

**ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA NULIDAD
DE LA CLÁUSULA DE GASTOS EN LA HIPOTECA**

**SOME CONSIDERATIONS ON THE NULLITY OF THE
CLAUSE OF EXPENSES IN THE MORTGAGE**

Rev. Boliv. de Derecho N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 174-211



Carolina
del Carmen
CASTILLO
MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de marzo de 2017

ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2017

RESUMEN: Cuando las reclamaciones judiciales por abusividad, sustanciadas de manera habitual en el incidente de oposición a la ejecución hipotecaria, parecían agotarse en los motivos relativos a la nulidad por abusivas de las cláusulas de intereses moratorios y vencimiento anticipado, asumida la estimación retroactiva de las demandas, tramitadas a través del procedimiento declarativo correspondiente, por las que se interesa la restitución de las cantidades indebidamente cobradas por las entidades financieras por aplicación de las estipulaciones que limitan la subida de interés en los préstamos pactados con interés variable, se abre una nueva brecha reivindicatoria de los derechos de los consumidores que ahora reclaman a los bancos la devolución de los gastos generados por la constitución del préstamo hipotecario.

PALABRAS CLAVE: Gastos, hipoteca, tasación, gestoría, contrato de seguro, aranceles notariales y registrales, tributos, transparencia, crédito hipotecario, retroactividad, restitución, acción de nulidad.

ABSTRACT: When legal for abusiveness claims, substantiated on a regular basis in the incident of opposition to foreclosure, seemed exhausted on the grounds relating to the annulment by abusive clauses of moratorium interest and early maturity, assumed the estimate retroactive claims, processed through the corresponding declarative procedure, which is interested in the restitution of the sums unduly charged by financial institutions by application of the provisions that limit the rise of interest in loans agreed with variable interest, opens a new gap reivindicatoria of the rights of consumers who now claim the banks refund of costs generated by the establishment of the mortgage loan.

KEY WORDS: Expenses, mortgage, appraisal, management contract of insurance, notarial and registration fees, taxes, transparency, mortgage lending, retroactivity, restitution, action for annulment.

SUMARIO.- I. LA STS, SALA 1ª, DE PLENO, N° 705/2015, DE 23 DE DICIEMBRE, COMO NECESARIO PUNTO DE PARTIDA. CONSIDERACIÓN DE LOS GASTOS DECLARADOS POR EL TRIBUNAL SUPREMO NULOS POR ABUSIVOS.- 1. Gastos de registro y notaría.- 2. Gastos pre-procesales y procesales.- 3. Tributos vinculados al préstamo hipotecario; especial referencia al impuesto sobre actos jurídicos documentados.- II. CONSIDERACIÓN CRÍTICA DE LA ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS EN LA DOCTRINA DE JUZGADOS Y AUDIENCIAS PROVINCIALES.- 1. Gastos por aranceles notariales y registrales.- 2. Gastos de gestoría.- 3. Gastos derivados del impuesto sobre actos jurídicos documentados.- 4. Gastos de tasación del inmueble.- 5. Gastos generados por la contratación de un seguro de daños sobre el inmueble gravado con la hipoteca.- 6. Gastos derivados del seguro de amortización del préstamo hipotecario y de la contratación de seguros de vida del prestatario.- III. PLAZO DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CON CONSUMIDORES; REFERENCIA AL PRÉSTAMO CON HIPOTECA YA CANCELADA. OBLIGACIÓN DE RESTITUCIÓN DE LAS CANTIDADES INDEBIDAMENTE COBRADAS POR PARTE DE LA ENTIDAD BANCARIA.- IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA STS, SALA 1ª, DE PLENO, N° 705/2015, DE 23 DE DICIEMBRE, COMO NECESARIO PUNTO DE PARTIDA. CONSIDERACIÓN DE LOS GASTOS DECLARADOS POR EL TRIBUNAL SUPREMO NULOS POR ABUSIVOS.

En el tratamiento de la cuestión que nos ocupa debemos centrarnos en la consideración de la STS, Sala 1ª, de Pleno, n° 705, de 23 de diciembre¹, toda vez que la misma constituye necesario punto de partida en el análisis y revisión de la cuestión de la nulidad de la cláusula de gastos. En la referida Sentencia, de Pleno, la Sala 1ª del Alto Tribunal declaró abusiva la cláusula de gastos de la entidad bancaria BBVA, al entender que, por una parte, la indicada estipulación trasladaba al prestatario-consumidor el abono de concretas cantidades por gastos que naturalmente debían ser asumidos por la entidad prestamista –en relación con los aranceles notariales y registrales e impuesto sobre actos jurídicos documentados- y, por otra parte, restringía los derechos básicos del prestatario en su calidad de consumidor –con

¹ STS, Sala 1ª, de Pleno, n° 705/2015, de 23 de diciembre (ROJ: STSm5618/2015-ECLI: ES:TS: 2015: 5618. Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Vela Torres).

• Carolina del Carmen Castillo Martínez

Licenciada en Derecho por la Universitat de València (1986) en la especialidad de Derecho Privado, con el mejor expediente académico de la promoción 1981-86. Premio Extraordinario de Licenciatura, promoción 1981-86, en la especialidad de Derecho Privado. Doctora en Derecho por la Universitat de València, con calificación "cum laude" (otorgada por unanimidad) con la Tesis Doctoral que llevó por título "Responsabilidad del deudor y responsabilidad del sujeto pasivo de la hipoteca", leída el 18 de septiembre de 1993. Magistrado-juez titular del Juzgado de instancia n° 4 de Castellón. Profesora Titular de Derecho Civil (excedente), actualmente Profesora Asociada de Derecho Civil en el Departamento de Derecho Civil de la Universitat de València, con docencia acreditada durante más de treinta años. Autora de diversos trabajos y estudios doctrinales en el muy variado ámbito de las diferentes materias propias de su área de conocimiento, constando publicadas seis monografías, más de cincuenta artículos doctrinales y numerosas colaboraciones en obras colectivas así como colaboraciones en cursos y conferencias impartidas. Correo electrónico: carolina.castillo@uv.es

precisa referencia a los gastos procesales y preprocesales-. No obstante lo cual, el TS consideró válida la cláusula de gastos en punto a los derivados por la contratación del seguro de daños. Ciertamente, no son los atendidos por la Sentencia ahora examinada los únicos gastos respecto de los que se ha venido cuestionando su validez, por considerarse abusivos, pero son los analizados por la resolución ahora considerada los que procedo a revisar ahora, sin perjuicio de referirme posteriormente a otros gastos cuya validez también ha resultado controvertida ante los tribunales. En concreto, los gastos declarados abusivos por la Sala Primera del TS en su Sentencia de Pleno de 23 de diciembre de 2015, y la correspondiente fundamentación jurídica que justifica su anulación, son los siguientes.

I. Gastos de registro y notaría.

A este respecto el Alto Tribunal declaró que la estipulación por la que se imputa al consumidor la obligación de asumir de manera exclusiva los gastos que se produzcan como consecuencia de la intervención del notario y del registrador de la propiedad es, en todo caso, abusiva. Y la abusividad declarada se predica con fundamento tanto en la circunstancia de la repercusión al consumidor de gastos que no le resultan imputables legalmente –por aplicación de la disposición contenida en el art. 89.2 del RD Legislativo 1/2007- como por la razón de que dicha cláusula atribuye al consumidor gastos que se generan por la preparación de la titulación necesaria para la perfección del préstamo hipotecario y que por naturaleza incumben a la entidad bancaria prestamista –cfr. art. 89.3 a) del RD Legislativo 1/2007-, pues tanto el arancel notarial como el que regula los honorarios del Registrador de la Propiedad disponen la obligación de su pago al solicitante del servicio o a aquél a cuyo favor resulte inscrito el derecho o se interese una certificación. El TS destaca, asimismo, que la circunstancia de que la cláusula analizada impusiera la integridad de los gastos al prestatario-consumidor determina un desequilibrio relevante en los derechos y obligaciones de las partes que en modo alguno el consumidor habría aceptado razonablemente en el ámbito de una negociación individualizada (art. 82.1 del RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), atendida la circunstancia de que la cláusula no admite siquiera una distribución equitativa de los gastos de notaría y registro que, en todo caso, incumben al prestamista profesional que concede el préstamo condicionadamente a la constitución de la garantía real hipotecaria.

Ciertamente, la intervención del Notario y del Registrador de la Propiedad no queda justificada por la perfección del contrato de préstamo –que, en todo caso, no la requiere, toda vez que su formalización no exige su constitución mediante escritura pública ni el ingreso de la misma en el Registro de la Propiedad- sino que se genera por la exigencia legal que regula la constitución de la garantía real en que la hipoteca consiste, que sí demanda su formalización mediante escritura pública –u otro soporte documental de la misma naturaleza pública- como requisito necesario

para poder tener acceso al Registro de la Propiedad. Es por lo que, salvo que se haya negociado individualmente y de dicha negociación haya resultado un criterio diverso de atribución, convenido libre y voluntariamente por las partes, el abono de los gastos generados por los aranceles notariales y registrales en todo caso debe imputarse en su integridad al prestamista, pues es precisamente al acreedor hipotecario a quien interesa la formalización documental de la manera indicada a los efectos de poder convertirse en titular del derecho real de hipoteca sobre el inmueble ofrecido en garantía, titularidad real –la hipotecaria- que, como es sabido, no puede sino nacer siempre “dentro” del Registro de la Propiedad. Es por tanto, al prestamista y futuro acreedor hipotecario a quien interesa la constitución de la garantía condicionante de la concesión del crédito y, en todo caso, es el prestamista la parte contratante que va a recibir la primera copia de la escritura; de lo que se infiere que el coste de las sucesivas copias simples de la escritura pública que interese el prestatario constituyente de la garantía deberá ser de su cuenta y, por consiguiente, en modo alguno podrá ser interesada la restitución de dicho importe que incumbirá al cliente-consumidor. Desde esta misma consideración, atendida la circunstancia de que el prestamista es la parte en cuyo favor se inscribe registralmente el derecho de garantía hipotecaria, por lo que va a asumir su ingreso en el Registro de la Propiedad, debe concluirse que es al profesional a quien le incumbe el pago íntegro de los gastos que dicho trámite –imprescindible para la válida constitución de la garantía real hipotecaria- conlleva, entre los que deben incluirse todas las certificaciones y notas simples emitidas por la oficina del Registro de la Propiedad.

En todo caso, no deben confundirse los gastos relativos a la constitución de la garantía real con que se asegura el préstamo concedido por la entidad bancaria –que se convierte, por tal aseguramiento, en un préstamo hipotecario-, con los que se generan por la transmisión inmobiliaria² –por la vía usual del contrato de compraventa³- del que es, a su vez, objeto de la garantía⁴.

- 2 Y que constarán –aunque la transmisión del inmueble se formalice en el mismo instrumento público- en una factura diversa de la que contiene los aranceles notariales y registrales relativos a la garantía real hipotecaria que incumbirá, en su caso, a la entidad prestataria, que no siempre es la transmitente.
- 3 Es por lo que los gastos de registro derivados del contrato de compraventa siempre deberán ser abonados por el adquirente consumidor pues es quien tiene interés en acreditar la adquisición de la titularidad dominical y poder acceder a la protección que ofrece el Registro de la Propiedad (cfr. art. 34 de la LH) y, precisamente, a su favor se inscribe la transmisión de la propiedad. Al respecto, cfr. el ya mencionado Anexo II, norma octava, del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad.
- 4 Esta diferenciación entre operaciones jurídicas habitualmente concurrentes en el tiempo resulta necesaria también a los efectos de especificar los gastos por tributos que incumben a cada una de las partes intervinientes, toda vez que al adquirente del inmueble le afectará siempre, como obligado a su pago, el impuesto de transmisiones patrimoniales –en el caso de segunda y ulteriores adquisiciones de inmuebles, pues las de primera venta, como es sabido, devengan IVA-, en tanto que la especificación del sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados (IAJD) vendrá en buena parte determinada por su condición de interesado en el acto o negocio que constituya el hecho imponible del impuesto referido, según la interpretación normativa que más adelante se expondrá. La apuntada diferenciación aparece recogida en la SAP de Pontevedra n° 152/2017, de 28 de marzo (RO): SAP PO 405/2017- ECLI: ES:APPO: 2017: 405. Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Begoña Rodríguez González).

Ciertamente, ya desde la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la norma exigía que las cláusulas que resultaran de aplicación a la oferta, promoción o venta de productos debían cumplir con los requisitos de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones que, no obstante, no resultaban observados en los supuestos de primera venta de viviendas, al imponerse “la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que, por su naturaleza, correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división o cancelación)” (art. 10.1.c.11 de la Ley 26/1984)⁵. En aplicación de la indicada previsión normativa abundantes resoluciones judiciales declararon nula la cláusula mediante la cual en la primera venta de una vivienda se acordaba imponer al comprador la obligación de asumir los gastos generados por la constitución de una hipoteca a favor del vendedor concedida con el propósito de financiar la construcción del inmueble en cuestión, y entre los que se incluían los gastos de tramitación, constitución y cancelación de la garantía real hipotecaria⁶. Tras su modificación, operada por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, la Ley 26/1984, de 19 de julio, se pronunciaba en el sentido de declarar la nulidad de las cláusulas que supusieran “la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley imperativa corresponda al profesional. En particular, en la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la prelación de la titulación que por su naturaleza correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación)” (art. 10 bis vinculado con la D.A.1ª de la misma Ley). El tenor del precepto transcrito, que se refería a los gastos que “por ley imperativa” correspondan al profesional, determinó el planteamiento de una controversia doctrinal⁷, habida cuenta de que su mención no se avenía con el carácter dispositivo con que el artículo 1455 del Código Civil configuraba la regulación de los gastos del otorgamiento de escrituras, al posibilitar que las partes pudieran pactar en contrario. Mediante la modificación operada por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores

-
- 5 En parecidos términos se manifestaba también el artículo 10.d del RD 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores relativa a la información a proporcionar en la compraventa y arrendamientos de viviendas, según el cual los documentos contractuales de compraventa deberán responder a los principios de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, lo que suponía, entre otros extremos, la prohibición de cláusulas que impusieran “en la primera venta de viviendas la obligación de abonar los gastos derivados de la preparación de la titulación que por ley o por naturaleza corresponden al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división o cancelación”.
- 6 Cfr., por todas, SSTS, Sala 1ª, nº 550/2000, de 1 de junio, recurso núm. 2158/1995 (RO): STS 4511/2000-ECLI: ES:TS: 2000: 4511. Ponente: Excmo.Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada Gómez) y nº 789/2001, de 24 de julio (RJ 2002/6491). Y, en el ámbito de la mal llamada jurisprudencia menor; vid., entre otras muchas, las SSAP de León, de 11 de enero de 2001 (RO): SAP LE 63/2001-ECLI: ES:APLE: 2001: 63. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Muñoz Díez), de Madrid, SEcc. 1ª, de 2 de febrero de 2001 (RO): SAP M 1447/2001-ECLI: ES:APM: 2001: 1447. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Romá Álvarez), y de Barcelona, Secc. 16ª, de 22 de febrero de 2005 (RO): SAP B 1314/2005-ECLI: ES:APB: 2005: 1314. Ponente: Ilma. Sra. Dña. Inmaculada Concepción Zapata Camacho).
- 7 Al respecto, cfr. MORALEJO IMBERNÓN, N.: “Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación” (coord. por R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO), Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 1194 y ss., y PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: “Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia”, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 144 y ss.

y usuarios, y recayente en la D.A. 1ª, apartado 22, de la Ley 26/1984, se suprimió del tenor del precepto la calificación de “imperativa” que cualificaba la mención legal, lo que permitía concluir ya desde entonces que toda imposición al consumidor de esta suerte de gastos siempre sería abusiva –a menos, obviamente, que se acreditara una negociación individual de la cláusula⁸-, atendida incluso la posibilidad de pacto en contrario contemplada por el precepto del artículo 1455 del Código Civil⁹. El contenido del precepto ha mantenido la indicada redacción, ahora contenida en el artículo 89.3.a) del Real Decreto Legislativo 1/2007, a cuyo tenor, será abusiva, en todo caso, “la estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación”¹⁰.

