

4.2. DERECHO BANCARIO

Nulidad de la condición general de asunción de gastos de los préstamos hipotecarios y consecuente distribución y pago de los mismos (Notaría y Registro de constitución y cancelación de la hipoteca, tasación y gestoría) conforme a las SSTs de 23 de diciembre de 2015, de 23 de enero de 2019 y resto de jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales

Nullity of the general condition of costs assumption in mortgage loans and its corresponding distribution and payment (notary and registry of the execution and the cancellation of the mortgage, appraisal and agency's service costs) according to the judgments of the Spanish Supreme Court rendered on December 23rd 2015, January 23rd 2019 and the remaining case law rendered by the said Court and lower courts

por

HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS

Doctor en Derecho

Abogado colegiado en Madrid y Nueva York

LLM por la University of California Berkeley

RESUMEN: Tras la sentencia del Alto Tribunal de 23 de diciembre de 2015 que declaró la nulidad de las condiciones generales que imponían al consumidor la asunción indiscriminada y sin matices de todos los gastos relacionados con la formalización e inscripción del préstamo y su garantía hipotecaria, la concreta distribución en la obligación del pago de tales gastos, que delimita la correspondiente obligación de reembolso, ha seguido generando controversia e inseguridad jurídica porque se han producido pronunciamientos judiciales bien dispares en las diversas instancias.

Recientemente el Tribunal Supremo ha clarificado en cinco resoluciones de 23 de enero de 2019 que los gastos de notaría de formalización del préstamo

hipotecario y de gestoría en principio deben ser sufragados por mitades entre el prestatario consumidor y el prestamista, los gastos de inscripción registral de la garantía hipotecaria deben abonarse en su integridad por el prestamista y los gastos notariales y registrales de su cancelación deben ser pagados en su totalidad por el prestatario consumidor.

Sin embargo, la asunción del gasto de la tasación del inmueble hipotecado sigue sin estar clara debido a la ausencia de pronunciamiento del Alto Tribunal al respecto y a la jurisprudencia menor dispar que ha recaído en este asunto.

Conforme a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en lo sucesivo referida como «LCCI»), los prestamistas deberán abonar los gastos de arancel notarial de la escritura del préstamo hipotecario, de inscripción registral y de gestoría. El prestamista persona física (que no tiene que ser consumidor) deberá sufragar los gastos de tasación. Aunque esta distribución únicamente se aplicará a contratos celebrados profesionalmente a partir del 16 de junio de 2019 respecto a inmuebles de uso residencial.

Este artículo pretende abordar minuciosamente la problemática de la abusividad de la imposición de los gastos relacionados con los préstamos hipotecarios, (excepto el del impuesto de actos jurídicos documentados por su especial problemática), analizando el estado actual de la normativa y de la jurisprudencia que se ha dictado en la materia, para clarificar la situación actual, apuntando las certidumbres, incertidumbres y posibles soluciones sobre los principales aspectos controvertidos en este tipo de pleitos.

ABSTRACT: Further to judgment of the Spanish Supreme Court rendered in December 23rd, 2015, which declared the nullity of general conditions that impose on the consumer the assumption of all the expenses related to the execution and registration of the loan and its mortgage guarantee indiscriminately and without clarification, the specific distribution of the payment obligation of the said expenses that defines the corresponding obligation to repay, has been discussed and subjected to legal uncertainty because there have been very different judicial judgments on this matter rendered by lower and Provincial Courts.

Recently the Spanish Supreme Court has clarified in 5 judgments of January 23rd, 2019 that the notary expenses for the execution of the mortgage loan and the agency fees have to be borne by halves between the borrower who is a consumer and the lender, while the registration fees of the mortgage have to be reimbursed in full by the lender and notary and registration cancellation of the mortgage expenses have to be paid in full by the borrower which is a consumer.

Notwithstanding the above, the assumption of the expenses related to the appraisal of the mortgaged property remains unclear due to the lack of Spanish Supreme Court judgments on the subject and the existence of different criterions in the lower case law.

Pursuant to the Act 5/2019, of March 15, on real estate credit contracts (hereinafter referred to as «LCCI»), lenders must pay the costs of the notary fee of the mortgage loan deed, registration and agency service fees. The individual lender (who does not need to be a consumer) must pay the appraisal expenses. But this distribution shall only apply to contracts professionally entered into from June 16th, 2019 regarding residential real estate properties.

This article aims to thoroughly address the problem of the abuse of the imposition of expenses related to mortgage loans, (except for the tax on legal documented acts due to its specific difficulties), analyzing the current status of the regulations

and the case law that has been rendered on the matter, in order to clarify the current situation, pointing out the certainties, uncertainties and possible solutions on the main controversial aspects of this type of disputes.

PALABRAS CLAVE: Préstamo hipotecario. Gastos notariales. Gastos registrales. Gastos de tasación. Gastos de gestoría. Gastos de cancelación. Consumidor. Condición general abusiva. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

KEY WORDS: Mortgage loan. Notary expenses. Registry costs. Appraisal expenses. Agency service costs. Cancellation expenses. Consumer. Abusive general condition. Spanish Supreme Court case law.

SUMARIO: I. LA PROBLEMÁTICA DE LA ABUSIVIDAD DE LA CONDICIÓN GENERAL QUE IMPONE LA ASUNCIÓN DE GASTOS AL PRESTATARIO CONSUMIDOR EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.—II. ESTUDIO PARTICULAR DE LOS PRINCIPALES GASTOS RECLAMADOS A LA LUZ DE LA NORMATIVA ANTERIORMENTE VIGENTE Y LA JURISPRUDENCIA DICTADA: 1. ESCRITURA PÚBLICA DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO Y SUS MODIFICACIONES. 2. INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LA HIPOTECA. 3. GESTORÍA. 4. TASACIÓN DEL INMUEBLE HIPOTECADO. 5. ESCRITURA PÚBLICA E INSCRIPCIÓN DE LA CANCELACIÓN DE LA HIPOTECA.—III. ANÁLISIS DE LA DISTRIBUCIÓN DE LOS GASTOS TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LCCL.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA REFERENCIADA.—VI. JURISPRUDENCIA REFERENCIADA.

I. LA PROBLEMÁTICA DE LA ABUSIVIDAD DE LA CONDICIÓN GENERAL QUE IMPONE LA ASUNCIÓN DE GASTOS AL PRESTATARIO CONSUMIDOR EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

Tradicionalmente no se había planteado la posible abusividad de las condiciones generales de los préstamos hipotecarios que imponen la asunción de gastos al prestatario¹. De hecho, en la práctica es frecuente encontrar dentro de las escrituras de préstamo hipotecario una cláusula quinta en virtud de la cual el prestatario se hace cargo de todos los gastos que previsiblemente pueden surgir en relación con la formalización, constitución y tramitación del préstamo y su garantía hipotecaria. La literalidad de las mismas suele ser bastante similar. Dentro de la infinidad de gastos impuestos, resultan especialmente controvertidos por su efectivo abono, importes y relación con los intereses de la entidad financiera que concede el préstamo, los gastos de tasación del inmueble hipotecado, del otorgamiento de la escritura pública, de la inscripción de la garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad, del abono del impuesto de actos jurídicos documentados que será tratado en otro artículo de esta sección, de la gestoría que tramita tal inscripción, la liquidación y pago de impuestos, así como la cancelación de la carga hipotecaria. Esos son los gastos estudiados en este artículo, sin perjuicio de la existencia de otra serie de gastos o cláusulas de este tipo de préstamos con consumidores que también puedan ser objeto de declaración de abusividad², o de que haya otros aspectos que suelen ser controvertidos en esta clase de pleitos como la caducidad o prescripción de la acción³, la cuantía del procedimiento⁴, la alegada falta de legitimación pasiva porque las cantidades de

los gastos controvertidos se abonaron a otros profesionales (con la supuesta no obligación de restitución de las entidades financieras⁵), el cálculo de los intereses legales⁶, los efectos de un posible allanamiento parcial respecto de la declaración de nulidad pero no en cuanto a los efectos del abono de los gastos sufragados en cumplimiento de la provisión litigiosa⁷ o las costas⁸.

Evidentemente, esta situación no se produce en todos los casos, ni es merecedora de protección jurídica siempre que haya una condición contractual de este tipo. Para ello, para contratos perfeccionados antes del 16 de junio de 2019, nos tendremos que encontrar con una condición general⁹ que ha sido impuesta a un consumidor que reúne los requisitos establecidos en la STS de 23 de diciembre de 2015 (ROJ 5618/2015). Así, en el supuesto de que no se trate de consumidores, la condición general solo podrá ser considerada abusiva cuando su incorporación haya sido sorpresiva, infringiendo la buena fe mediante un abuso de la posición dominante contractual¹⁰. De igual manera, hay que tener en cuenta que la disputa objeto de estudio es la suscitada en torno al préstamo hipotecario y no sobre el contrato de compraventa del inmueble para el cual generalmente se otorga dicha financiación. Por consiguiente, los gastos que se reclaman y se analizan son los relacionados con el préstamo hipotecario, por más que usualmente las facturas o documentos justificativos del abono de los gastos vengan de forma conjunta, y a veces, sin diferenciar. Consecuentemente, es la parte actora quien debe en principio poder probar la existencia de los gastos abonados exclusivamente referidos al préstamo hipotecario conforme a lo establecido en el precepto 217.2¹¹ de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante denominada como «LEC»).

Desde un punto de vista práctico forense, puede apuntarse que esta clase de litigios por el tipo de acción ejercitada de nulidad de una condición general, se ventila en procedimientos ordinarios¹², requiere la intervención preceptiva de procurador¹³, son susceptibles de apelación¹⁴ con independencia de la cuantía y tienen asignada la competencia territorial a un único juzgado de primera instancia por provincia mientras siga prorrogándose el Acuerdo de 25 de mayo de 2017 de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se atribuye a determinados juzgados, (con competencia territorial para conocer del caso concreto), para que de manera exclusiva y no excluyente conozcan de la materia relativa a las condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física¹⁵. Todo ello sin perjuicio de que la regulación sustantiva aplicable a cada caso depende de la fecha en la que se celebró el correspondiente contrato¹⁶, por lo que no siempre resulta de aplicación la misma norma o su misma versión. Lo cual no parece que tenga un impacto negativo para la viabilidad de las correspondientes acciones que se ejercitan en los litigios que se estudian en este artículo debido a la similar redacción de las diferentes versiones y regulaciones de consumidores y condiciones generales.

La tradicional asunción no controvertida de los mencionados gastos se quebró con la sentencia del Pleno del Alto Tribunal de 23 de diciembre de 2015 (ROJ STS 5618/2015), en la que una asociación de consumidores ejercitaba una acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, solicitando la declaración de abusividad y nulidad de diversas condiciones generales utilizadas por dos entidades financieras¹⁷. En aras a la brevedad, para ajustarse a los límites de extensión de esta publicación y facilitar la consulta de los textos de las resoluciones judiciales, se procederá en este trabajo a directamente reproducir los extractos más relevantes de la doctrina contenida en los

diferentes pronunciamientos judiciales. En concreto, la citada sentencia de 23 de diciembre de 2015 (ROJ 5618/2015) a estos efectos establece:

«1. En primer lugar, resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones (como veremos) contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto.

El artículo 89.3 TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto «La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables» (número 2.º), como «La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario» (número 3.º). 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), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3.º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3.º letra 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 (art. 89.3.4.º) y, correlativamente, 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 (art. 89.3.5.º).

2. Sobre tales bases legales, no cabe considerar que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguna de las normas legales citadas como infringidas, al declarar la abusividad de la cláusula. Baste recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los 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. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (art. 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite 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 hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues 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. 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).

En la sentencia 550/2000, de 1 de junio, 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».

Como puede observarse el principal argumento de la reproducida resolución para considerar abusiva la condición general es que recaiga la totalidad del gasto en el prestatario, sin reciprocidad o discriminación alguna, cuando el prestamista también tiene una serie de intereses en los trámites que generan dichos gastos, como obtener un título ejecutivo y la constitución de una garantía real. Y ello porque origina un relevante desequilibrio que no se hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada cuando la regulación aplicable permite una distribución más equitativa.

Esta resolución no se pronunció sobre qué concreta distribución de los gastos no sería abusiva. Y desde luego, por la naturaleza de las acciones ejercidas, no se pronuncia sobre la posible obligación de reintegro de los gastos sufragados al amparo de la cláusula litigiosa.

Nótese que, a pesar de la claridad y relativa sencillez del argumento empleado por la STS de 23 de diciembre de 2015 (ROJ STS 5618/2015), hay una cierta subjetividad e inherente relación de intereses recíprocos entre prestamista y prestatario. Y ello porque el préstamo se solicita con un fin para el cual se usará el capital prestado. Y para la obtención de dicha financiación se imponen ciertas condiciones que están vinculadas. Por ejemplo, si no hubiera una garantía real la financiación no se concedería o sería a un tipo de interés muy superior. Por lo tanto, es complicado desligar e independizar los intereses y beneficios de las partes en esta clase de operaciones. De igual manera, en este tipo de controversias parece que se deja relativamente al margen, lo cual no resulta deseable para proporcionar una real tutela judicial efectiva al caso concreto que se ventile, la valoración de las circunstancias y pruebas del pleito particular, que determinan a su vez la concurrencia de los correspondientes intereses y beneficios que deciden a la postre la estimación de la válida distribución de los gastos. Así hay supuestos en los que se explicita dentro del texto de la escritura que la finalidad de la tasación es favorecer la posible subasta del bien inmueble hipotecado, fijando su valor a tales efectos. También hay casos en los que el prestamista no ha celebrado contrato alguno con la entidad gestora, que forma parte del grupo societario del banco. Incluso hay supuestos que la entidad gestora se comunica con la entidad financiera en vez de con su pretendido cliente que es el prestatario. Parece que toda esta clase de hechos pueden ser relevantes para el devenir del procedimiento y el resultado de la distribución de los gastos que decreta la sentencia. Aunque la infinidad de demandas que se presentan¹⁸, la similitud de los casos y su fundamentación jurídica, así como la limitación de medios personales y materiales de los juzgados que están conociendo de este tipo de disputas, hace que en la práctica se tienda a la estandarización y a la aplicación del criterio seguido por el Tribunal Supremo, o en su defecto por el órgano judicial que conoce del asunto, como evidencian las resoluciones de las Audiencias Provinciales¹⁹ que aplican con cierto automatismo la jurisprudencia contenida en las SSTs de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 101/2019, STS 102/2019, STS 103/2019, STS 104/2019 y STS 105/2019). Todo ello sin olvidar que generalmente siempre se podrá establecer una distribución más recíproca de los gastos, aunque sea *ex art.* 1255 del Código civil²⁰ del Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (en lo sucesivo denominado el «Código civil»), y que es difícil precisar qué se considera un

perjuicio relevante, puesto que en la mayoría de los casos la cantidad reclamada es inferior a los 1.000 euros de principal (cuando no se litiga sobre el pago del impuesto de actos jurídicos documentados). A este respecto no puede dejar de reseñarse que dicho perjuicio relevante es causado a un consumidor por un desequilibrio generado por la entidad financiera que redactó e impuso la condición general, lo que parece que también podría ser considerado a efectos de la imposición de las costas, aunque no tenga una cabida clara dentro de su regulación.

