescripción de la acción declarativa de nulidad de pleno derecho, sosteniéndose por algunos sectores doctrinales que la misma es imprescriptible[74], y por otros, que dicha acción prescribe –como todas las acciones (art. 1961 CC)- en el plazo de cinco años previsto por el art. 1964.2 CC[75] para las acciones

[74] DELGADO, J.; PARRA, Mª. A.: "*Los vicios de inexistencia y nulidad radical de los actos o negocios jurídicos no son susceptibles de sanación por el transcurso del tiempo, de conformidad con el principio 'quod ad initium vitiosum est non potest tractu temporis convalescere', por lo que las acciones correspondientes son imprescriptibles*".

[75] SAP de Cantabria de 20 de abril de 2015 (JUR 2015\159615) "el plazo de prescripción previsto para las consecuencias restitutorias de la nulidad es el general de las acciones personales del artículo 1964 CC".

personales que no tengan un plazo especial de prescripción[76], aun cuando la cláusula no deje de ser nula por no verse purificada por el transcurso del tiempo[77].

Con todo, lo que no arroja dudas es que la pretensión restitutoria sí prescribe en el plazo de cinco años previsto para las acciones personales sin plazo de prescripción especial (art. 1964 CC), señalando CARRASCO PERERA[78], la pretensión declarativa de nulidad no puede sobrepasar los plazos previstos para la pretensión restitutoria. Ahora bien, si tan sólo se ejercita la acción declarativa de nulidad –lo que puede suceder, por ejemplo, en caso de que se pretenda evitar el devengo de futuros gastos como podrían ser determinados gastos de cancelación del préstamo no extinguido-, entendemos que la acción es imprescriptible. Respecto el *dies a quo* para el ejercicio de la acción de restitución, señala el art. 1964.2 CC que "*[L]as acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación*". Por su parte, el art. 1964 en su redacción previa a la modificación operada por la Ley 42/2015, establecía que el plazo sería de 15 años sin prever *dies a quo*, por lo que debemos remitirnos al art. 1969 CC según el cual *"[E]l tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine,*

[76] Plazo que era de quince años hasta la modificación introducida por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. SJMer Madrid 19 junio 2013 (JUR 2013\219578): "Justamente, la infracción competencial apreciada provoca la nulidad de todo el contrato. Al tratarse de un contrato ilegal y no con causa torpe (inmoral), las consecuencias restitutorias se rigen por el artículo 1303 del Código Civil (LEG 1889, 27) y no por el 1306 (SSTS 1ª 460/2009, 30.6, Canoven y 567/2009, 30.7). Además, la acción restitutoria subsiste ya que la prescripción es quindenial (art. 1964 CC).

[77] PASQUAU LIAÑO, M.: "la acción de nulidad, como acción personal que no tiene señalado plazo especial, prescribe a los quince años, a contar no desde el momento de su celebración, pero sí desde que el interesado en la ineficacia del contrato "pudiera" ejercitar la acción o "debiera" invocar la nulidad (art. 1.969 CC). (…) Lo primero que creo que debe afirmarse con rotundidad para situar esta cuestión en bases racionales y no puramente dogmáticas, es una obviedad que a veces se olvida: lo que prescribe -si es que prescribe- es la acción de nulidad, y no la nulidad misma. (…) Dicho de otro modo, que se declarase prescrita la acción no significaría en absoluto que el vicio de nulidad haya dejado de existir, sino que ya es tarde para discutir si existe o no". En "La acción de nulidad sí prescribe", disponible en: http://codigo-civil.net/nulidad/lodel/document.php?id=288#tocto12

[78] CARRASCO PERERA, A.: "*cuando el contrato ha sido entera o parcialmente cumplido, por una o ambas partes, la pretensión de declaración de ineficacia está subordinada a la pretensión de condena restitutoria. Entonces se han de aplicar los arts. 1303 y 1307 CC. Si la pretensión restitutoria está sujeta a plazos de prescripción o caducidad, la pretensión declarativa no puede sobrepasarlos. Sólo será ello posible si el que alega la prescripción no ha cumplido (enteramente) todavía, y la acción que se hace valer contra él es una acción por la que se le exige el cumplimiento o por la que se le reprocha el incumplimiento (...) La acción declarativa no puede gozar de un plazo que le permita producir efectos que ya no podría obtenerse mediante la acción de restitución*". En Derecho de Contratos, Aranzadi, 2010, págs. 673 y 674.

