



Roj: **SAP GI 807/2020 - ECLI: ES:APGI:2020:807**

Id Cendoj: **17079370012020100614**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **1**

Fecha: **05/06/2020**

Nº de Recurso: **46/2020**

Nº de Resolución: **749/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ALEXANDRE CONTRERAS COY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 01 Civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.01)

Plaza Josep Maria Lidón Corbí, 1 - Girona - C.P.: 17001

TEL.: 972942368

FAX: 972942373

EMAIL:upsd.aps1.girona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 1707942120198136335

Recurso de apelación 46/2020 -1

Materia: Apelación civil

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Girona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) 1026/2019

Parte recurrente/Solicitante: UNION DE CREDITOS INMOBILIARIOS, S.A., ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CREDITO

Procurador/a: Javier Segura Zariquiey

Abogado/a: Elena Valero Galaz

Parte recurrida: Noelia

Procurador/a: Javier Fraile Mena

Abogado/a: Nahikari Larrea Izaguirre

SENTENCIA N° 749/2020

En Girona, a 5 de junio de 2.020.

Presidente.

Ilmo. D. Fernando Lacaba Sánchez.

Magistrados.

Ilmo. D. Fernando Ferrero Hidalgo.

Ilmo. D. Alexandre Contreras Coy.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO- El día 14 de enero de 2.020 se recibieron en la Ilma. Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Girona los autos de Procedimiento Ordinario (Contratación artículo 249.1.5) número 1.026/2019 remitidos por



el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Girona a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el/la Procurador/a de los Tribunales D. JAVIER SEGURA ZARIQUEY, en nombre y representación acreditada de UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS, S.A, ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO, contra la sentencia número 1.818/2019 de 12 de noviembre de 2.019 y en el que consta como parte apelada el/la Procurador/a de los Tribunales D. JAVIER FRAILE MENA, en nombre y representación acreditada de D^a. Noelia .

SEGUNDO-. El contenido del Fallo de la sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

" *ESTIMO INTEGRAMENTE la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales don Javier Fraile Mena, en nombre y representación de DOÑA Noelia , contra UNION DE CREDITOS INMOBILIARIOS, S.A., ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CREDITO, y:*

1. *DECLARO la nulidad de la cláusula de gastos contenida en la escritura de préstamo hipotecario y su correspondiente eliminación.*
2. *CONDENO a la entidad financiera demandada a satisfacer el importe de 848,76 € más los intereses legales de dicha cantidad desde las respectivas fecha de pago de cada uno de los importes objeto de condena.*
3. *DECLARO la nulidad de la cláusula relativa a los intereses moratorios, eliminando la citada cláusula de la escritura y teniéndola por no puesta, devengándose únicamente el tipo de interés remuneratorio pactado*
4. *CONDENO a la entidad demandada a las costas del proceso".*

TERCERO-. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil para este tipo de recursos, habiéndose señalado fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo que ha tenido lugar el día 3 de junio de 2.020. **La deliberación, votación y fallo se ha realizado, bajo la dirección del Presidente, mediante los oportunos medios telemáticos.**

CUARTO-. En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado las prescripciones legales.

Se designó como Ponente a **ALEXANDRE CONTRERAS COY.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO- . Apelación ante esta Sala-. La entidad bancaria demandada, en su escrito de recurso, impugna los pronunciamientos de la meritada sentencia judicial relativos a prescripción, declaración de nulidad de la cláusula de gastos, restitución de cantidades dimanantes de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos, intereses del artículo 1.303 del Código Civil y costas procesales, de conformidad con las alegaciones que ha estimado oportunas y obrantes en las actuaciones, habiendo formulado la parte actora la correspondiente oposición al meritado recurso, donde peticiona, además, la suspensión del procedimiento hasta la resolución de la cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la cuestión prejudicial relativa a la prescripción de la acción de reclamación de cantidades dimanante de la previa declaración de nulidad de la cláusula de gastos, cuestión que fue resuelta por Auto dictado por esta Sala, como es de ver de una lectura y examen de las actuaciones.

SEGUNDO- . Prescripción de la acción en reclamación de cantidades-. Son varios los pronunciamientos de esta Sala a este respecto.

Así, en **sentencia número 482/2018 de 22 de octubre de 2.018** , dijimos " **SEXTO-** Imprescriptibilidad de la acción resarcitoria.-

El Banco recurrente, sostiene que, debe tenerse en cuenta por el Juzgador que en el caso que nos ocupa la actora está acumulando dos acciones muy diferentes: por un lado, la acción DECLARATIVA de nulidad de unas condiciones generales de la contratación, la cual resulta imprescriptible y, por otro, unas acciones RESARCITORIAS tendentes a que mi representada le restituya los conceptos que la misma abonó con ocasión de las mismas, las cuales SÍ que están sometidas al término previsto en nuestro Código Civil y otras Leyes especiales.

Siendo una cuestión meridianamente clara el carácter imprescriptible de la acción de nulidad de una condición general de la contratación, por ejercitarse una acción de nulidad radical y no anulabilidad, mayores dudas ha suscitado si puede alzarse la prescripción, no ya frente a la acción meramente declarativa de nulidad, sino ante otras acciones autónomas posteriores como aquellas que pudieran pretender la concreta devolución de determinadas cantidades (por ej., gastos hipotecarios, comisiones) cuando la acción inicial ejercitada se ha limitado a la estricta pretensión mero declarativa.

Si se interpreta que, al pretender la devolución de los gastos, nos hallamos ante una segunda acción, autónoma, pero consecuente de la nulidad de la condición general impugnada, acogiendo la doctrina establecida por la STS



de 14 de marzo de 1974 : "Si la acción de nulidad era imprescriptible, tal condición habrán de tener las acciones de ella derivadas".

Y en idéntico sentido, razona la SAP de Barcelona, de 4 de marzo de 2002 :

"La solución en este punto no puede ser otra que la del Juez "a quo", pues la acción ejercitada es de nulidad absoluta (...) y el art. 1.300 CC , que invoca la apelante, se refiere a la acción de anulabilidad de los contratos en que concurren los referidos requisitos, por vicios del consentimiento, etc. El plazo de cuatro años que establece el art. 1.301 CC solo resulta de aplicación a esta última, y no a la de nulidad absoluta, que es imprescriptible, según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, pues lo mismo que tales contratos no son susceptibles de confirmación (art. 1.310 CC), tampoco podrían convalidarse por la suerte de renuncia tácita que supondría dejar pasar el tiempo sin pedir la nulidad. Además, otra de las razones que abona la imprescriptibilidad de la acción es que es meramente declarativa.

Sentada la inaplicación del plazo de cuatro años que establece el art. 1.301 CC , tampoco puede acogerse la tesis de que se aplique el de quince para la restitución de las prestaciones, pues, si es imprescriptible la acción de nulidad, dicha imprescriptibilidad afecta también a las consecuencias derivadas de la declaración nulidad a, que se refiere el art. 1.303 CC ".

Esta Sala participa del mismo criterio expuesto".

Y **sentencia número 89/2019 de 12 de febrero de 2.019** expresamos " **TERCERO.-** Sobre la prescripción de la acción.