2. Gastos pre-procesales y procesales.

Con precisa referencia a la cláusula relativa a los gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, así como los honorarios de Letrado y los derechos de Procurador contratados por la entidad prestamista, el TS considera que la misma debe ser declarada nula por abusiva, toda vez que los gastos del proceso se encuentran sometidos a una estricta regulación legal (arts. 394 y 398 de la LECiv, para los procesos declarativos, y arts. 559 y 561 de la Ley Procesal, para los procesos de ejecución) fundada de manera general en el principio del vencimiento y, específicamente para el proceso ejecutivo, en la disposición de que las costas se impondrán al ejecutado siempre que continúe adelante el proceso de ejecución si bien también podrán imponerse al ejecutante cuando se aprecie algún defecto procesal no subsanable o que no se haya subsanado en el plazo a tal efecto concedido (art. 559.2 de la LECiv) o de resultar estimado algún motivo de oposición respecto al fondo (art. 561.2 de la LECiv) y, en los supuestos en que la estimación sea parcial, cada parte deberá afrontar el abono de las costas procesales generadas a su instancia y las comunes

8 Cfr. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASCO, C.: *Derecho de la construcción y la vivienda*, 6ª ed., Dilex, Madrid, 2008, pp. 568-569.

9 Sobre este particular GONZÁLEZ PACANOWSCA, I.: “Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias” (dirigidos por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO) Aranzadi, Navarra, 2009, p. 324, señala lo siguiente: “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 la 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 la ley, sin mayores aditamentos, conduciría a afirmar en cualquier caso su carácter abusivo. Para otros, el art. 1455 CC debía entenderse imperativo en este ámbito, y además la imposición de los gastos de escritura vulneraría el actual art. 89.3 a) TRLGDCU”.

10 En definitiva, se trata de estipulaciones contenidas en el contrato de compraventa celebrado entre un empresario vendedor –toda vez que el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de diciembre, no resulta de aplicación a las relaciones entre particulares; cfr. art. 2 de dicho cuerpo legal- y un consumidor comprador; mediante las que se pretende imponer al adquirente del inmueble los gastos derivados de la constitución de un préstamo hipotecario concedido en exclusivo interés del transmitente –toda vez que su otorgamiento responde al propósito de financiación de la construcción- y en el cual el consumidor adquirente no ha tenido ni siquiera la condición de parte. Cfr., al respecto, BUSTO LAGO, J.M., ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F.: “Gastos e impuestos repercutibles al consumidor, Reclamaciones de consumo”, Aranzadi, S.A.U, noviembre de 2010.

por mitad. En definitiva, resulta que la atribución en todo caso al prestatario de las costas generadas por la causa no sólo vulnera normas procesales de orden público –lo que determinaría, sin más, su nulidad, por expresa disposición de la previsión contenida en el art. 86 del Real Decreto Legislativo 1/2007 y de la establecida por el art. 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación– sino que plantea un evidente desequilibrio en la posición de las partes al hacer recaer de manera exclusiva y en cualquier circunstancia las consecuencias de un proceso sobre una de ellas sin atender a la procedencia legal de la reclamación o de la oposición a la misma ni a las facultades que por ley se atribuyen al tribunal en los supuestos en que se aprecien serias dudas de hecho o de derecho.

Y por cuanto se refiere a la imputación al cliente de los honorarios de Abogado y de los suplidos de Procurador de los que se haya servido la entidad prestamista, incluso en aquellos supuestos en los que la intervención de dichos profesionales no fuera preceptiva, considera el Tribunal Supremo que la cláusula por la que se establece vulnera frontalmente la previsión contenida en el artículo 32.5 de la LECiv que excluye tales gastos de la eventual condena en costas, salvo que el tribunal aprecie temeridad o bien que el domicilio de la parte representada o defendida en juicio se encuentre en un lugar distinto de aquél en que se haya tramitado el procedimiento.

Sin embargo, a pesar de que el TS confirmó el pronunciamiento de la AP de Madrid en lo atinente a los gastos procesales y pre-procesales, la Sentencia de 23 de diciembre de 2015 no contiene argumentación específica alguna respecto de la parte de la cláusula relativa a “los gastos y costes directos o indirectos, causados por las actuaciones del Banco que tengan por objeto la reclamación de la deuda (tales como, en especial, los requerimientos de pago por correo, teléfono, telegrama, notariales)”.

3. Tributos vinculados al préstamo hipotecario; especial referencia al impuesto sobre actos jurídicos documentados.

En este punto la cláusula controvertida disponía con carácter general la atribución al consumidor-prestatario del pago de “todos los tributos” que en su caso se devengarán a causa de la constitución, ejecución y cancelación del contrato de préstamo hipotecario. Y es precisamente ese desplazamiento universal e indiscriminado de la obligación de pago de los impuestos la circunstancia que de entrada conduce al Tribunal Supremo a considerar abusiva la cláusula que lo contiene con fundamento en la disposición que se alberga en el artículo 89.3.c) del Real Decreto 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se proscribieron la repercusión al consumidor del pago de aquellos tributos cuyo sujeto pasivo sea el profesional.

En definitiva, el TS declara la abusividad de la cláusula argumentando que “la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante”. En efecto, así sucede específicamente con el impuesto sobre actos jurídicos documentados (IAJD) devengado a consecuencia de la emisión de los documentos notariales¹¹, que en el ámbito constitutivo del préstamo asegurado con garantía hipotecaria, determina su devengo específico por la emisión de la primera copia de la escritura pública de la hipoteca (cfr. art. 31.2 de la Ley reguladora del Impuesto), siendo sujeto pasivo del mismo, a tenor de la disposición contenida 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, “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”. Ciertamente, el contenido de esta norma resulta interpretable en orden a la determinación de quién sea el referido “adquirente del bien o derecho”, si bien, en mi opinión, de entre las varias opciones posibles sin duda la más atinada con el propósito del precepto –que literalmente se refiere al “adquirente del bien o derecho”– es la que considera que el referido adquirente del derecho en cuestión es el del derecho real de garantía -hipotecaria-, en definitiva, su titular; esto es, el acreedor hipotecario que, desde la constitución de la garantía deja de ser únicamente titular de un derecho personal de crédito –en su condición de prestamista- para ser, además, titular de un derecho real –hipoteca- que le va a permitir la realización del inmueble objeto de la garantía¹². Así lo entiende señalada doctrina¹³ y de este modo lo considera la Sala Primera del Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de diciembre de 2015, deduciendo de la antedicha premisa que la cláusula por la que se desplaza al consumidor el pago del impuesto de actos jurídicos documentados es en todo caso abusiva, por vulnerar directamente la disposición contenida en el artículo 89.3.c) del Real Decreto Legislativo 1/2007,

11 El artículo 27 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 dispone lo siguiente: “1. Se sujetan a gravamen, en los términos que se previenen en los artículos siguientes: a) Los documentos notariales”. Por su parte, el artículo 28 del mismo texto legal establece cuanto seguidamente queda expuesto: “Están sujetas las escrituras, actas y testimonios notariales, en los términos que establece el artículo 31”. Este último precepto se refiere a los siguientes documentos: “1. Las matrices y las copias de las escrituras y actas notariales, así como los testimonios (...). Las copias simples no estarán sujetas al impuesto. 2. Las primeras copias de escrituras y actas notariales, cuando tengan por objeto cantidad o cosa valuable, contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil, de la Propiedad Industrial y de Bienes Muebles no sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o a los conceptos comprendidos en los números 1 y 2 del artículo 1 de esta Ley (...). 3. Por el mismo tipo a que se refiere el apartado anterior y mediante la utilización de efectos timbrados tributarán las copias de las actas de protesto”.

12 Cfr. CASTILLO MARTÍNEZ, C.C.: *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 33 a 37.

13 Cfr. AGÜERO ORTÍZ, 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”, en *Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil*, n° 2/2017, pp. 9-11.

toda vez que la entidad prestamista es el sujeto pasivo del impuesto “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”.

Es de destacar que la fundamentación en que asienta la declaración de nulidad de la cláusula ahora considerada se sustenta en un doble razonamiento: por un lado, de carácter general, al considerar la invalidez de la misma por la imposición genérica e indiscriminada de los costes tributarios (“todos los tributos”) al consumidor-prestatario y, de otro, por la señalada consecuencia de trasladar al consumidor la obligación de pechar con el pago de impuestos –específicamente el IAJD- cuyo sujeto pasivo es el profesional. Lo que permite concluir la nulidad por abusiva de: (i) cualquier cláusula de gastos mediante la que se impute al cliente el pago de todos los tributos que se devenguen a consecuencia de la constitución, ejecución y cancelación del contrato de préstamo con garantía hipotecaria; y (ii) toda cláusula de gastos por la que, incluso con determinación de la atribución de concretos gastos y costes al consumidor; se traslade al cliente costes que por naturaleza incumban al empresario (art. 89.3.a) del Real Decreto Legislativo 1/2007) o aquellos tributos en los que el sujeto pasivo sea el profesional (artículo 89.3.c) del Real Decreto 1/2007, de 16 de noviembre)¹⁴.

No obstante, la STS de 23 de diciembre de 2015, no integra en su fundamentación jurídica una necesaria consideración acerca del contenido y alcance del 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, cuyo párrafo primero, coincidente con el contenido del artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del ITPYAJD, resulta del tenor siguiente: “Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan” (párr. 1º). A lo que la norma reglamentaria añade: “Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario” (párr. 2º). La antedicha previsión ha servido de fundamento a aquellas resoluciones judiciales que declaran la validez de la cláusula que impone al cliente-consumidor la asunción del pago de los gastos generados por el IAJD¹⁵, al considerar que, de conformidad con el tenor de la misma y con la abundante y reiterada jurisprudencia emanada de la

14 En este último sentido consta el pronunciamiento de la SAP de Pontevedra, Secc. 1ª, de 14 de noviembre de 2016 (ROJ: SAP PO 2261/2016-ECLI: ES:APPO:2016:2261. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Menéndez Estébanez), al declarar que en el caso enjuiciado no se aprecia “la imposición a cargo del prestatario de determinados gastos de forma genérica e indiscriminada, sino que la cláusula quinta establece los concretos conceptos”, situación que ya consta “resuelta por la STS de 23 de diciembre de 2015 que se refiere concretamente a este impuesto, considerando abusiva la carga de satisfacer su coste de forma absoluta y total al prestatario” (FJco. 2º).

15 Cfr. SJPI nº 11 de Oviedo, de 9 de diciembre de 2016 (ROJ: SJPI 588/2016 - ECLI: ES:JPI:2016:588) y SJPI nº 12 bis de Zaragoza, de 21 de julio de 2017 (recaída en los autos del JO 5.098/2017).

Sala 3ª del Tribunal Supremo que la considera¹⁶, la cláusula por la que se atribuye al consumidor el pago del IAJD devengado por la constitución de la hipoteca no implica desplazamiento alguno de la obligación tributaria a un sujeto no obligado, por lo que la misma es válida al no proceder la consideración positiva de su abusividad. Es por lo que resulta de interés precisar el alcance e integración de la norma en el contexto del análisis que ahora nos ocupa. En principio conviene tener presente que el hecho imponible que grava el IAJD es la emisión de las primeras copias de las escrituras públicas en las que se residence la constitución de actos o contratos inscribibles en los Registros Públicos –ya sea el de la Propiedad (inmobiliaria), el Mercantil o el de la Propiedad Industrial-¹⁷. Partiendo de esta indiscutible premisa de carácter legal, resulta obligado retomar la consideración ya expuesta acerca de que el derecho real de hipoteca no puede nacer más que “dentro” del Registro de la Propiedad, toda vez que se trata de un derecho real de inscripción constitutiva, a diferencia del derecho real de propiedad cuya válida constitución o nacimiento –que únicamente exige la normal conjunción de “titulus acquirendi” y de “modus acquirendi”¹⁸- puede realizarse “fuera” del Registro de la Propiedad, sin que, no obstante, tal proceder extra tabular a último no resulte aconsejable a efectos prácticos por privar al adquirente de la condición de tercero protegido por la fe pública registral con posibilidad de oponer su derecho “erga omnes”¹⁹. Diversamente, el contrato de préstamo no participa de la condición de derecho inscribible ni para su constitución requiere su constancia en documento público, siendo únicamente su cualificación en préstamo hipotecario la circunstancia que lo convierte en derecho con acceso –imprescindible- al Registro en virtud de la necesaria constancia registral del derecho real de hipoteca. Es, por tanto, la entidad prestamista, inminente acreedora hipotecaria, la parte que alberga un evidente interés en recibir la primera copia de la escritura pública de constitución de la hipoteca –único documento que va a servir de título para una eventual ejecución²⁰- de la que es exclusiva destinataria natural²¹

16 Cfr., por todas, las SSTS, Sala 3ª, Secc. 2ª, de 23 de noviembre de 2001 (ROJ: STS 9173/2001-ECLI: ES:TS: 2001: 9173. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Gota Losada), 24 de junio de 2002 (ROJ: STS 4629/2002- ECLI: ES:TS: 2002: 4629. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Gota Losada), de 27 de octubre de 2004 (ROJ: STS 6881/2004-ECLI: ES: TS: 2004: 6881. Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Vicente Garzón Herrero) y de 15 de enero de 2015 (ROJ: STS 74/2015 -ECLI: ES:TS: 2015: 74. Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Martín Timón).

