

CLAVES PRÁCTICAS
FRANCIS LEFEBVRE

**Reclamación de los
Gastos Hipotecarios**

Fecha de edición: 15 de noviembre de 2018

Esta monografía de la Colección
CLAVES PRÁCTICAS
es una obra editada por iniciativa y bajo
la coordinación de
Francis Lefebvre

JOSÉ LUIS GÓMARA HERNÁNDEZ
Abogado del Estado

NOTA.— Esta obra es fruto de las reflexiones estrictamente personales del autor sobre la normativa que regula los gastos hipotecarios. Los comentarios, conclusiones y formularios que se incluyen no suponen en ningún caso un asesoramiento jurídico directo. En consecuencia, ni la editorial ni el autor aceptarán responsabilidades por las consecuencias ocasionadas a las personas o entidades que actúen o dejen de actuar como consecuencia de las opiniones, interpretaciones e informaciones contenidas en esta obra.

© Francis Lefebvre
Lefebvre-El Derecho, S. A.
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: 91 210 80 00.
Fax: 91 210 80 01
www.efl.es
Precio: 30,16 € (IVA incluido)
ISBN: 978-84-17544-35-5
Depósito legal: M-38302-2018
Impreso en España por Printing'94
Paseo de la Habana, 9-11. 28036 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Plan general

	<u>Nº marginal</u>
Introducción	
Capítulo 1. Los órganos judiciales y el Banco de España ante las cláusulas de atribución de gastos hipotecarios al cliente	10
A. Contrato de préstamo hipotecario	50
B. Cláusulas de imputación al cliente de todos los gastos asociados a la constitución de la hipoteca	80
C. Cláusula de imputación al cliente de todos los gastos hipotecarios como cláusula abusiva	110
D. Los órganos judiciales ante las reclamaciones por gastos hipotecarios: control de abusividad y prohibición de integración	150
E. Sentencia del Tribunal Supremo 23-12-15. Historia procesal del caso	180
F. El Banco de España ante la reclamación de los gastos hipotecarios	215
G. Tipología de gastos asociados a la hipoteca	250
Capítulo 2. Las cláusulas de atribución de gastos hipotecarios como condiciones generales de la contratación. Control de abusividad	300
A. Condiciones generales de la contratación	310
B. Contratos y condiciones generales	470
Capítulo 3. Régimen jurídico aplicable a los distintos gastos hipotecarios	1300
A. Contrato de préstamo hipotecario	1305
B. Gastos de tasación	1370
C. Gastos de información registral: Notas simples y Certificaciones registrales	1450
D. Comisión de apertura y otras comisiones	1455
E. Gastos de notaría	1500
F. Gastos por inscripción de hipoteca en el Registro de la Propiedad	1640
G. Gastos de subsanación o rectificación de la escritura	1720
H. Impuestos en la hipoteca	1740
I. Gastos de gestoría	1850
J. Gastos del contrato de seguro por daños	1880
K. Seguro de vida y otros seguros	1920
L. Productos vinculados al préstamo hipotecario	1955
M. Gastos derivados de la cancelación de hipoteca	1985
N. Gastos pre-procesales o procesales	2020
Ñ. Plazo para reclamar los gastos hipotecarios	2040

	<u>Nº marginal</u>
Capítulo 4. Reclamación extrajudicial de los gastos hipotecarios	2200
A. Reclamación ante los departamentos y servicios de atención al cliente y defensor del cliente de las entidades financieras	2220
B. Reclamación ante el departamento de conducta de mercado y reclamaciones del Banco de España	2380
C. Dictamen de conciliación ante el Registrador previo a la interposición de acción colectiva de cesación	2570
D. Transacción	2600
Capítulo 5. Reclamación judicial de los gastos hipotecarios	2700
A. Acciones colectivas	2710
B. Acciones individuales en reclamación de los gastos hipotecarios	2870
C. Cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea	3200
Formularios	3300
	<u>Página</u>
Tabla Alfabética	229

Abreviaturas

AN	Audiencia Nacional
ANCERT	Agencia Notarial de Certificación
AP	Audiencia Provincial
art.	artículo
BE	Banco de España
BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil
CC	Código Civil (RD 24-7-1889)
CCom	Código de Comercio (RD 22-8-1885)
Circ	Circular
CNC	Comisión Nacional de la Competencia
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
Const	Constitución
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
Dir	Directiva
EDJ	El Derecho Jurisprudencia
EM	Exposición de motivos
FIPRE	Ficha de información precontractual
ITP y AJD	Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
JM	Juzgado de lo Mercantil
JPI	Juzgado de Primera Instancia
L	Ley
LCI	Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil (L 1/2000)
LH	Ley Hipotecaria (L 8-2-1946)
OCCA	Órgano de control de cláusulas abusivas
OM	Orden Ministerial
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto-Ley
RDLeg	Real Decreto Legislativo
Resol	Resolución
SEBC	Sistema Europeo de Bancos Centrales
TCo	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Introducción a la segunda edición

La sentencia de la **Sala 3ª del TS 16-10-18** (EDJ 595211) llenó las portadas de los periódicos de información general en España en una proyección sin precedentes para una noticia jurídica en nuestro país. Esta Sentencia vino a alterar el criterio tradicional de la Sala 3ª de forma que la condición de sujeto pasivo del impuesto AJD pasaba desde el prestatario-cliente al **prestamista**. Este nuevo criterio, ratificado por las sentencias de la misma Sala y Sección de 22-10-18 (EDJ 605094), TS 23-10-18 (EDJ 606883) hizo saltar todas las alarmas del sector financiero y del propio Tribunal Supremo.