Todo ello motivó que antes de las SSTs de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 101/2019, STS 102/2019, STS 103/2019, STS 104/2019 y STS 105/2019), sin la existencia de un criterio claro sobre las cuestiones expuestas, se iniciaran infinidad de pleitos ejercitando acciones individuales de nulidad en base a la abusividad de la condición general de asunción de gastos conforme a la normativa de consumidores y condiciones generales²¹, junto con la acción de reclamación de cantidad de los pagos efectuados en virtud de la estipulación litigiosa al amparo del artículo 1303²² del Código civil.

El resultado de tales acciones ha sido dispar. Frecuentemente se estima la abusividad, pero existe una gran diversidad de criterios sobre la concreta distribución de los gastos. Aunque la jurisprudencia contenida en las cinco SSTs de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 101/2019, STS 102/2019, STS 103/2019, STS 104/2019 y STS 105/2019) parece que va unificar los mismos, ya que fija una posición clara sobre la obligación de abono (que no de devolución al amparo del art. 1303 CC²³) de los gastos notariales y registrales de constitución de la hipoteca y de su cancelación, así como respecto a los gastos de gestión y tasación. Y dicho posicionamiento está siendo seguido por los tribunales²⁴. Por ello a continuación se va a abordar por separado cada uno de los diferentes conceptos reclamados que se han comentado. Posteriormente se tratará la particular distribución de gastos que será aplicable a partir del 16 de junio de 2019 en virtud de la LCCI.

II. ESTUDIO PARTICULAR DE LOS PRINCIPALES GASTOS RECLAMADOS A LA LUZ DE LA NORMATIVA ANTERIORMENTE VIGENTE Y LA JURISPRUDENCIA DICTADA

1. ESCRITURA PÚBLICA DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO Y SUS MODIFICACIONES

Como previamente se ha anticipado, la nulidad de la asunción de este gasto en su totalidad y sin discriminación alguna no suele ser controvertida²⁵.

En cuanto al abono de estos gastos en primer lugar hay que resaltar que este caso, al igual que sucede con la inscripción en el Registro de la constitución de la hipoteca o su cancelación, los honorarios percibidos por el profesional correspondiente están sujetos a arancel. Lo cual evita que el gasto que se reclame esté fuera de lo que se consideraría razonable dentro del mercado.

En segundo lugar, se debe reseñar que el obligado a abonar el arancel notarial está claramente delimitado en la propia normativa. En concreto, la norma general de aplicación sexta del Anexo II del vigente Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, establece:

«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».

A pesar de la claridad y rotundidad de la literalidad de la norma reproducida, esta no resuelve la disputa planteada en este tipo de litigios por diversas razones. Una de ellas es que no suele estar claro quién en realidad requirió los servicios del notario. No suele haber una documentación que lo evidencie, excepto las facturas que, en cumplimiento de lo dispuesto en la estipulación general litigiosa, están dirigidas al prestatario. Tampoco está claro por la interrelación de intereses entre prestamista y prestatario a quien beneficia en mayor medida. Por ello hay pronunciamientos judiciales que van desde la desestimación de la obligación de restitución de este gasto²⁶, al aparentemente posicionamiento mayoritario que entiende que los gastos se deben abonar al 50% entre el prestatario y el prestamista²⁷, a las que postulan que debe sufragarse enteramente por el prestamista, debiendo este reintegrar tal gasto al prestatario consumidor²⁸. Una resolución clarividente del primer criterio expuesto la encontramos en la SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 28 de marzo de 2017 (ROJ PO 405/2017), que, tras reproducir el antecitado precepto sobre el arancel notarial, indica:

«La verdad, es que no compartimos exactamente la afirmación de que el otorgamiento del documento que genera el arancel por el notario, sea del exclusivo interés del prestatario, la documentación pública interesa y conviene a ambas partes como concierto de voluntades que contiene: el prestamista se ve protegido en caso de incumplimiento por el prestatario (pago de las cuotas, por ej.) y este en caso de incumplimiento de la entidad de crédito (plazo, tipo de interés, por ej.), además de las exigencias de legalidad e imparcialidad a que se contrae el artículo 147 del RN.

Así es, en la práctica, tratándose de préstamos hipotecarios, lo habitual es que se encargue formalmente la escritura tanto por el comprador personalmente o a través de la agencia inmobiliaria que le ha auxiliado en la compra del inmueble o del gestor que le buscó la financiación (cada vez más habitual), como por la entidad de crédito; aunque en el fondo la realidad del tema o lo que tenemos que preguntarnos es ¿quién ha activado todo el mecanismo? Parece que la respuesta lógica es que fue la parte compradora y prestataria, la cual está interesada en la adquisición de un inmueble mediante compraventa y para la que el préstamo hipotecario es el medio de satisfacer todo o parte del precio de la vivienda.

La formalización de la escritura de compraventa la solicitan e instan las partes contratantes en la misma, quienes presentan en Notaría los títulos correspondientes, advirtiendo que para el pago del precio se otorgará un préstamo hipotecario que gravará la finca adquirida. No obstante, la garantía se constituye en interés del banco.

Como vemos, no tenemos elementos de juicio en el procedimiento para valorar el primer elemento que señala el Arancel del 89 para indicar de quien se obtendrá la satisfacción de los honorarios, —«a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del notario»—, por lo menos, con la seguridad de dar una respuesta a los litigantes por parte del Tribunal.

Pero sí la encontramos en el segundo criterio fijado en el Arancel, se viene a imputar los gastos de las escrituras al obligado fiscalmente al pago del impuesto de ellas derivado, tenemos que concluir también, como antes ya aclaramos, que no es otro que el prestatario.

Así mismo, visto el planteamiento de la demanda en la que se solicita la nulidad de la Cláusula Quinta en abstracto y el reintegro en su totalidad de los pagos efectuados en concepto de aranceles, sin hacer precisión alguna so-

bre los concretos pagos efectuados en este caso al notario, en cuya factura se giran aranceles por honorarios y copias, se desconoce por completo si alguna de ellas pudo ser instada también por la entidad financiera por lo que tampoco es posible concluir que a esta correspondía, en este caso, efectuar algún pago de la misma.

En suma, los Aranceles notariales abonados por los prestatarios demandantes, a quienes incumbía el pago según el RD1426/1989, de 17 de noviembre, que regula la función del fedatario, no serán objeto de devolución, estimándose con ello el Recurso».

Es decir, conforme al criterio expuesto, la falta de acreditación de quien lo requirió, la ausencia de concreción de los diferentes conceptos del arancel reclamado (aunque en la práctica puede ser complicado para el demandante poder demostrar un mayor desglose), la persona a la que va dirigida la factura, así como la normativa fiscal sobre el impuesto de las escrituras, son determinantes para sostener que el prestatario debe asumir el arancel notarial de la escritura del préstamo que constituye la garantía hipotecaria en un mismo instrumento, sin que puedan diferenciarse los aranceles del préstamo y de la hipoteca²⁹. La falta de prueba opera completamente en contra del demandante, lo cual, si bien es coherente con lo dispuesto en el artículo 217 de la LEC, también podría entenderse según tal precepto que debe ser la entidad financiera quien debe probar, ante la alegación del demandante que presenta la factura, qué conceptos e importes de la misma no le corresponde abonar.

Nótese que ese es un supuesto distinto del que no se concede restitución alguna por su falta de solicitud en la demanda³⁰ o por la insuficiencia de concreción de la liquidación de los gastos³¹ o de cuantificación de la cantidad reclamada³².

Dentro de los pronunciamientos que estiman que este gasto se debe asumir en igual proporción entre prestamista y prestatario podemos resaltar la SAP de Granada, Sec. 3.^a, de 24 de abril de 2018 (ROJ SAP GR 462/2018), que a estos efectos señala:

«En cuanto a los honorarios notariales, solicitando la actora la devolución por este concepto de 588,95 euros, hemos señalado:

El Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, en su anexo 2.º, norma 6.^a establece 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”.

Por su parte, el artículo 63 del Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado dispone que la retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios y se regulará por Arancel notarial».

«...si ambas partes acuden al notario para formalizar su relación contractual, para lo cual incluso podrían compelerse recíprocamente conforme al artículo 1279 en relación con el artículo 1280 del Código civil, es que ambas, por acto concluyente suyo, solicitan la intervención notarial por lo tanto, por tal circunstancia y en ausencia de otras pruebas, serían deudoras de los aranceles por los servicios prestados, como igualmente lo serían por las normas de derecho sustantivo, en tanto en cuanto ostentan, por tal circunstancia, la condición de deudoras del precio por los servicios profesionales prestados (art. 1544 CC),

vínculo obligacional distinto del propio del negocio jurídico autorizado por el fedatario interviniente».

«Al considerar a ambos contratantes, en defecto de otro criterio susceptible de ser adoptado en este caso, como deudores de la intervención notarial, frente al fedatario público acreedor ostentan la condición de deudores en manifestación de solidaridad tácita, habida cuenta de la existencia de una comunidad jurídica de objetivos en la formalización de sus pactos en instrumento notarial, con indiscutibles ventajas comunes e interna conexión entre los otorgantes, derivada de la requerida prestación de los servicios notariales (SSTS de 28 de octubre de 2005, recurso 233/1999, 535/2010, de 30 de julio y 198/2015, de 17 de abril entre otras). Por lo que, en sus obligaciones internas, los litigantes responderían a partes iguales (arts. 1145 II, en relación con el art. 1138 CC), sin perjuicio, en cualquier caso, de la presunción derivada de este último precepto, conforme al cual si del texto de las obligaciones a las que se refiere el artículo 1137 no resulta otra cosa —nada consta en este caso— el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros».

Con esta interpretación no se integra o aplica parcialmente la estipulación nula, sino que determinamos qué devolución resulta procedente como consecuencia de la nulidad declarada, tras resultar inaplicable la cláusula de gastos que nos ocupa.

Por todo ello decantándonos, por el criterio que mantiene que los honorarios examinados en este apartado deben abonarse por partes iguales, con la salvedad de las copias expedidas para cada parte, cuyo abono corresponde al que requirió su expedición, debiendo pagarse también por mitad, cuando, como aquí ocurre, no hay ninguna prueba sobre las copias pedidas por cada parte, ni siquiera especificada por ellas en sus alegaciones, precisando de su expedición ambos litigantes, el prestatario para la liquidación del impuesto y el Banco de la primera copia para salvaguardar sus derechos de ejecución, en definitiva, debe abonar el Banco el 50% de la totalidad de los honorarios del notario, es decir, 294,48 euros».

Por lo tanto, podría resumirse el posicionamiento expuesto en que se aplica la solidaridad del artículo reproducido porque tanto el prestamista como el prestatario, al comparecer ante el notario para este acto, han solicitado su intervención y ambos tienen interés en ello. Pero este criterio resulta aplicable por la aplicación de la presunción del referido precepto en defecto de prueba que permita rebatirlo.

Por último, como ejemplo de resolución que impone la totalidad del gasto notarial de la constitución de la hipoteca al prestamista, podemos citar la SAP de Asturias, Sec. 5.ª, de 19 de julio de 2017 (ROJ SAP O 2200/2017), que dice:

«Es decir, el posicionamiento del recurrente se sostiene sobre la premisa de que el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario y de su inscripción en el Registro se hace en interés del prestatario y por eso esos gastos deben de ser de su cuenta.

Esto no es así, en nuestra sentencia precitada de 1 de febrero de 2017, siguiendo la estela marcada por la del TS de 23 de diciembre de 2015, ya señalábamos que el interesado en el otorgamiento de la escritura y su inscripción es el prestamista como titular de la garantía. Como es que la sentencia recurrida transcribe nuestra sentencia y la del TS en lo que aquí interesa, damos por reproducido lo dicho.

Pero viniendo en ahondar en ese dicho de ponderarse que el préstamo, para su perfeccionamiento, no requiere de forma solemne sí en cambio la hipoteca

para cuya eficacia es, además, necesaria su inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 145 LH). De otro lado, las hipotecas voluntarias pueden clasificarse en convencionales y unilaterales (art. 138 LH) según su constitución sea fruto de la convención entre el garante titular del bien hipotecado y el garantido y unilaterales en las que la hipoteca se constituye unilateralmente por quien tiene la libre disposición del bien que procederá a su inscripción y cuya eficacia se hace depender de la posterior declaración de aceptación de la persona a cuyo favor se establece y la inscripción de dicha declaración en el registro mediante nota marginal (art. 141 LH). La distinción es relevante y viene al caso porque se sostiene que el otorgamiento de la escritura y su inscripción es en beneficio e interés del prestatario cuando lo cierto es que la constitución de la hipoteca aparece convenida con el prestamista como condición para el otorgamiento del préstamo y, por tanto, en su exclusivo interés pues, de no mediar esa garantía, el otorgamiento de la escritura pública, su gasto y el de la inscripción, no sería ineludible. En este sentido se han pronunciado la sentencia de la AP de Madrid sección 12.^a de 29 de febrero de 2016 o la de Valencia sección novena de 27 de abril de 2016».

Consecuentemente, se estima que el interés y beneficio principal es el del prestamista, puesto que constituir la garantía que le beneficia, ya que no es necesaria la formalidad del documento público para la perfección del préstamo. Profundizando en este sentido se podrían apuntar también los siguientes intereses del prestamista:

- La escritura pública otorga al banco un título ejecutivo *ex* artículo 517.2.4.º de la LEC³³.
- Obtendría y adquiriría a su vez la posibilidad de ejecución especial prevista en el artículo 685 del citado texto.
- El hecho de documentar e inscribir el precitado negocio jurídico sirve al banco para constituir la garantía real a la luz del mandato contenido en el artículo 2.2 del Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (en lo sucesivo referido como «LH») y del artículo 1875 del Código civil.

De igual manera parece aconsejable en todo caso para determinar la asunción de este gasto atender a hechos como:

- Información real proporcionada al prestatario consumidor sobre la posibilidad de elegir al notario, posible coste, etc.
- Quién elaboró la minuta de la escritura pública.
- Vinculación de las partes con la Notaría, como otorgamientos anteriores y posteriores, cercanía física respecto de ellas, etc. Esto puede ser un indicio de quien realizó la elección real.
- Control o designación del notario por la entidad financiera conforme a las cláusulas contractuales.
- Asunción contractual expresa de gastos como la primera copia de la entidad por parte del prestatario consumido (que por normativa no le corresponden).

El Alto Tribunal por su parte parece haber acogido el posicionamiento mayoritario en cinco sentencias de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 101/2019, STS 102/2019, STS 103/2019, STS 104/2019 y STS 105/2019), que tienen una dicción

y unos hechos muy similares. A modo de ejemplo, la STS de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 105/2019) señala:

«1. En lo que respecta a los gastos de notaría, el artículo 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en Arancel.