La reclamación de las cantidades indebidamente pagadas se fundamenta en la nulidad de la cláusula de gastos al infringir una norma imperativa y prohibitiva, como es la legislación sobre protección de consumidores y usuarios, que prohíbe la incorporación a los contratos celebrados con consumidores de cláusulas abusivas, por lo que la acción, tanto para pedir su nulidad, como los efectos inherentes a la misma, es imprescriptible, no siendo de aplicación el plazo de caducidad del artículo 1301 del CC que se refiere a la acción de anulabilidad.

La consecuencia de la nulidad es la devolución de las contraprestaciones realizadas como consecuencia de dicha nulidad y, aunque, los prestatarios satisficieron una serie de gastos a favor de terceros, se efectuaron por aplicación de una cláusula nula, que de no haber sido impuesta, parte de los referidos pagos los debería haber efectuado la entidad prestamista, por lo que debe equipararse la devolución de contraprestaciones a la reintegración que el prestamista debe hacer a favor de prestatario por un pago indebido e impuesto en una cláusula nula.

Pero, aunque se aceptase que la acción es independiente a la nulidad, en ningún caso estaría prescrita, pues el inicio del cómputo deberá efectuarse desde el momento en que se declara nula la cláusula, pues mientras no se declare, no existe acción para reclamar lo indebidamente pagado. Como establece el artículo 121-23.1. del CCC el plazo de prescripción se inicia cuando, nacida y ejercitable la pretensión, la persona titular de la misma conoce o puede conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan y la persona contra la cual puede ejercerse. Por lo tanto, sin conocer que la cláusula era nula, lo cual se produce con la declaración judicial, no se iniciaría el plazo prescriptivo", habiendo reiterado la misma postura en sentencias **número 159/2019 de 6 de marzo de 2.019** , **número 166/2019 de 6 de marzo de 2.019** , **número 185/2019 de 13 de marzo de 2.019** , **número 186/2019 de 13 de marzo de 2.019** , **número 196/2019 de 14 de marzo de 2.019** , **número 237/2019 de 27 de marzo de 2.019** , **número 240/2019 de 27 de marzo de 2.019** , **número 281/2019 de 11 de abril de 2.019** y **número 326/2019 de 2 de mayo de 2.019** .

De conformidad a lo expuesto, no cabe más que confirmar el pronunciamiento judicial de primera instancia, dando por válida la argumentación jurídica desarrollada por la Juez a quo, en este sentido, aplicable al caso enjuiciado y que se ajusta plenamente a la línea jurisprudencial de esta Sala.

TERCERO.- Cláusula de gastos.- La **sentencia número 705/2015, de 23 de diciembre de 2.015 de la Excm. Sala Primera del Tribunal Supremo del Reino de España (Ponente: Excmo. Magistrado del Tribunal Supremo D. Pedro José Vela Torres)** señala "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 art. 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" (numero 2º), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 3º). 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. 89.3.3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º 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. 89.3.4º) 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. 89.3.5º).

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 (artículo 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.

3.-En lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, nuevamente no se hace distinción alguna. El art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el art. 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Pero el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

De tal manera que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho.

Ya dijimos en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, que la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión, era una cláusula abusiva, por limitar los derechos que sobre distribución de la carga tributaria estaban previstos en la legislación fiscal, por lo que la condición general que contuviese dicha previsión debía ser reputada nula.

4.-En lo que atañe a los gastos derivados de la contratación del seguro de daños, no parece que esta previsión sea desproporcionada o abusiva, por cuanto deriva de una obligación legal (art. 8 LMH), habida cuenta que cualquier merma del bien incide directamente en la disminución de la garantía. Es decir, no se trata de una garantía desproporcionada, en el sentido prohibido por el art. 88.1 TRLGCU, sino de una consecuencia de la obligación de conservar diligentemente el bien hipotecado y de asegurarlo contra todos los riesgos que pudieran



afectarlo. Pero, en todo caso, se trata de una previsión inane, puesto que la obligación de pago de la prima del seguro corresponde al tomador del mismo, conforme al art. 14 de la Ley de Contrato de Seguro .

5.-En cuanto a los gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, y los derechos de procurador y honorarios de abogado contratados por la entidad prestamista, hemos de advertir en primer lugar que los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en los arts. 394 y 398 LEC , para los procesos declarativos, y en los arts. 559 y 561 de la misma Ley , para los procesos de ejecución. Tales normas se fundan básicamente en el principio del vencimiento, y en el caso concreto de la ejecución, las costas se impondrán al ejecutado cuando continúe adelante el despacho de ejecución; pero también podrán imponerse al ejecutante cuando se aprecie algún defecto procesal no subsanable o que no se haya subsanado en el plazo concedido al efecto (art. 559.2 LEC), o cuando se estime algún motivo de oposición respecto del fondo (art. 561.2 LEC); y cuando la estimación sea parcial, cada parte deberá hacer frente a las costas devengadas a su instancia. Por consiguiente, la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales no solo infringe normas procesales de orden público, lo que comportaría sin más su nulidad ex art. 86 TRLCU y art. 8 LCGC, sino que introduce un evidente desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaer a todo trance las consecuencias de un proceso sobre una de ellas, sin tener en cuenta ni la procedencia legal de la reclamación o de la oposición a la reclamación, ni las facultades de moderación que la ley reconoce al Tribunal cuando aprecie serias dudas de hecho o de derecho.

Respecto a la imputación al cliente de los honorarios de abogado y aranceles de procurador de los que se haya servido el prestamista, incluso cuando su intervención no sea preceptiva, la estipulación contraviene de plano el art. 32.5 LEC , que excluye tales gastos de la eventual condena en costas, salvo que el tribunal aprecie temeridad o que el domicilio de la parte representada o defendida en juicio esté en un lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio. Por lo que, además de la falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes y la dificultad para el consumidor de valorar las consecuencias por desconocer en el momento de la firma del contrato el cúmulo de actuaciones en las que eventualmente podría valerle la entidad contratante de tales profesionales sin ser preceptivo (actos de conciliación, procedimiento monitorio, juicio verbal en reclamación de cantidad inferior a la establecida legalmente...), lo que de por sí sería suficiente para considerar la cláusula como abusiva, resulta correcta la declaración de nulidad de la misma, conforme a los arts. 86 TRLCU y 8 LCGC".

Esta Sala en **sentencia número 55/2016 de 10 de marzo de 2.016** dijo " Efectivament, no basta que els termes siguin clars i precisos per declarar una clàusula abusiva. Aquell és el primer requisit, el denominat control d'inclusió, però posteriorment si se supera aquest control cal entrar en el control de transparència que consisteix en determinar si el consumidor ha pogut tenir la certesa de "la càrrega econòmica" d'allò que ha signat. Ha pogut tenir la informació suficient per poder conèixer de manera raonable l'abast d'allò que va a signar i que no resulti que per manca d'aquella informació precisa i al seu abast de comprensió, ha pogut incorre en un error vici en el seu consentiment. "Si ho hagués sabut, no ho hauria signat".