17 Cfr. arts. 28 en relación con el 31.2 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, precedentemente transcritos. Y a este respecto, como ya señalé, no debe confundirse el préstamo con la garantía real hipotecaria, toda vez que el primero, a diferencia de la segunda, no constituye un acto inscribible en el Registro de la Propiedad.

18 Cfr. CASTILLO MARTÍNEZ, C.C.: “El nuevo planteamiento jurisprudencial de los artículos 1473 del CC y 34 de la LH”, en *Diario La Ley*, n° 7080, 2008.

19 Baste para ello recordar el contenido de los artículos 32 y 34 de la LH, en que se sustenta nuestro sistema inmobiliario registral.

20 En tal sentido, el artículo 517 de la LECiv dispone lo siguiente: “1. La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución. 2. Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: (...) 4.º Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes”.

21 Pues de expedirse posteriores copias sin el pertinente mandamiento judicial (cfr. art. 517.2.4º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil) podrían concurrir dos o más despachos de ejecución contra un mismo

–toda vez que al prestatario constituyente de la garantía real hipotecaria en principio únicamente le corresponde una copia simple-. Resultando, además, de conformidad con la previsión constitucional atinente a que la tributación debe responder a la capacidad económica del obligado a tributar²², que la base imponible del IAJD está constituida por el importe de la responsabilidad hipotecaria –siempre más amplio que el montante referido al objeto del préstamo, por incluir otros conceptos tales como los intereses, gastos y costas-²³ que, en todo caso, asegura la situación del prestamista quien mediante la constitución de la garantía hipotecaria adquiere la condición de titular de un derecho real, circunstancia que no se daría si el sujeto pasivo del IAJD fuera el prestatario pues entonces necesariamente habría de ser considerada su capacidad económica materializada en el importe recibido como objeto del contrato de préstamo que sería en tal caso la base imponible del tributo. De este modo, si la base imponible del impuesto atiende (ex art. 31.1 de la CE) al incremento o aportación patrimonial mediante el que se sustancia la capacidad económica del sujeto pasivo del mismo, y en el IAJD dicha base imponible está constituida por la responsabilidad hipotecaria es porque el “adquirente” del bien o derecho –ya sea quien solicite la escritura pública notarial o aquél en cuyo interés la misma se expida- en este caso es el acreedor hipotecario que adquiere la titularidad real –hipotecaria- mediante la que va a poder hacer efectiva la realización de su crédito nacido del préstamo concedido o, dicho de otro modo, porque el derecho que se “adquiere”, en la previsión del precepto, es el derecho real de hipoteca. En suma, resulta que, tratándose de una norma de carácter reglamentario, 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 contraviene la disposición normativa, con rango de ley, contenida 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 Impuesto²⁴, al desplazar al consumidor-prestatario la condición de sujeto pasivo del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados devengado por la constitución de la garantía real hipotecaria en aseguramiento de

ejecutado con el consiguiente perjuicio para esta parte y en evidente contravención del principio de seguridad jurídica.

22 Cfr. artículo 31.1 de la CE.

23 Así lo tiene declarado la Dirección General de Tributos, con carácter general, en su respuesta a la consulta de fecha 13 de septiembre de 1999 (cfr. http://www.agenciatributaria.es/AEAT:internet/Inicio/La_Agencia_Tributaria/Normativa/Consultas/Direccion_General_de_Tributos/Direccion_General_de_Tributos.shtml), al señalar que la base imponible del IAJD “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 la hipoteca” cuya garantía se extiende de ordinario “además de al capital prestado, a otras cantidades añadidas, por intereses, costas y gastos...”, resultando que “todas estas cantidades garantizadas con la hipoteca constituyen la base imponible a efectos del impuesto”. Y así se refleja en las diversas normativas autonómicas del impuesto, a los efectos de determinar la correspondiente cuota tributaria que se obtiene por aplicación del tipo de gravamen que proceda sobre la base imponible para cuya determinación en los préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de vivienda habitual se atiende al dato que ofrece el principal del préstamo vinculado al valor real de la vivienda que sirve de garantía del mismo.

24 Y, por ende, la previsión constitucional del artículo 31.1 de la CE, la normativa específica de consumidores y usuarios –art. 89.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007- y la propia Directiva 91/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores.

un contrato de préstamo²⁵. Y siendo así, y disponiendo el artículo 6 de la LOPJ que “los jueces y tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa” es por lo que en la práctica debe prevalecer la previsión contenida en el artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, cuyo criterio interpretativo ha quedado precedentemente expuesto.

II. CONSIDERACIÓN CRÍTICA DE LA ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS EN LA DOCTRINA DE JUZGADOS Y AUDIENCIAS PROVINCIALES.

Como ha quedado expuesto, la STS, Sala 1ª, de Pleno, de 23 de diciembre de 2015, declaró, con carácter general y hecha exclusión de la estipulación por la que se impone al cliente-consumidor los gastos derivados de la contratación del seguro de daños, la nulidad de la cláusula por la que se repercuten al consumidor los gastos de constitución del préstamo hipotecario por entender que se trataba “de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007), atendida la circunstancia de que “la garantía se adopta en beneficio del prestamista” y que constituía un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor (art. 82 del Real Decreto Legislativo). Aunque con anterioridad a la referida STS ya constaban abundantes pronunciamientos de nuestros tribunales (juzgados de instancia de Audiencias Provinciales) proclives a declarar la nulidad de las cláusulas de gastos contenidas en los préstamos hipotecarios si bien con matices²⁶, asumida la incuestionable vinculación de la doctrina del Alto Tribunal expuesta en la Sentencia de Pleno de 23 de diciembre de 2015²⁷, la inmensa mayoría de las sentencias de

25 A este respecto CASERO BARRÓN, R.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004, Sección 2ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo, rec. n° 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”, en *Quincena Fiscal*, núm. 20/2004, p. 38, manifiesta lo que sigue: “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” cuando resulta que “en los supuestos de préstamos hipotecarios no existe adquisición por parte del prestatario”.

26 De ordinario, la argumentación en que se venía apoyando la declaración de abusividad con carácter general se localiza en la consideración de que una estipulación que atribuye al consumidor todos los gastos generados por la constitución del préstamo hipotecario, y no concreta con claridad y precisión los gastos que debe abonar el prestatario, determina un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de los consumidores, vulnerando el principio de la buena fe contractual, resultando razonable entender, de conformidad con la doctrina expuesta por el TJUE –cfr. STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415-11, caso Aziz, párr. 69-, que el profesional no puede considerar que tratando de manera leal y equitativa con el consumidor el cliente asumiría una estipulación de estas características en el ámbito de una contratación por negociación individual de cada una de las estipulaciones que integran el clausulado del contrato.

27 Cfr. el precepto contenido en el artículo 6 del CC -a cuyo tenor, “la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”-, vinculado con el contenido del Acuerdo

los Juzgados Mercantiles, de Instancia y de las Audiencias Provinciales, convienen en considerar abusiva la cláusula de gastos²⁸ -excepto en el punto atinente a la atribución al consumidor de los gastos de tasación del inmueble y de los derivados de la contratación del seguro de daños que plantean cierta discrepancia-, bien por entender -un buen número de resoluciones, ciertamente la mayor parte de ellas- que estas estipulaciones desplazan al cliente-consumidor determinados gastos que incumben al prestamista generando un importante desequilibrio en las prestaciones que se proyecta en detrimento de los derechos de los consumidores (cfr. art. 82.1 vinculado a los arts. 89.3.a) y c) y 86, todos ellos del RD Legislativo 1/2007)²⁹, o bien por considerar -un grupo más reducido de sentencias- que la cláusula en cuestión no supera el control de incorporación del artículo 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, por falta de transparencia³⁰, sin que falte un nutrido grupo de resoluciones que se limitan a declarar nula la cláusula de

de 19 de noviembre de 2014, de la Sala de Gobierno del TS, sobre la composición y funcionamiento de las salas y secciones, que dispone que la Sala "en Pleno será convocada por el Presidente cuando se considere necesario que la deliberación sobre un asunto se lleve a cabo por todos los magistrados, atendiendo a la función unificadora y de creación de la doctrina jurisprudencial que incumbe al Tribunal".

- 28 Únicamente es de mencionar una resolución localizada en la que se declara la validez de la cláusula gastos, conteniéndose tal pronunciamiento en el AAP de Castellón, Secc. 3ª, nº 109/2015, de 27 de mayo, recurso núm. 144/2015, recaído en los autos del procedimiento de ejecución de título no judicial nº 817/2013 procedente del JPI nº 3 de Villareal (RO):AAP CS 49/2015-ECLI:ES:APCS:2015:49. Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Emilio Vives Reus), en la que consta declarado que el "motivo del recurso debe ser desestimado, por cuanto 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" (FJco 2º).
- 29 Vid., por todas, SAP de Pontevedra, Secc. 1ª, nº 175/2014, de 14 de mayo, recurso núm. 220/2014 (RO):SAP PO 448/2014-ECLI:ES:APPO:2014:448. Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Almenar Belenguer), SAP de Alicante, Secc. 8ª, nº 126/2014, de 5 de junio, recurso núm. 150/2014 (RO):SAP A 1273/2014-ECLI:ES:APA:2014:1273. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Antonio Soler Pascual), SAP de Madrid, Secc. 18ª, nº 184/2015, de 27 de abril, recurso núm. 228/2015 (RO):SAP M 8704/2015 - ECLI:ES:APM:2015:8704. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Pozuelo Pérez), SAP de Pontevedra, Secc. 1ª, 188/2016, de 7 de abril, recurso nº 148/2016 (RO):SAP PO 592/2016-ECLI:ES:APPO:2016:592. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Pérez Benitez), SAP Valencia, Secc. 9ª, nº 617/2016, de 4 de mayo, recurso núm. 544/2016 (RO):SAP V 2763/2016 -ECLI:ES:APV:2016:2763. Ponente: Ilma. Sra. Dña. Beatriz Ballesteros Palazón), SAP de Oviedo, Secc. 1ª, nº 217/2016, de 11 de julio, recurso núm. 188/2016 (RO):SAP O 1955/2016-ECLI:ES:APO:2016:1955. Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Sacristán Represa) y SAP de Barcelona, Secc. 15ª, nº 225/2016, de 17 de octubre, recurso núm. 114/2015 (RO):SAP B 9192/2016-ECLI:ES:APB:2016:9192. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espa). Más recientemente, cfr., SJPI nº 3 de El Ferrol, de 24 de mayo de 2017 (recaída en los autos del JO 726/2016).
- 30 Cfr. SAP de Alicante, Secc. 8ª, nº 132/2014, de 12 de junio, recurso núm. 138/2014 (RO):SAP A 1282/2014-ECLI:ES:APA:2014:1282. Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique García-Chamón Cervera), en cuyo Fundamento Jurídico Tercero se declara lo siguiente: "De conformidad con lo establecido en la STJUE 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13), la transparencia significa que el adherente pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo. A su vez, la STS 9 de mayo de 2013 señala que el control de transparencia tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la 'carga económica' que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo. La cláusula arriba transcrita no supera el control de transparencia porque su falta de concreción y de claridad impide conocer cuáles son los específicos gastos o tributos que habrán de soportar los adherentes. Así pues, habrá que declarar su no incorporación sin que provoque la ineficacia total del contrato al no afectar a una cláusula esencial según prevé el artículo 10.1 LCGC". En el mismo sentido, cfr. SAP de Valencia, Secc. 9ª, nº 405/2015, de 25 de noviembre, recurso núm. 748/2015 (RO):SAP V 4601/2015-ECLI:ES:APV:2015:4601. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Seller Roca de Togores).

gastos por mera remisión a la STS de 23 de diciembre de 2015³¹, y sin que, en ningún caso se acoja en ninguna de las resoluciones de nuestros tribunales el argumento de la admitida traslación al consumidor de los gastos de constitución del préstamo hipotecario por aplicación de la doctrina de los actos propios al haber consentido voluntariamente cliente al pago de los mismos³². Tampoco resulta unánime el criterio jurisprudencial seguido por nuestros órganos judiciales en punto a la atribución al consumidor del abono del impuesto sobre actos jurídicos documentados.

No está de más precisar que los generados por el préstamo hipotecario a los que se refiere la STS de 23 de diciembre de 2015 no son los únicos gastos cuya nulidad se alega en los tribunales. A la revisión de la consideración acerca de la abusividad de la cláusula de gastos en la doctrina de nuestros órganos unipersonales y Audiencias Provinciales, con desglose de la variada tipología de los mismos, dedico las siguientes páginas.