En primer lugar, la diversidad de negocios jurídicos —préstamo e hipoteca— plasmados en la escritura pública no se traduce arancelariamente en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado; sino que, en armonía con lo antes razonado, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario.

A su vez, 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, dispone:

La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las 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».

Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4.^a LEC), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria, a un interés generalmente inferior al que obtendría en un préstamo sin dicha garantía.

Es decir, como la normativa notarial habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor —por la obtención del préstamo—, como el prestamista —por la garantía hipotecaria—, es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento.

2. Esta misma solución debe predicarse respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación».

Por consiguiente, según la jurisprudencia consolidada en 5 pronunciamientos del Alto Tribunal, los gastos notariales, tanto de constitución, como de modificación de la escritura deben sufragarse al 50% entre el prestamista y el prestatario consumidor.

A su vez, hay que resaltar la importancia de los hechos para aplicar cualquiera de las doctrinas expuestas (aunque la literalidad de los pronunciamientos del Tribunal Supremo parece abstraerse algo de ello), porque a veces sucede que la propia escritura pública indica que la minuta fue remitida por el banco y de hecho la factura no se manda por la Notaría al prestatario, sino que es remitida por la entidad financiera. Estos hechos parece que pueden ser relevantes conforme a cualquiera de los posicionamientos expuestos para determinar quién y en qué proporción se debe asumir este gasto.

2. INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LA HIPOTECA

La imposición de este gasto al prestatario consumidor sin discriminación alguna es considerada generalmente nula por los tribunales³⁴. Como se indicó en el apartado anterior, los honorarios de los registradores de la propiedad se

establecen por arancel. En este sentido la norma general de aplicación octava en su apartado 1 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 dispone:

«Los derechos del Registrador se pagarán por aquel o aquellos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado».

A este respecto nos encontramos con resoluciones judiciales que distribuyen este gasto al 50% entre el prestamista y el prestatario consumidor (muy minoritarias)³⁵ y otras que imputan el 100% a la entidad financiera (la mayoría)³⁶ o al prestatario (también pocas). Un ejemplo del último criterio lo podemos encontrar en la SAP de Asturias, Sec. 6.ª, de 27 de enero de 2017 (ROJ SAP O 165/2017), que indica tanto respecto de este arancel como el notarial:

«Lo mismo sucede con el pago de aranceles notariales y registrales, toda vez que la norma Sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, 17 noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, vigente en esa fecha, establece 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”, pues según la normas fiscales el interesado en el otorgamiento y posterior inscripción es el prestatario que además en este caso ha de estimarse fue la requirente de este servicio al ser a su instancia y solicitud por lo se amplió la hipoteca para cuya constitución e inscripción era necesario el otorgamiento de la citada Escritura pública, pues aunque de acuerdo con la doctrina contenida en la STS de 21 de diciembre de 2015, esa ampliación y la formalización previa notarial e inscripción registral también beneficia a la entidad financiera, lo que permitiría distribuir equitativamente entre las partes ese concreto gasto, lo cierto es que en las facturas giradas por Notaría y Registro, no se detalla el mismo ni es por ello posible su determinación y concreta cuantificación.

Abunda en tal desestimación el planteamiento de la demanda en la que se predica la nulidad de la estipulación abstracta y el reintegro en su totalidad de los pagos efectuados en concepto de aranceles, sin hacer precisión alguna sobre los concretos pagos efectuados en este caso al Notario, únicos en cuya factura se giran aranceles por copias, de modo que se desconoce por completo si alguna de ellas pudo ser instada por la entidad financiera, lo que, unido a la ausencia de detalle ya razonado, hace que no sea posible concluir que a esta correspondía en este caso efectuar algún pago de la misma. Lo cierto es que la factura notarial, fechada el 18 de julio de 2006, (doc. 2 al folio 51) fue girada contra la prestataria actora, como también los gastos de registro (f. 52vto), documentos que junto al de abono del impuesto fueron recibidos por la misma, y los gastos soportados sin objeción durante más de 9 años, lo que constituye un poderoso indicio de su conocimiento y conformidad con la asunción contractual de todos ellos, y avala aún más la procedencia del rechazo de su reintegro».

Es decir, la falta de determinación y concreción de la cantidad reclamada, así como la falta de reacción durante años frente al gasto abonado sustentan esta corriente jurisprudencial.

Un ejemplo de la distribución de gastos por partes iguales lo encontramos en la SAP de Barcelona, Sec. 15.^a, de 14 de febrero de 2019 (ROJ SAP B 1064/2019), que establece:

«a) En cuanto a los gastos notariales y registrales, deben ser repartidos por partes iguales entre el prestamista y el consumidor, ya que no existe una disposición sectorial que los imponga a una de las partes y el interés en que se formalice debidamente la operación es compartido».

Por consiguiente, según esta sentencia la interrelación de los negocios jurídicos del préstamo y la garantía hipotecaria hace que haya unos intereses y beneficios de ambas partes que justifica el reparto en la asunción del gasto en ausencia de una norma sectorial que regule la cuestión.

Una exposición ilustrativa del segundo posicionamiento comentado lo encontramos en la SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 28 de marzo de 2017 (SAP PO 405/2017), que señala:

«En cuanto al Arancel de los Registradores: La persona obligada resulta de 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, señala que los derechos del registrador se pagarán por aquel o aquellos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho.

Si bien cabe defender que la inscripción en el Registro y la gestión que corresponda pudieran ser de cargo del Banco acreedor aunque, desde otros puntos de vista se apunte que es una cuestión compleja, pues la hipoteca inscrita es una garantía que el comprador ofrece al Banco para conseguir la deseada financiación, la inscripción de la hipoteca es imposible si no es el dueño el que intenta procurarla consintiéndola; y, es difícil que el Banco entregue el dinero para el pago del precio si no puede cerciorarse de la inscripción de la garantía a su favor mediante la gestión de todo el proceso de inscripción de compraventa e hipoteca. Por otra parte, es obvio que la existencia de la hipoteca beneficia al prestatario en cuanto que la misma disminuye el coste de financiación, permite unos tipos de interés menores, así como la dotación de las provisiones por insolvencia a la entidad que es menor cuando hay garantía hipotecaria que cuando no la hay.

El TS continúa diciendo que se considera abusiva la estipulación que ocasione al consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada (de ahí la referencia a la oferta vinculante que hacíamos más arriba). La sentencia del Pleno de 23 de diciembre de 2015 expresa que “En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite 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 hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues 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. 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).

En la sentencia 550/2000, de 1 de junio, 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”.

Realizando el mismo análisis que en el FJ anterior sobre Tributos, resulta que la supresión o expulsión de la cláusula del contrato determina la aplicación de la norma reguladora, el RD de 1989 citado, y por tanto, que los pagos de los gastos registrales se abonen por la parte a cuyo favor se inscriba el derecho, esto es, el Banco, no existiendo constancia expresa de que por parte de los prestatarios se hubiera asumido el pago de este arancel fruto de una negociación individual, por lo que en este caso se impone la condena a su devolución por importe de 150,56 euros».

Es decir, en ausencia de negociación individual (lo que nuevamente pone de manifiesto la importancia de los hechos), se estima que a pesar de que haya posibles intereses del prestatario consumidor, la inscripción se realiza eminentemente a favor del banco beneficiario de la garantía hipotecaria que se inscribe, debiendo este abonar los gastos.

Sin perjuicio de lo anterior, también puede reseñarse siguiendo a la doctrina³⁷, que el préstamo no necesita acceder al Registro. Lo cual evidencia que este trámite está relacionado exclusivamente con la garantía hipotecaria. Aunque siempre se puede entender que sigue habiendo la interrelación de intereses que comenta la jurisprudencia respecto de ambos negocios jurídicos.

En línea con el último posicionamiento comentado, pero sin atender expresamente a los hechos o a los posibles beneficios del prestatario consumidor, la controversia sobre la específica distribución también parece haber sido zanjada por los cinco pronunciamientos del Alto Tribunal de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 101/2019, STS 102/2019, STS 103/2019, STS 104/2019 y STS 105/2019). En concreto, en la STS de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 105/2019) se dice:

«1. En lo que atañe a los gastos del Registro de la Propiedad, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1.º, que:

“Los derechos del Registrador se pagarán por aquel o aquellos 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”.

Con arreglo a estos apartados del artículo 6 LH, la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (c).

A diferencia, pues, del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquel a cuyo favor se inscriba o anote el derecho.

2. Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a este al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario».

Por lo tanto, en este caso el Tribunal Supremo, atendiendo a que la literalidad del precepto objeto de aplicación no hace referencia al interés en la operación, considera que el efecto favorable de la inscripción es imputable a la entidad financiera, debiendo esta sufragar tal gasto en su totalidad.

3. GESTORÍA

No resulta infrecuente, y más cuando estos trámites no se podían hacer telemáticamente por la Notaría o por el propio interesado, que se contratara a una gestoría para liquidar y presentar la declaración del impuesto de actos jurídicos documentados que devenga la escritura del préstamo hipotecario, así como la inscripción en el Registro de la carga hipotecaria y la actualmente de la compraventa del inmueble para la que solicitó la financiación (cuyo arancel de inscripción no suele reclamarse al beneficiario) de forma menos controvertida al prestatario adquirente del inmueble. Por la propia naturaleza de los trámites ya puede intuirse que la no abusiva asunción de los gastos dependerá, o podría depender, de quién se entiende que es el beneficiario de cada uno de dichos trámites.

Sobre este elemento hay menos sentencias, ya que no siempre se ha reclamado. Las posturas jurisprudenciales usuales van desde la distribución al 50% entre el prestamista y el prestatario consumidor³⁸, a la imposición del 100% al prestamista³⁹ o al prestatario⁴⁰. Un ejemplo del último criterio expuesto se encuentra en la SAP de Asturias, Sec. 6.ª, de 27 de enero de 2017 (ROJ SAP O 165/2017), que al respecto establece:

«Reintegro que tampoco procede en relación al gasto de gestoría para el otorgamiento de la escritura, inscripción registral y pago del impuesto, en cuanto esa gestión no fue realizada por la entidad financiera demandada, sino por una gestoría ajena a la misma, que no consta fuera impuesta por la citada, y en todo caso se trata de un gasto que deriva de un encargo que realizó la propia actora a cuyo nombre fue expedida la factura correspondiente en fecha 28 de septiembre de 2006».

Es decir, al no constar prueba de la imposición, no ser prestada por la entidad financiera tal servicio y derivar de un encargo realizado en nombre del prestatario, dirigiéndose también a él la factura, se entiende que no hay obligación de restitución alguna por parte de la entidad financiera.

Un pronunciamiento clarificador sobre la asunción del gasto de gestoría en su integridad por la entidad financiera es la SAP de León, Sec. 1.ª, de 16 de abril de 2018 (ROJ SAP LE 250/2018), que estipula:

«Respecto a los gastos de gestoría cabe reproducir los mismos argumentos. No existe norma legal de atribución de los mismos. Al no haberse procedido, en el contrato, a su reparto equitativo, no puede sino atenderse, al criterio del interés económico. La intervención de la gestoría no es necesaria ni obligatoria, solo conveniente en beneficio del banco».

Por consiguiente, la falta de obligatoriedad del trámite y el declarado beneficio del banco es lo que sustenta esta posición.

El razonamiento de la distribución del gasto por mitades entre ambas partes se muestra en la SAP de Barcelona, Sec. 15.ª, de 1 de marzo de 2019 (ROJ SAP B 1501/2019), que al respecto lacónicamente dice en cuanto a los gastos notariales, registrales y de gestoría a los que aplica el mismo fundamento:

«b) En cuanto a los gastos notariales y registrales, deben ser repartidos por partes iguales entre el prestamista y el consumidor, ya que no existe una disposición sectorial que los imponga a una de las partes y el interés en que se formalice debidamente la operación es compartido.

c) El mismo criterio que respecto de los gastos notariales y registrales es de aplicación a los gastos de gestoría y también por la misma razón».

Consecuentemente, la falta de regulación sectorial y la concurrencia de un interés compartido justifica el reparto de la asunción del gasto en partes iguales entre prestamista y prestatario consumidor.

Con independencia del criterio que se siga parece aconsejable en el caso particular atender a los siguientes aspectos que pueden determinar la distribución del gasto como:

- La existencia de algún contrato o pedido del prestamista a la gestoría.
- Posible relación de la gestoría con las partes. Hay veces que esta forma parte del grupo societario de la entidad financiera. Pero también puede determinarse por la cercanía física (parece un indicio de contratación por una de las partes el hecho de que esté cerca de una y muy lejos de otra), posibles relaciones familiares, amistad entre las personas involucradas, etc.
- Comunicación entre las partes. No es infrecuente que las comunicaciones sean directamente entre la gestoría y una de las partes, excluyendo a la otra. Lo cual evidencia quién es el verdadero cliente.
- El servicio de gestoría puede que sea un mecanismo del banco para asegurarse que se ha procedido a la inscripción de la hipoteca.
- Si el prestatario consumidor ha podido elegir entre disponer del servicio o entre distintas gestorías. No es inusual que el propio préstamo hipotecario regule algún tipo de control en la elección por parte de la entidad financiera.
- Si se ha informado al prestatario consumidor de las opciones anteriormente mencionadas, así como del coste que podría suponer.
- Contrataciones de este servicio anteriores y posteriores por parte del prestatario. Así el hecho de que el prestatario consumidor no suela utilizar este servicio puede constituir un indicio de que el mismo fue impuesto por el banco.

Esta polémica en principio también ha sido resuelta por los cinco pronunciamientos del Alto Tribunal de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 101/2019, STS 102/2019, STS 103/2019, STS 104/2019 y STS 105/2019). En particular la STS de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 101/2019), en línea con la última corriente jurisprudencial comentada, sostiene:

«1. En cuanto a los gastos de gestoría o gestión, no existe norma legal que atribuya su pago al prestamista o al prestatario. En la práctica, se trata de una serie de gestiones derivadas de la formalización del préstamo hipotecario: la llevanza al notario de la documentación para la confección de la escritura, su presentación en el registro de la propiedad o su presentación ante la Agencia Tributaria para el pago del impuesto de actos jurídicos documentados. Estas gestiones no necesitan el nombramiento de un gestor profesional, ya que podrían llevarse a cabo por el propio banco o por el propio cliente. Sin embargo, el Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios da por supuesta la prestación de este servicio en su artículo 40, que establece la obligación de ponerse de acuerdo en el nombramiento del gestor y considera el incumplimiento de esta obligación como una infracción de lo preceptuado en el párrafo segundo

del artículo 48 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito.

2. Ante esta realidad y dado que, cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad».

En este caso puede constatarse como el Tribunal Supremo parece limitarse a apreciar un posible beneficio conjunto sin entrar en un mayor detalle. Este parece el criterio que se va a aplicar, sin perjuicio de que parezca que puede haber margen, al amparo de los hechos concretos del particular litigio, para poderse fijar una distribución del gasto distinta.