Per altra banda, no hi ha cap mena de dubte en el debat d'aquest litigi que ens trobem davant d'unes condicions generals de contractació en el termes que les defineix l' article 1 de la Llei 7/1998 sobre condicions generals de contractació (LCGC). I la mateixa llei en el seu article 8 diu que seran nul·les de ple dret aquelles condicions que contradiguin la mateixa llei o qualsevol altra de caràcter prohibitiva o imperativa. També en el seu apartat 2 que les condicions generals seran abusives si contradiuen l'article 10 bis de la mateixa llei o de la disposició addicional primera de la Llei 26/1984 de consumidors i usuaris. La mateixa Llei LCGC incorpora aquella disposició addicional en la Llei de consumidors i usuaris. Posteriorment es va publicar en 30.11.07 (en vigor, al dia següent) el Text refós de la llei general de consumidors i usuaris i d'altres lleis complementaries per RD Legislatiu 1/2007 de 16 de novembre, sota la vigència del qual es va atorgar el contracte de préstec hipotecari del present cas.

Doncs be, l'article 82.1 10 bis qualifica d'abusives aquelles clàusules i pràctiques no negociades individualment que, en contra de les exigències de la bona fe, causin en perjudici al consumidor un desequilibri important dels drets i obligacions de les parts que es derivin del contracte. Aquesta definició està perfectament alineada amb la Directiva 93/13/CEE sobre protecció de drets al consumidor i amb la constant jurisprudència del TJUE. Afegeix el mateix article en el seu apartat 2 que la càrrega de una clàusula que ha estat negociada individualment correspon a l'empresari, és a dir, en el serveis bancaris, a l'entitat prestamista, en la mateixa línia que l'article 3.2 de l'esmentada Directiva. Això no ha succeït en el present cas.

I aquest article 82 en l'apartat 4 preveu que en tot cas seran clàusules abusives les previstes en els articles 85 a 90 de la mateixa llei que: a) vinculin el contracte a la voluntat de l'empresari; b) limitin els drets del consumidor i usuari; c) determinin la manca de reciprocitat en el contracte; d) imposin al consumidor garanties desproporcionades; e) resultin desproporcionades en el perfeccionament o execució del contracte o f) contravinguin les regles sobre competència o dret aplicable.



En aplicació d'aquesta legislació, la ja esmentada STS de 23.12.15 aborda la nul·litat d'una clàusula molt similar a la que hem transcrit i que ha estat impugnada sobre les despeses derivades del contracte de préstec.

Aplicada aquesta doctrina al cas present i a la vista de la clàusula impugnada en la seva totalitat hem de dir que efectivament resulta clarament desequilibrada la posició del consumidor respecta al prestamista professional, el qual fa recaure absolutament totes les despeses en el compte del consumidor. I resulta encara més contrari a la bona fe que ho hagi fet després de reconèixer en la pròpia escriptura que la pròpia prestamista ha intervingut en determinades decisions que afecten a la despesa que fa recaure en el seu client, en preservació dels seus propis interessos com a entitat prestamista, però sense assumir cap càrrega econòmica de les decisions preses de comú acord. És a dir, ho van decidir entre les dues parts (cosa que, atesa l'asimetria precontractual entre les parts, fa difícil de considerar) però el cost corre a càrrec del client exclusivament".

Tambien esta Sala senyaló en su **sentencia 422/2018 de 1 de octubre de 2.018** lo que se sigue " Cinquè. Consideracions generals sobre les condicions generals de la contractació i el seu control d'abusivitat.

El Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris i unes altres lleis complementàries, a part d'establir unes normes generals sobre la contractació amb els consumidors, en els articles 85 a 90 efectua un elenc de clàusules abusives, bé per vincular el contracte a la voluntat de l'empresari, bé per limitar els drets bàsics del consumidor i usuari, bé per manca de reciprocitat, bé respecte al sistema de garanties dels béns o productes, bé per afectar al perfeccionament i execució del contracte, bé a la competència i dret aplicable.

Sisè. Consideracions generals sobre el préstec o crèdit amb garantia hipotecària.

El préstec es constitueix en escriptura pública perquè al mateix temps, i com a garantia de la concessió, es constitueix al seu torn el dret real d'hipoteca que exigeix, d'acord amb el Codi civil i la Llei hipotecària, la formalització de l'escriptura notarial i la inscripció corresponent en el Registre de la Propietat. Algun sector doctrinal i algunes resolucions judicials entenen que l'interès substancial del prestatari és que es formalitzi el préstec de la manera més simple possible i sense més garanties que la seva personal (els seus béns presents i futurs), i li és indiferent que en el cas d'exigir-se-li una garantia, com la hipoteca, s'inscriu o no en el Registre de la Propietat, mentre que l'interès del banc és el d'atorgar escriptura pública, fent feaent a efectes probatoris i executius l'existència del contracte, i perquè a més de cap altre manera podrà guanyar a favor seu el dret real d'hipoteca que es constitueix per a ell.

Ara bé, el consumidor que sol licita un préstec d'una quantitat considerable de diners no pot pretendre que l'entitat financera li ho presti sense garanties efectives de devolució, i la constitució d'una hipoteca sobre aquest és la més estesa i vinculada al finançament per adquirir un immoble, encara que també pot es garantir el préstec amb la hipoteca d'un immoble per a una finalitat diferent. La constitució d'hipoteca necessita per a la seva validesa d'escriptura pública i inscripció en Registre de la Propietat (article 1.875 del Codi civil i article 145 de la Llei hipotecària), per la qual cosa el prestatari només pot ser conscient que la sol·licitud i obtenció d'un préstec d'una quantia elevada necessita una garantia, que en ser una hipoteca sobre un immoble generarà una sèrie de despeses per l'atorgament d'una escriptura pública i inscriure-la en el Registre de la Propietat.

D'altra banda, la prestació d'una o diverses garanties pel prestatari pot afectar a l'interès remuneratori que ha de satisfer per l'ajornament en la seva devolució o en els terminis per retornar i, així, en la pràctica financera un préstec amb la garantia de la hipoteca es concedeix amb l'obligació d'una devolució en terminis molt més llargs (20, 30 o fins i tot 40 anys) i amb un interès remuneratori més baix que els préstecs sense la garantia real de la hipoteca, que es concedeixen amb l'obligació de retornar en terminis molt més curts i amb el pagament d'un interès remuneratori més alt. I el banc o l'entitat financera és clar que també té un interès econòmic en la concessió del préstec, ja que part del seu negoci es fonamenta en això. I tant la taxació correcta del bé, com la intervenció del Notari i la inscripció en el Registre de la Propietat resulten essencials per garantir el bon fi del negoci.

En realitat, deixant de banda les obligacions fiscals que genera el procés de concessió d'un préstec amb garantia hipotecària, ambdues parts, prestador i prestatari, tenen interès en què el préstec es garanteixi amb una hipoteca, per a la qual cosa és necessària l'escriptura pública i inscriure-la en el Registre de la Propietat (art. 145 de la Llei Hipotecària). Tot el procés de concessió d'un préstec amb garantia hipotecària ha de ser qualificat de forma unitària i no dissociar-se cadascuna de les seves parts. El prestatari sol·licita d'una entitat financera un préstec per una quantitat considerable i per tal que li concedeixin ha de prestar una garantia suficient, per la qual cosa s'exigeix la taxació d'aquesta per tal de demostrar que ho és. Resulta necessària la intervenció d'un Notari, un registrador i habitualment actua un gestor aliè a ambdues parts, que actua en interès d'aquestes, i inscriu l'escriptura i paga els impostos que es generen per tot aquest procés.