se contará desde el día en que pudieron ejercitarse"[79]. En este sentido, consideramos que los consumidores pudieron ejercitar la acción desde el momento en que conocieron que dichas cláusulas eran abusivas (STS de 23 de diciembre de 2015), y ello con independencia de que el préstamo estuviera ya extinguido o consumado.

10. Conclusiones

Habida cuenta de que la STS de 23 de diciembre de 2015 fue dictada por la Sala de lo Civil en Pleno, su decisión crea jurisprudencia de conformidad con el art. 1.6 CC, complementando el ordenamiento jurídico, de forma tal que las cláusulas de gastos que repercutan al consumidor los gastos de notaría y registro, IAJD y gastos pre-procesales y procesales (en los términos de aquella sentencia), deberán ser declaradas abusivas por jueces y tribunales por constituir supuestos específicos de los arts. 89.3.a), 89.3.c) y 86 TRLGDCU.

Asimismo, dado que la STJUE de 21 de diciembre de 2016, ha aclarado que el juzgador debe apreciar de oficio la abusividad de la cláusula y, de oficio igualmente, subsanar el desequilibrio provocado por la misma[80], esto es, ordenar la restitución de las prestaciones indebidas[81], nos resulta evidente que, declarada nula por abusiva la cláusula de gastos repercutibles al consumidor, esta nulidad deberá tener un doble alcance. En primer lugar, la restitución al consumidor de los gastos que hubiera satisfecho en aplicación de dicha cláusula y que según la normativa vigente correspondiera asumir al empresario. En concreto, la restitución debería producirse, en todo caso, respecto a los gastos de notaría y registro relacionados con la constitución del préstamo hipotecario[82]; al impuesto de AJD[83]. Adicionalmente, en nuestra opinión, debería extenderse a los gastos de tasación[84]; a los seguros de vida y amortización de pagos, con las precisiones efectuadas en este trabajo; a las comisiones por impago abonadas por el consumidor; a las comisiones de

[79] Respecto al régimen transitorio, hay que estarse a la DT quinta de la Ley 42/2015, que remite al art. 1939 CC. Esto es, si la acción nación antes de la entrada en vigor de la Ley, 15 años, pero no más de 5 años desde su entrada en vigor. Ej. acción nacida en 2008, prescribirá en 2020 y no en 2023.

[80] "el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que exista entre el consumidor y el profesional, desde el momento en que disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto". (párrafo 58).

[81] "*De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes"* (párrafo 62).

[82] En virtud del Anexo II, norma octava, Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad; y del Anexo II, norma sexta, Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios.

[83] En virtud del art. 29 de la LITP y AJD.

[84] Art. 7 LMH, art. 682 LEC, en relación con los arts. 82.1 y 89.2 TRLGDCU.

reclamación de posiciones deudoras eventualmente abonadas por el prestatario (si no se efectuó reclamación extrajudicial de la deuda que supusiera un gasto para el acreedor); a los gastos de cancelación y comisiones de cancelación, en su caso, en los términos expuestos *ut supra*. En segundo lugar, la imposibilidad de devengo de nuevos gastos en aplicación de la cláusula declarada abusiva[85], salvo aquellos que normativamente correspondan expresamente al consumidor.

[85] A este respecto, señalaba la AP de Valencia, en su sentencia de 27 abril de 2016 (JUR 2016\155263), la necesidad de expulsar del contrato la cláusula que repercute al consumidor "todos" los gastos y tributos pues "nada impide al legislador crear otros tributos sobre actuaciones de futuro, o variar elementos de los existentes como el sujeto responsable, haciendo recaer la obligación sobre la entidad financiera. Piénsese, a título de ejemplo, en la cancelación del derecho de hipoteca, notarial y registralmente".