I. Gastos por aranceles notariales y registrales.

Por cuanto se refiere a la cláusula de gastos por la que se atribuye al consumidor el pago de los gastos derivados de las actuaciones registrales y notariales, cabe señalar que la práctica totalidad de las resoluciones emanadas de nuestros juzgados y Audiencias Provinciales³³, atinadamente convienen en declarar la nulidad de la referida

- 31 Cfr., por todas, SAP de Zaragoza, Secc. 5ª, n° 193/2016, de 4 de abril, recurso núm. 507/2015 (RO): SAP Z 591/2016-ECLI: ES:APZ: 2016: 591. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Antonio Pérez García, en cuyo Fundamento Jurídico Quinto se declara lo siguiente: "El segundo motivo del recurso de refiere a 'Los gastos a cargo de la prestataria', con un contenido muy variado -desde aranceles notariales a los propios de un aseguramiento del préstamo, gastos de rectificación o extinción, etc.--, comprendiendo todos aquellos que directa o indirectamente puedan tener alguna relación con el contrato. Sobre el particular habrá de estarse a lo que se dispone en la Sentencia del Tribunal Supremo antes citada, de 23 de diciembre de 2015, en la que, tras amplias consideraciones, se expone lo siguiente: ..." para posteriormente, sin abundar en el razonamiento, desestimar el recurso. Y, en el mismo sentido, la SAP de Tarragona, Secc. 1ª, n° 252/2016, de 1 de junio, recurso núm. 700/2015 (RO): SAP T 880/2016-ECLI: ES:APT: 2016: 880. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Carril Pan, en cuyo Fundamento Jurídico Segundo en que se trata de los gastos de constitución del préstamo hipotecario, y tras manifestar con reproducción de la argumentación de la Sentencia del TS que "esta cláusula fue objeto de análisis en la sentencia del Pleno del TS 705/2015, de 23 de diciembre, precisamente en el ámbito del recurso de casación interpuesto por el BBVA, resolviendo la cuestión en el sentido siguiente: ...", sin ulterior razonamiento se concluye que "conforme a la doctrina establecida por el TS el motivo del recurso se rechaza". Más recientemente, vid., SSJPI n° 1 de Valencia, n° 120/2017, de 11 de mayo de 2017 (recaída en los autos del JO 221/2017) y de 24 de mayo de 2017 (recaída en los autos del JO 247/2017), SJPII n° 4 de Alcorcón, de 25 de mayo de 2017, (recaída en los autos del JO 142/2017), SJPI n° 3 de Castellón, de 29 de mayo de 2017 (recaída en los autos del JO 112/2017), SJPI n° 1 de Benidorm n° 174/2017, de 5 de junio de 2017 (recaída en los autos del JO 230/2017), SAP de Las Palmas de Gran Canaria, Secc. 4ª, de 6 de julio de 2017, recurso núm. 856/2016 (RO): SAP GC 932/2017-ECLI: ES:APGC: 2017: 932. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José Cobo Plana), SJPI n° 22 de Palma de Mallorca, de 21 de julio de 2017 (recaída en los autos del JO 325/2017) y SJPI n° 12 bis de Zaragoza, de 21 de julio de 2017 (recaída en los autos del JO 5.098/2017).
- 32 Toda vez que la renuncia previa a los derechos que la ley reconoce a los consumidores se encuentra prohibida por expresa disposición del artículo 10 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, a cuyo tenor "la renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil"-cfr. art. 6.2 del CC-; por lo que el control de contenido de la abusividad de las cláusulas predisuestas en contratos celebrados con consumidores debe desvincularse de la doctrina de los actos propios.
- 33 Excepción hecha del ya referido AAP de Castellón, Secc. 3ª, n° 109/2015, de 27 de mayo, recurso núm. 144/2015, recaído en los autos del procedimiento de ejecución de título no judicial n° 817/2013 procedente del JPI n° 3 de Villareal (RO): AAP CS 49/2015-ECLI: ES:APCS: 2015: 49. Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Emilio Vives Reus).

estipulación, por los argumentos ya señalados en la revisada Sentencia del Alto Tribunal, diferenciando siempre, en lo relativo a tales gastos, entre los aranceles abonados al Notario –formalización en escritura pública- y los satisfechos al Registrador de la Propiedad –inscripción registral-³⁴. Y, desde la anterior consideración, y atendiendo a la circunstancia de que ni el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios (norma 6ª del Anexo II), ni tampoco el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad (norma 8ª del Anexo II) establecen terminantemente a favor de quién se interesa la intervención de los referidos profesionales o quien ha de considerarse como interesado en la formalización, constitución e inscripción del préstamo hipotecario, los pronunciamientos de nuestros tribunales acogen la doctrina del TS en punto a declarar la nulidad, por abusiva, de la cláusula que de manera indiscriminada atribuye al consumidor el abono de la totalidad de los aranceles notariales y registrales.

No obstante, conviene recordar que la STS nº 705/2015, deja abierta la posibilidad a una eventual exclusión del carácter abusivo de una cláusula que permita, respecto de los aranceles notariales y registrales, una distribución equitativa siempre que exista una mínima reciprocidad y equilibrio entre las obligaciones de las partes, entendiendo que, si bien la entidad bancaria ostenta el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, por ser el prestamista el que obtiene un título ejecutivo (art. 517 de la LECiv), constituye la garantía real (arts. 1875 del CC y 2 de la LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 de la LECiv), el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como principal frente a la constitución de la hipoteca. Sobre tal premisa no resulta inusual localizar alguna resolución que, al menos respecto de los aranceles notariales, acuerde un reparto porcentual de su abono³⁵. La apuntada posibilidad excluyente de la nulidad por abusiva de la estipulación cuestionada en el caso de una supuesta “distribución equitativa” del gasto generado por los aranceles notariales y registrales merece crítica toda vez que, por cuanto se refiere a los gastos derivados de las actuaciones registrales los mismos deben corresponder en su integridad a la entidad bancaria por ser la exclusiva interesada en la inscripción del derecho real de hipoteca que la convierte en titular del derecho real de garantía que, en este caso, resulta ser por expresa disposición legal de constitución registral; y con precisa relación a los gastos derivados de la intervención del Notario entiendo que su atribución, en todo caso, no admite distribución porcentual que merezca ser reputada de equitativa, toda vez que la

34 Cfr., por todas, AAP de Zaragoza, Secc. 5ª, nº 17/2017, de 5 de enero, recurso núm. 384/2016 (ROJ: AAP Z 358/2017-ECLI: ES:APZ: 2017: 358ª. Ponente: Ilmo. Sr. D. Alfonso María Martínez Areso), SAP Pontevedra, Secc. 1ª, nº 152/2017, de 28 de marzo, recurso núm. 974/2016 (ROJ: SAP PO 405/2017-ECLI: ES:APPO: 2017: 405. Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Begoña Rodríguez González), SJPI nº 4 de Cáceres, de 25 de abril de 2017 (ROJ: SJP11 70/2017) y SJPI nº 1 de Valencia, de 24 de mayo de 2017 (recaída en los autos del JO 247/2017).

35 Cfr. SJPI nº 12 bis de Zaragoza, de 21 de julio de 2017 (recaída en los autos del JO 5.098/2017).

equidad distributiva vendría determinada, en todo caso, por el resultado de asignar a la entidad financiera los gastos de la primera copia de la escritura –por ser ésta la que va a ser de su exclusivo interés, al ser la única con fuerza ejecutiva, salvo expedición de copia posterior en virtud mandamiento judicial³⁶, y al consumidor los generados por la expedición de las posibles ulteriores copias que se interesen –carentes de fuerza ejecutiva pero de eventual interés para el cliente–.

2. Gastos de gestoría.

Con precisa referencia a la cláusula que contiene la atribución al prestatario de los gastos generados por los honorarios de la entidad gestora a la que de ordinario se le encarga la tramitación del préstamo hipotecario, nuestros órganos judiciales se manifiestan prácticamente coincidentes en acordar su nulidad por abusiva, sin entrar a exponer en la mayoría de los casos razonamiento alguno que lo justifique por acoger, sin más, el sentido de la jurisprudencia del TS³⁷, aunque condicionando –bien de manera explícita o subyacente– la tacha de abusividad a la circunstancia de que la entidad gestora haya sido elegida e impuesta por el prestamista³⁸ y de que la actividad desplegada por la misma no se haya verificado en interés, al menos exclusivo, del prestatario³⁹.

36 Cfr. art. 517.2.4° de la LECiv. Sobre este particular, vid., MARTÍN FABA, J.M³.: “Sobre la fuerza ejecutiva de la escritura pública y el nuevo sistema de expedición de copias: cuestiones surgidas en la jurisprudencia actual”, *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 11 de octubre de 2016, en 9 páginas.

37 Cfr., por todas, SAP de Oviedo, Secc. 5ª, n° 63/2017, de 17 de febrero, recurso n° 8/2017 (RO): SAP O 642/2017-ECLI: ES:APO: 2017: 642. Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Álvarez Seijo).

38 Desde esta consideración la SAP de Oviedo, Sección 6ª, n° 43/2017, de 27 de enero, recurso núm. 240/2016 (RO): SAP O 159/2017-ECLI: ES:APO: 2017: 159. Ponente: Ilma. Sra. Dña. Marta María Gutiérrez García) declara la validez de la repercusión de los gastos de gestoría al consumidor, precisando que “esa gestión no fue realizada por la entidad financiera demandada, sino por una gestoría ajena a la misma, que no consta fuera impuesta por la citada, y en todo caso se trata de un gasto que deriva de un encargo que realizó la propia actora a cuyo nombre fue expedida la factura correspondiente en fecha 28 de septiembre de 2006.

39 La SAP de Oviedo, Sección 6ª, n° 108/2017, de 24 de marzo, recurso núm. 70/2017 (RO): SAP O 766/2017-ECLI: ES:APO: 2017: 766. Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Elena Rodríguez Vigil Rubio) revoca el pronunciamiento de la sentencia de instancia que declaró abusiva la cláusula relativa a los gastos de gestoría por entender que la misma constituía un servicio accesorio no solicitado por el cliente ni, por tanto, redundante en su interés, declarando que la revisada es “una cláusula habitual en los préstamos hipotecarios que responde, por una parte, a asegurar la debida inscripción en el Registro, necesaria como se ha dicho para la válida constitución de la hipoteca, evitando el riesgo que supone la entrega del importe del préstamo antes de que se lleve a cabo esa inscripción; y, por otra, a facilitar al prestatario hipotecante la realización de esos trámites, que pueden abarcar otros como sucede en este caso. Es decir, su inclusión obedece a los intereses de ambas partes y a ambas beneficia. El que deba considerarse accesorio respecto a unas actuaciones que, como se ha razonado, son de cargo del consumidor; y que éste hubiera utilizado esa misma gestoría para otros trámites propios anteriores, avala en este caso que se está ante un pacto lícito”, aunque en “la cláusula vigésima de la misma escritura se decía que el prestatario confería poder a favor de una determinada gestora, a fin de llevar a cabo esas actuaciones”. En todo caso, a mi juicio resulta palmario que es a la entidad de crédito a la parte a la que interesa la actuación de la gestoría a los efectos de “asegurar la debida inscripción en el Registro, necesaria como se ha dicho para la válida constitución de la hipoteca, evitando el riesgo que supone la entrega del importe del préstamo antes de que se lleve a cabo esa inscripción”, por lo que no cabe dudar acerca de que el servicio prestado por la misma es de naturaleza accesorio para el consumidor que, en consecuencia, debe poder decidir voluntariamente acerca de su contratación (art. 89.4 del RD Legislativo 1/2007), por lo que su imposición y atribución de su coste al cliente-consumidor en estas condiciones mediante la inclusión de una estipulación en el clausulado del contrato de préstamo es, de todo punto, abusiva.

Ciertamente, se trata de un coste que se genera por la realización de una actividad accesoria o instrumental –usualmente la realización del encargo de aquéllas operaciones que, en diversos ámbitos, resultan necesarias para la formalización del préstamo hipotecario-, por lo que resulta lógico que la imputación de su abono se desplace a aquella parte que debe asumir el gasto derivado de la actuación principal cuyo encargo de gestión se encomienda.

3. Gastos derivados del impuesto sobre actos jurídicos documentados.

Según indiqué, la STS, Sala I^a, n^o 705/2015, de 23 de diciembre, declaró abusiva la estipulación por la que se atribuía al prestatario-consumidor el pago de la totalidad de los tributos devengados por la formalización del préstamo hipotecario, por entender que su abono incumbe a la entidad prestamista, singularmente por cuanto se refiere al ya considerado IAJD, toda vez que 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, establece que el sujeto pasivo del mismo 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”.

Ya señalé entonces la implícita conclusión, a mi modo de ver atinada, que se desprendía del pronunciamiento del Alto Tribunal, por cuya virtud se colegía que el adquirente del derecho al que se refiere el indicado precepto era el del derecho real de hipoteca en que la garantía consiste, en definitiva, la entidad prestamista. Del mismo modo indicaba que en su razonamiento –asumido sin ulterior concreción por la mayor parte de las resoluciones que siguen la doctrina jurisprudencial expuesta y que, por cierto, son la mayoría de entre las dictadas sobre este particular por nuestros órganos judiciales- el TS obviaba una imprescindible reflexión acerca del tenor y transcendencia del 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, según el cual el sujeto pasivo del tributo será, en principio, ese mismo “adquirente del bien o derecho” a quien se refiere el reseñado artículo 29 de la Ley del Impuesto con la perturbadora precisión contenida en el párrafo segundo del artículo 68 del Reglamento por cuya virtud en los supuestos de “escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente el prestario”, previsión legal que de conformidad con la interpretación que de la misma ofrece la Sala Tercera del TS y el TC⁴⁰, sirve de fundamento esencial a las resoluciones judiciales dictadas por los tribunales de la jurisdicción civil que declaran la validez de la cláusula por la que se impone al prestatario el pago de los gastos generados por el

40 Cfr. ZEJALBO MARTÍN, J.: “Jurisprudencia de la Sala Tercera del TS y del TC sobre el sujeto pasivo en AJD de los préstamos hipotecarios”, en www.notariosregistradores.com, publicación del 7 de febrero de 2017.

IAJD (por todas, SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 18 de noviembre de 2015⁴¹, SPJI n° 11 de Oviedo, de 9 de diciembre de 2016⁴² y SJPI n° 12 bis de Zaragoza, de 21 de julio de 2017⁴³) y también a un sector de la doctrina que defiende la improcedencia de la declaración de nulidad de la cláusula ahora cuestionada⁴⁴.

No obstante lo indicado, debe constatarse el dato de que una buena parte de las resoluciones emanadas de nuestros juzgados de instancia y Audiencias Provinciales declaran la nulidad por abusiva de la cláusula por la que se repercute al consumidor el pago del tributo en que consiste el IAJD.