El Presidente de la Sala 3ª del TS, en una decisión sin precedentes, emitió el 19-10-2018 una Nota Informativa en la que considerando que la sentencia de la Sala 3ª del TS 16-10-18 (EDJ 595211) relativa al sujeto pasivo del impuesto AJD «*supone un giro radical en el criterio jurisprudencial hasta ahora sustentado y habida cuenta, asimismo, de su enorme repercusión económica y social*», acordaba con carácter urgente dejar sin efecto todos los señalamientos sobre recursos de casación pendientes con un objeto similar y avocar al Pleno de la Sala el conocimiento de alguno de dichos recursos pendientes «*a fin de decidir si dicho giro jurisprudencial debe ser o no confirmado*».

El Pleno de la Sala 3ª del TS, después de dos días de deliberaciones acuerda el **6-11-2018**, por una ajustada mayoría de 15 magistrados frente a 13, volver a la interpretación tradicional considerando que la condición de sujeto pasivo del impuesto AJD en los casos de préstamo con garantía hipotecaria corresponde al **cliente-prestatario**.

El **Gobierno**, aludiendo a la situación de incertidumbre generada por los pronunciamientos sucesivos y contradictorios del TS «*que ha dado lugar a una reducción sustancial de actos de formalización de préstamos con garantía hipotecaria, siendo el mercado hipotecario un sector relevante de la economía española*», mediante el RDL 17/2018 modifica el RDLeg 1/1993 art.29 y 45 para determinar que el sujeto pasivo del impuesto AJD, cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía hipotecaria, será la entidad-prestamista. Esta reforma tiene efectos **a partir del 12-11-2018**.

La situación actual plantea **incertidumbres** sobre las reclamaciones que de los gastos hipotecarios pueden realizar los clientes-prestatarios a las entidades beneficiarias de las hipotecas. Y ello porque los Juzgados de Primera Instancia y las Audiencias Provinciales habrán de valorar, en sus futuros pronunciamientos, el efecto que la anulación del artículo 68.2 del Reglamento del impuesto AJD por la Sala 3ª del TS tiene en la resolución de las controversias entre los clientes y las entidades por AJD.

La serie de acontecimientos de las últimas semanas aconsejan una **revisión** de la obra Claves Prácticas sobre Gastos hipotecarios a los efectos de recoger no solo los últimos pronunciamientos de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, sino también de la Sala 1ª, de lo Civil, y de las Audiencias Provinciales, analizando en detalle las distintas opciones que se plantean al operador jurídico.

El **Banco de España**, en la Memoria del Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones de 2017, publicada en 2018, hace constar que, debido a las reclamaciones por gastos hipotecarios se han batido todos los records históricos sobre número de reclamaciones. Las **reclamaciones** recibidas por el Banco de España en 2017 han ascendido a 40.176 reclamaciones, en una cifra que casi triplica las recibidas en 2016, que alcanzaron las 14.462 reclamaciones. Del total de reclamaciones, un total de 23.020 corresponden a reclamaciones sobre la discrepancia con el cobro de gastos de formalización en los préstamos hipotecarios.

Esta obra analiza con rigor y detalle el **régimen jurídico** de cada uno de los llamados gastos hipotecarios (tasación, intervención de Notario y Registrador de la propiedad, ITP y AJD, seguro de daños, cancelación, entre otros) y recoge la más **reciente doctrina y Jurisprudencia** sobre la materia (incluidos los pronunciamientos de los Juzgados de Primera Instancia y de las Audiencias Provinciales hasta septiembre de 2017).

Asimismo se estudia la tramitación de las **reclamaciones extrajudiciales y judiciales** en demanda de los gastos hipotecarios, incluyendo ejemplos de las pretensiones habitualmente incluidas en las demandas de este tipo, así como de las excepciones y motivos de oposición que las entidades de crédito vienen formulando en sus contestaciones a la demanda frente a las reclamaciones de sus clientes.

Por último se incluyen **formularios** tanto de reclamación extrajudicial, como de demanda en reclamación de los gastos hipotecarios.