4. TASACIÓN DEL INMUEBLE HIPOTECADO

A estos efectos habría que comenzar recordando que las entidades financieras tienen una obligación legal de tasar los inmuebles respecto de los cuales conceden financiación según la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario. Nótese que la referida norma nunca habla de obligaciones de los prestatarios, sino de los prestamistas y de las sociedades de tasación.

Como ha sucedido con los conceptos reclamados anteriormente estudiados, existen tres líneas jurisprudenciales: asunción en su totalidad por el prestamista⁴¹, por el prestatario consumidor⁴² o por ambos al 50%⁴³ (aparentemente el mayoritario). Pero también se encuentran sentencias que directamente estiman que no es abusiva la cláusula que impone el pago de este gasto al prestatario consumidor⁴⁴.

Como ejemplo de la improcedencia de la declaración de nulidad por abusividad respecto de este gasto se puede citar la SAP de La Rioja, Sec. 1.^a, de 16 de junio de 2016 (ROJ SAP LO 244/2016), que señala:

«No obstante todo lo anterior, de esta declaración de abusividad cabe excluir sin embargo, —por su carácter precontractual y en la medida en que implican una actividad propia del titular de la finca interesado en la obtención del préstamo— lo relativo a los gastos de tasación de la finca y de información registral, que la cláusula imputa al prestatario.

Entendemos que es una previsión cuya abusividad no se observa. La tasación y el gasto de información registral (insistimos, solo el de información sobre su situación registral) es un dato que ha de constarle al banco para la eficaz constitución de la hipoteca y por ello, a falta de argumentos en contra, estimamos que es un gasto que interesa al prestatario y debe soportar a fin de obtener el préstamo. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra sección Primera de 14 de mayo de 2014 establece: «la imputación al comprador hipotecante de los gastos de tasación del inmueble y los de comprobación de su situación registral no suscita dudas de legalidad. Se trata de gastos precontractuales que normalmente asume el que comprador en tanto que obligado a poner a disposición del prestamista los datos necesarios para la elaboración de la oferta correspondiente, tanto en cuanto al principal como, en su caso, las condiciones en que se establece la hipoteca.

Es cierto que, en muchas ocasiones, la tasación se realiza por entidades dependientes o participadas por la entidad financiera que a va a conceder el préstamo. Pero la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, tras la reforma operada en 2007, dispone que las entidades de crédito, incluso aquellas que dispongan de servicios propios de tasación, deberán aceptar

cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en dicha Ley y no esté caducada. Y, aunque la entidad de crédito podrá realizar las comprobaciones que estime convenientes de la tasación presentada por el cliente, no podrá imputarle ningún gasto o coste por dichas comprobaciones».

Por lo tanto, según esta corriente jurisprudencial el hecho de ser un trámite precontractual encaminado a obtener la financiación resulta determinante para que la provisión en sí no sea abusiva.

Una exposición sencilla, con base en los mismos argumentos sobre la imposición del gasto en su totalidad al prestatario, se efectúa en la SAP de Barcelona, Sec. 15.^a, de 28 de febrero de 2019 (ROJ SAP B 1499/2019), que sostiene:

«Por lo que respecta a los gastos de tasación de la finca hipotecada, entendemos que deben ser soportados en su integridad por el prestatario y, en consecuencia, que no se pueden repercutir en la entidad de crédito. Corresponde al prestatario ofrecer el bien inmueble que garantice la devolución del préstamo y acreditar que la garantía es suficiente. Se trata de un gasto precontractual, que asume el prestatario, se formalice o no la operación. Además, la descripción del inmueble dado en garantía y su valoración aprovecha al comprador más allá de la concesión del préstamo».

Un ejemplo claro de pronunciamiento que establece que el prestamista debe abonar íntegramente el gasto de la tasación es la SAP de Jaén, Sec. 1.^a, de 16 de enero de 2019 (ROJ SAP J 28/2019), que dice:

«De la misma forma deben mantenerse que las consecuencias de la nulidad de la cláusula supondrá la obligación del banco de abonar al prestatario las cantidades por este pagadas en concepto de tasación.

Debemos recordar que las sentencias dictadas por el Supremo el 15 de marzo de 2018 estudiaban sendos supuestos en los cuales se declaraba como improcedente la atribución al prestatario de tales abonos (aun cuando estas sentencias no analizaran los mismos al no haber sido objeto de recurso). Tal tasación deviene como necesaria (al menos en el momento en que se constituyó la hipoteca en el presente supuesto) no tanto por determinar el importe a prestar sino como requisito necesario para poder ejecutar la misma en caso de impago por el prestatario conforme a lo dispuesto en el artículo 682.2.1.º LEC. Es pues la entidad financiera la principalmente interesada en tal tasación a efectos, no ya solo de conocer hasta qué punto puede responder la finca hipotecada del dinero prestado (hasta donde alcanza la garantía y por ende hasta cuánto dinero va a prestar) sino permitirle el acceso al proceso privilegiado de ejecución hipotecaria. Considerando además, como recoge la SAP Asturias de 4 de junio de 2018, que si bien no existe norma o disposición legal que señale a quién ha de corresponder su abono debe considerarse, con apoyo en el artículo 82. 1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, su dimensión abusiva por suponer un desequilibrio para el prestatario al recogerse entre los gastos a su cargo el de tasación. La imposición sin alternativas para el consumidor y sin darle posibilidad alguna de tasación alternativa está determinando nuevamente un desequilibrio serio entre los contratantes lo que lleva consigo a la consideración también de este apartado como nulo al haber sido impuesto por el prestamista que redactó todas las cláusulas del contrato».

Consecuentemente, se estima que el gasto de la tasación debe ser abonado por el prestamista porque el principal interés es el del banco en conocer hasta qué punto responde la finca hipotecada del dinero prestado y por permitirle acceder al proceso privilegiado de ejecución hipotecaria.

Dentro de las resoluciones que reparten al 50% el desembolso de estos honorarios se puede citar la SAP de Guadalajara, Sec. 1.ª, de 16 de enero de 2019 (ROJ SAP GU 7/2019), que comenta:

«Es cierto que la tasación constituye un requisito *sine qua non* de la constitución de la garantía hipotecaria. La Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario exige esta valoración del bien por tasadores, bien independientes, bien afectos a la entidad prestamista, (bien que sometidos a controles externos); pero, en todo caso, las entidades de crédito, incluso las que dispongan de servicios propios de tasación, deberán aceptar cualquier tasación del bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado y, ello, sin perjuicio de que la entidad de crédito pueda realizar las comprobaciones que estime pertinentes, de las que en ningún caso podrá repercutir su coste al cliente que aporte la certificación (art. 3 bis I, introducido por la ley 41/07, de 7 de diciembre). También es cierto que las tasaciones son requisitos imprescindibles para que las entidades de crédito emitan títulos (cédulas o bonos hipotecarios) con los que negociar (arts. 7 y 11). Con lo que resultaría de su interés dicha tasación, aunque de manera indirecta. Con estos elementos, las soluciones atinentes al caso serían: a) la tasación ha de seguir el régimen de la hipoteca, cuyo interés coincide esencial y directamente con el del prestamista, por lo que habrá de cargar con sus gastos. b) Es el prestatario quien ha de ofrecer la garantía que le va a permitir acceder al crédito y esa garantía lleva, por exigencia legal, una necesaria valoración que —además— puede gestionarla el prestatario. Por lo que es a él a quien corresponde el gasto de dicho requisito legal. c) Tanto el prestamista como el prestatario poseen un interés en que el bien a hipotecar esté correctamente tasado. Aquel, porque es la garantía de su préstamo y este porque ha de presentar una garantía en las condiciones legalmente exigibles, entre las que está la tasación. Además, el prestamista pudiera beneficiarse de dicha tasación para emitir títulos hipotecarios. Con lo que los gastos habrán de aportarse por partes iguales, siendo esta opción la que considera más adecuada esta Sala por existir un interés recíproco subyacente».

Nuevamente la interrelación de posibles intereses de ambas partes en el cumplimiento de la referida ley, e incluso la existencia de un interés común respecto a la correcta tasación, motiva que se sufrague por partes iguales este gasto.

Este es uno de los conceptos reclamados que no ha sido todavía determinado por el Alto Tribunal, por lo que no se puede predecir con seguridad cuál será el criterio que finalmente se siga. No obstante, teniendo en cuenta la analogía que puede haber con el criterio seguido para el arancel de la Notaría y los honorarios de la gestoría, así como que parece el criterio mayoritario de la jurisprudencia menor antes y después de las SSTS de 23 de enero de 2019, parece que probablemente se establecerá que en ausencia de hechos particulares que deban determinar otro resultado, la distribución será al 50% entre el prestamista y el prestatario consumidor. A estos efectos conviene recordar que la tasación por regla general tiene varios beneficios directos para la entidad financiera como servir de tipo para la subasta de una posible ejecución de la garantía por parte del prestamista o el cumplimiento de la Ley 2/1981, de 25 de

marzo, de regulación del Mercado Hipotecario para emitir los títulos necesarios para su financiación.

En todo caso, parece que para una correcta determinación de la distribución de este gasto en caso de ser la provisión abusiva se podría tener en cuenta hechos como:

- La finalidad que establece la escritura de préstamo hipotecario sobre la tasación.
- Vinculación de la sociedad tasadora con las partes. A veces pertenece al grupo societario del banco, existen relaciones de amistad, consanguineidad, etc. Los cuales pueden ser indicios de quien eligió a la sociedad tasadora.
- Existencia previa y uso de la tasación. Si la tasación ya la había obtenido previamente el prestatario consumidor sin una vinculación directa con la operación no parece que la entidad financiera tenga que sufragar dicho gasto. De igual manera también pueden influir en la determinación usos posteriores muy cercanos en el tiempo de la tasación por el prestatario consumidor, como por ejemplo, su utilización para la venta del inmueble tasado y para el que se obtuvo la financiación.
- La posibilidad real del prestatario consumidor de elegir la sociedad tasadora.
- Información recibida por el prestatario consumidor sobre la posibilidad de escoger la sociedad tasadora, emplear una tasación obtenida recientemente, etc.

5. ESCRITURA PÚBLICA E INSCRIPCIÓN DE LA CANCELACIÓN DE LA HIPOTECA

Este es un supuesto más infrecuente, porque habitualmente los préstamos hipotecarios sobre los que se reclama no se han cancelado. Por ello hay menos resoluciones judiciales que se han pronunciado sobre este tema.

Podría pensarse que esta cuestión está muy vinculada al otorgamiento e inscripción de la garantía hipotecaria. Después de todo, si tiene que cancelarse la garantía hipotecaria mediante una escritura pública para posteriormente inscribir tal escritura en el Registro de la Propiedad, es porque previamente se ha otorgado e inscrito tal garantía. Este es el razonamiento que parecen seguir las sentencias que consideran que estos aranceles deben ser asumidos por el prestamista⁴⁵. Así la SAP de Asturias, Sec. 5.^a, de 17 de febrero de 2017 (ROJ SAP O 642/2017) establece al respecto:

«En cuanto a los gastos de cancelación de hipoteca, habida cuenta que, como queda dicho, la garantía se inscribe en beneficio de la entidad financiera para asegurar el cumplimiento de la obligación garantizada, es por lo que una vez cumplida esta, será dicha entidad a quien corresponde cancelarla; es pues, una consecuencia natural del contrato favor se realizó la inscripción proceda a dejar la misma sin efecto. Conforme al artículo 82-3 de la LH, la cancelación de la escritura pública en virtud de la que se constituyó la inscripción requiere el consentimiento del beneficiario (como queda dicho, la entidad bancaria) y, en su defecto, por sentencia en juicio ordinario (en este caso a solicitud del hipotecante). Ha de inferirse de ello, que en cualquier caso los gastos derivados del otorgamiento de la escritura serían de cargo del prestamista, pudiendo corresponder al prestatario discutirse o negociar otros gastos derivados de tal actuación.

Como en el supuesto anterior, la imposición de dichos gastos en su totalidad al consumidor conlleva el desequilibrio, con la consecuencia ya conocida, esto es, su expurgación del contrato (en este sentido, la sentencia de 25 de febrero de 2016 de la Audiencia Provincial de Murcia)».

Pero ni el criterio mantenido sobre los gastos de formalización e inscripción de la garantía hipotecaria, ni el previamente expuesto es el aplicado por el Alto Tribunal en las SSTs de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 101/2019, STS 103/2019, STS 104/2019 y STS 105/2019). En concreto, la STS de 23 de enero de 2019 (ROJ 103/2019) señala tanto respecto de los gastos notariales como registrales:

«3. En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto. (...)

3. En cuanto a la inscripción de la escritura de cancelación, esta libera el gravamen y, por tanto, se inscribe en favor del prestatario, por lo que le corresponde este gasto».

Por consiguiente, en un posicionamiento que expresamente no está ligado a hecho probado alguno, el Tribunal Supremo asienta una jurisprudencia clara de que el prestatario consumidor debe asumir los aranceles notariales y registrales (y con ello por analogía previsiblemente los derivados por cualquier servicio de gestoría o incluso cualquier gasto o comisión que le cobre el banco por tal cancelación), debido a que este es el interesado en la liberación del gravamen. Aunque parece que nuevamente se podría atender a algunos hechos que podrían ser relevantes como la ausencia de información del trámite y su coste, la posibilidad de elección del notario o no disposición del servicio de gestoría, etc. para matizar el referido criterio.

III. ANÁLISIS DE LA DISTRIBUCIÓN DE LOS GASTOS TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LCCI

La problemática estudiada estará resuelta con mayor certidumbre a partir de la entrada en vigor de la LCCI. Pero en este sentido, es importante resaltar a efectos de lo estudiado en este trabajo, que:

- Lo dispuesto en la LCCI no resulta de aplicación a contratos celebrados con anterioridad a su entrada en vigor en virtud del apartado primero de su disposición transitoria primera⁴⁶, que tiene lugar a partir del 16 de junio de 2019 conforme a su disposición final decimosexta⁴⁷.
- La referida regla general tiene como excepciones los contratos que se noven o se subroguen con posterioridad a su fecha de entrada en vigor, así como el derecho de reembolso anticipado en el supuesto previsto en el apartado 6 del artículo 23. Supuestos que no serán frecuentemente aplicados a los casos analizados en este artículo según se desprende de la dicción de los citados preceptos⁴⁸.
- Tiene un ámbito de aplicación que a grandes rasgos puede circunscribirse a préstamos hipotecarios concedidos profesionalmente por personas físicas o jurídicas a personas físicas (aunque no sean consumidores) sobre bienes inmuebles de uso residencial⁴⁹.

- Las normas contenidas en la LCCI son imperativas, no siendo disponibles para las partes, salvo que la norma establezca expresamente lo contrario (que no lo hace respecto a la distribución de gastos)⁵⁰.