Y si bien la Sala Tercera del TS ha venido a consolidar la posición jurisprudencial acerca de que la unidad de hecho imponible en el ámbito del préstamo hipotecario provoca el efecto de que, instrumentalizándose en la misma escritura pública el préstamo concedido y la garantía real hipotecaria que lo asegura –aunque no suceda así en el supuesto de que ambos negocios jurídicos se vehiculen mediante documentos diversos–, el único sujeto pasivo del IAJD sea el prestatario⁴⁵, la apuntada no es precisamente una cuestión incontrovertida, toda vez que ninguna razón jurídica permite sustentar la admisión de una variación del sujeto pasivo del tributo en razón de que la hipoteca se constituya conjunta o separadamente con el crédito al que garantiza cuando resulta que el hecho imponible, en todo caso –y como ya expuse–, es coincidente, a saber: la emisión de la primera escritura constitutiva del único negocio –de entre los dos que convergen en la figura compleja que constituye el crédito hipotecario, préstamo e hipoteca– que ineludiblemente la requiere para su válida constitución, esto es, el derecho real de hipoteca (arts. 1875, párr. 1º, del CC y 145 de la LH). En efecto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS ha venido sosteniendo que, en el ámbito que ahora nos ocupa, la unidad de hecho imponible resultaba fundada en el artículo 18.1 del Real Decreto 3494/1981, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, a cuyo tenor “la constitución de préstamos garantizados con fianza, prenda, hipoteca y anticresis, tributarán sólo por el concepto de préstamo. En consecuencia, los expresados préstamos que hayan satisfecho el Impuesto por el concepto de Transmisiones Patrimoniales, no estarán sujetos a Actos Jurídicos Documentados”, más que en los artículos 8 d) y 15.1 del mismo texto legal al disponer, respectivamente, que el obligado al pago del impuesto

41 SAP de Barcelona, Sección 15ª, n° 269/2015, de 18 de noviembre, recurso núm. 505/2014 (ROJ: SAP B 10756/2015-ECLI: ES:APB: 2015: 10756. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espa).

42 SPJI n° 11 de Oviedo, de 9 de diciembre de 2016 (ROJ: SJPI 588/2016-ECLI: ES:JPI: 2016: 588).

43 SJPI n° 12 bis de Zaragoza, de 21 de julio de 2017 (recaída en los autos del JO 5.098/2017).

44 Vid. ÁLVAREZ BARBEITO, P, y MAMBRILLA LORENZO, B.: “Declaración de nulidad de las cláusulas de gastos en préstamos hipotecarios. Implicaciones respecto del impuesto sobre actos jurídicos documentados”, *Análisis GA&P*, febrero de 2017, en 10 págs.

45 Cfr., por todas STS, Sala Tercera, Sección 2ª, de 15 de enero de 2015, recurso núm. 1929/2013 (ROJ: STS 74/2015-ECLI: ES:TS: 2015: 74. Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Martín Timón) -y todas las precedentes que la misma cita-.

en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza es el prestatario, y que la constitución del derecho real de hipoteca en garantía de un préstamo únicamente tributa por el concepto de préstamo, por lo que la Sala ratifica la premisa de que el hecho imponible “préstamo hipotecario” es único, de manera que la conclusión de su sujeción a IAJD resulta coherente y produce la consecuencia de que el – también- único sujeto pasivo posible del tributo es el prestatario. No obstante, como atinadamente ha sido puesto de relieve por señalada doctrina⁴⁶, tanto el artículo 18 del Reglamento del Impuesto, como también los mencionados artículos 8 d) y 15 del mismo cuerpo legal, se encuentran referidos al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y no al IAJD⁴⁷ -regulados ambos, como es sabido, en un mismo texto legal-, por lo cual la circunstancia de que, para la valoración desde la perspectiva de la transmisión patrimonial, se entienda que el préstamo hipotecario únicamente va a tributar por el concepto de préstamo a fin de eludir una doble imposición no puede significar que con precisa relación al IAJD concurra la apuntada unidad de hecho imponible pues, como ya tuve ocasión de señalar en otro apartado de este trabajo, en ningún caso un contrato de préstamo exige su instrumentalización mediante una escritura pública ni tampoco este negocio jurídico de por sí tiene acceso al Registro de la Propiedad, razón por la que en ninguna circunstancia un contrato de préstamo puede devengar el IAJD⁴⁸. Por tal razón, en el Título III del Real Decreto 3494/1981, de 29 de diciembre, regulador del IAJD, no se contiene previsión normativa alguna semejante a la que alberga el artículo 15 del Reglamento con precisa referencia al supuesto del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, y en ninguna parte del texto legal se establece que, en relación con el IAJD, los préstamos hipotecarios tributen únicamente por el concepto de préstamo, pues tal previsión no sería de recibo al no constituir el préstamo ni el hecho imponible ni tampoco la base imponible del IAJD. De lo que se infiere que la controvertida declaración legal residenciada en 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, a

46 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”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2/2017, pp. 7-8. En este trabajo la autora, siguiendo a CASERO BARRÓN, R.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004, Sección 2ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo, rec. n° 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”, en *Quincena Fiscal*, núm. 20/2004, cit., aborda un riguroso estudio de la evolución histórica de la regulación de los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados que le conduce a ofrecer una adecuada interpretación del 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, según la cual el adquirente o interesado sólo es el acreedor garantizado, lo que le permite concluir atinadamente que ni el artículo 68 del Reglamento del ITP y AJD ni la jurisprudencia de la Sala Tercera del TS impiden la declaración de abusividad de la cláusula que repercute al cliente el abono del IAJD.

47 En efecto, el Título I del Real Decreto 3494/1981, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, comprensivo de los artículos 7 a 24, se encuentra dedicado a las “transmisiones patrimoniales”.

48 Cualquier otra interpretación supondría confundir “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, Mercantil o de la Propiedad Industrial” (cfr. SIMÓN ACOSTA, E.: “El préstamo hipotecario en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 379, 1999, p. 8).

cuyo tenor, en los supuestos “de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente el prestatario”, que viene a desarrollar la previsión legal del impuesto, se ha extralimitado respecto de lo establecido en la Ley reguladora del mismo a la que, en todo caso, debe atenerse el operador jurídico, singularmente el juzgador (ex art. 6 de la LOPJ), debiéndose estar, pues, a 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, en virtud del cual, el sujeto pasivo del impuesto es “el adquirente del bien o derecho”, expresión, como tantas veces he señalado, que se presenta interpretable pero en cuya más acertada hermenéutica no cabe sino considerar que debe entenderse referida al adquirente del derecho real de hipoteca, en definitiva, el acreedor hipotecario, por ser el derecho real de garantía ahora considerado el único -de entre los que integran el negocio jurídico dual por el que se constituye el crédito hipotecario- que requiere de inscripción registral constitutiva que demanda, en consecuencia, el previo otorgamiento de escritura pública⁴⁹.

En consecuencia, la estipulación por la que se atribuye al prestatario consumidor el pago del tributo devengado en concepto de IAJD, contenida usualmente en la cláusula de gastos que se incorpora a la escritura de constitución del préstamo hipotecario debe ser declarada nula por abusiva, toda vez que, tratándose de una norma de carácter reglamentario, 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, constituye una extralimitación de la disposición normativa con rango de ley que se contiene 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, y vulnera también la previsión constitucional del artículo 31.1 de la CE, la normativa específica de consumidores y usuarios – art. 89.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007- y la propia Directiva 91/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, al desplazar al consumidor-prestatario la condición de sujeto pasivo

49 Y si la previsión legal no precisa la cualificación de que los préstamos a los que la norma se refiere sean –o no hipotecarios, ello es porque, como tantas veces he señalado, el hecho imponible del impuesto es la emisión de las escrituras, actas y testimonios notariales que contengan actos o contratos inscribibles en el Registro de la Propiedad. Y, en el ámbito que ahora nos ocupa, el propio del crédito hipotecario, lo que tiene acceso al Registro no es el contrato de préstamo –el crédito, de naturaleza personal- sino –ineludiblemente- el derecho de garantía –la hipoteca, de naturaleza real-. En este sentido, conviene recordar que el artículo 28 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, dispone lo siguiente: “Están sujetas las escrituras, actas y testimonios notariales, en los términos que establece el artículo 31”. Y este último precepto se refiere a los siguientes documentos: “1. Las matrices y las copias de las escrituras y actas notariales, así como los testimonios (...). Las copias simples no estarán sujetas al impuesto. 2. Las primeras copias de escrituras y actas notariales, cuando tengan por objeto cantidad o cosa valuable, contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil, de la Propiedad Industrial y de Bienes Muebles no sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o a los conceptos comprendidos en los números 1 y 2 del artículo 1 de esta Ley (...). 3. Por el mismo tipo a que se refiere el apartado anterior y mediante la utilización de efectos timbrados tributarán las copias de las actas de protesto”.

del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados devengado por la constitución de la garantía real hipotecaria en aseguramiento de un contrato de préstamo.

4. Gastos de tasación del inmueble.

En relación con la frecuente imposición al cliente del tasador de la finca por parte de la entidad financiera, la estipulación en que se inserta presenta singular relevancia toda vez que la intervención procedimental del indicado profesional resulta esencial, además de por condicionar el valor de tasación del inmueble la cuantía del préstamo, por ser requisito ineludible para el ejercicio de la acción ejecutiva hipotecaria que en la “escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o el bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta” (art. 682.2.1º de la LECiv)⁵⁰; resultando siempre nula la estipulación por la que la entidad bancaria imponga la empresa tasadora al consumidor que, en todo caso, debe tener plena libertad en la elección del tasador que considere más idóneo de entre los que, estando homologados por el Banco de España, reúnan los requisitos legalmente establecidos al efecto⁵¹, extremo éste último que deberá constar expresamente en la ficha de información precontractual que las entidades financieras deben entregar de manera gratuita a sus clientes (art. 21 y Anexo I de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios). Por otra parte, no cabe descuidar la proyección de la tasación del inmueble que se erige como requisito imperativo para las entidades financieras a los efectos de la movilización del crédito hipotecario (arts. 3 y 8.1 del RD 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, art. 7 de la LMH y arts. 1 y 2 de la OM ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas entidades financieras), lo que justifica el interés del prestamista en la emisión de tasaciones inmobiliarias en las que el inmueble ofrecido en garantía resulta valorado por encima de su estimación económica real a los efectos de poder utilizar en su favor la conclusión que de este dato se colige en orden a ofrecer en el mercado hipotecario un título asegurado

50 Resultando que el mismo “... no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario” (art. 682.2.1º de la LECiv, en coincidencia con la previsión contenida en el artículo 129.2 a) de la LH, ambos modificados por la Ley 1/2013, de 14 de mayo y, posteriormente, puntualmente reformados por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, que sustituye la redacción de 2013, de mayor simplicidad sintáctica, por la que se disponía que “... no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario”).

51 Cfr., al respecto, el artículo 3 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en su redacción dada por las Leyes 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, y 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social).

por una garantía real hipotecaria constituida sobre un inmueble tasado por precio significativamente superior al constituido por el monto del préstamo concedido.

Con todo, no es la validez de la cláusula sobre la fijación del valor de tasación del inmueble hipotecado ni los interesantes problemas que su consideración suscita, especialmente en orden a la determinación de su naturaleza, la cuestión que en este punto me propongo revisar; sino la de aquella estipulación por la que se repercute al cliente-consumidor el gasto generado por la tasación de la finca. A tales efectos, resulta de interés detenerse en la ya apuntada finalidad de la tasación del inmueble hipotecado.

Ciertamente, sin venir a determinar como criterio exclusivo el importe del préstamo concedido, el resultado de la tasación del inmueble es tenido en cuenta por la entidad financiera a los efectos de concretar las condiciones económicas de la oferta crediticia, singularmente el monto que va a constituir el objeto del préstamo, toda vez que la supuesta valoración real del bien inmueble, además de ser premisa procedimental para la ejecución –judicial y extrajudicial de la hipoteca– (cfr. arts. 682.2.1° de la LECiv, 129.2 de la LH y 234 del RH), refleja la virtualidad aseguradora de la finca ofrecida en garantía que, en todo caso, admitirá la constitución de ulteriores hipotecas en función de su valor económico a último determinado a través del procedimiento de tasación. No obstante lo cual, el fin de la tasación no se agota con este propósito que ni siquiera es el más relevante de sus objetivos, a pesar de haber condicionado significativamente el sentido de las resoluciones que imponen al consumidor el abono de los gastos generados por la actividad tasadora al entender que el principal interesado en la tasación del inmueble es el prestatario pues el propósito esencial de la misma es determinar el valor del inmueble ofrecido en garantía a los efectos de obtener la financiación pretendida. En efecto, tal y como ya quedó señalado, la tasación del inmueble va a permitir al acreedor hipotecario el ejercicio de la acción ejecutiva –judicial y extrajudicial– del título no judicial en que la inscrita escritura de constitución de la hipoteca consiste (art. 517.2.4° de la LECiv). No quiere esto decir que si no hay tasación no pueda el acreedor real obtener una eficaz tutela de su derecho por otro procedimiento pero, evidentemente, ningún otro expediente procedimental sería en principio más expeditivo, por lo que cabe concluir que la entidad prestamista tiene un evidente interés en que se realice la tasación del inmueble que va a servir de garantía para su crédito. Pero es que además, como también anticipé, la tasación va a posibilitar que el crédito hipotecario pueda ser catalogado de elegible a los efectos de su movilización, favoreciendo de este modo a la entidad crediticia que va a poder emitir cédulas, bonos y participaciones hipotecarias, en definitiva valores negociables cuya mercantilización va a reportar beneficios no precisamente al consumidor prestatario sino a la entidad financiera garantizada.

Sin duda, la ponderación de las ventajas de la tasación del inmueble ofrecido en garantía brinda como resultado la realidad de una parte contratante destacadamente beneficiada por su concurrencia que es la entidad prestamista, que podrá con fundamento en la existencia de una tasación ejecutar su título y movilizar los créditos hipotecarios de que disponga, frente al consumidor prestatario que puede no ver afectada la concesión del préstamo por la inexistencia de tasación efectiva siempre y cuando el objeto ofrecido en garantía sea un bien inmueble que a consideración del prestamista permita una cobertura suficiente del importe del préstamo ante la eventualidad de su impago⁵². Por ello considero que la estipulación mediante la que de manera sistemática se impongan al consumidor los gastos generados por la tasación del inmueble debe ser tachada de abusiva y, por ende, ser declarada nula, toda vez que se trata de una cláusula por la que se trasladan al consumidor unos costes que de manera natural incumben al profesional (art. 89.2.y.2 a) del RD Legislativo 1/2007) como sujeto principalmente interesado en la existencia de la tasación, además de generar su atribución al consumidor un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes en clara vulneración de las exigencias de la buena fe (art. 82 del RD Legislativo 1/2007), ya que no resulta razonable entender que si la estipulación cuestionada se hubiera negociado individualmente y el prestatario hubiera recibido la completa información acerca de la eficacia práctica de la tasación de la finca éste hubiera consentido en el abono del gasto que la misma genera.