Capítulo 1. Los órganos judiciales y el Banco de España ante las cláusulas de atribución de gastos hipotecarios al cliente

A. Contrato de préstamo hipotecario	50	10
B. Cláusulas de imputación al cliente de todos los gastos asociados a la constitución de la hipoteca	80	
C. Cláusula de imputación al cliente de todos los gastos hipotecarios como cláusula abusiva	110	
D. Los órganos judiciales ante las reclamaciones por gastos hipotecarios: control de abusividad y prohibición de integración	150	
E. Sentencia del Tribunal Supremo 23-12-15. Historia procesal del caso	180	
F. El Banco de España ante la reclamación de los gastos hipotecarios	215	
G. Tipología de gastos asociados a la hipoteca	250	

A. Contrato de préstamo hipotecario

El **préstamo** es un producto bancario que permite al cliente –prestatario– recibir una determinada cantidad de dinero –capital o principal del préstamo–, de una entidad –prestamista– con el compromiso de devolver dicha cantidad y los intereses correspondientes, habitualmente mediante pagos periódicos –cuotas– (Guía de acceso al préstamo hipotecario del Banco de España 2016).

El contrato de préstamo con garantía hipotecaria –**préstamo hipotecario**– es un contrato por el que se garantiza la devolución del préstamo con un derecho real de hipoteca sobre un inmueble.

PRECISIONES La hipoteca constituye una **garantía** de reforzamiento del crédito del prestamista, quien con ello logrará añadir a la responsabilidad patrimonial universal (CC art.1911) la garantía de que un determinado bien del deudor queda directa y especialmente afecto al cumplimiento de la obligación, consistente en este caso en el pago del préstamo. La constitución de hipoteca beneficia al **acreedor**, que busca con ello reforzar la efectividad del crédito que ostenta por virtud del préstamo garantizado mediante la misma (AP Madrid 28-6-18, EDJ 562342).

Sólo pueden ser **objeto** del contrato de hipoteca los bienes inmuebles y los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes, impuestos sobre bienes inmuebles (CC art.1876; LH art.106).

La **finalidad principal** del préstamo hipotecario suele ser la adquisición de un inmueble, aunque también puede dirigirse a financiar su construcción, ampliación o rehabilitación. El inmueble puede estar destinado a vivienda habitual –como sucede en la mayoría de los casos– o a segunda residencia, o bien puede tener uso comercial –oficinas, locales– (Guía de acceso al préstamo hipotecario del Banco de España 2016).

La constitución de una garantía real de hipoteca sobre el bien inmueble para cuya adquisición se pretende obtener financiación permite a la entidad de crédito prestamista incrementar las **probabilidades de cobro** de la deuda de su cliente, al facilitar y agilizar su ejecución. Sin embargo, el préstamo con garantía hipotecaria conlleva la necesidad de llevar a cabo una serie de gastos y trámites como

son, entre otros, el otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el Registro de la Propiedad, así como el pago de impuestos como el de Actos Jurídicos Documentados (AJD) (Memoria Reclamaciones BE 2017).

PRECISIONES 1) El cuanto al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados (AJD) la Sala 3ª del TS había venido tradicionalmente considerando que en una escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria el obligado al pago del tributo de AJD era el **prestatario**. Este criterio fue corregido, fugazmente, por la TS Sala, 3ª (16-10-18, EDJ 595211), confirmado por las TS 22-10-18 (EDJ 605094) y TS 23-10-18 (EDJ 606883) que anulando el RD 828/1995 art.68 párrafo 2, consideraron que el sujeto pasivo en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria era el acreedor hipotecario —el banco—, porque en su interés se documenta el préstamo que ha concedido y la hipoteca en garantía de su devolución. No obstante, el Pleno de la Sala 3ª en la sesión celebrada el día 6-11-2018 acordó volver a la interpretación tradicional, considerando que la condición de sujeto pasivo corresponde al cliente-prestatario.

2) El Gobierno, mediante el RDL 17/2018 ha modificado el RDLeg 1/1993 art.29 y 45 para determinar que el **sujeto pasivo** del impuesto AJD, cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía hipotecaria, será la entidad—prestamista con efectos a partir del 12-11-2018.

3) Ver la parte de esta obra dedicada al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados (AJD) como gasto hipotecario (nº 1780 s.).

65 Requisitos esenciales para el nacimiento de la hipoteca (CC art.1280.1º, 1857, 1874 y 1875; LH art.145) Son requisitos esenciales para el nacimiento de la hipoteca que:

- se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal;
- el inmueble hipotecado pertenezca en propiedad al que lo hipoteca y que el propietario, o propietarios tengan la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizados al efecto;
- se otorgue escritura pública; y
- la escritura pública sea inscrita en el Registro de la Propiedad.

70 Las **escrituras** de préstamo hipotecario formalizan dos negocios jurídicos de distinta naturaleza y que gozan de autonomía sustantiva, el contrato de préstamo y el negocio constitutivo de un derecho real de hipoteca (JPI Fuenlabrada núm 1, 26-5-17, EDJ 114578; AP Las Palmas 6-7-17, EDJ 131083).

PRECISIONES 1) La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al **cumplimiento de la obligación** para cuya seguridad fue constituida (CC art.1876; LH art.104).

