

NULIDAD CLÁUSULA DE GASTOS II: ¿A QUIÉN CORRESPONDE CADA GASTO EN VIRTUD DEL DERECHO SUPLETORIO?*

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

Fecha de publicación: 27 de enero de 2017

Este artículo constituye la segunda entrega de una serie de publicaciones que realizaremos respecto a la nulidad de la cláusula de gastos.

En la primera entrega analizamos eventual nulidad de estas cláusulas, comprendiendo que no son sólo abusivas las anuladas por el TS, sosteniendo que también lo es la repercusión de gastos de tasación al consumidor, entre otros gastos¹. Allí concluimos que declarada abusiva la cláusula de gastos y expulsada del contrato, la atribución de los gastos debe realizarse de acuerdo con el derecho supletorio aplicable.

Por lo tanto, en esta segunda entrega, analizaremos cuál es el derecho supletorio en cada caso para determinar qué gastos pueden ser trasladados al consumidor por ser, precisamente, los que la normativa le atribuye. Recuérdese que la STS de 23 de diciembre de 2015 no declara abusiva la cláusula de gastos por su generalidad, esto es, por repercutir “todos” los gastos al consumidor, sino porque dentro de “todos” esos gastos se incluyen gastos que naturalmente corresponden al empresario, siendo la *ratio decidendi* de la declaración de abusividad la transmisión de gastos propios del empresario al consumidor² (excepción hecha a los gastos procesales cuya nulidad viene

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

¹ Vid. AGÜERO ORTIZ, A.: “Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: no son sólo abusivos los gastos comprendidos en la STS de 23 de diciembre de 2015 (Gastos, efectos y plazos)” *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 13/01/2017, disponible en: <http://blog.uclm.es/cesco/files/2017/01/Nulidad-de-la-clausula-de-gastos-en-prestamos-hipotecarios.pdf>

² En concreto, respecto a los gastos de notaría y registro la *ratio decidendi* se formula en el FJ 5.h.2 “Lo que conlleva que se trate 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. 89.2 TRLGCU [RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372])”. En relación con el IAJD, la *ratio decidendi* se expresa en el FJ 5.h.3 como sigue “En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGCU (RCL

determinada por indisponibilidad de su atribución al empresario al estar regulados por la LEC). No entraremos aquí a discutir en profundidad sobre los pormenores de la declaración de abusividad³ sino sólo sobre la distribución de los gastos una vez anulada la cláusula y el alcance de los deberes de restitución.

1. Gastos de notaría

- **Escritura de constitución de préstamo hipotecario:** el TS ha declarado que la repercusión de estos gastos al consumidor-prestatario es abusiva en virtud de los arts. 82.1 y art. 89.2 TRLGDCU⁴ en relación con la norma sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, que determina que *“la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente”*⁵. No obstante, el propio art. 63 del RN establece que *“La retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios y se regulará por el Arancel notarial”*.

2007, 2164 y RCL 2008, 372), que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho”. En ninguno de los casos se produce la declaración de abusividad por falta de transparencia o concreción de la cláusula.

Esto, asimismo, se aclara en la sentencia de apelación en la que la SAP de Madrid de 26 de julio de 2013 (JUR 2013\297024) aclara *“Este tribunal considera que, en efecto, no estamos ante un problema de falta de claridad, dada la vocación omnicomprendensiva de la misma. Lo que ocurre, sin embargo, es que se trata de una cláusula abusiva, a tenor de lo previsto en el artículo 89.1 del TRLGDCU, en sus letras “a” (repercusión de gastos) y “c” (pago de tributos)”*.

³ Para lo que remitimos al lector al artículo “Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios...” *op. cit.*

⁴ Aunque creemos que la mención del art. 89.2 TRLGDCU es un error de transcripción –debiendo referirse al art. 89.3.a)-, pues el TS antes y después de su conclusión se refiere al art. 89.3.a) TRLGDCU, sosteniendo que las normas reguladoras de los aranceles atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio o a aquél en cuyo favor se inscriba el derecho. Insistiendo en que dicho artículo resulta plenamente aplicable a la financiación para la adquisición de una vivienda pues “El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada) (...) “En la sentencia 550/2000, de 1 de junio (RJ 2000, 5090), esta Sala estableció que la repercusión al comprador/consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. Y si bien en este caso la condición general discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso”.

⁵ En idénticos términos se pronunciaba la disposición general tercera, párrafo segundo, del Decreto 644/1971, de 25 de marzo, por el que se revisan los Aranceles Notariales.

Así pues, anulada la cláusula, la norma supletoria de atribución de estos gastos debe ser precisamente el art. 63 del Reglamento Notarial⁶, según la cual, la retribución de los notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios. Pero, ¿quién requiere la prestación del servicio del notario en la constitución de un préstamo hipotecario?

En la abrumadora mayoría de casos la intervención notarial es solicitada por la entidad de crédito que es precisamente la que envía la minuta en virtud de la cual el notario redactará la escritura del préstamo hipotecario. Así lo corrobora ZEJALBO MARTÍN⁷ *“en la práctica, que conocemos, tratándose de préstamos hipotecarios, lo habitual es que se encargue formalmente la escritura por la entidad de crédito”*. Igualmente, la página web del Consejo General del Notariado⁸ explica *“El contrato, que redacta el notario según la minuta presentada por el banco, suele ser largo, pero es importante prestar la máxima atención...”*; y la SJPI de Vitoria de 31 de marzo de 2016⁹ *“En la escritura de préstamo se indica que la misma ha sido redactada conforme a minuta facilitada por la entidad prestamista...”*. Por su parte, CABANAS TREJO y BALLESTER AZPITARTE¹⁰, manifiestan sus dudas al respecto sosteniendo que *“[E]n la dinámica contractual vigente es imposible saber qué fue primero, el huevo o la gallina -si los servicios los requiere el banco que envía la documentación para la formalización del préstamo, o el cliente que previamente lo solicita-”*. Sin embargo, en nuestra opinión, para discernir quién solicita los servicios del notario bastará saber si el consumidor ha efectuado algún requerimiento al mismo: (i) Que el cliente solicite un préstamo a una entidad de crédito significa, simple y llanamente, que el cliente está requiriendo un servicio a una entidad de crédito. (ii) Que la entidad de crédito contacte con un notario, mantenga tratos previos, envíe la minuta de la escritura que deberá redactar, concierte una cita para la firma, que

⁶ Redacción dada por el art. 2 del Real Decreto 1126/1982, de 28 de mayo.