Podria ser discutible si un o un altre té un major o menor interès en els actes que han de dur a terme fins a consumir el contracte, però naturalment, ambdues parts hi tenen interès.

Setè. La sentència del Tribunal Suprem de 23 de desembre del 2015 .

Atès que la part recurrent esmenta i fonamenta el seu recurs en dit pronunciament judicial, hem de dir que el Tribunal Suprem s'ha pronunciat en sentència de ple, de 23 de desembre del 2015 , pel que fa a les clàusules contractuals en què s'imposa als prestataris una sèrie de despeses derivades de l'atorgament del préstec hipotecari i la inscripció en el Registre de la Propietat. Aquest pronunciament diu literalment: (...)

Aquesta Sentència va ser dictada en un procés en què una organització de consumidors (OCU) exercia la nul·litat d'una sèrie de clàusules incorporades als contractes de préstec hipotecari que havien atorgat el BBVA i el BANCO POPULAR ESPAÑOL. Per tant, d'una banda, la força de cosa jutjada només té efectes davant aquestes entitats bancàries i, d'altra banda, els efectes jurídics d'aquestes sentències s'han d'interpretar en els termes justos, atès que són dictades en processos d'accions col·lectives, i pot ser diferent la decisió que es dicti en els processos individuals exercits pels consumidors.

En aquest cas, la part demandada és CAIXABANK,SA i la clàusula incorporada al contracte de préstec hipotecari objecte de l'acció de nul·litat és similar a la declarada nul·la en aquesta Sentència del Tribunal Suprem, en imposar al prestatari totes les despeses de taxació de l'immoble, aranzels notariais, fins i tot la primera còpia, registrals i els impostos relatius a la constitució, modificació i cancel·lació de la hipoteca; les despeses de tramitació de l'escriptura davant el Registre de la Propietat i l'Oficina Liquidadora d'Impostos; els derivats de la conservació de l'immoble, assegurança d'incendis i danys; i totes les despeses derivades de l'exigència del compliment del que s'hagi pactat.

La clàusula es declara nul·la per abusiva, és a dir, per contravenir una sèrie de normes imperatives que es relacionen en la Sentència relativa a carregar al consumidor despeses o impostos que no li corresponen, però no declara la nul·litat per no ser transparent. La clàusula no afecta l'objecte principal del contracte, ni el preu o retribució, per tant, no s'ha d'efectuar el seu control a l'empara de si la clàusula és o no clara o si ha estat o no acceptada pel prestatari o l'hipotecant, sinó si contradiu una norma imperativa que prohibeix determinades clàusules incorporades a contractes amb consumidors.

Només, com hem vist, es podria excloure l'abusivitat de la clàusula si es prova complidament l'existència d'una negociació expressa i les contrapartides que aquest consumidor concret va obtenir per la inserció de clàusules que afavoreixen la posició del professional o empresari. Ni s'al·lega aquesta qüestió ni es prova.

Per tant, la clàusula és nul·la per contravenir l'article 89.3 del TRLCU en imposar al consumidor el pagament de totes les despeses i l'article 82.1 de la mateixa Llei en contravenir els principis de la bona fe i ocasionar al consumidor un desequilibri important en el seu drets i obligacions. En conseqüència, la Sentència no ha incorregut en cap incongruència.

Però, com s'indica en les sentències del Tribunal Suprem de 15 de març del 2018 , sobre la base de l'abusivitat de l'atribució indiscriminada i sense matisos del pagament de totes les despeses i els impostos al consumidor (en aquest cas, el prestatari), haurien de ser els tribunals qui decideixin en processos posteriors, davant les reclamacions individuals dels consumidors, qui concretés com es distribueixen en cada cas les despeses i impostos de l'operació.

Per això, el motiu del demandant relatiu als efectes de la declaració de nul·litat i de la impossibilitat d'integració de les clàusules abusives no pot ser acollit en els termes pretesos, és a dir, la devolució de totes les quantitats pagades com a conseqüència de l'aplicació de la clàusula nul·la, sinó només d'aquelles quantitats indegudament pagades pel consumidor atès que correspon pagar-les al prestador. No es pot aplicar la Sentència del TJUE de 21 de desembre del 2016, que es va referir a la clàusula sòl, atès que no té res a veure amb la clàusula que s'impugna en aquest procediment. Per això, s'haurà d'examinar cada despesa concreta si corresponia pagar-la al prestador, al prestatari o fins i tot a ambdós, decisió que no té res a veure amb la moderació d'una clàusula abusiva declarada nul·la. I això perquè no es tracta de quantitats indegudament percebudes pel banc, ja que aquest no les ha percebut, atès que ho ha fet un tercer -el Notari, el Registrador, el taxador, el gestor- i, per tant, el que s'haurà de decidir és a qui li corresponia el pagament".

Habiendo reiterado esta Sala lo anterior en sus sentencias número 418/2018 de 1 de octubre de 2.018 , número 424/2018 de 1 de octubre de 2.018 , número 428/2018 de 2 de octubre de 2.018 , número 447/2018 de 10 de octubre de 2.018 , número 453/2018 de 11 de octubre de 2.018 , número 459/2018 de 15 de octubre de 2.018 , número 465/2018 de 18 de octubre de 2.018 , número 466/2018 de 18 de octubre de 2.018 , número 468/2018 de 18 de octubre de 2.018 , número 474/2018 de 19 de octubre de 2.018 , número 482/2018 de 22 de octubre de 2.018 , número 483/2018 de 22 de octubre de 2.018 , número 517/2018 de 7 de noviembre de 2.018 , número 519/2018 de 8 de noviembre de 2.018 , número 521/2018