2) Sin embargo, la distinción entre el contrato de préstamo y la constitución del derecho real de hipoteca no tiene impacto en la determinación de los gastos asociados al contrato de préstamo y los gastos asociados al contrato de garantía hipotecaria. Prevalece la consideración unitaria del **conjunto negocial**: el préstamo hipotecario (JPI Fuenlabrada núm 1, 26-5-17, EDJ 114578; AP Las Palmas 6-7-17, EDJ 131083).

3) Los llamados «**gastos hipotecarios**» que se discuten son los relativos a la constitución de préstamos hipotecarios, no los gastos derivados de la compraventa del inmueble (AP Las Palmas 6-7-17, EDJ 131083; JPI Fuenlabrada núm 1, 26-5-17, EDJ 114578).

4) Una característica propia de los préstamos hipotecarios es su condición de **garantía específica**, adicional a la personal, que se pone a disposición de la entidad prestamista y que, normalmente, es el propio inmueble —vivienda—. La existencia

de la garantía hipotecaria permite que la entidad de crédito ofrezca un plazo dilatado de devolución y un precio –tipo de interés– inferior a otras financiaciones, pero tiene como contrapartida la posibilidad de que la entidad, en caso de impago, cobre la deuda mediante la venta de la vivienda o la ejecución de la garantía hipotecaria (Guía de acceso al préstamo hipotecario del Banco de España 2016).

5) La **Guía de acceso** al préstamo hipotecario del Banco de España 2016 puede consultarse en https://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/Folletos/guia_de_acceso_a/

B. Cláusulas de imputación al cliente de todos los gastos asociados a la constitución de la hipoteca

La constitución del derecho real de hipoteca requiere del otorgamiento de escritura pública ante Notario y de su inscripción en el Registro de la Propiedad. La **inscripción registral** de la escritura de hipoteca tiene carácter constitutivo, por lo que, en tanto aquella no conste inscrita, la entidad no puede ejercitar todos los derechos generados de la garantía con la que pretende asegurar el reembolso del préstamo (JPI Fuenlabrada núm 1, 26-5-17, EDJ I 14578).

80

Gastos previos y posteriores del nacimiento del derecho de hipoteca Además de los gastos inherentes a la intervención de Notario y Registrador de la Propiedad, el nacimiento del derecho de hipoteca conlleva una serie de gastos previos y de otros gastos posteriores.

83

Entre los **gastos previos** destaca la tasación de la finca a hipotecar y la acreditación de su situación registral. Y entre los **gastos posteriores** los gastos asociados al seguro de daños y los gastos de la gestión administrativa que tramita la operación.

Igualmente, el préstamo hipotecario está sujeto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante, ITP y AJD), en su modalidad de Actos Jurídicos Documentados (en adelante, AJD).

PRECISIONES Los trámites necesarios para la constitución de hipoteca generan determinados gastos que se vienen denominando «de formalización». A diferencia de las **comisiones**, no constituyen una contraprestación por un servicio prestado por la entidad bancaria prestamista a su cliente, sino percepciones a favor de un tercero por servicios de tasación, etc, bien por aplicación de una disposición legal, como sucede en el caso de los tributos (Memoria Reclamaciones BE 2017).

Cláusula de gastos Ha venido siendo práctica habitual en el otorgamiento de las escrituras públicas de préstamo hipotecario que, a instancia de la entidad prestamista, se incluyera una cláusula –denominada cláusula de gastos o de gastos hipotecarios– en cuya virtud la **totalidad de los gastos** derivados de la constitución de la hipoteca, se hacen recaer, en exclusiva, sobre el prestatario-hipotecante. Y ello sin realizar una distribución equitativa de los mismos en función del interés de ambas partes en cada una de las partidas de gastos asociadas al nacimiento del préstamo hipotecario.

85

Distintos **órganos judiciales** han calificado como abusiva este tipo de cláusulas que, incluidas en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, el consumidor asume la totalidad de los gastos derivados de la preparación, documentación e inscripción del derecho real de hipoteca, sin realizar una distribución equitativa

de los mismos con la entidad de crédito concedente del préstamo (en particular la TS Sala 1ª Pleno, 23-12-15, EDJ 253610).