Una vez determinado que nos encontramos dentro su ámbito de aplicación con las matizaciones señaladas, la distribución de los gastos viene precisada en el precepto 14.e), que indica:

«(...). Los siguientes gastos se distribuirán del siguiente modo:

- i. Los gastos de tasación del inmueble corresponderán a prestatario y los de gestoría al prestamista.
- ii. El prestamista asumirá el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario y los de las copias los asumirá quien las solicite.
- iii. Los gastos de inscripción de las garantías en el Registro de la Propiedad corresponderán al prestamista».

A estos efectos conviene resaltar cómo este nuevo criterio normativo se aparta del establecido en la jurisprudencia analizada del Tribunal Supremo (puesto que la gestoría y los gastos de la escritura de constitución corresponden en su integridad al prestamista). Lo cual plantea si puede haber un nuevo cambio jurisprudencial tendente a proporcionar un régimen uniforme con independencia del momento temporal en el que se haya suscrito el contrato. Aunque el propio legislador parece posicionarse en contra de tal cambio en la Exposición de Motivos de la LCCI⁵¹ y el Alto Tribunal también desecha tal posibilidad en contra en las SSTs de 23 de enero de 2019⁵². Además, debido a la ausencia de retroactividad de la norma, tal ajuste no tiene que producirse obligatoriamente, salvo que se establezca otro criterio por los tribunales europeos en esta materia (como ya sucedió en su momento con la retroactividad de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo con anterioridad al 9 de mayo de 2013⁵³). De hecho, ya se han planteado cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre esta cuestión⁵⁴. Y tal cambio, en principio, no podría producirse en los asuntos en los que haya recaído una sentencia firme⁵⁵.

A su vez, hay otra cuestión que no se resuelve. El abono de los gastos de cancelación. Lo cual parece que quedará en principio supeditado a la fijación de un criterio de la garantía hipotecaria definitivo por parte del Tribunal Supremo para los supuestos que sea aplicable la LCCI. Pero es previsible que el Alto Tribunal siguiendo su posicionamiento anteriormente expuesto estime que este gasto debe abonarse por el prestatario con independencia de la fecha de celebración del contrato litigioso.

IV. CONCLUSIONES

Del estudio de la jurisprudencia y regulación analizadas en este trabajo pueden extraerse las siguientes conclusiones sobre la posible abusividad de las condiciones generales de asunción de gastos contenidas en los préstamos hipotecarios celebrados con consumidores:

- I. La imposición en una estipulación general de un préstamo hipotecario celebrado con un consumidor de todos los gastos relacionados con el mismo sin

discriminación ni matización alguna es abusiva conforme a las SSTs de 23 de diciembre de 2015 y de 23 de enero de 2019. Lo cual supone la nulidad de la cláusula y la obligación de devolver las cantidades indebidamente abonadas en virtud de la aplicación de la provisión general anulada.

II. El Tribunal Supremo ha determinado en sus 5 pronunciamientos de 23 de enero de 2019 que los gastos de notaría y gestoría relacionados con la formalización del préstamo hipotecario en principio deben ser sufragados a partes iguales entre el prestatario consumidor y el prestamista, los aranceles de la inscripción registral de la hipoteca deben ser abonados en su integridad por el prestamista y los gastos notariales y de registro de cancelación deben ser pagados en su totalidad por el prestatario consumidor.

III. No hay jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los gastos de tasación, aunque parece que resultarán aplicables en este caso, los argumentos sostenidos en las SSTs de 23 de enero de 2019 sobre la gestoría siendo previsible que finalmente se estime que el gasto debe de asumirse por mitades entre el prestatario consumidor y el prestamista. Actualmente hay una jurisprudencia menor y resoluciones de primera instancia que han declarado que debe ser asumido en su integridad este honorario por el prestatario consumidor, por el prestamista o a partes iguales entre ambos.

IV. Sin perjuicio de la jurisprudencia analizada del Alto Tribunal, parece que cuando los hechos particulares del caso demuestren una efectiva imposición y un mayor beneficio de una de las partes, la distribución podrá adaptarse a la realidad de tales hechos probados.

V. Con la entrada en vigor de la LCCI, en el caso de los préstamos hipotecarios celebrados profesionalmente a partir del 16 de junio de 2019 con personas físicas prestatarias respecto a inmuebles de uso residencial, el prestatario tendrá que asumir en su integridad los gastos de tasación; las copias de la escritura del préstamo hipotecario quien las solicite; mientras que el prestamista tendrá que abonar en su totalidad el arancel notarial de la escritura del préstamo hipotecario, así como los gastos de la inscripción registral de la garantía hipotecaria y de su tramitación por la gestoría.

V. BIBLIOGRAFÍA REFERENCIADA

- AGÜERO ORTIZ, A. (2017). Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: no son solo abusivos los gastos comprendidos en la STS de 23 de diciembre de 2015 (gastos, efectos y plazos). *Publicaciones Jurídicas*, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha.
- BALLUGERA GÓMEZ, C. (2017). Cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios y control de transparencia. En: Velasco Fabra, G. J. (Coord.); Cuadrado Pérez, C. (dir.), Almeida Cerredá, M. (dir.) *La Hipoteca en el Desarrollo del Modelo Económico*. Cizur Menor, España: Aranzadi, 23-49.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2017). Doce tesis sobre la STJUE de 21 diciembre 2016: Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no solo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo, *Indret*, enero 2017.
- DE PUIG MATEU, J. y DE PUIG VILADRICH, J. (2013). El adiós a las cláusulas suelo y el debate sobre la retroactividad de su anulación, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm 5/2013.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. (2012). La prueba civil. En: DE LA OLIVA SANTOS, A., Díez-Picazo Giménez, I. & Vegas Torres, J., *Curso de Derecho*

- Procesal Civil II. Parte especial*. España, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 107-135.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A. (coords.) (2013). *Derecho Mercantil. La contratación bancaria*, V. 7.º, 15.ª ed., Madrid-Barcelona, España: Marcial Pons.
- MARÍN NARROS, H. D. (2017). Retroactividad, cosa juzgada, consideración de la condición del consumidor y superación del control de transparencia en los casos de cláusulas suelo según la doctrina contenida en las STJUE de 21 de diciembre de 2016, SSTs de 18 de enero de 2017, de 30 de enero de 2017, de 24 de febrero de 2017, de 9 de marzo de 2017 y ATS de 4 de abril de 2017. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 93, 2784-2805.
- NOTICIAS JURÍDICAS (2019). Un Juzgado de Ceuta cuestiona al TJUE si las cláusulas que reparten los gastos hipotecarios al consumidor son válidas. Obtenido en <http://www.noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/13805-un-juzgado-de-ceuta-cuestiona-al-tjue-si-las-clausulas-que-reparten-los-gastos-hipotecarios-al-consumidor-son-validas/>, consultada el 25 de marzo de 2019.
- ORTELLS RAMOS, M. (2018). *Derecho Procesal Civil* (17.ª ed.). Cizur Menor, España: Thomson Reuters Aranzadi.
- PUYOL MONTERO, F. J. y FLUITERS CASADO, R. (directores) (2004). *Contratos bancarios*. Madrid, España: Consejo General del Poder Judicial.

VI. JURISPRUDENCIA REFERENCIADA

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL

- STS de 22 de diciembre de 2011 (ROJ STS 8996/2011).
- STS de 23 de diciembre de 2015 (ROJ STS 5618/2015).
- STS de 3 de junio de 2016 (ROJ STS 367/2016).
- STS de 18 de enero de 2017 (ROJ STS 123/2017).
- STS de 30 de enero de 2017 (ROJ STS 328/2017).
- STS de 9 de marzo de 2017 (ROJ STS 788/2017).
- ATS de 19 de abril de 2017 (ROJ ATS 3444/2017).
- ATS de 10 de mayo de 2017 (ROJ ATS 4275/2017).
- ATS de 31 de mayo de 2017 (ROJ ATS 5292/2017).
- STS de 4 de julio de 2017 (ROJ STS 2501/2017).
- STS de 16 de octubre de 2017 (ROJ STS 3541/2017).
- STS de 19 de diciembre de 2018 (ROJ STS 4236/2018).
- STS de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 101/2019).
- STS de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 102/2019).
- STS de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 103/2019).
- STS de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 104/2019).
- STS de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 105/2019).

RESOLUCIONES DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Tarragona, Sec. 1.ª, de 1 de junio de 2016 (ROJ SAP T 880/2016).
- SAP de La Rioja, Sec. 1.ª, de 16 de junio de 2016 (ROJ SAP LO 244/2016).
- SAP de Málaga, Sec. 6.ª, de 5 de julio de 2016 (ROJ SAP MA 2093/2016).
- SAP de Vizcaya, Sec. 3.ª, de 19 de octubre de 2016 (ROJ SAP BI 1894/2016).
- SAP de Huelva, Sec. 2.ª, de 21 de noviembre de 2016 (ROJ SAP H 722/2016).

- SAP de Asturias, Sec. 6.^a, de 27 de enero de 2017 (ROJ SAP O 165/2017).
- SAP de Asturias, Sec. 5.^a, de 1 de febrero de 2017 (ROJ SAP O 399/2017).
- SAP de Madrid, Sec. 28.^a, de 3 de febrero de 2017 (*JUR* 2017, 152059).
- SAP de Zamora, Sec. 1.^a, de 3 de febrero de 2017 (EDJ 2017/29511).
- SAP de Asturias, Sec. 5.^a, de 27 de febrero de 2017 (ROJ SAP O 642/2017).
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 28 de marzo de 2017 (ROJ SAP PO 405/2017).
- SAP de Madrid, Sec. 28.^a, de 5 de mayo de 2017 (*AC* 2017, 805).
- SAP de Badajoz, Sec. 2.^a, de 11 de mayo de 2017 (ROJ SAP BA 463/2017).
- SAP de Asturias, Sec. 5.^a, de 19 de julio de 2017 (ROJ SAP O 2200/2017).
- SAP de Asturias, Sec. 6.^a, de 29 de septiembre de 2017 (ROJ SAP O 2505/2017).
- SAP de Asturias, Sec. 6.^a, de 20 de octubre de 2017 (ROJ SAP O 2750/2017).
- SAP de León, Sec. 1.^a, de 26 de octubre de 2017 (ROJ SAP LE 1056/2017).
- SAP de La Rioja, Sec. 1.^a, de 31 de octubre de 2017 (ROJ SAP LO 266/2017).
- SAP de Cantabria, Sec. 4.^a, de 8 de noviembre de 2017 (ROJ SAP S 467/2017).
- SAP de Valencia, Sec. 9.^a, de 21 de noviembre de 2017 (ROJ SAP V 3121/2017).
- SAP de Huelva, Sec. 2.^a, de 19 de diciembre de 2017 (ROJ SAP H 817/2017).
- SAP de León, Sec. 1.^a, de 16 de abril de 2018 (ROJ SAP LE 250/2018).
- SAP de Gran Canaria, Sec. 4.^a, de 20 de abril de 2018 (ROJ SAP GC 7/2018).
- SAP de Granada, Sec. 3.^a, de 24 de abril de 2018 (ROJ SAP GR 462/2018).
- SAP de Granada, Sec. 3.^a, de 25 de abril de 2018 (ROJ SAP GR 469/2018).
- SAP de Vizcaya, Sec. 4.^a, de 26 de abril de 2018 (ROJ SAP BI 214/2018).
- SAP de Vizcaya, Sec. 4.^a, de 29 de junio de 2018 (ROJ SAP BI 1277/2018).
- SAP de Asturias, Sec. 1.^a, de 16 de julio de 2018 (ROJ SAP O 2267/2018).
- SAP n.º 610/2018 de Cádiz, Sec. 5.^a, de 14 de noviembre de 2018.
- SAP de Toledo, Sec. 2.^a, de 12 de diciembre de 2018 (ROJ SAP TO 1046/2018).
- SAP de Murcia, Sec. 4.^a, de 10 de enero de 2019 (ROJ SAP MU 58/2019).
- SAP de Córdoba, Sec. 1.^a, de 11 de enero de 2019 (ROJ SAP CO 28/2019).
- SAP de Guadalajara, Sec. 1.^a, de 16 de enero de 2019 (ROJ SAP GU 7/2019).
- SAP de Barcelona, Sec. 15.^a, de 16 de enero de 2019 (ROJ SAP B 121/2019).
- SAP de Albacete, Sec. 1.^a, de 17 de enero de 2019 (ROJ SAP AB 9/2019).
- SAP de Cáceres, Sec. 1.^a, de 17 de enero de 2019 (ROJ SAP CC 26/2019).
- SAP de Cuenca, Sec. 1.^a, de 22 de enero de 2019 (ROJ SAP CU 12/2019).
- SAP de Palma Mallorca, Sec. 5.^a, de 24 de enero de 2019 (ROJ SAP IB 122/2019).
- SAP de Ciudad Real, Sec. 2.^a, de 28 de enero de 2019 (ROJ SAP CR 40/2019).
- SAP de Valladolid, Sec. 3.^a, de 29 de enero de 2019 (ROJ SAP VA 116/2019).
- SAP de Valladolid, Sec. 3.^a, de 31 de enero de 2019 (ROJ SAP VA 119/2019).
- SAP de Orense, Sec. 1.^a, de 13 de febrero de 2019 (ROJ SAP OU 54/2019).
- SAP de Barcelona, Sec. 15.^a, de 14 de febrero de 2019 (ROJ SAP B 1064/2019).
- SAP de Barcelona, Sec. 15.^a, de 18 de febrero de 2019 (ROJ SAP B 1066/2019).
- SAP de Girona, Sec. 1.^a, de 26 de febrero de 2019 (ROJ SAP GI 200/2019).
- SAP de Lérida, Sec. 2.^a, de 28 de febrero de 2019 (ROJ SAP L 122/2019).
- SAP de Barcelona, Sec. 15.^a, de 28 de febrero de 2019 (ROJ SAP B 1499/2019).
- SAP de Barcelona, Sec. 15.^a, de 1 de marzo de 2019 (ROJ SAP B 1501/2019).

PRONUNCIAMIENTOS DE JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

- SJPI n.º 4 de Oviedo de 11 de abril de 2017 (P. O. n.º 125/2017).
- SJPI n.º 161/2017 del n.º 7 de Zaragoza de 22 de mayo de 2017.
- SJPI n.º 72/2017 del n.º 3 de Tudela de 31 de mayo de 2017.
- SJPI n.º 2bis de Santander de 26 de julio de 2017 (P. O. n.º 5010/2017).
- SJPI n.º 16/2017 del n.º 11 de Bilbao de 6 de septiembre de 2017.
- SJPI n.º 17/2017 del n.º 11 de Bilbao de 6 de septiembre de 2017.
- SJPI n.º 2/2017 del n.º 101bis de Madrid de 7 de septiembre de 2017.
- SJPI n.º 2/2017 del n.º 7 de Pamplona 14 de septiembre de 2017.
- SJPI n.º 193/2017 del n.º 101bis de Madrid de 16 de octubre de 2017.
- SJPI n.º 652/2017 del n.º 101bis de Madrid de 5 de diciembre de 2017.
- SJPI n.º 119/2018 del n.º 7bis de La Coruña de 30 de mayo de 2018.
- SJPI n.º 2623/2018 del n.º 101bis de Madrid de 11 de junio de 2018.
- SJPI n.º 4606/2018 del n.º 101bis de Madrid de 2 de octubre de 2018.
- SJPI n.º 1731/2018 del n.º 1bis de Toledo de 5 de diciembre de 2018.
- SJPI n.º 204/2019 del n.º 1bis de Toledo de 17 de enero de 2019.