de 8 de noviembre de 2.018 , número 551/2018 de 23 de noviembre de 2.018 , número 568/2018 de 29 de noviembre de 2.018 , número 569/2018 de 29 de noviembre de 2.018 , número 571/2018 de 30 de noviembre de 2.018 , número 575/2018 de 3 de diciembre de 2.018 , número 579/2018 de 3 de diciembre de 2.018 , número 580/2018 de 3 de diciembre de 2.018 , número 581/2018 de 4 de diciembre de 2.018 , número 594/2018 de 10 de diciembre de 2.018 , número 598/2018 de 11 de diciembre de 2.018 , número 600/2018 de 11 de diciembre de 2.018 , número 601/2018 de 11 de diciembre de 2.018 , número 605/2018 de 11 de diciembre de 2.018 , número 610/2018 de 12 de diciembre de 2.018 , número 616/2018 de 13 de diciembre de 2.018 , número 622/2018 de 14 de diciembre de 2.018 , número 623/2018 de 14 de diciembre de 2.018 , número 625/2018 de 14 de diciembre de 2.018 , número 631/2018 de 17 de diciembre de 2.018 , número 632/2018 de 17 de diciembre de 2.018 , número 633/2018 de 17 de diciembre de 2.018 , número 638/2018 de 18 de diciembre de 2.018 , número 639/2018 de 18 de diciembre de 2.018 , número 641/2018 de 18 de diciembre de 2.018 , número 645/2018 de 19 de diciembre de 2.018 , número 646/2018 de 19 de diciembre de 2.018 , número 651/2018 de 19 de diciembre de 2.018 , número 653/2018 de 19 de diciembre de 2.018 , número 654/2018 de 20 de diciembre de 2.018 , número 656/2018 de 20 de diciembre de 2.018 , número 657/2018 de 20 de diciembre de 2.018 , número 655/2018 de 27 de diciembre de 2.018 , número 662/2018 de 27 de diciembre de 2.018 , número 665/2018 de 28 de diciembre de 2.018 , número 2/2019 de 9 de enero de 2.019 , número 3/2019 de 9 de enero de 2.019 , número 5/2019 de 9 de enero de 2.019 , número 6/2019 de 9 de enero de 2.019 , número 7/2019 de 9 de enero de 2.019 , número 25/2019 de 16 de enero de 2.019 , número 27/2019 de 21 de enero de 2.019 , número 32/2019 de 24 de enero de 2.019 , número 33/2019 de 24 de enero de 2.019 , número 34/2019 de 24 de enero de 2.019 , número 35/2019 de 24 de enero de 2.019 , número 37/2019 de 25 de enero de 2.019 , número 38/2019 de 25 de enero de 2.019 , número 40/2019 de 25 de enero de 2.019 , número 36/2019 de 25 de enero de 2.019 , número 39/2019 de 25 de enero de 2.019 , número 53/2019 de 4 de febrero de 2.019 , número 56/2019 de 5 de febrero de 2.019 , número 58/2019 de 5 de febrero de 2.019 , número 58/2019 de 5 de febrero de 2.019 , número 60/2019 de 5 de febrero de 2.019 , número 63/2019 de 5 de febrero de 2.019 , número 64/2019 de 5 de febrero de 2.019 , número 67/2019 de 6 de febrero de 2.019 , número 70/2019 de 6 de febrero de 2.019 , número 73/2019 de 6 de febrero de 2.019 , número 74/2019 de 6 de febrero de 2.019 , número 80/2019 de 7 de febrero de 2.019 , número 84/2019 de 7 de febrero de 2.019 , número 89/2019 de 12 de febrero de 2.019 , número 94/2019 de 14 de febrero de 2.019 , número 97/2019 de 15 de febrero de 2.019 , número 101/2019 de 18 de febrero de 2.019 , número 109/2019 de 19 de febrero de 2.019 , número 113/2019 de 19 de febrero de 2.019 , número 116/2019 de 19 de febrero de 2.019 , número 121/2019 de 20 de febrero de 2.019 , número 123/2019 de 20 de febrero de 2.019 , número 137/2019 de 26 de febrero de 2.019 , número 140/2019 de 26 de febrero de 2.019 , número 141/2019 de 26 de febrero de 2.019 , número 164/2019 de 6 de marzo de 2.019 , número 166/2019 de 6 de marzo de 2.019 , número 172/2019 de 11 de marzo de 2.019 , número 173/2019 de 11 de marzo de 2.019 , número 174/2019 de 11 de marzo de 2.019 , número 180/2019 de 13 de marzo de 2.019 , número 185/2019 de 13 de marzo de 2.019 , número 193/2019 de 14 de marzo de 2.019 , número 194/2019 de 14 de marzo de 2.019 , número 196/2019 de 14 de marzo de 2.019 , número 243/2019 de 27 de marzo de 2.019 , número 244/2019 de 27 de marzo de 2.019 , número 250/2019 de 28 de marzo de 2.019 , número 251/2019 de 28 de marzo de 2.019 , número 253/2019 de 28 de marzo de 2.019 , número 281/2019 de 11 de abril de 2.019 , número 307/2019 de 26 de abril de 2.019 , número 310/2019 de 29 de abril de 2.019 , número 311/2019 de 29 de abril de 2.019 , número 312/2019 de 29 de abril de 2.019 , número 313/2019 de 29 de abril de 2.019 , número 315/2019 de 29 de abril de 2.019 , número 317/2019 de 29 de abril de 2.019 , número 318/2019 de 30 de abril de 2.019 , número 319/2019 de 30 de abril de 2.019 , número 320/2019 de 30 de abril de 2.019 , número 337/2019 de 7 de mayo de 2.019 , número 338/2019 de 7 de mayo de 2.019 , número 339/2019 de 7 de mayo de 2.019 , número 340/2019 de 8 de mayo de 2.019 , número 341/2019 de 8 de mayo de 2.019 , número 342/2019 de 8 de mayo de 2.019 , número 343/2019 de 8 de mayo de 2.019 , número 356/2019, de 10 de mayo de 2.019 , número 357/2019, de 10 de mayo de 2.019 , número 367/2019, de 10 de mayo de 2.019 , número 372/2019, de 15 de mayo de 2.019 , número 389/2019, de 22 de mayo de 2.019 , número 390/2019, de 22 de mayo de 2.019 , número 401/2019, de 24 de mayo de 2.019 , número 403/2019 de 27 de mayo de 2.019 , número 408/2019, de 29 de mayo de 2019 , número 409/2019, de 29 de mayo de 2.019 , número 421/2016, de 4 de junio de 2.019 , número 422/2016, de 4 de junio de 2.019 , número 423/2016, de 4 de junio de 2.019 , número 425/2016, de 4 de junio de 2.019 , número 426/2016, de 4 de junio de 2.019 , número 428/2019, de 5 de junio de 2.019 , número 432/2019, de 5 de junio de 2.019 , número 430/2019, de 5 de junio de 2.019 , número 444/2019, de 11 de junio de 2.019 , número 446/2019, de 11 de junio de 2.019 , número 457/2019, de 17 de junio de 2.019 , número 458/2019, de 17 de junio de 2.019 , número 525/2019 de 30 de julio de 2.019 y número 529/2019, de 31 de julio de 2.019 , sentencias judiciales, que recogen el criterio reiterado y unánime de esta Sala en cuanto a la procedencia de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos, estableciendo los criterios a seguir en cuanto a restitución de cantidades en concepto de gastos notariales, registrales, de



gestoría, de tasación y de impuestos, con las precisiones más recientes, en este sentido, fijadas en sentencias de 23 de enero de 2.019 de nuestro Alto Tribunal, a las que posteriormente se hará referencia.

El recurso no merece prosperar, rechazándose las alegaciones expuestas por la entidad bancaria demandada, quién reproduce las mismas alegaciones efectuadas, en este sentido, en primera instancia, en su escrito de contestación a la demanda, atendida la línea jurisprudencial de esta Sala y compartiendo la argumentación jurídica efectuada por la Juez *a quo* relativa a la nulidad de la cláusula de gastos contenida en la sentencia recurrida.