- 90** Se considera abusiva por los tribunales de justicia, así como también por el **Banco de España**, la atribución –unilateral y no negociada– de la totalidad de los gastos derivados de la constitución de la hipoteca al consumidor sin una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos. Y ello a pesar de que la aplicación de la normativa permitiría una distribución equitativa de tales gastos entre ambas partes: entidad prestamista y cliente (TS Sala 1ª Pleno, 23-12-15, EDJ 253610). Lo primero que destacan los distintos **pronunciamientos judiciales** que analizan estas reclamaciones es que resulta llamativa la extensión de este tipo de cláusulas que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones, contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto (TS Sala 1ª Pleno, 23-12-15, EDJ 253610; JPI Fuenlabrada núm 1, 26-5-17, EDJ 114578; JPI Tudela núm 3, 31-5-17, EDJ 134574).
- 95** En esta obra vamos a analizar el **régimen jurídico** que regula cada uno de los distintos tipos de gastos asociados a la constitución e inscripción de la hipoteca, así como el procedimiento, extrajudicial y judicial, de declaración como abusivas de estas cláusulas y, en su caso, de la reclamación de los gastos hipotecarios que indebidamente hayan podido ser abonados por el consumidor.
- PRECISIONES** **1)** Es un hecho notorio que las **escrituras públicas** de préstamos hipotecarios se redactan por el Notario conforme a la minuta preparada, redactada y presentada por la entidad financiera. Y estas escrituras de préstamo hipotecario incluyen la llamada «cláusula de atribución de gastos» al consumidor que no siempre es objeto de efectiva y verdadera negociación. Si la entidad ofrece un paquete de condiciones que el consumidor-adherente solo puede aceptar o rechazar en su conjunto, pero no puede influir en el contenido o supresión de una cláusula concreta, no podemos hablar de negociación (JPI Granollers núm 6, 12-6-17, EDJ 149156).
- 2)** De entrada llama la atención la **redacción abierta** y con vocación omnicomprendensiva de la estipulación de atribución al consumidor de los gastos hipotecarios que, precisamente por ello, resulta desproporcionada con independencia de que, respecto de alguno de los conceptos cuyos gastos se atribuyen al consumidor, se vulneren normas de carácter imperativo (AP Pontevedra 28-3-17, EDJ 44498; AP Asturias 24-3-17, EDJ 48786).
- 3)** A pesar del derecho del cliente a designar, de común acuerdo con la entidad prestamista, quién va a realizar la **gestión administrativa** de la operación, es una práctica bancaria generalmente admitida el encargar la tramitación de las escrituras de préstamo hipotecario a una gestoría de la confianza de la entidad de crédito, para que esta pueda correr el riesgo que supone entregar el importe del préstamo antes de llevar a efecto dichos trámites (Memoria Reclamaciones BE 2016; JPI Fuenlabrada núm 1, 26-5-17, EDJ 114578).
- 100** **4)** La **cláusula de atribución de gastos** analizada por el TS disponía que: «son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación –incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía– y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos

correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente» (TS Sala Iª Pleno, 23-12-15, EDJ 253610).

5) Otras cláusulas de atribución de gastos, con mayor extensión, afirman que: «son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación – incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía – y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños. Que la parte prestataria faculta al banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que en este acto se constituye y de los títulos previos a esta escritura, así como los gastos derivados de la cancelación de cargas y anotaciones preferentes a dicha hipoteca. Los gastos suplidos podrán ser cargados en cuenta a la parte prestataria en la forma y condiciones que se indican al final de esta cláusula. En todo caso, se considerará que constituyen un servicio objeto de facturación los trabajos de preparación de antecedentes que deba realizar el Banco para el otorgamiento de la escritura de cancelación de hipoteca.» (JPI Tudela núm 3, 31-5-17, EDJ 134574).

6) En puro **juicio de equidad**, la cláusula de atribución de gastos analizada es omni-compreensiva, genérica y se redacta de tal modo que hace referencia a gastos de devengo futuro y eventuales. Tan sólo por esas razones la cláusula es abusiva. No es de recibo imponerle al prestatario todo gasto pensable (JPI Santander núm 2, 26-7-17, EDJ 157566).

C. Cláusula de imputación al cliente de todos los gastos hipotecarios como cláusula abusiva

Son cláusulas abusivas:

- las que imponen que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la **titulación** que por su naturaleza correspondan al empresario (RDLeg 1/2007 art.89.3.3º.a); así como
- la estipulación que impone al consumidor el pago de **tributos** en los que el sujeto pasivo es el empresario (RDLeg 1/2007 art.89.3.3º.c).

Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y **servicios complementarios o accesorios no solicitados** (RDLeg 1/2007 art.89.3.4º) y, por tanto, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (RDLeg 1/2007 art.89.3.5º).

PRECISIONES El TS ha calificado como cláusula abusiva la estipulación incluida en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria por la que el consumidor asume la totalidad de los **gastos derivados de la preparación**, documentación e inscripción del derecho real de hipoteca (TS Sala Iª Pleno, 23-12-15, EDJ 253610).

Documentación notarial e inscripción registral del préstamo con garantía hipotecaria

La entidad prestamista tiene un interés principal en la documentación notarial e inscripción registral del préstamo con garantía hipotecaria, pues así:

- obtiene un título ejecutivo (LEC art.517);

110

115

- constituye la garantía real (CC art.1875; LH art.2.2); y
- adquiere la posibilidad de ejecución especial (LEC art.685) (TS Sala 1ª Pleno, 23-12-15, EDJ 253610; AP Las Palmas 6-7-17, EDJ 131083).

120 Así, en lo que respecta a la formalización de la escritura pública e inscripción de las mismas en el Registro de la Propiedad –requisitos ambos necesarios para la constitución de la hipoteca–, el **arancel de notarios y registradores de la propiedad**, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación (TS Sala 1ª Pleno, 23-12-15, EDJ 253610).