A pesar de lo expuesto, debe significarse que la inmensa mayoría de las resoluciones emitidas por nuestros tribunales declaran la validez de la cláusula por la que se imponen al consumidor prestatario los gastos derivados de la tasación del inmueble, en ocasiones incluso sin ofrecer argumentación alguna al respecto, al valorar como finalidad primordial de la misma la obtención del préstamo por parte

52 Sobre la necesidad de la tasación del inmueble ofrecido en garantía la Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido ocasión de pronunciarse en su Resolución de 22 de enero de 2014 (B.O.E nº 38, de 13 de febrero de 2014), en la que se aborda la cuestión acerca de si una hipoteca constituida a favor de un particular ha de cumplir también con los requisitos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en cuanto a la tasación. Y, al respecto, el Centro Directivo se ha manifestado en sentido positivo. Al respecto, la referida Resolución parte de un hecho incontestable exteriorizado en la afirmación siguiente: "La citada Ley 1/2013, de 14 de mayo, impone, para toda hipoteca ya se destine o no a servir de cobertura a una emisión de títulos hipotecarios, como requisito legal para poder ejercitar la acción real hipotecaria por la vía del procedimiento de ejecución directa o de la venta extrajudicial, la doble condición de que la finca haya sido previamente tasada conforme a la Ley reguladora del mercado hipotecario y que el valor de tasación a los efectos de la subasta no sea inferior al setenta y cinco por ciento de la realizada conforme a la citada legislación". Como ya he tenido ocasión de señalar, así se desprende de la nueva redacción del artículo 682.2.1º de la LECiv, mantenida en esencia tras la reforma operada por la Ley 19/2009, de 13 de julio y, en el mismo sentido, consta modificado el artículo 129 de la LH para la venta extrajudicial. Atendido cuanto antecede, la conclusión de la DGRN es que esta normativa "es aplicable con independencia de los sujetos y de la naturaleza del bien hipotecado". Cuestión distinta, no abordada por Resolución considerada, es que, como resulta lógico, la hipoteca podrá inscribirse a pesar de no concurrir la tasación del inmueble, si bien sin el pacto que permite la venta extrajudicial y la posibilidad de utilización del procedimiento especial de ejecución hipotecaria establecido en los artículos 681 y siguientes de la LECiv. En tal caso, el acreedor podrá acudir al procedimiento de ejecución ordinario de la Ley 1/2000, en cuya sede tendría que valorarse el inmueble de conformidad la disposición contenida en el 666 y, por remisión, los artículos 637 y siguientes de la Ley Procesal, es decir, mediante el nombramiento de un perito judicial que proceda a su tasación y descontando el importe vigente de las cargas preferentes.

del cliente al que se considera único beneficiado por la existencia de la tasación, y considerar asimismo la circunstancia de que la tasación es un servicio que la entidad prestamista ofrece al cliente –que, por consiguiente, debe ser remunerado–, además de que se trata de un gasto que usualmente resulta asumido por el consumidor sin entrar a cuestionar la razón de la inercia de su atribución al prestatario que se asume como premisa incuestionada para justificar su validez⁵³.

5. Gastos generados por la contratación de un seguro de daños sobre el inmueble gravado con la hipoteca.

Como punto de partida en la consideración de este específico gasto impuesto al prestatario, de abonar un seguro de daños sobre el inmueble hipotecado, que además determina que su solicitud de nulidad con fundamento en su abusividad resulte de ordinario desestimada por nuestros tribunales⁵⁴, hay que partir del pronunciamiento que a su respecto se contiene en la STS, Sala 1ª, de Pleno, n° 705/2015, de 23 de diciembre, en la que se declara que la cláusula en cuestión no puede ser declarada abusiva por localizar su fundamento en la obligación legal contenida en el artículo 8 de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario.

53 En el apuntado sentido vid. la SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 18 de noviembre de 2015 (SAP de Barcelona, Sección 15ª, n° 269/2015, de 18 de noviembre, recurso núm. 505/2014 (ROJ): SAP B 10756/2015 ECLI: ES: APB: 2015: 10756. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espa), la SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 14 de mayo de 2014 (SAP de Pontevedra, Sección 1ª, n° 175/2014, de 14 de mayo, recurso núm. 220/204 (ROJ): SAP PO 448/2014-ECLI: ES: APPO: 2014: 448. Ponente: Ilmo Sr. D. Manuel Almenar Belenguier), la SAP de Huelva, Sección 2ª, de 24 de febrero de 2016 (SAP de Huelva, Sección 2ª, n° 103/2016, de 24 de febrero, recurso núm. 45/2016 (ROJ): SAP H 127/2016-ECLI: ES: APH: 2016: 127. Ponente: Ilmo. Sr. D. Andrés Bodega de Val) y la SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 17 de octubre de 2016 (SAP de Barcelona, Sección 15ª, n° 225/2016, de 17 de octubre, recurso núm. 114/2015 (ROJ): SAP B 9192/201-ECLI: ES: APB: 2016: 9192. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espa). En sentido diverso del expuesto se localiza un menor número de resoluciones, en su mayoría recientemente dictadas por juzgados de instancia que, apuntando un incipiente criterio jurisprudencial con vocación de consolidar, consideran abusiva la estipulación por la que se atribuyen al prestatario los gastos de tasación del inmueble hipotecado, por entender que se trata de un coste que debe ser asumido por la entidad prestamista (art. 89.3 a) del RD Legislativo 1/2007) como principal interesada en determinar la estimación real del inmueble, y no sólo respecto de la tasación inicial sino incluso respecto de sucesivas tasaciones posteriores que, en todo caso, quedarían determinadas por la exclusiva voluntad de la entidad financiera que, vulnerando el principio de igualdad contractual (art. 1256 del CC), podría imponer gastos no previstos inicialmente al consumidor (cfr., por todas, SAP de Girona de 10 de marzo de 2016 (JUR 2016/102096), AAP de Zaragoza, Sección 5ª, n° 17/2017, de 5 de enero, recurso núm. 384/2016 (ROJ): AAP Z 358/2017-ECLI: ES: APZ: 2017: 358ª. Ponente: Ilmo. Sr. D. Alfonso María Martínez Areso) y, en el mismo sentido, SJPI n° 1 de Santander, de 11 de mayo de 2017 (recaída en los autos del JO 21/2017), SJPI n° 1 de Valencia, de 24 de mayo de 2017 (recaída en los autos del JO 247/2017), SJPII n° 4 de Alcorcón, de 25 de mayo de 2017 (recaída en los autos del JO 142/2017), SJPI n° 7 de Santander, de 28 de junio de 2017 (recaída en los autos del JV 83/2017) y SJPI n° 4 de Castellón, de 6 de julio de 2017 (recaída en los autos del JO 296/2017).

54 Cfr., por todas, SSAP de Barcelona, Sección 15ª, n° 269/2015, de 18 de noviembre, recurso núm. 505/2014 (ROJ): SAP B 10756/2015-ECLI: ES: APB: 2015: 10756. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espa), de Guipúzcoa, Sección 2ª, n° 81/2016, de 12 de abril, recurso núm. 2047/2016 (ROJ): SAP SS 344/2016-ECLI: ES: APSS: 2016: 344. Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Teresa Fontcuberta de Latorre), de Pontevedra, Sección 1ª, n° 187/2016, de 7 de abril, recurso núm. 173/2016 (ROJ): SAP PO 590/2016-ECLI: ES: APPO: 2016: 590. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jacinto José Pérez Benítez), de Zaragoza, Sección 5ª, n° 264/2016, de 4 de mayo, recurso núm. 187/2016 (ROJ): SAP Z 1030/2016-ECLI: ES: APZ: 2016: 1030. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Antonio Pérez García), de Valencia, Sección 9ª n° 659/2016, de 11 de mayo (ROJ): SAP V 2770/2016-ECLI: ES: APV: 2016: 2770. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Sellar Roca de Togores), de Tarragona, n° 252/2016, de 1 de junio (ROJ): SAP T 880/2016 -ECLI: ES: APT: 2016: 880. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Carril Pan) y de Barcelona, Sección 15ª, n° 225/2016, de 17 de octubre, recurso núm. 114/2015 (ROJ): SAP B 9192/2016 - ECLI: ES: APB: 2016: 9192. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espa).

Ciertamente, la imposición al hipotecante deudor del abono de un seguro de daños se vincula con su correlativa obligación de conservación diligente del inmueble, garantizada para acreedor hipotecario por la acción de devastación que se residencia en la disposición normativa que se contiene en el artículo 117 de la LH (cfr., como especificación del supuesto, el art. 219 del RH) y también por las previsiones contenidas en los preceptos que regulan la extensión legal de la hipoteca al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados (cfr. art. 109 de la LH). Por todo lo cual, en principio, parece justificada la atribución al cliente-consumidor de los gastos generados por la contratación de un seguro de daños sobre el inmueble hipotecado. No obstante lo cual, esta afirmación merece ser objeto de determinadas puntualizaciones a los efectos de determinar el alcance de su contenido y efectos.

En primer lugar, conviene tener presente que, con carácter general, nuestros tribunales consideran abusivas aquellas cláusulas que permitan a la entidad bancaria la elección de la entidad aseguradora y/o, en su caso, las características de la póliza contratada⁵⁵. Así se declara en la SAP de Pontevedra, de 14 de mayo de 2014⁵⁶. En segundo lugar, debe señalarse que la configuración de la obligación legal por la que se impone la contratación de un seguro de daños que garantice la conservación del inmueble objeto de la garantía hipotecaria específica que el mismo deberá asegurarse, en todo caso, por el “valor de tasación” (cfr. arts. 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y 10.1 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero que, además, especifica que debe excluirse del valor de tasación el “el valor de los bienes no asegurables por naturaleza, en particular el suelo”). Es por lo que la estipulación que imponga el aseguramiento del inmueble gravado con hipoteca por su valor de nuevo deberá ser considerada abusiva⁵⁷.

6. Gastos derivados del seguro de amortización del préstamo hipotecario y de la contratación de seguros de vida del prestatario.

En la actividad de las entidades financieras resulta una práctica frecuente asociar la contratación de un préstamo hipotecario con la simultánea de un seguro de

55 A este respecto debe tenerse en cuenta que el artículo 85 del Real Decreto 1/2007, de 16 de noviembre, intitulado “Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario” establece lo que sigue: “Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes: (...) 3. Las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato”.

56 SAP de Pontevedra, Sección 1ª, nº 175/2014, de 14 de mayo, recurso núm. 220/2014 (ROJ: SAP PO 448/2014-ECLI: ES:APPO: 2014: 448. Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Almenar Belenguer).

57 Así lo acuerda la SAP de Madrid, Sección 28ª, nº 242/2013, de 26 de julio, recurso núm. 161/2012, resolución recurrida en casación que determinó la STS, Sala 1ª, de Pleno, nº 705/2015, de 23 de diciembre (ROJ: SAP M 12691/2013-ECLI: ES:APM: 2013: 12691. Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique García García).

amortización –y demás productos vinculados que, de manera usualmente obligatoria, se le imponen al cliente, como un seguro de vida o incapacitación del prestatario y otros, tales como la suscripción de planes de pensiones o la contratación de tarjetas de crédito o débito con la necesidad de realizar con las mismas determinados pagos mínimos con la consecuencia en caso de no hacerlo de la repercusión de una comisión por mantenimiento-, con la misma entidad o con otra diversa que en todo caso el Banco elige, como condición para la concesión del préstamo hipotecario que es, verdaderamente, el objeto real del interés del consumidor⁵⁸. La apuntada estipulación⁵⁹, que de ordinario se incluye en el clausulado de las escrituras de préstamo garantizadas con hipoteca sobrepasa manifiestamente la única obligación legal que en este ámbito incumbe al deudor hipotecario, de asegurar los eventuales daños que pudiera padecer el inmueble (art. 8 de la Ley 2/1981, de 25 marzo, reguladora del Mercado Hipotecario) y, planteada al consumidor de la manera expuesta resulta, a todas luces, de suyo abusiva, especialmente si se incorpora como presupuesto para provocar el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario como consecuencia –del mismo modo impuesta unilateralmente- de su incumplimiento, determinando también en este último caso la nulidad por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado en la que se integra como premisa, toda vez que vincula la virtualidad resolutoria del prestamista a un incumplimiento irrelevante –el de la obligación accesoria de abonar la prima del contrato de seguro vinculado-, quedando la resolución contractual al arbitrio de la parte prestamista –en clara vulneración del principio de igualdad de las partes contratantes recogido en el artículo 1256 del CC-, y generando un desequilibrio importante en evidente perjuicio del prestatario. En otras ocasiones resulta que ni en la oferta vinculante del contrato de préstamo garantizado mediante hipoteca, ni en la escritura de su constitución, se incluye expresamente, como condición del préstamo, la obligatoriedad de contratar un seguro de amortización, a pesar de lo cual si en un determinado momento el consumidor que inicialmente asumió el pago de la prima del seguro deja de atenderlo⁶⁰, por considerar que su contratación no era obligatoria -y tal vez haber

58 Al respecto, MAGRO SERVET. V.: “¿Es posible que las entidades bancarias anuden a una póliza de préstamo hipotecaria una póliza de seguro sobre el inmueble de forma preceptiva e inseparable del contrato?”, en *El Derecho. Revista de Jurisprudencia*, Madrid, 22 de diciembre de 2011, indica que desde el punto de vista de las aseguradoras se ha mostrado seria preocupación por estas circunstancias, incluso planteando la no viabilidad jurídica de esta obligación anudada al contrato de préstamo hipotecario como imperativa en su suscripción para el prestatario que, al mismo tiempo, pasa a tener también la condición de asegurado.