Partiendo que no se discutió la cualidad y la calidad de consumidor que ostenta la parte actora resulta evidente que la cláusula de gastos litigiosa no fue negociada, sino impuesta por la entidad bancaria demandada, cuya ausencia de prueba, por cuanto es a quién le corresponde, de conformidad con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tanto en primera como en segunda instancia, en este punto, es palpable y manifiesta.

Respecto a las alegaciones relativas a la oferta vinculante en concordancia con lo que, en ocasiones, se manifiestan en escrituras públicas similares y, en procesos civiles declarativos idénticos y/o similares, donde se dice, esencialmente, que el Notario autorizante de la presente escritura le han librado la oferta vinculante, sin que existan discrepancias entre las condiciones financieras de dicha oferta vinculante y las cláusulas financieras de esta escritura o la aportación de la oferta vinculante, para acreditar negociación entre ambas partes litigantes, comprensión por la parte actora y, en último lugar, cumplimiento de la obligación de transparencia por la entidad bancaria demandada, baste decir que la oferta vinculante se limita, única y exclusivamente, a una breve exposición de lo que van a constituir las cláusulas financieras de la escritura de préstamo hipotecario y de la definición de las mismas, ni más ni menos, siendo exigua la explicación que contiene respecto de la cláusula de gastos; lo que se valora, generalmente, de forma negativa, por cuanto no acredita, mínimamente, ni negociación, ni comprensión, ni entendimiento alguno.

Lo anterior es predicable respecto al mencionado folleto informativo.

Ninguna prueba concluyente se aporta de entendimiento y comprensión por parte de la parte actora ni de una efectiva negociación de su clausurado, constituyendo la oferta vinculante, simplemente, un formulario previo a la suscripción efectiva del préstamo hipotecario litigioso, que no acredita negociación efectiva llevada a cabo con la parte actora, con la participación activa e influencia de la misma en la negociación del clausurado.

Dicha negociación, de igual a igual, no se considera acreditada en ningún extremo.

Lo anterior es aplicable a la solicitud de préstamo, a la declaración de compromiso y capacidad de pago y a la simulación informativa.

Lo mismo cabe indicar respecto a las advertencias realizadas por el Notario, que se rechazan, máxime cuando tampoco consta el devenir de las explicaciones en el momento de suscripción del préstamo hipotecario.

Las alegaciones que el préstamo hipotecario fue solicitado por la parte actora no pueden más que rechazarse, máxime cuando, es una obviedad que, para la adquisición de un bien inmueble, la generalidad de los prestatarios, acuden a las entidades bancarias por cuanto no disponen de la totalidad del dinero para la adquisición siendo necesaria e imperiosa la contratación.

Pues bien, no consta, ni se desprende, que hubiera negociación alguna, sino que sobre la premisa de que la parte actora necesita el préstamo hipotecario, éstas serán las condiciones, determinadas, única y exclusivamente, por la entidad bancaria demandada.

En cuanto al pago de los gastos por parte de la parte actora resulta, claro y meridiano, que así fue, como se infiere tanto de una lectura de la cláusula litigiosa.

Todo ello lleva, como corolario, que no puede más que aseverarse la pluralidad de conceptos a cargo de la parte actora, consumidora y prestataria, expresados en términos genéricos, imprecisos e inconcretos, sin efectuar distinción ni concreción alguna, desconociéndose por completo que partidas se integran en cada uno de ellos, tal y como está redactada la cláusula de gastos litigiosa, la cual, puede y debe considerarse, como condiciones generales de la contratación, llamadas a incorporarse a multitud de préstamos hipotecarios, idénticos o similares, al de objeto de litis, y que se hayan redactados por la entidad bancaria demandada, lo que implica la nula capacidad de negociación y de intervención de la parte actora, consumidora y prestataria, en su negociación, sino que, simple y llanamente, constituyen condiciones que la entidad bancaria impone para la obtención del préstamo hipotecario, a suerte de oferta irrevocable, lo que comporta la existencia de un desequilibrio relevante y de cierta entidad, expresado en términos de reciprocidad, en los derechos y obligaciones que ostentan las partes en la relación jurídico-contractual, tratándose de una cláusula no negociada, individual y separadamente, lo que implica a afirmar el desequilibrio que comporta para la parte actora consumidora y el beneficio que obtiene la entidad bancaria demandada.



CUARTO-. Restitución de cantidades derivadas de la nulidad de la cláusula de gastos-. La sentencia número 44/2019 de 23 de enero de 2.019 de la Excm. Sala Primera del Tribunal Supremo del Reino de España (Ponente: Excmo. Magistrado del Tribunal Supremo D. Rafael Sarazá Jimena) señala " SÉPTIMO.- Decisión del tribunal: pago de los gastos de notario y registrador de la propiedad en los préstamos hipotecarios concertados con consumidores.

1.- No se discute en el recurso el carácter abusivo de la cláusula que impone al prestatario el pago de todos los gastos ocasionados por la preparación, la formalización, la subsanación, la tramitación y la modificación del préstamo hipotecario, la constitución y la cancelación de la garantía, además de otros gastos que aquí no son relevantes. En la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, ya declaramos la nulidad, por abusiva, de la condición general que atribuye al consumidor el pago de todos los gastos e impuestos derivados de la concertación del préstamo hipotecario porque "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)".

Lo que se cuestiona en el motivo del recurso son los efectos que debe tener esa declaración de abusividad sobre los gastos notariales y de registro de la propiedad.

2.- Aunque la cláusula declarada nula recoge una amplia gama de aranceles notariales y registrales, la consideración conjunta de la sentencia impugnada y de la petición formulada en el suplico del recurso de casación lleva a la conclusión de que solo se cuestiona la atribución al banco del pago íntegro de los aranceles notariales de la escritura pública de préstamo hipotecario y de los aranceles registrales de la inscripción de la hipoteca.

3.- Una primera precisión a realizar es que no se trata de cantidades que el consumidor haya de abonar al prestamista en concepto de intereses o comisiones. Son pagos que han de hacerse a terceros como honorarios por su intervención profesional con relación al préstamo hipotecario. La declaración de abusividad no puede conllevar que esos terceros dejen de percibir lo que por ley les corresponde.

4.- Al atribuir a una u otra parte el pago de los gastos, tras la declaración de abusividad de la cláusula que atribuye el pago íntegro al consumidor, no se modera la estipulación contractual ni se desconoce el efecto disuasorio que el TJUE ha atribuido a la Directiva 93/13 respecto de los predisponentes de cláusulas abusivas. Decretada la nulidad de la cláusula y acordada su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si tal cláusula nunca se hubiera incluido, y el pago de los gastos discutidos deberá ser afrontada por la parte a la que corresponde, según preveía el ordenamiento jurídico en el momento de la firma del contrato.

5.- El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva y previsto en el art. 1303 del Código Civil no es directamente aplicable, en tanto que no son pagos hechos por el consumidor al banco que este deba restituir, 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.

6.- No obstante, como el art. 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 pago al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubiera correspondido pagar de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas.

Como dice la STJUE de 31 de mayo de 2018, asunto C-483/2016, caso Zsolt Sziber y ERSTE Bank Hungary Zrt: "34. [...] la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva".