Este tipo de cláusulas no solo no permiten una mínima reciprocidad en la **distribución** de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el cliente-hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa de dichos gastos (TS Sala 1ª Pleno, 23-12-15, EDJ 253610; AP Asturias 2-6-17, EDJ 120095).

Y ello por cuanto que si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Por ello se trata de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un **desequilibrio** relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada (TS Sala 1ª Pleno, 23-12-15, EDJ 253610; JPI Palma de Mallorca núm 17, 28-7-17, EDJ 161059).

125 Tributos Asimismo, 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 **ITP y AJD**, 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, indebidamente se carga al prestatario (TS Sala 1ª Pleno, 23-12-15, EDJ 253610; JPI Santander núm 2, 26-7-17, EDJ 157566).

No se trata de que el banco interprete a quien le corresponde el pago de los distintos gastos hipotecarios –por la lectura que haga de la previsión legal que esté vigente en un determinado momento–, en su opinión siempre al consumidor, sino que el **problema** estriba en que con el tenor de dicha cláusula los gastos que pudieran corresponderle a la entidad bancaria, por naturaleza o disposición normativa, podría cargarlos al cliente. Una condición general de ese calado, que permite el tratamiento del mismo modo de los gastos y tributos que pudieran incumbir al empresario que los que no lo fueran, resulta claramente abusiva (AP Madrid 26-7-13, EDJ 170122).

PRECISIONES 1) La ausencia de negociación es presupuesto ineludible de la impugnación por abusiva. Para que las cláusulas de contratos celebrados con consumidores puedan ser anuladas por abusivas es requisito imprescindible que constituyan **condiciones generales** de la contratación (TS Sala 1ª 29-4-15, EDJ 88069; JPI Santander núm 2, 26-7-17, EDJ 157566).

2) La alegación de la entidad bancaria sobre la **libertad de pactos** y la posibilidad de pactar una derivación convencional de los gastos de una operación –aceptable siempre que no se rebasen determinados límites señalados legalmente (CC art.1255; RDLeg 1/2007 art.89)– no sería admisible porque no puede considerarse lícita la inclusión en una condición general de aquello que en el marco de una negociación individual previsiblemente un cliente no hubiera aceptado (AP Madrid 26-7-13, EDJ 170122).

3) No estamos ante un problema de **falta de claridad** de la cláusula de imputación de gastos al cliente, dada la vocación omnicomprendensiva de la misma. Lo que ocurre es que se trata de una cláusula abusiva, porque no da lugar a distinción alguna entre gastos y tributos que pudieran incumbir a una u otra parte, permitiendo la derivación universal de todos ellos, con independencia de su origen o causa al consumidor. Lo que incluiría los imputables al banco o de los que éste pudiera ser sujeto pasivo en un determinado momento (AP Madrid 26-7-13, EDJ 170122).

4) La sentencia de la AP Madrid 26-7-13, EDJ 170122 es la que da lugar, en recurso de casación, al **pronunciamiento** –confirmatorio– recogido por la sentencia del TS Sala 1ª Pleno, 23-12-15, EDJ 253610.

5) En nuestro ordenamiento jurídico la **nulidad** de las cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino como una técnica de protección del adherente que tiene la condición legal de consumidor o usuario que se ha obligado con base en cláusulas no negociadas individualmente (TS 30-4-15, EDJ 73561).

6) El **coste total** del crédito para el consumidor debe incluir todos los gastos que este deba abonar en relación con el contrato de crédito y que conozca el prestamista. Debe, por tanto, incluir los intereses, las comisiones, los impuestos, la remuneración de los intermediarios de crédito, los costes de tasación de bienes a efectos hipotecarios y cualquier otro gasto, exceptuando los gastos notariales, que sea necesario para obtener el crédito, por ejemplo, el seguro de vida, o para obtenerlo en las condiciones ofrecidas, por ejemplo, el seguro de incendios (Dir 2014/17 Considerando 50)

7) Véase la parte de esta obra dedicada a los efectos de la **declaración de la abusividad** (nº 960 s. y nº 1100 s.).

I 30

El cuanto al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados (AJD) la Sala 3ª del TS había venido tradicionalmente considerando que en una escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria el **obligado al pago** del tributo de AJD era el prestatario. Este criterio fue corregido, fugazmente, por la TS Sala 3ª (16-10-18, EDJ 595211), confirmado por las TS 22-10-18 (EDJ 605094) y TS 23-10-18 (EDJ 606883) que anulando el RD 828/1995 art.68 párrafo 2, concluyó que el sujeto pasivo en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria era el acreedor hipotecario (el banco).

No obstante, el Pleno de la Sala 3ª en la sesión celebrada el día **6-11-2018** acordó volver a la interpretación tradicional, considerando que la condición de sujeto pasivo corresponde al cliente-prestatario.