59 De por sí no necesariamente abusiva. En este sentido, la SAP Barcelona, Sección 16ª, de 3 febrero 2003, recurso núm. 702/2002 (RO): SAP B 986/2003-ECLI: ES:APB: 2003: 986. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas), declara lo siguiente: “Nada se objetará a la validez de los seguros de amortización de préstamos anexas a estos últimos, puesto que no cabe proclamar su nulidad intrínseca sin más, como lo prueba que la propia Ley de Crédito al Consumo de 23 marzo atiende la incidencia de ‘la necesidad de constitución, en su caso, de un seguro de amortización del crédito por fallecimiento, invalidez, enfermedad o desempleo del titular’ [arts. 6.2 y 18.a)]. No cabe desconocer por otra parte que en esa clase de seguros el riesgo efectivamente asegurado no es tanto la muerte o invalidez del asegurado, cuanto la subsiguiente imposibilidad para generar ingresos que permitan seguir amortizando el préstamo; con lo que también puede resultar de interés para el prestatario -y sobre todo para sus herederos- esa garantía adicional” (Fjco Cuarto).

60 Comunicando dicha decisión, en todo caso, el prestatario-asegurado a la entidad bancaria, dentro del plazo mínimo de antelación previsto en el artículo 22, párrafo 2º, de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, a cuyo tenor: “Las partes pueden oponerse a la prórroga del contrato mediante una notificación escrita

encontrado otra entidad aseguradora que le ofrece mejores condiciones-, la entidad financiera da por vencido anticipadamente el préstamo hipotecario y procede a interesar la ejecución hipotecaria. En otros supuestos la entidad prestamista utiliza la contratación de servicios adicionales vinculados al préstamo hipotecario como requisito para ofrecer al prestatario mejores condiciones contractuales de éste último, tales como la bonificación del diferencial.

En todos estos casos se plantea la necesidad de considerar, por una parte, la naturaleza de la obligación de contratar, con ocasión de la contratación del préstamo hipotecario y vinculada al mismo, un contrato de seguro que permita la cobertura de los posibles riesgos de insolvencia asociados al fallecimiento o a la incapacidad del deudor hipotecario y, por otra parte, la nulidad por abusiva de la estipulación en la que se contiene dicha obligación impuesta por la entidad financiera que comporta el vencimiento anticipado del préstamo por incumplimiento de la obligación accesoria de pago de la prima del seguro de amortización en cuestión. Pero, además, cabe plantearse si la declaración de abusividad de la cláusula por la que se establece la contratación del servicio adicional vendría fundada en un incumplimiento del deber de transparencia o más bien en la circunstancia de suponer la imposición al consumidor de la contratación de bienes o servicios complementarios o accesorios no solicitados por aquél (art. 89.4 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), supuesto éste último en el que habría que plantearse, a su vez, si el prestatario ha tenido o no la posibilidad real de escoger entre la contratación del préstamo hipotecario con el producto vinculado o sin la contratación del mismo. A la revisión de las apuntadas cuestiones me refiero seguidamente.

Por cuanto se refiere a la naturaleza de la obligación de suscribir un contrato de seguro vinculado con la contratación de un préstamo hipotecario, de ninguna norma vigente cabe deducir que la misma encuentre fundamento en obligación legal alguna determinante de la consiguiente vinculación contractual que de este modo quedaría justificada, toda vez que, como ya apunté, en la contratación de un préstamo con garantía hipotecaria no concurre para el prestatario obligación legal diversa en este ámbito que la de contratar el seguro de daños previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, reguladora del Mercado Hipotecario. No obstante lo cual, no parece discutible la conveniencia para el prestamista de que el prestatario contrate un seguro de vida a los efectos de que en el supuesto de fallecimiento o invalidez del deudor hipotecario la parte de deuda pendiente de pago persista asegurada, con el consiguiente interés también constatable de los sucesores del prestatario que, en caso de aceptación pura y simple de la herencia, no tendrán que asumir la obligación de abonar la deuda pendiente de pago en virtud del préstamo

a la otra parte, efectuada con un plazo de dos meses de anticipación a la conclusión del período del seguro en curso”.

hipotecario contraído por su causante por quedar la misma cubierta por el seguro que garantizaba su amortización.

Respecto del posible carácter abusivo de la estipulación por la que se posibilita declarar el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario asociado a la contratación de un seguro de amortización por el impago de la prima del seguro vinculado, resulta de obligada mención la STS, Sala I^a, de 16 de diciembre⁶¹, por la que se estima un recurso de la Organización de Consumidores y Usuarios en el ejercicio de una acción de cesación de cláusulas abusivas incluidas en contratos bancarios suscritos por consumidores con varias entidades de crédito que resultan considerados “desproporcionados” y “confusos”, de cuya doctrina jurisprudencial se concluye que el impago por parte del prestatario de la prima del seguro de amortización del préstamo hipotecario, por su irrelevancia, no puede constituir un presupuesto que permita por la entidad prestamista concluir un incumplimiento contractual determinante del vencimiento anticipado del préstamo –y consiguiente ejecución de la hipoteca-. Por lo que la cláusula que lo establece debe ser tachada de abusiva.

Concluida la nulidad por abusiva de la cláusula en los términos indicados, procede considerar si el fundamento de su abusividad se localiza en la falta de superación del control de transparencia o bien en la circunstancia de ser uno de los supuestos en que la legislación tuitiva de los consumidores y usuarios declara en todo caso la tacha de abusividad (art. 89.4 del RD Legislativo 1/2007). En ambos sentidos se localizan pronunciamientos de nuestros tribunales.

En principio conviene tener en cuenta que el artículo 89.4 del Real Decreto Legislativo 1/2007 considera -en todo caso y sin posibilidad alguna de valoración- abusivas las cláusulas que impongan al consumidor la contratación de bienes o servicios complementarios o accesorios no solicitados, por lo que debe entenderse que la validez de la cláusula que consideramos va a depender de que el cliente-consumidor tenga la posibilidad real de elegir entre contratar el préstamo hipotecario con el producto vinculado o bien prescindiendo del mismo, pues si la oferta vinculante y/o el contenido de la escritura de préstamo hipotecario –que necesariamente deben ser coincidentes en punto a las cláusulas financieras que albergan- acreditan que únicamente se le ofreció la posibilidad de contratar el préstamo hipotecario si también contrataba junto con el mismo los productos asociados entonces la estipulación que así lo establezca debe considerarse abusiva y, por ende, nula, por expresa disposición de la norma citada. Desde esta consideración, el Auto de la Sección 17^a de la AP de Barcelona de 10 de octubre de 2014⁶² confirmó la nulidad

61 STS, Sala I^a, n° 792/2009, de 16 de diciembre, recurso núm. 2114/2005 (ROJ: STS 8466/2009-ECLI: ES:TS: 2009: 8466. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Eugenio Corbal Fernández).

62 AAP de Barcelona, Sección 17^a, n° 326/2014, de 10 de octubre, recurso núm., 217/2014. ROJ: AAP B 667/2014-ECLI: ES:APB: 2014: 667^a. Ponente: Ilma. Sra. María Sanahuja Buenaventura.

por abusiva de la cláusula por la que se imponía la contratación de un seguro de amortización vinculado al préstamo hipotecario. Pero es que, por otra parte, no cabe descuidar el sentido del pronunciamiento contenido en la STJUE de 21 de diciembre de 2016⁶³, al declarar que el control de transparencia material a que se refiere la STS de 9 de mayo de 2013 se residencia no sólo en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE –con relación a las cláusulas definidoras del objeto principal de contrato– sino también en el artículo 5 de la misma –atinente a todas las estipulaciones que integran el clausulado contractual–, alcanzando pues con carácter general a la información precontractual, por lo que debe deducirse que cualquier cláusula contractual se encuentra sometida al referido control de transparencia material que impone que el cliente-consumidor pueda disponer “antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración”. Por lo que también a las estipulaciones ahora consideradas les alcanza el deber de transparencia, de manera que si la entidad prestamista, con carácter previo a la celebración del contrato de préstamo, no puso a disposición del cliente-consumidor la información necesaria que le instruyera acerca de la obligatoriedad de suscribir el producto asociado del que se trate, así como también el alcance de sus consecuencias económicas y jurídicas, la cláusula será nula por abusiva, al no superar el control de transparencia, incluso en el supuesto de que el consumidor tuviera la posibilidad de elegir entre otras varias ofertas vinculadas o no a determinados productos. En este sentido, la SAP de León de 16 de diciembre de 2016⁶⁴ declara nula, al no superar el control de transparencia material –pues la prima del seguro no se encontraba incluida en el cálculo de la TAE, ni el cliente-consumidor había sido informado de la consecuencia económica derivada de la financiación de la prima del seguro cuyo importe se incluyó en el objeto del préstamo–, la cláusula que impone al consumidor la contratación de un seguro de amortización que, en el caso enjuiciado, integraba un seguro de prima única cuyo coste, además, se encontraba incluido en el capital objeto del contrato de préstamo.

III. PLAZO DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CON CONSUMIDORES; REFERENCIA AL PRÉSTAMO CON HIPOTECA YA CANCELADA. OBLIGACIÓN DE RESTITUCIÓN DE LAS CANTIDADES INDEBIDAMENTE COBRADAS POR PARTE DE LA ENTIDAD BANCARIA.

Sabido es que la categoría más rigurosa de ineficacia contractual es la nulidad absoluta o de pleno derecho, que implica una radical improductividad de efectos jurídicos del acto que la padece, frente a la nulidad relativa –o anulabilidad– que supone una situación incierta de nulidad a despejar mediante la impugnación, convalidación

63 Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15.

64 SAP de León, Sección 1ª, ROJ: SAP LE 1264/2016-ECLI: ES: APLE: 2016: 1264. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ricardo Rodríguez López.

o confirmación del acto o negocio cuestionado. El acto radicalmente nulo no es jurídicamente sanable, toda vez que el vicio que lo afecta no es susceptible de ser remediado, ni siquiera por el transcurso del tiempo, de conformidad con el clásico principio “quod ad initium vitiosum est non potest tractu temporis convalescere” (D. 50, 17, 29)⁶⁵. Sentado cuanto antecede debe señalarse que la nulidad que afecta a las estipulaciones con tacha de abusividad es la nulidad radical o de pleno derecho. Así se desprende de la previsión general contenida en el artículo 6.3 del Código Civil, a cuyo tenor; “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”. La anterior declaración resulta aplicada a las condiciones generales abusivas por el artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, al disponer lo que sigue: “1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor; entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios –remisión que actualmente hay que entender referida al RD Legislativo 1/2007, Cap. II “Cláusulas abusivas”, arts 82 a 91-”.

En consecuencia, declarada nula por abusiva la cláusula de gastos inserta en un contrato de préstamo hipotecario celebrado con un consumidor, resulta que la específica estipulación anulada va a padecer las determinaciones legales que se siguen de la nulidad absoluta, es decir, la apuntada improductividad radical de efectos jurídicos, determinante de que se la tenga por no puesta –por tanto, excluida del contrato- sin posibilidad de interpretación integradora o moderadora de su contenido por parte del juzgador⁶⁶. Además, en cuanto al plazo dentro del cual es posible el ejercicio de la correspondiente acción en interés de su nulidad, dicha acción estará sometida a la misma extensión prescriptiva que afecta a las correspondientes acciones de nulidad que, a diferencia de las de nulidad relativa –que prescriben a los cuatro años ex art. 1301 del CC-, son imprescriptibles⁶⁷. Por lo expuesto se debe

65 CASTILLO MARTÍNEZ, C.C.: “Eficacia de las normas jurídicas (II). Nulidad de los actos contra ley, fraude de ley, exclusión voluntaria de ley aplicable y renuncia de derechos”, en *Introducción al Derecho Civil español* de Enrique Lalaguna Domínguez, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1990, pp. 315-339.

66 Así consta declarado en la STJUE de 14 de junio de 2012 -Asunto C-618/10-, en la que el Tribunal europeo consideró que era contraria al artículo 6.1 de la Directiva 13/93/CEE una norma nacional que atribuía al juzgador la facultad de moderar el contenido de una cláusula abusiva por implicar esta moderación en cierto sentido la admisión del carácter vinculante de la misma.

67 La cuestión acerca del plazo de prescripción de la acción de nulidad mantiene abierto un clásico debate entre nuestra más destacada doctrina, defendiendo al respecto algunos autores que la acción de nulidad prescribe en el plazo previsto, en el artículo 1964 del CC, para las acciones personales que no tengan establecido un plazo especial de prescripción, incluso aunque la cláusula no deje de ser nula al no producir el transcurso de tiempo efecto sanador alguno. En este sentido, vid. PASCUAL LIAÑO, M.: “La acción de nulidad sí prescribe”, Ponencia del autor publicada en Internet, y localizable en la siguiente dirección: <http://www.codigo-civil.info/nulidad/>

concluir que, si bien la acción declarativa de la nulidad de la cláusula de gastos es imprescriptible, no participa de esta misma naturaleza la pretensión restitutoria ex artículo 1303 del Código Civil de las prestaciones indebidamente abonadas por el consumidor, que van a quedar sometidas al plazo de prescripción de cinco años, actualmente previsto en el artículo 1964 para el ejercicio de las acciones personales sin plazo de prescripción especial, por lo que la pretensión declarativa de nulidad no puede sobrepasar los plazos previstos para la pretensión restitutoria⁶⁸, resultando en todo caso que el “dies a quo” para el cómputo del plazo de ejercicio de la acción restitutoria comienza a contar “desde el día en que pudieron ejercitarse” (art. 1969 del CC) que, en definitiva, no es sino desde el momento en que el consumidor tiene conocimiento de que la cláusula es abusiva.