7.- Aunque en nuestro Derecho interno no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, descartada la aplicación del art. 1303 del Código Civil por las razones expuestas, nos encontraríamos ante 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. Así lo hemos declarado en la sentencia 725/2018, de 19 de diciembre .

8.- La sentencia 705/2015, de 23 de diciembre , que la demandante invocó para fundar la pretensión de que el banco pagara todos los aranceles de notario y de registrador, no se pronunció sobre el resultado concreto de la atribución de gastos entre las partes de un contrato de préstamo hipotecario, sino que, en el control realizado en el marco de una acción colectiva en defensa de los intereses de consumidores y usuarios, declaró abusivo que se imputaran indiscriminadamente al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la operación.

En esa sentencia se consideró abusivo que, a falta de negociación individualizada, se cargara sobre el consumidor el pago de gastos e impuestos que, conforme a las disposiciones legales aplicables en ausencia de pacto, se distribuyen entre las partes según el tipo de actuación (documentación, inscripción, tributos). Pero sobre la base de la abusividad de la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor (en este caso, el prestatario), deberían ser los tribunales quienes decidieran y concretaran en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación. Eso es lo que corresponde hacer en esta resolución.

9.- En las sentencias 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo, declaramos con relación al pago del derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, lo siguiente: "Como el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, 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 hipoteca-, es razonable distribuir por mitad el pago del impuesto (solución que, respecto de los gastos notariales y registrales, apunta la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 2016)".

10.- Este criterio es aplicable a los aranceles notariales. Aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real de garantía), ambas son inescindibles y conforman una institución unitaria. Como dijo la sentencia de esta sala 1331/2007, de 10 de diciembre , "el crédito garantizado con hipoteca (crédito hipotecario) no es un crédito ordinario, ya que está subsumido en un derecho real de hipoteca, y por ello es tratado jurídicamente de forma distinta". Lo que determina la distribución de gastos en los términos que se expondrán a continuación.

11.- El art. 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en arancel.

Como primera consideración sobre esta cuestión, la diversidad de negocios jurídicos (préstamo e hipoteca) plasmados en la escritura pública no se traduce, en la regulación del arancel, en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado. Por el contrario, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario.

12.- 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".

13.- Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y de un documento que le permita la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad para que quede válidamente constituida (art. 1875 del Código Civil en relación con el art. 3 de la Ley Hipotecaria), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención del préstamo que, por contar con garantía hipotecaria, se concede a un tipo de interés habitualmente más bajo que el que se establece en los préstamos sin esa garantía.

14.- Es decir, como la normativa notarial vigente 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, que fue la solución adoptada por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

15.- 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 aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en



el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria , se abonarán por el transmitente o interesado". Con arreglo a estos apartados del art. 6 de la Ley Hipotecaria , la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (letra b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (letra c).

16.- 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.

17.- 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 de la hipoteca.

18.- La consecuencia de lo expuesto es que solo puede estimarse el motivo en lo que respecta a la mitad de los gastos de aranceles notariales correspondientes a la escritura de préstamo hipotecario, que corresponde pagar al prestatario, pero no en cuanto a los aranceles registrales, cuyo pago corresponde por completo al prestamista, que fue también la solución adoptada en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. En todo caso, dado que Bankia no apeló esta sentencia que le imponía el pago por entero de la cantidad entregada por el prestatario para el pago de los aranceles registrales, no puede pretender que, en el recurso de casación, solo se le imponga el pago de la mitad de estos aranceles.

19.- Los criterios aplicables a la resolución de esta cuestión deben ser los que resulten del ordenamiento jurídico vigente en el momento relevante, que en este caso es la firma de la escritura de préstamo hipotecario. 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 probable que lleve a cabo 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 del Código Civil).

NOVENO.- Decisión del tribunal: pago de los gastos de gestoría

1.- En cuanto a los gastos de gestoría o gestión, son aplicables los razonamientos expuestos al resolver el anterior motivo, relativos a que se trata de pagos que han de realizarse a terceros por su intervención profesional relacionada con el préstamo hipotecario.

2.- En el caso de los gastos de gestoría, no existe norma legal o reglamentaria que atribuya su pago al prestamista o al prestatario. En la práctica, se trata 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.

3.- Estas gestiones no necesitan el nombramiento de un gestor profesional, ya que podrían llevarse a cabo por el banco o por el 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 art. 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 art. 48 de la Ley 26/ 1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito .

4.- 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, que fue también la solución acordada en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Por tanto, procede la estimación del motivo".

La sentencia número 46/2019 de 23 de enero de 2.019 de la Excmo. Sala Primera del Tribunal Supremo del Reino de España (Ponente: Excmo. Magistrado del Tribunal Supremo D. Pedro José Vela Torres) dice " 1.- En primer lugar, debe advertirse que la cita del precepto infringido es incorrecta, por cuanto el contrato de préstamo es de fecha anterior al TRLCU, por lo que éste no resulta aplicable, sino que regía la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante LGCU).

No obstante, como hemos dicho en ocasiones similares (verbigracia, sentencias 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo), al tratarse de un texto refundido, el art. 89.3 c) no fue realmente una norma de nuevo cuño, sino que fue reflejo de la refundición o reajuste de una norma previa. Por ello, a estos efectos, en función de la fecha del contrato (2 de mayo de 2001), deberemos tener en cuenta lo previsto en el art. 10 bis LGCU, en la redacción conferida por la Disposición Adicional Segunda de la Ley 7/1988, de Condiciones Generales de la Contratación (LGC), que se remitía a la Disposición Adicional Primera de la propia LGCU, en la que se contenía un listado de cláusulas abusivas, entre las cuales, la 22 ["La imposición al consumidor de los gastos de documentación y

tramitación que por Ley imperativa corresponda al profesional. En particular, en la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación)”, es equivalente al actual art. 89.3 c) TRLCU.

2.- En las sentencias de pleno 705/2015 de 23 de diciembre y 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo, declaramos la abusividad de las cláusulas que, en contratos de préstamo con consumidores, sin negociación y de manera predispuesta, atribuyen indiscriminadamente al consumidor el pago de todos los gastos que genera la operación.

A los efectos de determinar si dicha imposición produce un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes, resulta de interés la STJUE de 16 de enero de 2014, C-226/12 (Constructora Principado), cuando dice: “21 A este respecto el Tribunal de Justicia ha juzgado que, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un “desequilibrio importante” entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente (véase la sentencia Aziz, antes citada, apartado 68).

”22 Se pone de manifiesto así que, para determinar si existe ese desequilibrio importante, no basta con realizar una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que descansa en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro.

”23 Por el contrario, un desequilibrio importante puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales.

”24 En este aspecto el Tribunal de Justicia ha recordado que, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva, el carácter abusivo de una cláusula contractual debe apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o de los servicios que sean objeto del contrato de que se trate y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas de dicho contrato (véase la sentencia de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank, C-472/11, apartado 40). De ello resulta que, en este contexto, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable a tal contrato, lo que exige un examen del sistema jurídico nacional (véase la sentencia Aziz, antes citada, apartado 71).