⁷ ZEJALBO MARTÍN, J.: “El sujeto pasivo en actos jurídicos documentados de los préstamos hipotecarios” <http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/fiscal/articulos-fiscal/el-sujeto-pasivo-en-ajd-de-los-prestamos-hipotecarios/>. Si bien dicho autor alcanza conclusiones opuestas a las expresadas en este artículo, comprendiendo que en realidad, quien activa todo el mecanismo es el cliente cuando requiere el préstamo a la entidad de crédito.

⁸ <http://www.notariado.org/liferay/web/notariado/acude-a-tu-notario/en-que-te-puede-ser-util/hipotecas-y-prestamos>

⁹ JUR 2016\120850.

¹⁰ CABANAS TREJO, R.; BALLESTER AZPITARTE, L.: “Más Montesquieu y menos Laclau” 10/01/2017 <https://boletinjuridico.wordpress.com/2017/01/10/mas-montesquieu-y-menos-laclau/>

sólo posteriormente, informe al consumidor del día de la firma, dirección de la oficina del notario y datos del mismo y (en el mejor de los casos) de la posibilidad que tiene de revisar el contenido de la escritura hecha a imagen y semejanza de la minuta de la entidad de crédito tres días antes de la firma, significa, meridianamente, que la entidad de crédito es la única que solicita la prestación del servicio al notario.

Esto es así, aun cuando la entidad de crédito imponga como requisito *sine qua non* para la concesión del préstamo la constitución de un derecho real de garantía al cliente, esto es, aun cuando se argumente que el que tiene que soportar los gastos es el cliente que es el necesitado de financiación. En primer lugar, porque la constitución de un préstamo –prestación solicitada por el cliente- no requiere su formalización en escritura pública (perfeccionándose por la entrega de la cosa o por la prestación del consentimiento, según las distintas corrientes doctrinales). En segundo lugar, porque el acto que requiere su constitución en escritura pública – aún impuesto- es la hipoteca, como requisito para la inscripción registral de la misma que es lo que provoca en nacimiento del derecho real (arts. 1875 CC)¹¹, siendo así que el solicitante/imponente de la constitución de la hipoteca es el prestamista. En tercer lugar, porque el beneficiario del servicio que justifica la intervención notarial -la constitución de la hipoteca- es el acreedor, que obtiene así un derecho de realización de valor (art. 1858 CC) con carácter preferente respecto a otros acreedores del deudor común (arts. 1923 y 1927 CC) para el caso de que el prestatario incumpla sus obligaciones de pago. En cuarto lugar, porque el receptor de la primera copia de la escritura y, así, interesado (en el sentido del art. 17.1.IV LN), es el prestamista, que obtiene así un título ejecutivo (art. 517.2.4º LEC).

Por todo lo expuesto, consideramos que quien requiere la prestación del servicio notarial es el prestamista (art. 63 RN). Con todo, concedamos que no es claro que el prestamista requiera los servicios del notario y que, consecuentemente, debamos remitirnos al desarrollo contenido en la norma sexta del Anexo II del RDAN, a saber, “y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y

¹¹ En este sentido, cuando la normativa relativa a la contratación por consumidores de préstamos hipotecarios se refiere a la escritura pública, lo hace precisamente porque se refiere a préstamos garantizados por una hipoteca, y no porque los préstamos concedidos a consumidores requieran intervención notarial. Cfr. Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito; Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito; Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.



fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente". En nuestra opinión¹², deben extraerse las mismas conclusiones pues consideramos que la norma fiscal de referencia ha de ser el art. 29 TRLITP y AJD, según el cual el sujeto pasivo del impuesto sobre AJD es aquél que inste o solicite el documento notarial (prestamista), o aquellos en cuyo interés se expidan [prestamista, que es quien obtiene el título ejecutivo (art. 17.1.IV LN en relación con el art. 517.2.4º LEC), y a quien interesa la constitución en escritura pública la hipoteca como requisito para su inscripción en el RP y así para nacimiento del derecho real sobre el inmueble]. Debe tenerse presente que el hecho imponible es la emisión de la escritura y, en concreto, las primeras copias de la escritura –arts. 28, 30.1 y 31.2 TRLITP y AJD (que recibe el prestamista), sin que las copias simples (que recibe el consumidor) estén sujetas al impuesto (art. 31 TRLITP y AJD).

En este sentido, sostuvo CORDERO LOBATO¹³ *“De estas disposiciones resulta que para ser responsable del pago de los honorarios registrales y notariales hace falta haber requerido la prestación de los servicios notariales o registrales (en éste último caso, por haber presentado el documento para su inscripción) o, alternativamente, tener la condición de interesado o beneficiado por el documento y la inscripción, de acuerdo con las normas sustantivas y fiscales que regulen el derecho en cuestión. Estimamos que existe una diferencia sustancial entre ambos criterios de imputación de responsabilidad del pago de los aranceles, pues si bien la persona que solicitó los servicios de estos profesionales debe pagar toda la minuta por todos los conceptos que contenga, sin embargo, si la condición de responsable deriva del hecho de ser interesado o beneficiarse con el derecho que se inscribe, entonces la responsabilidad de este último no se extiende al pago de toda la minuta, sino sólo a la del concepto que se corresponda con el derecho que le beneficia”*.

En conclusión, dado que quien requiere los servicios y es interesado y beneficiario del otorgamiento es el acreedor, consideramos que todas las partidas de la minuta notarial corresponden al prestamista en virtud del derecho supletorio y que, por ende, habrán de ser restituidas a los consumidores, en concreto: los derechos oportunos por instrumentos de cuantía; el timbre sobre la escritura matriz; el exceso de caras (a partir del quinto folio de la escritura matriz); la copia autorizada y el importe del timbre plasmado en sus folios; la copia autorizada

¹² Para más información *vid.* AGÜERO ORTIZ, A.: “Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios...” *op. cit.*

¹³ CORDERO LOBATO, E.: “Aranceles notariales y registrales por cancelación de hipotecas”, *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, disponible en: <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/5/2011/5-2011-2.pdf> (última consulta: 24 de enero de 2017).



electrónica (remitida telemáticamente al Registro de la Propiedad); las copias simples (incluidas las recibidas por el consumidor) y los importes relativos al timbre; las diligencias, en su caso; el testimonio de legalización; así como el IVA devengado sobre los derechos, la copia autorizada, la copia autorizada electrónica, copias simples, exceso de caras y testimonio.