El Gobierno, mediante el RDL 17/2018 ha modificado el RDLeg 1/1993 art.29 y 45 para determinar que el sujeto pasivo del impuesto AJD, cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía hipotecaria, será la entidad-prestamista con efectos **a partir del 12-11-2018**.

Ver la parte de esta obra dedicada al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados (AJD) como gasto hipotecario (nº 1780 s.)

I 35

D. Los órganos judiciales ante las reclamaciones por gastos hipotecarios: control de abusividad y prohibición de integración

Los órganos judiciales están recibiendo un número elevado de demandas en reclamación de gastos hipotecarios. Estas demandas acumulan, al menos, la pre-

I 50

tensión de anulación de la cláusula de atribución de todos los gastos al consumidor, por considerarla abusiva, y la pretensión de restitución de las cantidades abonadas por el consumidor-demandante.

La cláusula de atribución de los gastos hipotecarios al consumidor es una **cláusula incidental** que, a diferencia de lo que ocurría con la llamada «cláusula suelo», no es parte del núcleo o esencia del negocio –*essentialia negotii*–, por lo que no es relevante su transparencia. Esta cláusula no presenta un problema ni de incorporación ni de transparencia, sino de desequilibrio (JPI Santander núm 2, 26-7-17, EDJ 157566).

- 152 Control de abusividad** El llamado control de abusividad se explica porque con la incorporación de cláusulas predispuestas –de ahí la importancia de precisar si las cláusulas en cuestión eran condiciones generales– en la contratación en masa se provoca un grado tal de asimetría en la capacidad de negociación que se hace necesario superponer un **control extra** al que para la generalidad de los contratos deriva de los términos del CC art. 1255. El sustento legal de esta suerte de control más exigente, en las cláusulas de imputación de gastos hipotecarios, se encuentra, de una parte, en la cláusula general del RDLeg 1/2007 art.82.1 y, de otra, en las reglas ya más específicas del RDLeg art.89.3 (JPI Santander núm 2, 26-7-17, EDJ 157566).

Esto es, el **órgano judicial** ha de analizar, en primer lugar, si la cláusula de atribución de los gastos al consumidor es una condición general de la contratación –no negociada– y si la misma resulta o no abusiva. Para determinar si resulta abusiva habrá de revisar si dicha cláusula contiene una distribución equitativa de los gastos entre las partes del contrato de préstamo hipotecario –entidad prestamista y consumidor-prestatario–. Si la cláusula de atribución de gastos al consumidor se considera abusiva, por no establecer una distribución equitativa de dichos gastos, la cláusula será nula.

- 155 Declaración de nulidad** La declaración de nulidad de la cláusula de atribución de todos los gastos derivados de la constitución e inscripción del derecho real de hipoteca al consumidor determina su inaplicación. Y esta misma nulidad por abusividad impide que el órgano judicial pueda interpretarla según su razonable criterio.

El juez nacional está obligado únicamente a dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva para que no surta efectos vinculantes respecto del consumidor, sin que esté facultado para variar su contenido. En efecto, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (TJUE 26-1-17, EDJ 1414 asunto Banco Primus; 21-1-15, EDJ 827 asunto Unicaja Banco y Caixa-bank).

- 160** Esto es, la declaración de nulidad de las cláusulas que impidan todo reparto equitativo de los gastos, imponiendo íntegramente su abono a la parte más débil del contrato, no ha de conllevar la aplicación de los **porcentajes** que el juez considere más equilibrados, por cuanto podría suponer una integración o moderación de la cláusula declarada nula, eliminando el efecto disuasorio a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos que persigue la Dir 93/13/CEE (JPI Zaragoza núm 12, 21-7-17, EDJ 152670).

PRECISIONES 1) En este sentido, conforme al **Derecho nacional**, procede decretar la nulidad total o parcial de la cláusula afectada de pleno derecho, teniéndola por no puesta (RDLeg 1/2007 art.83).

2) Apreciada nula la cláusula de atribución de los gastos hipotecarios por suponer un desequilibrio injustificado para el consumidor, la consecuencia es considerarla como no puesta **sin invalidar** el resto del contrato, que sigue en vigor, porque es claro que no es elemento esencial; esto es, un elemento en cuya ausencia el contrato no puede sobrevivir. Procede, por tanto, decretar una nulidad parcial, en aplicación de la técnica conocida como *blue pencil* (JPI Santander núm 2, 26-7-17, EDJ 157566).

3) La **técnica blue pencil** enseña que está permitido separar, al momento de enjuiciar la abusividad de una cláusula, el inciso abusivo de otros aspectos válidos y mantener la vinculación y eficacia de éstos pese a declarar la nulidad de aquél. Fue el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) en su Sentencia de 10-10-13, BGH III ZR 325/12 – NJW 2014, 141, quien promovió esta figura, que requiere que la parte conservada resulte gramaticalmente comprensible, tenga sentido jurídico y no suponga incorporar una regulación nueva o distinta de la inicialmente comprendida (JPI Santander núm 2, 26-7-17, EDJ 157566).