NOTAS

¹ *Vid.* PUYOL MONTERO, F. J. y FLUITERS CASADO, R. (directores) (2004); JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A. (coords.) (2013).

² Como puede constatar en las páginas web de las diferentes asociaciones de consumidores o de despachos de abogados que señalan los diferentes pronunciamientos favorables que han obtenido en esa materia. A estos efectos resulta particularmente ilustrativa la página web de ASUFIN por su base de datos clasificada por productos y motivos de reclamación, disponible en <https://www.asufin.com/sentencias-listados/>, consultada el 5 de marzo de 2019. De manera similar también puede consultarse la página web <https://www.navascusi.com/sentencias-navascusi/>, consultada el 5 de marzo de 2019.

³ Lo cual es una cuestión relativamente clara al tratarse de una nulidad de pleno derecho si se declara abusiva la correspondiente condición general. Cfr. SSAP de Vizcaya, Sec. 4.ª, de 26 de abril de 2018 (ROJ SAP BI 214/2018), de Barcelona, Sec. 15.ª, de 16 de enero de 2019 (ROJ SAP B 121/2019) y de Valladolid, Sec. 3.ª, de 31 de enero de 2019 (ROJ SAP VA 119/2019), entre otras muchas. Incluso en casos de cancelación o vencimiento del préstamo hipotecario. Así la primera sentencia citada de manera rotunda comenta:

«Como dijimos en la citada SAP Bizkaia, Secc. 4.ª 22 marzo de 2018, rec. 796/2017, el artículo 83.1 TRLGDCU establece que la consecuencia de la declaración de abusividad es que la cláusula afectada es nula y no produce efectos. La nulidad absoluta, *ex lege*, supone según la jurisprudencia antes citada que la acción es imprescriptible. Y si la indemnización que persigue el consumidor perjudicado tuviera plazo, la única forma de garantizar el principio de no vinculación de las cláusulas abusivas que establece el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, es considerar que el plazo comienza una vez obtenida ante los tribunales la declaración de nulidad, pues hasta entonces no podría haber formulado su reclamación por mantener apariencia de eficacia la cláusula nula. El motivo, por ello, se desestimarán, lo que permite abordar la cuestión de fondo».

⁴ Esta cuestión habitualmente resulta conflictiva por su impacto en las costas, puesto que ya sea conforme a los criterios orientadores del Colegio Profesional de Abogados que resulten aplicables, o el arancel de los procuradores, estas resultarían mayores si se calculan en un procedimiento con cuantía indeterminada en vez de la cuantía reclamada (cuando no incluye el pago del impuesto de actos jurídicos documentados). Las sentencias en los pocos casos que se pronuncian sobre esta cuestión, parece que se decantan por la cuantía

indeterminada. A estos efectos se pueden citar las SSJPI n.º 16/2017 y 17/2017 del n.º 11 de Bilbao de 6 de septiembre de 2017. En concreto la última sentencia referenciada indica:

«En cuanto a la cuantía del procedimiento, que ha sido cuestionada por la demandada, la misma debe considerarse indeterminada por quedar comprendida en los supuestos del artículo 253.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ello es así en tanto que se ejercitan acciones declarativas de nulidad de las cláusulas abusivas, de las que derivan, como “efecto ex lege”, determinadas “consecuencias ineludibles de la validez” (STS 102/2015 de 10 de marzo) y donde la valoración de las mismas corresponde llevarla a cabo de oficio al juzgador. El ejercicio de estas acciones dota al proceso de un objeto que no se limita un mero interés económico propio de una reclamación de cantidad, que no puede calcularse conforme a las reglas legales de determinación de la cuantía y que no puede confundirse con aquellos supuestos en los que, con la acción principal se piden accesoriamente intereses, frutos, rentas o daños y perjuicios como sostiene la demandada. Ello es así porque en los casos de nulidad de cláusulas abusivas, los efectos de la declaración de nulidad, como señala el Tribunal Supremo, se producen *ex lege*, sin que para la restitución de las cantidades que correspondan sea necesaria una petición accesoria relativa a una cuantía determinada impuesta por el principio dispositivo».

⁵ En este sentido hay que decir que es usual que la entidad financiera haya cargado directamente en la cuenta del consumidor tales gastos, generalmente como provisión del gestor que posteriormente abona los gastos de los diferentes profesionales. Y el referido gestor a veces tiene una cierta vinculación con el banco correspondiente, perteneciendo incluso al grupo societario de la entidad financiera. En todo caso, algunos pronunciamientos de Audiencias Provinciales como la SAP de Valladolid, Sec. 3.ª, de 29 de enero de 2019 (ROJ SAP VA 116/2019) y de primera instancia han desestimado esta excepción procesal, como la SJPI n.º 4606/2018 del n.º 101bis de Madrid, de 2 de octubre de 2018. Esta última resolución señala de manera especialmente pormenorizada e ilustrativa:

«En primer lugar, hemos de tener en cuenta que la demandante ejercita acciones de nulidad de varias condiciones generales de contratación y accesoriamente a una de estas, una acción de restitución, con respecto al préstamo hipotecario suscrito entre las partes. Pues bien, el objeto de impugnación hace referencia a una parte del contrato que ha sido celebrado entre las partes procesales, por lo que, refiriéndose la acción de nulidad únicamente a esta cuestión, únicamente puede ser parte en el presente procedimiento aquellas que han contratado. Así lo establece expresamente el artículo 1257 del Código civil al señalar que los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos. En ese sentido, no es objeto de controversia en el presente pleito la suscripción de un contrato de préstamo hipotecario entre las partes, formalizado en escritura pública (documento n.º 2 de la demanda).

Por otro lado, nuestro ordenamiento jurídico otorga legitimación activa para solicitar la declaración de nulidad o anulabilidad de los contratos a aquellos que han sido parte en el contrato, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1302 del Código civil, y el artículo 1303 del Código civil al hablar de las consecuencias de la declaración judicial de nulidad habla de la restitución recíproca entre los contratantes.

Sentadas las premisas relativas a que tanto la parte actora como la parte demandada ostentan legitimación, tanto activa como pasiva, respectivamente para ser parte en el presente procedimiento, hemos de tener en cuenta que, lo que en realidad plantea la parte demandada, más que una falta de legitimación de las partes, es una imposibilidad de materializar lo previsto en el artículo 1303 del Código civil. Si bien dicho precepto habla de restitución recíproca de cantidades, lo que sí que es cierto es que las cantidades reclamadas por la actora a la entidad demandada son desembolsos efectuados a otras personas ajenas al proceso.

Para ello resulta indispensable determinar que el fin último de la institución de la nulidad es que la situación de hecho inmediatamente anterior alterada por aquella, vuelva a ser restablecida completamente. Así, la hipotética aceptación de la tesis alegada por la demandada, que se configura como una suerte de hecho de naturaleza impeditiva, supondría otorgar carta de naturaleza a la vulneración oblicua del legislador. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.1. del Código civil, se contemplan distintos criterios interpretativos con la finalidad última de que la voluntad del legislador no puede verse vulnerada como consecuencia de análisis demasiado formalistas.

En este caso concreto se trata de dilucidar si los gastos efectuados por el prestatario por la aplicación de la cláusula impugnada debieron hacerse; es decir, si esa minoración sufrida en el patrimonio del prestatario era ajustada a derecho, o si, por el contrario, dio lugar a un correlativo enriquecimiento injusto del patrimonio de la entidad financiera. La consecuencia lógica-jurídica inmediata que se produce como consecuencia de una eventual declaración judicial de nulidad es la restitución de las esferas patrimoniales a su situación inicial y el medio más idóneo para ello, directo, conciso y respetuoso con los postulados del legislador y con una arraigada interpretación jurisprudencial, es la devolución por parte del demandado de las cantidades establecidas. Por tanto, en el caso de declaración judicial de nulidad y consiguiente devolución de cantidades, la entidad financiera no estaría, sino, devolviendo aquellas cantidades que debió satisfacer en su momento y que fueron desembolsadas por el prestatario, volviendo ambas esferas patrimoniales a aquella situación de hecho inicial que no debió verse alterada por la aplicación de una determinada cláusula que era nula.

Es por lo expuesto, que no procede estimar la falta de legitimación pasiva *ad causam* para hacer frente al reintegro de importes en caso de una eventual declaración de condena, alegada por la entidad demandada».

⁶ Nótese que el importe de estos intereses legales suele ser relevante debido a la antigüedad de muchos préstamos hipotecarios sobre los que se litiga. Los intereses legales se solicitan y generalmente se conceden al amparo del artículo 1108 del Código civil que indica: «Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal». El criterio de los juzgados y tribunales aparentemente mayoritario aplicando dicho precepto sostiene que el cálculo del interés legal comienza desde que efectuó el desembolso. A estos efectos se puede citar las SSTs de 16 octubre de 2017 (ROJ STS 3541/2017) y de 19 de diciembre de 2018 (ROJ STS 4236/2018) y las SSAP de Madrid, Sec. 2.ª, de 3 de febrero de 2017 (JUR 2017, 152059) o de Badajoz, Sec. 2.ª, de 11 de mayo de 2017 (ROJ SAP BA 463/2017) que, en un pleito como los analizados en este artículo, indica:

«La sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 obliga a devolver los intereses desde el primer momento en que fueron abonados. Este Tribunal ya se ha pronunciado sobre esta materia en numerosas ocasiones».

De igual manera también se pueden citar pronunciamientos de primera instancia como las SSJPI n.º 16/2017 del n.º 11 de Bilbao de 6 de septiembre de 2017 y n.º 1731/2018 del n.º 1 de Toledo de 5 de diciembre de 2018. Aunque también pueden mencionarse sentencias que aplican otros criterios, como la SJPI n.º 4 de Oviedo de 11 de abril de 2017 (Ord. 125/2017), que comenta:

«En cuanto a los intereses legales, se reclaman en la demanda desde el 23 de mayo de 2008, fecha de abono por parte del demandante y se sustenta la petición en el artículo 1303 del Código civil. Sin embargo, considero que no resulta de aplicación dicho precepto al caso de autos, pues, el mismo se refiere a la obligación, tras la declaración de nulidad, de restituirse recíprocamente las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses. En el presente caso, como se ha indicado, la entidad demandada no puede «restituir», porque no ha percibido nada, por ello, la obligación de pago declarada en esta resolución ha de estar sometida al régimen general de los artículos 1100 y siguientes del Código civil, de forma que, la cantidad a cuyo pago ha sido condenada la demandada devengará los intereses legales desde la reclamación extrajudicial (16 de enero de 2017) hasta la fecha de esta reclamación, a partir de la cual, serán aplicables los intereses del artículo 576 LEC».

⁷ Realmente esta alegación relativamente recurrente de las entidades financieras demandadas parece estar vinculada con la posibilidad de evitar una condena en costas, puesto que el artículo 395 de la LEC indica: «1. Si el demandado se allanare a la demanda antes de contestarla, no procederá la imposición de costas salvo que el tribunal, razonándolo debidamente, aprecie mala fe en el demandado.

Se entenderá que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él solicitud de conciliación.

2. Si el allanamiento se produjere tras la contestación a la demanda, se aplicará el apartado 1 del artículo anterior».

Ahora bien, el allanamiento parcial requiere la posibilidad de un pronunciamiento separado que no prejuzgue las restantes cuestiones no allanadas y que no se efectúe en fraude de ley conforme al precepto 21 de la LEC que señala:

«1. Cuando el demandado se allane a todas las pretensiones del actor, el tribunal dictará sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado por este, pero si el allanamiento se hiciera en fraude de ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, se dictará auto rechazándolo y seguirá el proceso adelante.

2. Cuando se trate de un allanamiento parcial el tribunal, a instancia del demandante, podrá dictar de inmediato auto acogiendo las pretensiones que hayan sido objeto de dicho allanamiento. Para ello será necesario que, por la naturaleza de dichas pretensiones, sea posible un pronunciamiento separado que no prejuzgue las restantes cuestiones no allanadas, respecto de las cuales continuará el proceso. Este auto será ejecutable conforme a lo establecido en los artículos 517 y siguientes de esta Ley».

En estos casos en principio no puede producirse un pronunciamiento separado de las pretensiones, puesto que la obligación de restitución de las cantidades abonadas únicamente procede si se declara la nulidad de la cláusula que se admite. Por otro lado, es incuestionable que la consecuencia de la nulidad es la establecida en el artículo 1303 del Código civil. En consecuencia, podría interpretarse que concurre un fraude de ley cuando se procede al allanamiento parcial según se explica en este trabajo. Así parecen estimarlo los tribunales y los juzgados. En concreto la SAP de Vizcaya, Sec. 4.^a, de 29 de junio de 2018 (ROJ SAP BI 1277/2018) citada señala ilustrativamente al respecto:

«Concurriendo los tres primeros, respecto al cuarto hay que poner de manifiesto que Kutxabank, S.A., pese a los múltiples pronunciamientos judiciales al respecto, ha mantenido la improcedencia de alguna devolución. Su allanamiento no dio satisfacción a la pretensión rescipitoria de la parte prestataria, obligando a litigar en ambas instancias. Hay, por lo tanto, razones para entender que en este caso no se actuó de buena fe».

De manera más implícita también se pronuncia a modo de ejemplo la SJPI n.º 1731/2018 del n.º 1 de Toledo de 5 de diciembre de 2018 y explícita las SSJPI n.º 16/2017 (sin respuesta del banco al requerimiento previo) y n.º 17/2017 (con respuesta del banco al requerimiento previo) del n.º 11 de Bilbao de 6 de septiembre de 2017. Así la SJPI n.º 16/2017 del n.º 11 de Bilbao de 6 de septiembre de 2017 señala:

«En materia de costas, respecto del allanamiento parcial, procede imponerlas a la parte demandada por apreciarse mala fe de conformidad con el artículo 395.1 párrafo segundo LEC, al constar la existencia de un previo requerimiento emitido por la actora con fecha de 13 de mayo de 2017, cuya autenticidad no ha sido impugnada (doc. n.º 6 de la demanda) al que no se dio respuesta alguna.

En cuanto a la parte de la demanda que no había sido objeto de allanamiento, también procede la imposición de las costas a la parte demandada conforme al artículo 394 LEC al haberse visto desestimadas todas sus pretensiones».

⁸ No es infrecuente que no se produzca una condena en costas. A estos efectos pueden citarse las SSAP de León, Sec. 1.^a, de 26 de octubre de 2017 (ROJ SAP LE 1056/2017) y de Cantabria, Sec. 4.^a, de 8 de noviembre de 2017 (ROJ SAP S 467/2017) y de Toledo, Sec. 2.^a, de 12 de diciembre de 2018 (ROJ TO 1046/2018). Así la primera resolución citada comenta:

«Al estimarse en parte la demanda no procede hacer pronunciamiento expreso de las costas del recurso, artículo 394 LEC. De otro lado, acogiendo en parte los motivos de recurso no se hace pronunciamiento de las costas de la alzada a ninguna de las partes contentientes, artículo 398 de la LEC».