- **Escritura de Compraventa:** en este caso, el derecho supletorio es el art. 1455 CC, según el cual los gastos derivados del otorgamiento de escrituras serán a cuenta del vendedor, y los de primera copia y demás posteriores a la venta, a cargo del comprador. Hasta la entrada en vigor de la Ley 44/2006 de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, la disposición adicional primera, apartado 22 LGDCU (en relación con el art. 10 bis¹⁴) establecía que sería abusiva “La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley imperativa corresponda al empresario”. Por lo tanto, hasta ese momento, dado que el art. 1455 CC no constituía una norma imperativa, sino dispositiva, la doctrina y jurisprudencia comprendieron que la repercusión de los gastos de otorgamiento de la escritura de compraventa al consumidor no era abusiva. Ahora bien, la Ley 44/2006 eliminó el adjetivo “imperativa” (que se mantiene en el art. 89.3 TRLGDCU) por lo que, a partir de su entrada en vigor, no cabe pacto en contrario respecto a la atribución de los gastos de otorgamiento de la escritura al vendedor cuando la venta se produzca entre empresario y consumidor.

Por lo tanto, en las compraventas concluidas a partir del 31 de diciembre de 2006¹⁵ corresponde al vendedor-empresario: los derechos oportunos por instrumentos de cuantía, el timbre de la escritura matriz, el exceso de caras de la escritura matriz, las diligencias y testimonio de legalización, el IVA devengado sobre estas partidas, así como, en su caso, los costes que hubiera comportado la solicitud por parte del notario de información registral y certificación catastral (y el IVA devengado por este último concepto), por ser gastos necesarios para el otorgamiento de la escritura. Sin embargo, corresponde al comprador-consumidor: el importe de la/s copia/s autorizada/s (incluida la electrónica), el importe de la copia/s simple/s, el timbre sobre copias autorizadas y simples, y el IVA correspondiente.

¹⁴ Introducidos por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, que entró en vigor el 4 de mayo de 1998.

¹⁵ Fecha de entrada en vigor de la Ley 44/2006 de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, pues debe entenderse que la disposición transitoria primera se refiere a contratos ya suscritos a la entrada en vigor de la ley.

Respecto a las compraventas producidas antes del 31 de diciembre de 2006, debemos concluir que el art. 1455 CC, en tanto que norma dispositiva, no se oponía al art. 10 bis en relación con la DA primera apartado 22 LGDCU y, por ende, pudo válidamente repercutirse al consumidor estos gastos, por lo que no cabría restitución.

- **Subrogación en préstamo hipotecario del vendedor:** la subrogación del consumidor en el préstamo suscrito entre su vendedor y la entidad de crédito prestamista se produce, típicamente, en la escritura de compraventa del inmueble si es la primera transmisión del mismo. En estos casos, los gastos de la escritura de compraventa se deben repartir como hemos señalado anteriormente, en virtud del art. 1455 CC. Ahora bien, el vendedor no puede desplazar al consumidor los gastos derivados de la constitución del préstamo hipotecario concedido para la construcción de las viviendas al comprador, por mucho que se subroge en aquella hipoteca¹⁶. Sin embargo, los gastos derivados propiamente de la subrogación deberán ser asumidos por el consumidor subrogado, en tanto que interesado en que dicha subrogación se produzca (evitándose acudir al mercado en busca de financiación), incluso cuando aquella se produjo por imposición del vendedor [lo que constituye una práctica abusiva, *vid.* art. 89.3.b) TRLGDCU]. Con todo, será nula la repercusión de los gastos de subrogación o cancelación al consumidor que finalmente decida no subrogarse, cuando aquella subrogación le fue impuesta por el vendedor¹⁷, pero será válida si la subrogación fue voluntariamente aceptada por el prestatario¹⁸.

2. Gastos de registro

En el caso de los gastos registrales, la norma de derecho supletorio es el art. 19 bis 6ª LH según el cual “*Los derechos arancelarios se abonarán por el interesado a cada*

¹⁶ SSTS núm. 550/2000 de 1 junio. RJ 2000\5090; núm. 789/2002, de 24 julio. RJ 2002\6491; 251/2005, de 22 de abril de 2005; SAP de Sevilla núm. 129/2004 de 16 marzo. AC 2004\317; SAP Barcelona núm. 107/2005, de 22 febrero. JUR 2005\83224; SSAP de Valencia núm. 97/2007 de 16 febrero. AC 2007\1429 y núm. 195/2007 de 30 marzo. AC 2007\1179; etc.

¹⁷ SAP de Valencia 5 de febrero de 2003 (AC 2003\1302); SAP de Valencia de 23 de junio de 2003 (JUR 2004\35308); SAP de Málaga de 15 de marzo de 2005 (JUR 2005\144448); SAP de Madrid del 5 de diciembre de 2005 (JUR 2006\39591); SAP de Málaga de 5 de febrero de 2007 (JUR 2007\176369); SAP de Málaga de 27 de julio de 2011 (JUR 2011\212048); SAP de Las Palmas de 2 de noviembre de 2008 (JUR 2009\120828); etc.

¹⁸ STS núm. 426/2005 de 7 junio. RJ 2005\4424.



*Registrador en su parte correspondiente*¹⁹ (por lo tanto, nos hallamos ante una atribución de rango legal, sin que quepa pacto en contrario en la contratación con consumidores en virtud del art. 89.3 TRLGDCU). Por su parte, la norma octava del Anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, matiza que: “1. Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado. 2. Los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes las soliciten”. Por lo tanto, el RDAR aclara qué se debe entender por interesado en cada caso, de forma tal que el interesado en la inscripción de un derecho será aquél en cuyo favor se inscriba; y, será interesado respecto a certificaciones y manifestaciones aquél que las solicite.