En el apuntado contexto procede ahora considerar la posibilidad de reclamar los gastos de formalización del préstamo hipotecario en el supuesto de que la hipoteca ya se encuentre cancelada. Para abordar adecuadamente esta cuestión me parece oportuno realizar algunas reflexiones. En primer lugar, debe precisarse que cuando se habla de “hipoteca cancelada”, lo que realmente quiere indicarse es que el préstamo asegurado con la garantía real hipotecaria ya se ha extinguido, usualmente por pago o bien por otra causa de conclusión de la relación obligatoria (art. 1156 del CC); ciertamente, atendida la dinámica del principio de accesoriedad por cuya virtud la hipoteca –elemento accesorio- se vincula a la obligación asegurada –elemento principal- ninguna repercusión en la esencia y contingencias de la relación personal crediticia, más allá de su reforzamiento o debilitamiento determinado por la constitución o desaparición de la garantía real, van a tener las vicisitudes que afecten a la relación real de garantía, entre las que se encuentra la formal extinción de la misma mediante la cancelación registral, toda vez que del apotegma jurídico “accessorium sequitur principale” se deriva, precisamente, lo contrario, razón por la cual, extinguido el crédito sí que decae la garantía real que es accesoria a aquél. Es por lo que la cancelación registral del derecho real de hipoteca no va a tener repercusión alguna en la determinación de la viabilidad de la acción para reclamar el reintegro del importe de los gastos indebidamente abonados residenciada en el artículo 1303 del Código Civil, y fundada en la declaración de nulidad de una relación obligatoria. En segundo lugar, es preciso señalar que la extinción de la relación

lodel/document.php?id=288&format=print, en 15 páginas, pp. 4-5. En el mismo sentido, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 2003, p. 96. Diversamente, se manifiestan, entre otros, DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a A.: *Tratado de la nulidad de los contratos*, Colex, Zaragoza, 2003, p. 124.

68 En este sentido CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 673-674, explica que “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”, resultando que la acción declarativa de nulidad “no puede gozar de un plazo que le permita producir efectos que ya no podrían obtenerse mediante la acción de restitución”.

obligatoria de préstamo no obsta a que se puedan interponer las reclamaciones pertinentes que asienten en circunstancias que, aún concurrentes al tiempo de su perfección, resultaron conocidas por las partes en un momento posterior y que, en todo caso, condicionan la validez o eficacia de la relación crediticia –así la existencia de una causa de nulidad absoluta o de pleno derecho, o de un motivo que justifique la impugnación por ser fundamento de una nulidad relativa o anulabilidad-. En tercer lugar, y completando la anterior reflexión, hay que señalar que, a último, la cuestión medular para determinar la posibilidad que ahora consideramos es que la acción ejercitada se interponga dentro del plazo legalmente dispuesto para su eficaz ejercicio, razonamiento que, en todo caso, resulta de válida aplicación a cualquier avatar jurídico de estas características; así, por ejemplo, nada impide que se considere válidamente perfeccionado un contrato de compraventa (arts. 1258 y 1445 del CC) e incluso consumado por haberse entregado la cosa que constituye su objeto y el precio por la misma (art. 1450 del CC) y que, posteriormente a la perfección contractual –presupuesto, en todo caso, de la validez y eficacia del negocio-, el adquirente ejercite eficazmente una acción de saneamiento (arts. 1474 y ss. del CC) –o cualquier otra por responsabilidad contractual-, pues lo esencial al respecto es que no conste extinguido el plazo para el ejercicio de la acción correspondiente. Por consiguiente, la cuestión lo es de prescripción de la acción y, en tal contexto, deberá valorarse si, de acuerdo con la posición que defiendo, debe entenderse que la acción de nulidad es imprescriptible, como yo creo, o bien si se considera que la misma debe sujetarse al plazo a que se refiere el artículo 1964 del Código Civil, actualmente de cinco años, o incluso al previamente regulado de quince años en función de que los hechos enjuiciados se ubicaran bajo la eficacia temporal de una o otra previsión legal⁶⁹. En definitiva, debe admitirse la posibilidad de reclamar los gastos de formalización de un préstamo hipotecario ya cancelado, siempre que la acción ejercitada no haya prescrito, teniendo en cuenta, en todo caso, que (i) la parte demandada siempre deberá invocar la prescripción como motivo de oposición para que la alegación pueda ser considerada⁷⁰, y que (ii) aunque la parte demandante no explicita en el escrito demanda la pretensión restitutoria la misma va siempre implícita en la reclamación por la que se interesa la declaración de nulidad, como

69 A cuyo efecto debe considerarse que, a tenor de la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, se establece que el tiempo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, nacidas antes de su entrada en vigor -7 de octubre de 2015- se regirá por lo dispuesto en el artículo 1939 del CC, según el cual “la prescripción comenzada antes de la publicación de este código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aun que por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo”.

70 Toda vez que, como es sabido, además de la posibilidad de interrupción, la característica que permite diferenciar entre prescripción y caducidad es la necesidad de invocación de la primera, de manera que la prescripción deberá ser alegada por el deudor, o demandado, cuando el acreedor, o actor, le reclame el cumplimiento de la conducta debida fuera de los plazos normativamente dispuestos. Por lo tanto, resultando imprescindible la alegación por la vía de la excepción u oposición a la reclamación planteada, los tribunales no podrán nunca apreciar de oficio la prescripción, que sólo será comprobada a instancia de parte. Por contra, la caducidad sí será directamente apreciada de oficio por parte de los tribunales, con lo que no tendrá que ser alegada por la parte reclamada.

pretensión accesoria impuesta con carácter de consecuencia legal en la previsión del artículo 1303 del Código Civil⁷¹.

Por cuanto se refiere a la determinación del alcance de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos, considerada la previsión legal que se reside en el artículo 1303 del Código Civil –la restitución recíproca de prestaciones como ineludible efecto derivado de la declaración de nulidad-, resulta imprescindible atender al sentido de los pronunciamientos contenidos en la ya mencionada STJUE de 21 de diciembre de 2016⁷², que precisa que la declaración de nulidad de una cláusula abusiva determina su expulsión del contrato y, en consecuencia, en el supuesto de que dicha estipulación hubiera impuesto al consumidor el abono de determinados importes, la tacha de abusividad comportará la restitución de las cantidades indebidamente abonadas por el prestatario. Además, el TJUE, reiterando lo ya expuesto en previas resoluciones, señala que, tanto en la declaración del carácter abusivo de la estipulación como en la subsanación del desequilibrio contractual que la misma genera en perjuicio del consumidor; el juez nacional debe proceder de oficio, lo que implica que si la cláusula abusiva ha supuesto para el consumidor el desembolso de determinados importes por conceptos cuyo abono no le incumbían, el juez nacional deberá reparar el apuntado desequilibrio, acordando con tal propósito la devolución de los costes improcedentemente atribuidos y abonados indebidamente por el prestatario.

Sentado el principio universal de los efectos de la declaración de nulidad de una condición general contenido en el tantas veces mencionado artículo 1303 del Código Civil –restitución recíproca de prestaciones-, y no obstante la claridad con la que se manifiesta el Tribunal de Luxemburgo en su Sentencia de 21 de diciembre de 2016, nuestros tribunales no mantienen un criterio unánime en orden a la concreción de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos por abusiva.

Ciertamente, la declaración del TJUE, contenida en la considerada resolución, impone la revisión de los pronunciamientos discrepantes ofrecidos por nuestros tribunales que, en mi opinión, a partir de la considerada STJUE no pueden sino acordar la íntegra restitución de las cantidades indebidamente abonadas por el consumidor con fundamento en la cláusula que se ha declarado nula por abusiva.

71 Es el supuesto de hecho resuelto por la SJPI nº I de Benidorm, nº 174/2017, de 5 de junio (recaída en los autos del JO 230/2017), en la que el préstamo objeto de debate fue suscrito por un plazo de 35 años y resultó cancelado anticipadamente en fecha 24 de agosto de 2009, considerando por ello la entidad bancaria demandada que se trataba de un contrato que ya había desplegado todos sus efectos, y que por tal circunstancia, se encontraba consumado y extinguido, motivo por el cual la parte actora no podía pretender la nulidad de parte de su clausulado y la restitución de las sumas que se reclamaban en el escrito de demanda. La sentencia de instancia considera que la acción ejercitada no ha prescrito por lo que se admite la demanda con íntegra estimación de las pretensiones de la demandante.

72 Asuntos acumulados C-154/2015, C-307/2015 y C-308/2015, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Mercantil nº I de Granada (C-154/15), mediante auto de 25 de marzo de 2015, recibido en el Tribunal de Justicia el 1 de abril de 2015, así como por la Audiencia Provincial de Alicante (C-307/15 y C-308/15), mediante autos de 15 de junio de 2015, recibidos en el Tribunal de Justicia el 1 de julio de 2015.

En todo caso, las resoluciones ya dictadas por nuestros órganos judiciales admiten su agrupación en atención a las posiciones defendidas que pueden resumirse en las dos siguientes.

1º. Resoluciones que acuerdan la nulidad por abusiva de la cláusula de gastos y su consiguiente expulsión del contrato con la determinación de los costes que incumben a cada parte de conformidad con la normativa aplicable y, obviamente, también con la interpretación que de la misma realiza el propio órgano judicial, anudando en todo caso el efecto restitutorio de aquellos importes relativos a gastos que, declarados nulos, no implican un abono imputable al prestatario. En estos casos, los tribunales acuerdan la nulidad de la cláusula de gastos y su eliminación del clausulado contractual pero, si bien consideran procedente en abstracto la restitución íntegra de las prestaciones como efecto ineludible de la previsión que se contiene en el artículo 1303 del Código Civil, no todos imponen la restitución indiscriminada de las cantidades abonadas por el prestatario sino que, a los efectos de concretar su alcance, diferencian entre aquéllos gastos que al mismo le incumben y los que no, y en tal diferenciación entra en juego el propio criterio interpretativo del tribunal sentenciador al tiempo de aplicar la normativa vigente. Se trata de la posición jurisprudencial más extendida⁷³.

2º. Resoluciones que declaran la abusividad de la cláusula de gastos sin acordar la consiguiente condena de la entidad prestamista a la restitución de los gastos abonados indebidamente por el prestatario, por no haberse interesado expresamente en la demanda su reintegro o por otros motivos⁷⁴.

En mi opinión, resulta palmario pues que, declarada la nulidad de la cláusula de gastos, por aplicación de la previsión contenida en el artículo 1303 del Código Civil debe acordarse como necesaria la restitución recíproca de prestaciones que, en el caso concreto, supondrá la devolución al prestatario de los importes abonados por costes que no le incumbían.

73 Cfr. SAP de Valencia, Sección 9ª, n° 405/2015, de 25 de noviembre, recurso núm. (RO): SAPV 4601/2015-ECLI: ES: APV: 2015: 4601. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Seller Roca de Togores). En el mismo sentido se manifiesta la SAP de Valencia, Sección 9ª, n° 659/2016, de 11 de mayo, recurso núm. 1416/2015 (RO): SAPV 2770/2016-ECLI: ES: APV: 2016: 2770. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Seller Roca de Togores). Asimismo acuerda la restitución de las cantidades que según el juzgador constan indebidamente abonadas la SJPI n° 1 de Valencia, de 24 de mayo de 2017 (recaída en los autos del JO n° 247/2017) y también la SJPI n° 4 de Alcorcón (recaída en los autos del JO n° 142/2017). Participando del mismo criterio, por cuya virtud la declaración de nulidad de una cláusula conlleva la íntegra restitución de las cantidades indebidamente abonada, se manifiesta la SJPI n° 12 bis de Zaragoza, de 21 de julio de 2017 (recaída en los autos del JO n° 5098/2017) y la SAP de Madrid, Sección 11ª, n° 429/2016, de 30 de septiembre, recurso núm. 84/2016 (RO): SAP M 12968/2016-ECLI: ES: APM: 2016: 12968. Ponente: Ilmo. Sr. D. Cesáreo Francisco Duro Ventura).

74 En este sentido se manifiesta la SAP de Huelva, Sección 2ª, n° 103/2016, de 24 de febrero, recurso núm. 45/2016 (RO): SAP H 127/2016-ECLI: ES: APH: 2016: 127. Ponente: Ilmo. Sr. D. Andrés Bodega de Val) y también la SAP de Barcelona, Sección 15ª, n° 156/2016, de 30 de junio, recurso núm. 300/2015 (RO): SAP B 6124/2016-ECLI: ES: APB: 2016: 6124. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Francisco Garnica Martín).

IV. BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO ORTÍZ, 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”, en *Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil*, nº 2/2017, pp. 9-20.

ÁLVAREZ BARBEITO, P. y MAMBRILLA LORENZO, B.: “Declaración de nulidad de las cláusulas de gastos en préstamos hipotecarios. Implicaciones respecto del impuesto sobre actos jurídicos documentados”, *Análisis GA&P*, febrero de 2017, en 10 págs.

BUSTO LAGO, J.M., ÁLVAREZ LATA, N., y PEÑA LÓPEZ, F.: “Gastos e impuestos repercutibles al consumidor”, *Reclamaciones de consumo*, Aranzadi, S.A.U, noviembre de 2010.

CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASCO, C.: *Derecho de la construcción y la vivienda*, 6ª ed., Dilex, Madrid, 2008.

CARRASCO PERERA, A: *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Pamplona, 2017.

CASERO BARRÓN, R.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004, Sección 2ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo, rec. nº 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”, en *Quincena Fiscal*, núm. 20/2004, pp. 30-49.

CASTILLO MARTÍNEZ, C.C.: “Eficacia de las normas jurídicas (II). Nulidad de los actos contra ley, fraude de ley, exclusión voluntaria de ley aplicable y renuncia de derechos”, en *Introducción al Derecho Civil español* de Enrique Lalaguna Domínguez, Valencia, 1990, pp. 315-339.

- *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

- “El nuevo planteamiento jurisprudencial de los artículos 1473 del CC y 34 de la LH”, en *Diario La Ley*, Ed., Wolters Kluwer, nº 7080, 2008.

DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, Mª A.: *Tratado de la nulidad de los contratos*, Colex, Zaragoza, 2003.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tecnos, Madrid, 2003.

GONZALEZ PACANOWSCA, I.: *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Navarra, 2009.

MAGRO SERVET, V.: "¿Es posible que las entidades bancarias anuden a una póliza de préstamo hipotecaria una póliza de seguro sobre el inmueble de forma preceptiva e inseparable del contrato?", en *El Derecho. Revista de Jurisprudencia*, Madrid, 22 de diciembre de 2011.

MARTÍN FABA, J.M^a.: "Sobre la fuerza ejecutiva de la escritura pública y el nuevo sistema de expedición de copias: cuestiones surgidas en la jurisprudencia actual", *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 11 de octubre de 2016, en 9 páginas.

MORALEJO IMBERNÓN, N.: *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Pamplona, 1999.

PASCUAU LIAÑO, M.: "La acción de nulidad sí prescribe", Ponencia del autor publicada en Internet, y localizable en la siguiente dirección: <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=288&format=print>, en 15 páginas.

PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Pamplona, 2004.