Este criterio también ha sido seguido reciente por el Alto Tribunal en su STS de 23 de enero de 2019 (ROJ 105/2019). En este sentido a veces se alega por las entidades financieras demandas la existencia de serias dudas de Derecho (que afectan a ambas partes). Como se evidencia a lo largo de este estudio, sí es cierto que existen pronunciamientos contradictorios de primera y segunda instancia sobre la distribución no abusiva concreta de los gastos. Y dichos criterios a veces cambian dentro del mismo órgano judicial con el paso del tiempo, como sucede por ejemplo con el Juzgado de Primera Instancia n.º 101 bis de Madrid, que en su SJPI n.º 652/2017, de 5 de diciembre de 2017 entiende que los gastos analizados se deben distribuir al 50% entre prestamista y prestatario y en sus SJPI n.º 2623/2018 de 11 de junio de 2018 y n.º 4606/2018 de

2 de octubre de 2018 considera que los debe sufragar el prestamista. Pero generalmente no hay controversia sobre la abusividad y nulidad de la cláusula, así como de la obligación de devolver algunos gastos. La cuestión debatida es cuáles y en qué medida. Y dicha incertidumbre afecta por igual a ambas partes, actor y demandado. Por ello ante tal inseguridad jurídica parece razonable que la parte demandante no renuncie a reclamar cantidades que en principio podrían concedérsele. Por tanto, no parece que haya jurisprudencia contradictoria como fuente del Derecho (dos sentencias dictadas por el Alto Tribunal conforme al artículo 1.6 del Código civil, excepto el supuesto de las reclamaciones del impuesto de actos jurídicos documentados, que no suelen ya litigarse). Ni parece que existan dudas de Derecho sobre la nulidad de este tipo de provisiones y la consiguiente obligación de abono de las cantidades desembolsadas en virtud de tales estipulaciones. A estos efectos conviene recordar que el precepto 394 de la LEC establece:

«1. En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares.

2. Si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad.

3. Cuando, en aplicación de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, se impusieren las costas al litigante vencido, este solo estará obligado a pagar, de la parte que corresponda a los abogados y demás profesionales que no estén sujetos a tarifa o arancel, una cantidad total que no exceda de la tercera parte de la cuantía del proceso, por cada uno de los litigantes que hubieren obtenido tal pronunciamiento; a estos solos efectos, las pretensiones inestimables se valorarán en 18.000 euros, salvo que, en razón de la complejidad del asunto, el tribunal disponga otra cosa.

No se aplicará lo dispuesto en el párrafo anterior cuando el tribunal declare la temeridad del litigante condenado en costas.

4. En ningún caso se impondrán las costas al Ministerio Fiscal en los procesos en que intervenga como parte».

Sin perjuicio de lo anterior, en estos supuestos usualmente hay una reclamación previa por parte del actor y una ausencia de respuesta o directamente negativa expresa del banco a abonar cantidad alguna. En esas circunstancias, es evidente que el pleito tiene lugar ante la negativa del demandado de acatar precisamente las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo respecto a una provisión general predispuesta e impuesta por la entidad financiera, obligando al demandante a tener que afrontar el correspondiente gasto del ejercicio de las acciones judiciales. Lo cual, en la práctica, debido a que son en la mayoría de los casos personas físicas y se reclaman relativamente bajos importes, supone un claro efecto disuasorio para el ejercicio de unos legítimos derechos que precisamente favorece al banco que se niega a cumplir lo dispuesto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta cuestión (porque no ofrece cantidad alguna de abono). Por ello, teniendo en cuenta que la existencia del litigio y del ejercicio se debe habitualmente a la negativa de la entidad financiera a abonar cantidad alguna, que ha sido requerida con carácter previo, que la jurisprudencia es clara respecto a la abusividad y nulidad de la cláusula (lo que parece que justifica incluso la apreciación de cuanto menos temeridad por parte del banco demandado) y que en caso de consumidores la excepción al principio de vencimiento en la condena en costas debe de hacerse de forma más restrictiva y justificada, parece que las condenas en costas debieran ser más generalizadas en contra de los bancos en esta clase de pleitos. Así la STS, Pleno Sala de lo Civil, n.º 419/2017 de 4 de julio de 2017 (ROJ: 2501/2017) establece:

«La regulación que en nuestro derecho procesal se hace respecto de la imposición de costas, en concreto el artículo 394.1 LEC, no contradice el principio de efectividad, pues el criterio que sienta es el del vencimiento objetivo. Solo prevé, como excepción, la concurrencia de serias dudas de hecho o de derecho.

Según la interpretación de la Sala, ya citada, esa excepción se configura como una facultad discrecional del tribunal, que ha de estar suficientemente motivada. En su caso, la contradicción del principio de efectividad podría recaer en atención a la motivación em-

pleada (las razones de la justificación) para la no imposición de las costas, pero no en esta posibilidad. Cuando está en juego la tutela de los consumidores es lógico que se haga un uso más restrictivo de esta excepción al vencimiento objetivo, y la motivación que emplee para justificarlo debería de ser más reforzada respecto de otros supuestos en que no sean consumidores los afectados por tal decisión.

Lo que exige, pues, el principio de efectividad del Derecho de la Unión, por verse afectados consumidores, es una aplicación más restrictiva de la facultad prevista en el inciso segundo del artículo 394.1 LEC, y una motivación más exigente y rigurosa».

En este sentido se pueden citar las SSAP de Madrid, Sec. 28.^a, de 5 de mayo de 2017 (AC 2017, 805) y de Zamora, Sec. 1.^a, de 3 de febrero de 2017 (EDJ 2017/29511). En concreto, la primera sentencia citada señala:

«La estimación sustancial de la demanda no se efectúa modificando las pretensiones de las partes sino dentro de lo pedido, sin que se combata ni se den razones de que lo acogido por la sentencia no implique una sustancial estimación de la demanda.

Tampoco se aprecia la concurrencia de serias dudas de hecho o de derecho para la resolución del litigio.

Los razonamientos anteriores determinan la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la resolución apelada».

En primera instancia con expresa condena en costas en contra de la demanda se pueden citar, entre otras, las SSJPI n.º 2/2017, de 7 de septiembre de 2017, n.º 2623/2018 de 11 de junio de 2018 y n.º 4606/2018 de 2 de octubre de 2018 del n.º 101 bis de Madrid, n.º 16/2017 y 17/2017 de 6 de septiembre de 2017 del n.º 11 de Bilbao, n.º 1731/2018 de 5 de diciembre de 2018 y n.º 204/2019 del n.º 1 bis de Toledo de 17 de enero de 2019.

En este sentido un criterio que puede parecer acertado para estimar que concurre una estimación sustancial es el seguido por la SAP n.º 610/2018 de Cádiz, Sec. 5.^a, de 14 de noviembre de 2018, que atiende a si se concede más del 50% de lo solicitado.

⁹ La protección se dispensa principalmente por esa doble condición. Resulta ilustrativo a estos efectos que el Tribunal Supremo haya precisamente atendido a la negociación de la provisión para estimar la validez y falta de abusividad de una cláusula suelo en su STS de 9 de marzo de 2017 (ROJ STS 788/2017).

¹⁰ Cfr. SSTs de 3 de junio de 2016 (ROJ 367/2016), de 18 y de 30 de enero de 2017 (ROJ STS 123/2017 y STS 328/2017 respectivamente), entre otras. De igual manera cfr. MARÍN NARROS, H. D. (2017).

¹¹ Que estipula:

«Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención».

A este respecto *vid.* DE LA OLIVA SANTOS, A. (2012); ORTELLS RAMOS, M. (2018).

¹² Según lo establecido en el artículo 249.1.5.^a de la LEC que señala:

«Artículo 249 Ámbito del juicio ordinario

1. Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía:

(...) 5.º Las demandas en que se ejerciten acciones relativas a condiciones generales de contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia, salvo lo dispuesto en el punto 12.º del apartado 1 del artículo 250».

El precepto 250.1.12.º de la aludida Ley por su parte indica:

«Las que supongan el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios».

¹³ En virtud del artículo 23 de la LEC que establece:

«1. La comparecencia en juicio será por medio de procurador, que habrá de ser Licenciado en Derecho, Graduado en Derecho u otro título universitario de Grado equivalente, habilitado para ejercer su profesión en el tribunal que conozca del juicio.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, podrán los litigantes comparecer por sí mismos:

1.º En los juicios verbales cuya determinación se haya efectuado por razón de la cuantía y esta no exceda de 2.000 euros, y para la petición inicial de los procedimientos monitorios, conforme a lo previsto en esta Ley.

2.º En los juicios universales, cuando se limite la comparecencia a la presentación de títulos de crédito o derechos, o para concurrir a Juntas.

3.º En los incidentes relativos a impugnación de resoluciones en materia de asistencia jurídica gratuita y cuando se soliciten medidas urgentes con anterioridad al juicio».

¹⁴ En virtud del precepto 455.1 de la LEC que dispone:

«Las sentencias dictadas en toda clase de juicio, los autos definitivos y aquellos otros que la ley expresamente señale, serán apelables, con excepción de las sentencias dictadas en los juicios verbales por razón de la cuantía cuando esta no supere los 3.000 euros».

¹⁵ Cuya última prórroga cuando se elaboró este trabajo tuvo lugar el 19 de diciembre de 2018.

¹⁶ En virtud, entre otros, del artículo 2.3 del Código civil.

¹⁷ La cláusula particular de la asunción de gastos analizada en esta resolución expresamente disponía:

«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 en las condiciones expresadas en la cláusula 11.ª.

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.

Los mencionados servicios complementarios que, a solicitud de la parte prestataria, el Banco decida libremente realizar, serán facturados por este con arreglo a las tarifas de comisiones y gastos que tenga vigentes el Banco en el momento de dicha solicitud. 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.

La parte prestataria queda obligada a satisfacer y resarcir al Banco cuantos daños, perjuicios, costas y gastos procesales o de otra naturaleza, se generen u originen al Banco por incumplimiento del contrato o para el cobro del crédito, incluyendo los gastos y costes directos o indirectos, causados por las actuaciones del Banco que tengan por objeto la reclamación de la deuda (tales como, en especial, los requerimientos de pago por correo, teléfono, telegrama, notariales), así como los derivados de los procedimientos judiciales o extrajudiciales motivados por todo ello, incluidos los honorarios de Abogado y Procurador aún cuando su intervención en las actuaciones y procedimientos judiciales o extrajudiciales no fuere preceptiva.

El Banco queda facultado para cargar en cuenta o reclamar en cualquier momento a la parte prestataria cuantas cantidades se le adeuden por los conceptos antes indicados. Las cantidades así adeudadas al BANCO devengarán, desde la fecha en que este las hubiera satisfecho y sin necesidad de reclamación, intereses de demora con arreglo a la cláusula 6.ª, y quedarán garantizadas con arreglo a la cifra prevista para gastos y costas en la cláusula 9.ª».

Puede constatarse la similitud con el texto del resto de condiciones generales que han ido utilizando las entidades financieras al respecto.

¹⁸ Demandas presentadas según la prensa en solo 3 meses desde 1 de junio de 2017. Cfr: El País (2017). *Los juzgados especializados en cláusulas suelo reciben 57.000 demandas en tres meses*. Obtenido en https://economia.elpais.com/economia/2017/09/14/actualidad/1505405640_057403.html, consultada el 9 de marzo de 2019.

¹⁹ Cfr. SSAP de Orense, Sec. 1.ª, de 13 de febrero de 2019 (ROJ SAP OU 54/2019), de Barcelona, Sec. 15.ª, de 18 de febrero de 2019 (ROJ SAP B 1066/2019), de Girona, Sec. 1.ª, de 26 de febrero de 2019 (ROJ SAP GI 200/2019), de Lérida, Sec. 2.ª, de 28 de febrero de 2019 (ROJ SAP L 122/2019).

²⁰ Que señala:

«Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público».

²¹ Usualmente al amparo del artículo 9.1 de la ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación y preceptos 10, 83 y 89 del real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aunque hay que atender a la normativa aplicable al caso en función de cuándo se suscribió el correspondiente préstamo hipotecario.

²² Precepto que estipula:

«Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes».

²³ La justificación de la obligación de reembolso se define de la siguiente manera en las citadas SSTs de 23 de enero de 2019:

«El efecto restitutorio derivado del artículo 6.1 de la Directiva y previsto en el artículo 1303 del Código civil no es directamente aplicable, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que este deba devolver, sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva. No obstante, como el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, debe imponerse a la entidad prestamista el abono al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubieran correspondido abonar a ella de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas.

(...)

Hemos dicho en la sentencia de Pleno 725/2018, de 19 de diciembre, que aunque en nuestro Derecho nacional no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, se trataría de una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Y también tiene similitudes analógicas con el pago de lo indebido, en cuanto que el consumidor hizo un pago indebido y la entidad prestamista, aunque no hubiera recibido directamente dicho pago, se habría beneficiado del mismo, puesto que, al haberlo asumido indebidamente el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía» (Fundamento Jurídico Cuarto, STS de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 104/2019)).

²⁴ Cfr. SSAP de Palma Mallorca, Sec. 5.^a, de 24 de enero de 2019 (ROJ SAP IB 122/2019), de Orense, Sec. 1.^a, de 13 de febrero de 2019 (ROJ SAP OU 54/2019), de Barcelona, Sec. 15.^a, de 18 de febrero de 2019 (ROJ SAP B 1066/2019), de Gerona, Sec. 1.^a, de 26 de febrero de 2019 (ROJ SAP GI 200/2019), de Lérida, Sec. 2.^a, de 28 de febrero de 2019 (ROJ SAP L 122/2019).

²⁵ Cfr. SSAP de Tarragona, Sec. 1.^a, de 1 de junio de 2016 (ROJ SAP T 880/2016), de La Rioja, Sec. 1.^a, de 16 de junio de 2016 (ROJ SAP LO 244/2016), de Málaga, Sec. 6.^a, de 5 de julio de 2016 (ROJ SAP MA 2093/2016), de Vizcaya, Sec. 3.^a, de 19 de octubre de 2016 (ROJ SAP BI 1894/2016) y de Huelva, Sec. 2.^a, de 21 de noviembre de 2016 (ROJ SAP H 722/2016).

²⁶ Por ejemplo, se pueden citar las SSAP de Asturias, Sec. 6.^a, de 27 de enero de 2017 (ROJ SAP O 165/2017) y de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 28 de marzo de 2017 (ROJ SAP PO 405/2017).