En caso de dudas, apréciase que la persona en cuyo favor se inscribe el derecho debe constar en el acta de inscripción (art. 51. Décima RH). Por lo que respecta al solicitante de certificaciones y notas simples, el art. 332 RH impone al registrador la identificación de la persona solicitante o entidad en cuyo nombre actúe. Asimismo, las Resolución-Circular de 8 de abril de 1983 y de 12 de junio de 1985 sobre publicidad formal de los Registros y la Instrucción de 5 de febrero de 1987, sobre publicidad en los Registros de la Propiedad, establecían que “los Registradores, cuando las circunstancias lo aconsejen, establecerán el tipo de control que estimen oportuno sobre la identidad y datos personales de quienes soliciten la manifestación de los libros de manera que quede en la oficina información suficiente de las personas que cada día hayan examinado dichos libros u obtenido notas simples”. Con todo, la Instrucción de 17 de febrero de 1998 de la DGRN limita el archivo de estas solicitudes a tres años, al establecer que “las solicitudes de publicidad formal quedarán archivadas, de forma que siempre se pueda conocer la persona del solicitante, su domicilio y documento nacional de identidad o número de identificación fiscal durante un período de tres años”.

- **Gastos derivados de la inscripción de la escritura pública constitución de la hipoteca:** Los gastos corresponden a la entidad prestamista garantizada, a cuyo favor se inscribe la hipoteca. Sin embargo, los gastos relativos a certificaciones (por ejemplo la certificación de dominio y cargas) corresponderán al solicitante.

Por lo tanto, corresponderá la restitución de los importes relativos al asiento de presentación, inscripción de la hipoteca, la nota de afección fiscal, en su caso, la nota al margen respecto a la falta de comunicación de la referencia catastral (art.

¹⁹ Redacción vigente desde la entrada en vigor de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre.



44.1 RD 1/2004), o por la aportación de la referencia catastral, la nota de presentación telemática, etc. Sin embargo, habrá de estarse a quién fuera el solicitante de las certificaciones y notas simples para decidir si procede su restitución, ya que si el solicitante fue el consumidor éste debe soportar su importe.

- **Gastos derivados de la inscripción de la subrogación en la hipoteca del vendedor:** La inscripción de la subrogación tiene como finalidad liberar al antiguo deudor (vendedor), por lo tanto, entendemos que aquél en cuyo favor se inscribe la subrogación es el vendedor y, por ende, éste sería el obligado al pago del arancel registral. En caso de producirse novación modificativa con ampliación de responsabilidad hipotecaria, el derecho se inscribe a favor del acreedor garantizado y, consecuentemente, éste habrá de soportar el gasto que dicha inscripción produzca. Respecto a la emisión de certificaciones, como comentamos, corresponderá su abono a quien constase como solicitante.
- **Gastos derivados de la inscripción de la compraventa:** Consideramos que los gastos derivados de la inscripción de compraventa corresponden al consumidor adquirente, pues es en cuyo favor se produce la inscripción, manteniendo el mismo criterio expresado respecto a las certificaciones.

3. Gastos de gestoría

Como señala la Memoria del Servicio de Reclamaciones del BdE de 2012²⁰ *“Los préstamos hipotecarios tienen una peculiaridad adicional: ya que la inscripción registral de la escritura de hipoteca tiene carácter constitutivo, «es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad» (artículo 1875 del Código Civil), por lo que, en tanto aquella no conste inscrita, la entidad no puede ejercitar todos los derechos generados de la garantía con la que pretende asegurar el reembolso del préstamo. (...) Amparado en ese interés de la entidad prestamista, y aunque la normativa aplicable reconoce expresamente el derecho del prestatario a designar quién va a realizar la gestión administrativa de la operación, es una práctica bancaria generalmente admitida el encargar la tramitación de las escrituras de préstamo hipotecario a una gestoría de la confianza de la entidad de crédito para que esta pueda correr el riesgo que supone entregar el importe del préstamo antes de llevar a efecto dichos trámites. Así las cosas, si el cliente no aceptara la gestoría propuesta por la*

²⁰<http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/12/Criterios.pdf>

entidad, tendría que esperar a la inscripción en el Registro de la Propiedad de la correspondiente carga hipotecaria para que aquella ponga a su disposición los fondos prestados”. Sin embargo, la Memoria únicamente apunta como mala práctica bancaria la no información sobre los exactos costes que deberá asumir el cliente respecto a la prestación del servicio.

Pues bien, pese a que el TS no se haya pronunciado al respecto, consideramos que la imposición de la contratación de los servicios de una gestoría constituye una imposición al cliente de un servicio complementario o accesorio no solicitado en los términos del art. 89.4 TRLGDCU, de forma tal que si el consumidor no tuvo la posibilidad real de elegir entre concluir la operación con o sin intervención de la gestoría (en los términos del BdE, decidiendo “esperar a la inscripción en el Registro de la Propiedad de la correspondiente carga hipotecaria para que aquella ponga a su disposición los fondos prestados”), dicha imposición debe reputarse abusiva, debiendo restituir la entidad prestamista los importes correspondientes al consumidor. Adicionalmente, consideramos que este gasto constituiría un gasto que por naturaleza corresponde al prestamista [art. 89.3.a) TRLGDCU] por ser el interesado en la oportuna inscripción del derecho real a cuyo favor se constituye, así como ser quien requiere los servicios de la gestoría en cuestión y a quién beneficia la delegación de estos trámites en manos profesionales²¹.

Por lo demás, en el caso de que la contratación de la gestoría se produzca para la tramitación de la cancelación de la hipoteca, debe recordarse que el BdE²² ya aclaró que la repercusión de estos gastos sólo puede producirse bajo la solicitud expresa del cliente, pues en este caso es el prestatario el interesado en la oportuna cancelación de la carga, pudiendo elegir tramitarla personalmente. Consecuentemente, si esta solicitud no se produjo, sino que fue impuesta, corresponderá al prestamista restituir los importes abonados por este concepto (89.4 TRLGDCU).

4. El impuesto de actos jurídicos documentados

Como expusimos²³, consideramos que el art. 68 del Reglamento ITP y AJD es contrario, al menos, al art. 31.1 CE y al art. 29 TRITP y AJD²⁴ puesto que (i) la

²¹ Así lo ha declarado la SJPI nº 11 de Oviedo núm. 247/2016 de 9 diciembre. JUR 2017\1549.