4) La **ausencia de negociación** es presupuesto ineludible de la impugnación por abusiva. Para que las cláusulas de contratos celebrados con consumidores puedan ser anuladas por abusivas es requisito imprescindible que constituyan condiciones generales de la contratación (TS Sala 1ª 29-4-15, EDJ 88069; JPI Santander núm 2, 26-7-17, EDJ 157566).

5) Si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del **objetivo a largo plazo** previsto en la Dir 93/13/CEE art.7. La facultad de modificar o integrar el contrato por el juez contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales (TJUE 14-6-12, caso Banesto/Calderón Camino, EDJ 109012).

6) La **declaración de nulidad**, por abusiva, de la cláusula del préstamo hipotecario que obliga al cliente-prestatario a pagar todos los gastos de notario, sin posibilidad de integración como tiene establecido el TJUE, determina que se deba condenar a la entidad demandada al pago de la totalidad de dichos gastos cuyo pago ha acreditado la parte demandante, más los intereses legales desde la fecha de su pago (JPI Granollers núm 6, 12-6-17, EDJ 149156).

7) No obstante, sí resultaría posible la **integración del contenido** –e incluso la moderación de la cláusula de atribución de gastos hipotecarios al cliente– cuando se trate de un cliente empresario o profesional –no consumidor. Y ello por cuanto que, con carácter general, la parte de un contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art.1258 CC –buena fe– y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo (L 7/1998 art.10.2). Véase la parte de esta obra dedicada al contrato con **cláusulas nulas**: inaplicación de la cláusula y subsistencia del contrato (nº 1045 s.).

8) Véanse las partes de esta obra dedicadas a la **prohibición de integración** por el juez de las cláusulas abusivas declaradas nulas de pleno derecho, a las condiciones

165

170

generales de la contratación y al carácter abusivo de las cláusulas incorporadas a la contratación con los consumidores (nº 315 s., nº 905 s., nº 3060).

9) Véase la parte de esta obra dedicada a las **pretensiones** a ejercitar en las demandas de reclamación de gastos hipotecarios (nº 2915 s.).

E. Sentencia del Tribunal Supremo de 23-12-15. Historia procesal del caso

- 180** La sentencia del TS 23-12-15, EDJ 253610, dictada por la Sala 1ª en Pleno se pronuncia sobre el carácter abusivo de determinadas cláusulas incorporadas en masa –**condiciones generales** de contratación– a contratos de préstamo hipotecario suscritos por entidades de crédito, que atribuían a los clientes la obligación de hacer frente a todos los gastos derivados del nacimiento, constitución y extinción del derecho real de hipoteca suscrito en garantía de préstamos hipotecarios.
- La Organización de Consumidores y Usuarios (en adelante, **OCU**) interpuso demanda de juicio verbal ante el JM Madrid núm 9 contra el Banco Popular Español S.A y el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A, en la que solicitaba se dictara sentencia declarando el carácter abusivo, y en consecuencia anulando varias estipulaciones de contratos de préstamo que tenían la consideración de condiciones generales de la contratación.
- 190** El Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid dictó sentencia el 8-9-11 con estimación parcial de la demanda y declarando **nulas** determinadas cláusulas. La sentencia de instancia es recurrida en apelación por la OCU, el Banco Popular Español S.A, el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A, y por el Ministerio Fiscal. La resolución de los recursos de apelación correspondió a la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid (AP 26-7-13, EDJ 170122).
- El Banco Popular Español S.A y el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A interpusieron sendos recursos extraordinarios por **infracción procesal** y recursos de casación contra la sentencia de apelación que resuelve la sentencia del TS Sala 1ª Pleno, 23-12-15, EDJ 253610.
- Esta sentencia ha tenido una importancia esencial para el análisis de cláusulas similares que otras entidades de crédito incorporaban en sus contratos de préstamo hipotecario. Y ha dado ya lugar a diversos **pronunciamientos judiciales**, tanto de instancia como en apelación, que aplican su doctrina y que tratan igualmente determinadas cuestiones que no ha abordado la referida Sentencia del Tribunal Supremo, como son, entre otros, el plazo de reclamación de los gastos ya abonados, o el porcentaje de distribución de dichos gastos que se puede considerar razonable.
- 200** Asimismo, el conflicto interpretativo entre la doctrina recogida por la Sala 1ª –de lo Civil– del Tribunal Supremo y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo –Sala 3ª– en relación con el **ITP y AJD** sobre quien ostenta la condición de sujeto pasivo del mismo ha evolucionado desde la sentencia TS 23-12-15, EDJ 253610 en cuanto a la atribución de este gasto al cliente-hipotecante.
- La doctrina recogida en TS Sala 1ª 23-12-15 (EDJ 253610) ha sido corregida posteriormente por la Sala 1ª del Tribunal Supremo en Pleno. Así, la Sala 1ª considera ahora que el prestatario es el sujeto pasivo del impuesto de AJD en cuan-