²⁷ Cfr. SSAP de Oviedo, Sec. 6.^a, de 29 de septiembre de 2017 (ROJ SAP O 2505/2017), de Asturias, Sec. 6.^a, de 20 de octubre de 2017 (ROJ SAP O 2750/2017), de La Rioja, Sec. 1.^a, de 31 de octubre de 2017 (ROJ SAP LO 266/2017), de Granada, Sec. 3.^a, de 24 de abril de 2018 (ROJ SAP GR 462/2018), de Vizcaya, Sec. 4.^a, de 26 de abril de 2018 (ROJ SAP BI 214/2018), de Cádiz, Sec. 5.^a, n.º 610/2018 de 14 de noviembre de 2018 y de Toledo, Sec. 2.^a, de 12 de diciembre de 2018 (ROJ SAP TO 1046/2018), entre otras.

²⁸ Cfr. SSAP de Asturias, Sec. 5.^a, de 19 julio de 2017 (ROJ SAP O 2200/2017), de León, Sec. 1.^a, de 16 de abril de 2018 (ROJ SAP LE 250/2018), de Gran Canaria, Sec. 4.^a, de 20 de abril de 2018 (ROJ SAP GC 7/2018), entre otras.

²⁹ Cfr. arancel n.º 2 del Real Decreto 1426/1989, 17 noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios.

³⁰ Cfr. SJPI n.º 2bis de Santander de 26 de julio de 2017 (PO 5010/2017).

³¹ A estos efectos de forma ilustrativa la SAP de Granada, Sec. 3.ª, de 25 de abril de 2018 (ROJ SAP GR 469/2018) comenta:

«En todo caso, a pesar de la nulidad parcial de la estipulación quinta de la escritura, no puede prosperar la cantidad que se reclama en la demanda por un total de 3.257,85 euros y que se justifica con el documento n.º 5 que consiste en una provisión de fondos por dicho importe, desconociéndose cómo se liquidó esta cantidad y qué gastos son los que verdaderamente abonaron, carga de la prueba que corresponde a la parte actora, de conformidad con el artículo 217 de la LEC».

³² Cfr. SAP de Valencia, Sec. 9.ª, de 21 de noviembre de 2017 (ROJ SAP V 3121/2017).

³³ Que actualmente dispone:

2. Solo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos:

«(...) 4.º Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes».

Nótese que las pólizas, que en estos casos no suelen utilizarse, también llevarían aparejada la posibilidad de ejecución.

³⁴ Cfr. SSAP de Tarragona, Sec. 1.ª, de 1 de junio de 2016 (ROJ SAP T 880/2016), de La Rioja, Sec. 1.ª, de 16 de junio de 2016 (ROJ SAP LO 244/2016), de Málaga, Sec. 6.ª, de 5 de julio de 2016 (ROJ SAP MA 2093/2016), de Vizcaya, Sec. 3.ª, de 19 de octubre de 2016 (ROJ SAP BI 1894/2016), de Huelva, Sec. 2.ª, de 21 de noviembre de 2016 (ROJ SAP H 722/2016), de Las Palmas de Gran Canaria, Sec. 4.ª, de 20 de abril de 2018 (ROJ SAP GC 772018), n.º 610/2018 de Cádiz, Sec. 5.ª, de 14 de noviembre de 2018, entre otras.

³⁵ Cfr. SSAP de Barcelona, Sec. 15.ª, de 14 de febrero de 2019 (ROJ SAP B 1064/2019), de Barcelona, Sec. 15.ª, de 1 de marzo de 2019 (ROJ SAP B 1501/2019) y SJPI n.º 161/2017 del n.º 7 de Zaragoza de 22 de mayo de 2017.

³⁶ Cfr. SSAP de Pontevedra, Sec. 1.ª, de 28 de marzo de 2017 (SAP PO 405/2017), de León, Sec. 1.ª, de 16 de abril de 2018 (ROJ SAP LE 250/2018), de Las Palmas de Gran Canaria, Sec. 4.ª, de 20 de abril de 2018 (ROJ SAP GC 772018), n.º 610/2018, de Cádiz, Sec. 5.ª, de 14 de noviembre de 2018 y de Toledo, Sec. 2.ª, de 12 de diciembre de 2018 (ROJ SAP TO 1046/2018), entre otras.

³⁷ Cfr. AGÜERO ORTIZ, A. (2017).

³⁸ Cfr. SSAP de Granada, Sec. 3.ª, de 24 de abril de 2018 (ROJ SAP GR 462/2018) y n.º 610/2018 de Cádiz, Sec. 5.ª, de 14 de noviembre de 2018, de Albacete, Sec. 1.ª, de 17 de enero de 2019 (ROJ SAP AB 9/2019) y de Barcelona, Sec. 15.ª, de 1 de marzo de 2019 (ROJ SAP B 1501/2019). En primera instancia se puede citar por ejemplo la SJPI n.º 119/2018 del n.º 7bis de La Coruña de 30 de mayo de 2018.

³⁹ Cfr. SSAP de León, Sec. 1.ª, de 16 de abril de 2018 (ROJ SAP LE 250/2018), de Vizcaya, Sec. 4.ª, de 26 de abril de 2018 (ROJ SAP BI 214/2018), de Asturias, Sec. 1.ª, de 16 de julio de 2018 (ROJ SAP O 2267/2018) y de Murcia, Sec. 4.ª, de 10 de enero de 2019 (ROJ SAP MU 58/2019), entre otras. En primera instancia se pueden citar las SSJPI n.º 2/2017 del n.º 7 de Pamplona de 14 de septiembre de 2017, n.º 2623/2018 del n.º 101bis de Madrid de 11 de junio de 2018, n.º 1731/2018 del n.º 1 bis de Toledo de 5 de diciembre de 2018, n.º 204/2019 del n.º 1 bis de Toledo de 17 de enero de 2019, entre otras.

⁴⁰ Cfr. SAP de Asturias, Sec. 6.ª, de 27 de enero de 2017 (ROJ SAP O 167/2017).

⁴¹ Cfr. SSAP de Córdoba, Sec. 1.ª, de 11 de enero de 2019 (ROJ SAP CO 28/2019), de Jaén, Sec. 1.ª, de 16 de enero de 2019 (ROJ SAP J 28/2019), de Cáceres, Sec. 1.ª, de 17 de enero de 2019 (ROJ SAP CC 26/2019) y de Cuenca, Sec. 1.ª, de 22 de enero de 2019 (ROJ SAP CU 12/2019). En primera instancia se pueden citar más pronunciamientos como las SSJPI n.º 72/2017 del n.º 3 de Tudela, de 31 de mayo de 2017, n.º 7941/2017 del n.º 101bis de Madrid de 2 de octubre de 2018 y la n.º 204/2019 del n.º 1 bis de Toledo de 17 de enero de 2019, entre otras.

⁴² Cfr. SSAP de León, Sec. 1.ª, de 16 de abril de 2018 (ROJ SAP LE 250/2018), de Albacete, Sec. 1.ª, de 17 de enero de 2019 (ROJ SAP AB 9/2019), de Barcelona, Sec. 15.ª, de

14 de febrero de 2019 (ROJ SAP B 1064/2019) y de Barcelona, Sec. 15.^a, de 1 de marzo de 2019 (ROJ SAP B 1501/2019), entre otras.

⁴³ Cfr. SSAP de Guadalajara, Sec. 1.^a, de 16 de enero de 2019 (ROJ SAP GU 7/2019), de Ciudad Real, Sec. 2.^a, de 28 de enero de 2019 (ROJ SAP CR 40/2019), de Zamora, Sec. 1.^a, de 8 de febrero de 2019 (ROJ SAP ZA 42/2019) y de Burgos, Sec. 3.^a, de 8 de febrero de 2019 (ROJ SAP BU 32/2019), entre otras.

⁴⁴ Cfr. SSAP de La Rioja, Sec. 1.^a, de 16 de junio de 2016 (ROJ SAP LO 244/2016), de Vizcaya, Sec. 3.^a, de 19 de octubre de 2016 (ROJ SAP BI 1894/2016) y de Huelva, Sec. 2.^a, de 21 de noviembre de 2016 (ROJ SAP H 722/2016), entre otras.

⁴⁵ Cfr. SSAP de Asturias, Sec. 5.^a, de 1 de febrero de 2017 (ROJ SAP O 399/2017) y de Asturias, Sec. 5.^a, de 17 de febrero de 2017 (ROJ SAP O 642/2017). También hay resoluciones de primera instancia, como la SJPI n.º 1731/2018 del n.º 1 bis de Toledo de 5 de diciembre de 2018.

⁴⁶ Que en particular dice:

«1. Esta Ley no será de aplicación a los contratos de préstamo suscritos con anterioridad a su entrada en vigor.

2. No obstante, las previsiones de esta Ley resultarán de aplicación a aquellos contratos celebrados con anterioridad si son objeto de novación o de subrogación con posterioridad a su entrada en vigor. En particular, el prestamista deberá informar al prestatario en los términos señalados en el artículo 14 de aquellos contenidos que hayan sido objeto de modificación respecto de lo contratado inicialmente.

3. Cualquiera que sea el momento en el que se hubiera celebrado el contrato, el prestatario siempre tendrá derecho de reembolso anticipado en el supuesto previsto en el apartado 6 del artículo 23.

4. Para los contratos anteriores a la entrada en vigor de esta Ley en los que se incluyan cláusulas de vencimiento anticipado, será de aplicación lo previsto en el artículo 24 de esta Ley, salvo que el deudor alegara que la previsión que contiene resulta más favorable para él. Sin embargo, no será de aplicación este artículo a los contratos cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, se hubiese instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo, y estuviera este suspendido o no».

⁴⁷ Tal disposición fija la entrada en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, que tuvo lugar el 16 de marzo de 2019 según puede constatar en la web del referido medio: <https://boe.es/boe/dias/2019/03/16/>, consultada el 25 de marzo de 2019.

⁴⁸ En particular el artículo 23.6 de la LCCI establece:

«En caso de novación del tipo de interés aplicable o de subrogación de un tercero en los derechos del acreedor, siempre que en ambos casos suponga la aplicación durante el resto de vigencia del contrato de un tipo de interés fijo en sustitución de otro variable, la compensación o comisión por reembolso o amortización anticipada no podrá superar la pérdida financiera que pudiera sufrir el prestamista, con el límite del 0,15 por ciento del capital reembolsado anticipadamente, durante los 3 primeros años de vigencia del contrato de préstamo.

Transcurridos los 3 primeros años de vigencia del contrato de préstamo el prestamista no podrá exigir compensación o comisión alguna en caso de novación del tipo de interés aplicable o de subrogación de acreedor en los que se pacte la aplicación, en adelante y para el resto de la vida del préstamo, de un tipo de interés fijo».

⁴⁹ El referido ámbito está particularmente delimitado en el artículo 2 de la LCCI, que dispone:

«1. Esta Ley será de aplicación a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física y dicho contrato tenga por objeto:

a) La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial. A estos efectos, también se entenderán como inmuebles para uso residencial aquellos elementos tales como trasteros, garajes, y cualesquiera otros que sin constituir vivienda como tal cumplen una función doméstica.

b) La concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor.

Se entenderá que la actividad de concesión de préstamos hipotecarios se desarrolla con carácter profesional cuando el prestamista, sea persona física o jurídica, intervenga en el mercado de servicios financieros con carácter empresarial o profesional o, aun de forma ocasional, con una finalidad exclusivamente inversora.

2. Esta Ley también será de aplicación a la intermediación para la celebración de una de las modalidades de contrato a que se refieren las letras a) y b) del apartado 1.

3. Las referencias que se realizan en esta Ley a los préstamos se entenderán realizadas indistintamente a préstamos y créditos.

4. Esta Ley no será de aplicación a los contratos de préstamo:

a) concedidos por un empleador a sus empleados, a título accesorio y sin intereses o cuya Tasa Anual Equivalente sea inferior a la del mercado, y que no se ofrezcan al público en general,

b) concedidos sin intereses y sin ningún otro tipo de gastos, excepto los destinados a cubrir los costes directamente relacionados con la garantía del préstamo,

c) concedidos en forma de facilidad de descubierto y que tengan que reembolsarse en el plazo de un mes,

d) resultado de un acuerdo alcanzado ante un órgano jurisdiccional, arbitral, o en un procedimiento de conciliación o mediación,

e) relativos al pago aplazado, sin gastos, de una deuda existente, siempre que no se trate de contratos de préstamo garantizados por una hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial,

o f) hipoteca inversa en que el prestamista:

(i) desembolsa un importe a tanto alzado o hace pagos periódicos u otras formas de desembolso crediticio a cambio de un importe derivado de la venta futura de un bien inmueble de uso residencial o de un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial, y

(ii) no persigue el reembolso del préstamo hasta que no se produzcan uno o varios de los acontecimientos previstos en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, salvo incumplimiento del prestatario de sus obligaciones contractuales que permita al prestamista la rescisión del contrato de préstamo».

⁵⁰ Así el precepto 3 de la LCCI señala:

«Las disposiciones de esta Ley y las contenidas en sus normas de desarrollo tendrán carácter imperativo, no siendo disponibles para las partes contratantes salvo que la norma expresamente establezca lo contrario.

Serán nulos de pleno derecho los actos realizados en fraude de lo dispuesto en esta Ley, de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código civil, y en particular la renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce al deudor, fiador, garante o hipotecante no deudor».

⁵¹ A estos efectos no conviene olvidar la utilidad de la Exposición de Motivos para poder efectuar una interpretación sistemática y teleológica de la norma conforme al artículo 3.1 del Código civil. *Vid.* STS de 22 de diciembre de 2011 (ROJ STS 8996/2011). En concreto la Exposición de Motivos de la LCCI indica en su apartado IV:

«No obstante, es importante señalar que, al igual que como sucedió con las modificaciones introducidas en su momento por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, las innovaciones en la fase precontractual, derivadas de la aplicación de esta Ley, no serán de aplicación, salvo a lo que expresamente se atribuya efecto retroactivo, a la cartera hipotecaria concedida. Y no lo serán ni siquiera como parámetro de comparación, en la medida en que nos encontramos ante contratos que se celebraron al amparo de una legislación que determinaba en su integridad los requisitos de transparencia a los que quedaban sujetos tales contratos».

⁵² Así en la STS de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 104/2019) (aunque la literalidad es igual en el resto) dice en su Fundamento de Derecho Cuarto:

«El legislador puede modificar la normativa aplicable y establecer otros criterios de atribución del pago de estos gastos, por razones de política legislativa, como parece que realizará en el proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario que se tramita en las Cortes. Pero esas nuevas normas no pueden ser aplicadas con carácter retroactivo, salvo que en ellas se disponga lo contrario (art. 2.3 CC)».

⁵³ *Vid.* DE PUIG MATEU, J. y DE PUIG VILADRICH, J. (2013); CÁMARA LAPUENTE, S. (2017) y MARÍN NARROS, H. D. (2017).

⁵⁴ *Vid.* Noticias Jurídicas (2019).

⁵⁵ Cfr. AATS de 19 de abril de 2017 (ROJ ATS 3444/2017), de 10 de mayo de 2017 (ROJ ATS 4275/2017) y de 31 de mayo de 2017 (ROJ ATS 5292/2017), entre otros.