²² Memoria del Servicio de Reclamaciones del BdE de 2009, <http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/09/Fich/MSR2009.pdf>

²³ AGÜERO ORTIZ, A.: “Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios...” *op. cit.*



regulación histórica del impuesto (art. 3.1 CC) siempre se ha referido al sujeto pasivo del impuesto, en caso de préstamo hipotecarios, como *“las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan”*²⁵, por lo que la referencia e interpretación del art. 68.II del Reglamento al *“adquirente”* del derecho es inapropiada²⁶ pues quien recibe dinero a préstamo no adquiere nada, o al menos, nada más que un pasivo de crédito, que lejos de mostrar su capacidad económica evidencia su ausencia de ella; (ii) porque el hecho imponible del impuesto es el otorgamiento de la

²⁴ Coincidiendo plenamente con CASERO BARRÓN, R.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004, sección 2ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Recurso 158/2002. Sobre la cuota proporcional de la modalidad de actos jurídicos documentados en los documentos notariales. Especial mención de quien es sujeto pasivo en los préstamos hipotecarios” *Revista Quincena Fiscal num.20/2004*, Editorial Aranzadi, S.A.U. (BIB 2004\1755).

²⁵ Hasta entrada en vigor de la Ley 6/1979, de 25 de septiembre (RCL 1979, 2339), de Régimen Transitorio de la Imposición Indirecta, el Impuesto del Timbre (antiguo AJD) era incompatible con el Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas (antiguo IVA). Así, por ejemplo, en una compraventa de un inmueble, si se tributaba por Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas, entonces no se podía devengar AJD.

Consecuentemente, hasta 1980 (Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados) no se introduce el concepto de “adquirente” en relación con el sujeto pasivo del IAJD. En concreto, el art. 95.3 del Reglamento del Impuesto del Timbre de 22 de junio de 1956 establecía que *“el reintegro de las operaciones a que se refiere este artículo se satisfará por las empresas bancarias y de crédito, formalizando los correspondientes contratos en las pólizas timbradas de préstamo y crédito con ese fin expende el Estado”*. En palabras de la Resolución del TEAC de 7 de octubre de 1952, el impuesto debería ser abonado por *“el que adquiere o recobre los bienes o adjudiquen los bienes, créditos o derechos, (...) puesto que en los préstamos hipotecarios es el acreedor el que adquiere el derecho real constituido sobre la finca hipotecada”*. Por su parte, la posterior Ley 41/1964 de 11 de junio de Reforma del Sistema Tributario declaraba en su art. 168 c) de la LRST que serían el sujeto pasivo del IAJD *“los otorgantes de las escrituras y las personas que las suscriban o soliciten o aquellos en cuyo interés se expidan, en cuanto a las actas y demás documentos”*.

Así pues, sólo cuando resultaron compatibles el impuesto de AJD y el IGTE (a partir de 1979), se modificó el tenor de artículo de la ley respecto al sujeto pasivo (art. 30 Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, cuyo tenor se reproduce en la actualidad en el art. 29 TRLITP y AJD). En concreto, se incluye al adquirente como sigue: *“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”*. Por lo que es evidente que esta referencia a “adquirente” tiene como finalidad dar cabida a estos nuevos sujetos pasivos que provengan de transmisiones sujetas a IVA y que antes estaban excluidos por incompatibilidades de tributos, y no a los prestatarios de préstamos hipotecarios pues aquéllos ya estaban sujetos al Impuesto del timbre y AJD anteriormente sin que en ningún lugar se refiriera la norma a adquirentes.

²⁶ Por más que la Sala Tercera del TS se haya pronunciado reiteradamente a favor de su validez, cfr. SSTs 19 enero [RJ 2002, 848] y 23 de noviembre de 2001 [RJ 2002, 638] , 24 de junio de 2002 [RJ 2002, 8214] , 14 de mayo [RJ 2004, 4924] y 27 de octubre de 2004 [RJ 2004, 7777] y 20 de enero de 2006 [RJ 2006, 524]; de 15 enero 2015 [RJ 2015\195].



escritura pública y, en particular, de la primera copia de la misma que única y exclusivamente es recibida por el prestamista (pues constituye el título ejecutivo) y no por el prestatario que sólo recibe una copia simple; (iii) porque la base imponible es el importe de responsabilidad hipotecaria –sobre el que el prestatario no adquiere nada, sino el acreedor que adquiere un derecho de realización del valor- y no el importe del préstamo, que es lo que parece justificar su institución como sujeto pasivo²⁷; (iv) porque lo que exige constitución en escritura pública inscribible en el Registro de la Propiedad –hecho imponible- es la hipoteca y no el préstamo (que ni exige formalización en escritura pública ni tiene acceso al RP (art. 28 TRLITP y AJD en relación con el art. 31.2 TRLITP y AJD)); (v) porque quien adquiere algo mediante el acto documentado en escritura con acceso al Registro de la Propiedad es el acreedor garantizado, en concreto, un derecho real de garantía; y (vi) en fin, porque quien solicita los documentos notariales de constitución de la hipoteca, quien los recibe y en cuyo interés se expiden es el acreedor garantizado.

Así pues, declarada abusiva la cláusula de repercusión de este impuesto o de “todos” los impuestos, resulta aplicable el art. 29 TRITP y AJD y el art. 68 del Reglamento ITP y AJD. Dado que, el art. 68 del Reglamento ITP y AJD es contrario, como decimos, al art. 31.1 CE y al art. 29 TRITP y AJD, en virtud del art. 6 LOPJ los jueces y tribunales deben inaplicar dicho precepto del Reglamento.

Por lo tanto, la norma de derecho supletorio es el art. 29 TRITP y AJD según el cual “[S]erá sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan”,

²⁷ Por lo que carece de toda lógica el argumento del TC (AATC núm. 24/2005 de 18 enero (RTC 2005\24) y núm. 223/2005 de 24 mayo (RTC 2005\223) según el cual “*debe precisarse que la capacidad de endeudarse es una manifestación de riqueza potencial y, por tanto, de capacidad económica susceptible de gravamen, pues sólo quien tiene capacidad de pago, esto es, quien tiene aptitud para generar riqueza con la que hacer frente a la amortización de un préstamo o de una deuda puede convertirse en titular del mismo. De la misma manera quien ofrece como garantía del préstamo un bien pone de manifiesto, no ya una riqueza potencial concretada en su aptitud para hacer frente al pago de la deuda, sino una riqueza real equivalente al valor del bien que ofrece como garantía del pago de la deuda*”. En primer lugar, porque creemos que los eventos actuales has dejado más que patente que no todo el que tenía capacidad para endeudarse tenía o finalmente tuvo la capacidad de pago para hacer frente a la amortización del préstamo, por lo que es obvio que la obtención de dinero a préstamo no muestra la capacidad económica del prestatario (art. 31.1 CE) sino todo lo contrario. En segundo lugar, porque es absurdo afirmar que quien entrega un bien en garantía (hipoteca) demuestre tener “una riqueza real equivalente al valor del bien” cuando precisamente la adquisición del bien se produce mediante un préstamo hipotecario, es decir, el propietario demostrara ostentara una riqueza real equivalente al bien, no habría necesitado un préstamo para adquirirlo y, menos, constituir una hipoteca sobre él. Lo que es todavía más palmario por el hecho de que, si la hipoteca se hubiera constituido de forma separada al préstamo, por ej. como hipoteca unilateral, el sujeto pasivo sería el acreedor garantizado, sin que ello infunde dudas de discriminación (art. 14 CE) al TC.

esto es, el acreedor garantizado. Consecuentemente, el importe abonado por el consumidor en concepto de IAJD deberá ser restituido por el prestamista.

Lo que además es particularmente más evidente en las contrataciones efectuadas, por ejemplo, con BBVA que articula sus préstamos hipotecarios como hipotecas unilaterales (141 LH) –sobre lo que nos detendremos en un artículo posterior-, pues la Sala tercera del TS ha reiterado²⁸ que cuando la hipoteca no se constituye de forma conjunta con el préstamo, como sucede en las hipotecas unilaterales, no resulta de aplicación el art. 68.II del Reglamento ITP y AJD (que se refiere a préstamos hipotecarios) siendo el sujeto pasivo el acreedor garantizado que se beneficia del derecho real de garantía (motivo por el que comprendemos, además, que esta diferencia de trato de situaciones de hecho idénticas –constitución de un derecho real de garantía en garantía de un préstamo, con la única diferencia de estar constituidos ambos contratos en una misma escritura o en dos- comporta una vulneración del art. 14 CE²⁹).

5. Los gastos de tasación

El TS no ha declarado (pues no fue objeto del recurso de casación) que la repercusión de estos gastos sea abusiva. Creemos haber aportado³⁰ suficientes fundamentos jurídicos para concluir que la repercusión de estos gastos es abusiva por comportar gastos que por naturaleza corresponden al empresario-prestamista³¹ [art. 89.3.a) TRLGDCU] y por comportar un desequilibrio relevante en las obligaciones y derechos de las partes contrario a las exigencias de la buena fe, en el buen sentido de que el consumidor que conociera que la única finalidad de la tasación es que el prestamista pueda movilizar los préstamos hipotecarios³² y acceder a los procedimientos de ejecución judicial³³ y

²⁸ STS de 16 julio 2015. RJ 2015\3017; núm. 2073/2016, de 26 septiembre. RJ 2016\4537; de 15 septiembre 2015. RJ 2015\3996.

²⁹ Aunque el TC (AATC núm. 24/2005 de 18 enero (RTC 2005\24) y núm. 223/2005 de 24 mayo (RTC 2005\223), ha rechazado que esta diferencia de trato comporte discriminación alguna.

³⁰ AGÜERO ORTIZ, A.: “Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios...” *op. cit.*

³¹ Como sostiene la Memoria del Servicio de Reclamaciones del BdE de 2012: “Aunque la tasación se elabore en interés propio de la entidad de crédito y no en el de los futuros adquirentes de la vivienda, suele ser habitual que sean ellos los que corran con los gastos”.

³² Art. 7 de la LMH; arts. 3, 8.1, y apartad segundo de la EM 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; y arts. 1 y 2 de la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras.

³³ Art. 682.2.1º de la LEC.

extrajudicial³⁴, no aceptaría la asunción su pago en el seno de una negociación individual (art. 82.1 TRLGDCU)³⁵.

En este sentido, no existe norma expresa de derecho supletorio que atribuya la obligación de pago de esta tasación, ahora bien, dado que se trata de un trámite impuesto únicamente al prestamista que pretenda movilizar sus préstamos hipotecarios, y al acreedor que desee acceder a los procedimientos de ejecución de la garantía hipotecaria, consideramos evidente que el único obligado al pago es el acreedor garantizado y que, consecuentemente, debe restituir este gasto al consumidor.

6. Nulidades relativas al seguro de daños

Las cláusulas que impongan al prestatario la contratación de un seguro de daños no deberían ser consideradas abusivas³⁶, salvo que (i) impongan que la suma asegurada habrá de ser superior al valor de tasación del inmueble; (ii) impongan la contratación de otras coberturas distintas a aquéllas derivadas del incendio y otros daños (excluido el robo); (iii) permitan la recepción directa de la indemnización por parte del acreedor y su libertad de imputación del importe; o (iv) permitan al acreedor reservarse el derecho de aceptar la compañía con la que el consumidor contrata el seguro de daños y el tipo de póliza –siempre que ésta cubra al menos daños por incendio y otros daños, excluido el robo–.

La declaración de nulidad de la imposición de asegurar el inmueble por cifra superior al valor de tasación comportará la posibilidad de reducir el importe de responsabilidad hasta el valor de tasación, asimismo, en caso de poder determinar el importe de la sobreprima que se vino abonando por asegurar un importe superior al de tasación,

³⁴ Art. 129.2 LH y art. art. 234 del Reglamento Hipotecario.

³⁵ Sin que, a nuestro juicio, pueda sostenerse que la finalidad de la tasación sea la estimación del importe que podrá ser concedido a préstamo, máxime cuando el artículo 18.3 de la Orden EHA/2899/2011 señala que “[e]n el supuesto de créditos o préstamos con garantía real, los criterios para determinar la concesión o no del crédito o préstamo, la cuantía máxima del mismo y las características de su tipo de interés y de su sistema de amortización deben fundamentarse, preferentemente, en la capacidad estimada del cliente para hacer frente a sus obligaciones de pago previstas a lo largo de la vida del crédito o préstamo, y no exclusivamente en el valor esperado de la garantía”.

³⁶ El TS en su STS de 23 de diciembre de 2015 declaró que no era abusivo repercutir los gastos del seguro al prestatario, siempre que se obligue a asegurar como máximo el valor de tasación del inmueble y sólo las coberturas de incendios y otros daños (excluido el robo), teniendo libertad el cliente para elegir la entidad aseguradora con la que contrata. Para más información *vid.* AGÜERO ORTIZ, A.: “Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios...” *op. cit.*



también corresponderá la restitución de este importe por parte del prestamista (ahora bien, encontramos harto difícil la aportación de prueba suficiente a este respecto por parte del prestatario). Por lo que afecta a la cláusula que permita al acreedor recibir directamente la indemnización e imputar su importe, su nulidad comportará la recepción por parte del asegurado de dichas cantidades debiendo, llegado el caso, consignar la cantidad oportuna en favor del acreedor. Finalmente, tras la declaración de nulidad de la obligación de contratar con una determinada compañía aseguradora y de contratar coberturas que vayan más allá de los daños por incendio y otros daños –excluido el robo–, el consumidor podrá contratar con la compañía que desee siempre que se aseguren dichos daños; de la misma forma que sucedía con el aseguramiento mayor al valor de tasación del inmueble, podrá instarse la restitución de la sobreprima abonada, siempre y cuando no se hubieran disfrutado las coberturas adicionales, advirtiendo de nuevo que la prueba en este sentido será de difícil o imposible obtención.

7. Seguros de amortización y vida

En virtud del art. 89.4 TRLGDCU serán abusivas, en todo caso, las cláusulas que impongan al consumidor la contratación de bienes o servicios complementarios o accesorios no solicitados, por lo que la validez de la cláusula que imponga la contratación de estos productos dependerá de que el cliente tuviera una posibilidad real de elegir entre la contratación del préstamo hipotecario con dicho producto vinculado y sin él³⁷. Adicionalmente, tras la STJUE de 21 de diciembre de 2016³⁸ queda aclarado que si el consumidor no recibió información precontractual sobre la “necesidad” de suscribir un producto vinculado, sobre los costes del producto, funcionamiento, en caso de seguros, sobre coberturas, etc. entonces la cláusula será igualmente abusiva por falta de transparencia, aun cuando el consumidor hubiera podido elegir entre varias ofertas del prestamista con o sin productos vinculados.

³⁷ Vid. CARRASCO PERERA, A.: “¿Cláusulas de vinculación abusivas o menú lícito de opciones alternativas?” Centro de Estudios de Consumo (CESCO), disponible en: <http://blog.uclm.es/cesco/files/2017/01/Clausulas-de-vinculacion-abusivas-o-menu-licito-de-opciones-alternativas.pdf>

³⁸ Asuntos acumulados C- 154/15, C- 307/1 y C- 308/15 (TJCE 2016\309), según la cual el control de transparencia material exige que el consumidor disponga “antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración” (párrafo 50). Así pues, serán abusivas por falta de transparencia material las cláusulas respecto a las cuales el consumidor “no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración” (párrafo 51).

La declaración de nulidad implicará la libre elección del consumidor respecto a la renovación y mantenimientos de dichos contratos. Adicionalmente, si no se hubiera hecho uso de sus coberturas, podrá instarse la restitución del importe de las primas satisfechas a la entidad prestamista.

8. Gastos o comisiones por gestión de impago o reclamación de posiciones deudoras; comisiones por impago y por devolución³⁹

Las cláusulas que impongan el devengo de una comisión por la mera constitución en mora del deudor⁴⁰ será, sin más, abusiva (o, mejor, sin causa) por permitir su devengo automático sin responder a ningún servicio o gasto por servicio consentido por el cliente. Por el contrario, si la cláusula impone el devengo de la comisión por cada reclamación que se efectúe⁴¹, la cláusula puede ser considerada abusiva por no fijar las gestiones que llevará a cabo la entidad para la reclamación de la deuda y los gastos que dichas gestiones comportan, de forma tal que alcancen el importe de la comisión. Adicionalmente, deberá ser considerada abusiva (o sin causa) si, en el seno de un procedimiento ejecutivo o de reclamación de cantidad, la prestamista no prueba la realización de gestiones e incursión en gastos de reclamación extrajudicial de la deuda. Por lo que respecta a las comisiones por devolución, siempre que los abonos de las cuotas del préstamo hipotecario estén domiciliados en la misma entidad prestamista, comprendemos nuevamente que carecen de causa debido a que no existe servicio prestado por la entidad o gasto incurrido por aquella que justifique su devengo⁴².

³⁹ En este apartado analizamos no sólo gastos pre-procesales sino también comisiones relacionadas con la reclamación de la deuda, sólo los primeros fueron declarados nulos por la STS de 23 de diciembre de 2015, en nuestro trabajo “Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios...” *op. cit.* (disponible en: <http://blog.uclm.es/cesco/files/2017/01/Nulidad-de-la-clausula-de-gastos-en-prestamos-hipotecarios.pdf>) exponemos las razones por las que el resto de comisiones deben ser consideradas abusivas.

⁴⁰ Como sucedía en el caso de la SAP de Valencia núm. 808/2016 de 18 julio. JUR 2016\215151.

⁴¹ Supuesto, por ejemplo, de la SAP de Guipúzcoa núm. 99/2015 de 20 abril. AC 2015\991.

⁴² SAP de Córdoba núm. 269/2016 de 20 mayo. JUR 2016\178887. En supuestos de préstamos no hipotecarios, donde es más frecuente el cobro de la comisión por devolución, han declarado su nulidad por ausencia de causa, por ejemplo: SAP de Zaragoza núm. 350/2012 de 20 julio (JUR 2012\312659); SAP de Zaragoza núm. 332/2012 de 20 julio (JUR 2012\287406); SAP de Islas Baleares núm. 233/2014 de 24 julio (AC 2014\1500). Asimismo, la han declarado abusiva por encubrir intereses moratorios, en virtud del art. 85.6 TRLGDCU: -SAP de Castellón núm. 92/2013 de 26 febrero (JUR 2013\188518); SAP de Madrid núm. 304/2014 de 22 julio (JUR 2014\245390); SAP de Valencia núm. 328/2014 de 30 septiembre (JUR 2015\52019); SAP de Murcia núm. 56/2014 de 31 marzo (JUR 2014\169796); -SAP de Valencia núm. 52/2015 de 10 marzo (JUR 2015\145158), entre otras.

La declaración abusividad de estas cláusulas determinará su expulsión del contrato, de forma tal que, no podrán cobrarse en el futuro gastos o comisiones por estos conceptos y, de haberse cobrado, procederá su restitución al consumidor.

9. Gastos y comisiones por cancelación⁴³

Los gastos de notaría y registro derivados de la cancelación de la hipoteca deben recaer sobre el consumidor como solicitante, interesado y beneficiario de la inscripción (art. 63 RN en relación con la norma sexta del Anexo II RDAN; y art. 19 bis 6ª LH en relación con la norma octava del Anexo II del RDAR). Ahora bien, si el consumidor no fue el solicitante de los servicios “–*como normalmente sucederá en las cancelaciones con subrogación de otra entidad en la hipoteca- entonces su responsabilidad para el pago de los honorarios sólo puede deberse a su condición de interesado o beneficiado por el derecho que se otorga (extingue, en el caso de la cancelación) y su inscripción. (...) la responsabilidad del pago de la minuta como interesado sólo se limita precisamente a aquellos conceptos que se correspondan con el otorgamiento e inscripción de derechos que le beneficien y no de cualquier otro que, eventualmente, pueda contener la minuta, aunque se trate de actos previos y necesarios para la inscripción del primer derecho*”⁴⁴.

Ahora bien, será nula, en todo caso, la imposición al prestatario de los gastos de desplazamiento, de certificado de deuda cero, y de gastos de gestoría o de preparación de documentación salvo que, en este último supuesto, el prestatario haya solicitado o consentido expresamente la realización de este servicio en lugar de realizar personalmente estos trámites⁴⁵. Asimismo, ha de resaltarse que la repercusión de gastos de gestión no puede convivir con una comisión de cancelación cuyo objeto es retribuir, precisamente, la gestión de la cancelación. De forma que, si el cliente solicita que la entidad gestione la cancelación (por sí o por medio de una gestoría), ésta podrá cargar los gastos de gestión al consumidor –honorarios de la propia entidad o de la gestoría– (con las excepciones expresadas), pero no podrá aplicar adicionalmente una comisión de cancelación pues implicaría una doble retribución por el mismo servicio, es decir, la

⁴³ De nuevo, el TS en su sentencia de 23 de diciembre de 2015 no se pronuncia sobre las comisiones de cancelación, sino sobre los “gastos”, incluidos los de cancelación. Para más información sobre los motivos por los que ciertas partidas o comisiones deben ser consideradas abusivas o sin causa *vid.* “Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios...” *op. cit.* (disponible en: <http://blog.uclm.es/cesco/files/2017/01/Nulidad-de-la-clausula-de-gastos-en-prestamos-hipotecarios.pdf>).

⁴⁴ CORDERO LOBATO, E.: “Aranceles notariales y registrales por cancelación de hipotecas” *op. cit.*

⁴⁵ Vid. Memoria del Servicio de Reclamaciones del BdE de 2009 <http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/09/Fich/MSR2009.pdf>

comisión de cancelación carecería de causa (y viceversa, podría aplicar la comisión de cancelación pero entonces no podría repercutir gastos de gestión). Asimismo, si el cliente decidiera efectuar las gestiones de cancelación, no podrán repercutirse gastos de gestión ni comisión de cancelación. En consecuencia, de haberse producido la cancelación:

- Si el cliente no solicitó expresamente la gestión de la cancelación por parte del prestamista o una gestoría actuando por encargo del prestamista corresponderá la devolución de los importes abonados en concepto de honorarios por este servicio.
- Si la gestión fue realizada (aun sin producirse ésta a solicitud del cliente) por la prestamista, sin exigir honorarios específicos, sino sólo la comisión de cancelación, este importe no deberá ser restituido pues remunera el servicio prestado.
- Si se hubieran devengado honorarios y comisión de cancelación por la prestación de estos servicios sin producirse a solicitud expresa del cliente, los honorarios habrán de ser restituidos pero no así la comisión de cancelación.
- Si, a solicitud del cliente, se prestó el servicio por el prestamista o por la gestoría aportada por el prestamista abonando el cliente los oportunos honorarios, deberá ser restituida la cantidad correspondiente a la comisión de cancelación que en su caso se hubiera percibido por carecer no responder a la retribución de ningún servicio (pues aquél ya se retribuyó con los honorarios).
- Si el cliente manifestó su voluntad de gestionar por sí mismo la cancelación de la hipoteca, no podrá percibirse cantidad alguna en concepto de comisión de cancelación, ni por gastos de tramitación ya sea por la entidad prestamista o por la gestoría de su confianza; y, de haberse satisfecho, habrán de ser restituidos.
- En todo caso, procederá la restitución de los importes percibidos del consumidor en concepto de gastos de desplazamiento y de certificado de deuda cero.

Por último, si la cancelación no se hubiera producido, declarada la nulidad de la cláusula de gastos (en la que se incluyen los gastos de cancelación), se producirán los siguientes efectos:

- Por aplicación del derecho supletorio señalado *ut supra*, será de cuenta del consumidor los gastos de notaría y registro derivados de la cancelación (con exclusión de las copias que pudiera requerir, en su caso, el acreedor).



- No podrán exigirse importe alguno por gastos de desplazamiento, certificado de deuda cero o cualesquiera otros que pretenda repercutir la entidad prestamista.
- Única y exclusivamente si el cliente lo requiere, podrá encargarse la tramitación a una gestoría o podrá realizarse por el prestamista actuando por cuenta del cliente, corriendo a cargo del consumidor dichos gastos (pues será él, y sólo él, quien decida delegar esta gestión y contratar estos servicios). En estos casos, no podrá devengarse comisión de cancelación.
- Si el cliente solicita gestionar por sí mismo la cancelación, tampoco podrá imponerse comisión de cancelación.
- Sólo si la entidad realizara algún trámite para la cancelación de la hipoteca, si no se devengaran honorarios por ello de conformidad con lo anterior, y si fuera de la cláusula de gastos existiera una cláusula que impusiera una comisión de cancelación (bajo la asunción de que sólo se haya anulado la cláusula de gastos), podría aplicarse una comisión de cancelación.