”25 El Tribunal de Justicia también ha puesto de relieve, en relación con el artículo 5 de la Directiva, que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, apartado 44)”.
3.- Bajo tales parámetros resulta claro que, si de no existir la cláusula abusiva, el consumidor no tendría que pagar todos los gastos e impuestos de la operación, puesto que en virtud de las disposiciones de Derecho español aplicables (Arancel de los notarios, Arancel de los Registradores, Código Civil, etc.) no le corresponde al prestatario en todo caso el abono de la totalidad de tales gastos y tributos, la introducción de dicha estipulación implica un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato. Máxime teniendo en cuenta la naturaleza del servicio objeto del contrato, que es la financiación de la adquisición de un bien de primera necesidad como es la vivienda habitual.

4.- La Audiencia Provincial no contraviene la normativa sobre consumidores al afirmar que el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados es el prestatario, puesto que lo único que hace es aplicar la legislación en la materia, que viene constituida por la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y su Reglamento. Si bien la resolución recurrida debe ser matizada o aclarada conforme a lo resuelto por esta sala en las sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, cuando dijimos: “En lo que afecta al pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados habrá que estar a las siguientes reglas:

”a) Respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario.



"b) En lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, será sujeto pasivo el prestatario.

"c) En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario, salvo en aquellos casos en que exista un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales, en los que también se distribuirá el pago del impuesto por la matriz. Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite.

"d) Las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase están exentas en cuanto al gravamen gradual de la modalidad "Actos Jurídicos Documentados" que grava los documentos notariales".

Estas consideraciones han sido reafirmadas por las conclusiones de las sentencias del pleno de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo 1669/2018, 1670/2018 y 1671/2018, de 27 de noviembre, que mantienen la anterior jurisprudencia de esa Sala, a la que nos habíamos remitido en nuestras citadas sentencias de 15 de marzo de 2018.

Y no quedan cuestionadas por el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (convalidado por el Congreso de los Diputados el 22 de noviembre siguiente), puesto que dicha norma, conforme a su propia previsión de entrada en vigor, solamente es aplicable a los contratos de préstamo hipotecario celebrados con posterioridad a su vigencia y no contiene regulación retroactiva alguna.

5.- La sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, que se invoca en el recurso, no se pronunció sobre el resultado concreto de la atribución de gastos entre las partes de un contrato de préstamo hipotecario, sino que, en el control realizado en el marco de una acción colectiva en defensa de los intereses de consumidores y usuarios, declaró abusivo que se imputaran indiscriminadamente al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la operación.

A falta de negociación individualizada (pacto), se consideró abusivo que se cargaran sobre el consumidor gastos e impuestos que, conforme a las disposiciones legales aplicables en ausencia de pacto, se distribuyen entre las partes según el tipo de actuación (documentación, inscripción, tributos). Pero sobre esa base de la abusividad de la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor (en este caso, el prestatario), deberían ser los tribunales quienes decidieran y concretaran en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación.

6.- Aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real), ambas son inescindibles y conforman una institución unitaria. Como dijo la sentencia de esta sala 1331/2007, de 10 de diciembre, "el crédito garantizado con hipoteca (crédito hipotecario) no es un crédito ordinario, ya que está subsumido en un derecho real de hipoteca, y por ello es tratado jurídicamente de forma distinta".

Lo que determina la distribución de gastos en los términos que se expondrán a continuación, que resultan del ordenamiento jurídico vigente en el momento relevante, que en este caso es la firma de la escritura de préstamo hipotecario. 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).

TERCERO.- Gastos notariales

1.- En lo que respecta a los gastos de notaría, el art. 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. 517.2.4ª LEC), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria.

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 a un interés generalmente inferior al que pagaría en un contrato sin garantía real-, 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.

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.

4.- Por último, respecto de las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario, deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés.

CUARTO.- Gastos de registro de la propiedad.

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 aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado".

Con arreglo a estos apartados del art. 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 aquél 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 éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario.

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

QUINTO.- Gastos de gestoría.

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 art. 40 , que establece la obligación de ponerse acuerdo en el nombramiento del gestor y considera el incumplimiento de esta obligación como una infracción de lo preceptuado en el párrafo segundo del art. 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 términos similares, **la sentencia número 47/2019 de 23 de enero de 2.019 de la Excma. Sala Primera del Tribunal Supremo del Reino de España (Ponente: Excmo. Magistrado del Tribunal Supremo D. Pedro José Vela Torres), la sentencia número 48/2019 de 23 de enero de 2.019 de la Excma. Sala Primera del Tribunal Supremo del Reino de España (Ponente: Excmo. Magistrado del Tribunal Supremo D. Pedro José Vela Torres) y la sentencia número 49/2019 de 23 de enero de 2.019 de la Excma. Sala Primera del Tribunal Supremo del Reino de España (Ponente: Excmo. Magistrado del Tribunal Supremo D. Pedro José Vela Torres).**



Con carácter preliminar, debemos señalar que la consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos es la restitución automática de cantidades, siendo también clara la doctrina jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal (SSTS, Sala 1ª de 23 de enero de 2.019) cuando dice " 4.- Al atribuir a una u otra parte el pago de los gastos, tras la declaración de abusividad de la cláusula que atribuye el pago íntegro al consumidor, no se modera la estipulación contractual ni se desconoce el efecto disuasorio que el TJUE ha atribuido a la Directiva 93/13 respecto de los predisponentes de cláusulas abusivas. Decretada la nulidad de la cláusula y acordada su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si tal cláusula nunca se hubiera incluido, y el pago de los gastos discutidos deberá ser afrontada por la parte a la que corresponde, según preveía el ordenamiento jurídico en el momento de la firma del contrato.

5.- El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva y previsto en el art. 1303 del Código Civil no es directamente aplicable, en tanto que no son pagos hechos por el consumidor al banco que este deba restituir, 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.

6.- No obstante, como el **art. 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 pago al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubiera correspondido pagar de no haber mediado la estipulación abusiva** . En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo , anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas" (en términos similares, también la jurisprudencia fijada, en este sentido, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Es clara la procedencia de la restitución automática de cantidades, se ejerza o no expresamente la acción de restitución.

En el caso de autos, no hay una reserva expresa de la citada acción de restitución, que se ejerce.

En cuanto a la posibilidad de existencia de reserva de la acción, debemos partir que la cláusula de gastos posee, como la cláusula suelo, un contenido y un carácter, eminentemente económico, esto es, el consumidor prestatario no se conforma con la mera declaración declarativa de nulidad, sino que lo que pretende con la declaración de nulidad, es obtener el resarcimiento económico que le ha provocado la existencia y vigencia de la citada cláusula nula, al haber sufragado todos los importes, por todos los conceptos, cuando sólo debería haber soportado una parte de ellos o ninguno, atendiendo tanto la normativa general como sectorial aplicable.

De ahí que, tanto la jurisprudencia comunitaria como la de nuestro Alto Tribunal, exija el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho y obligue a las entidades financieras al pago de las cantidades (totales o parciales) que le hubiera correspondido sin haber estado la cláusula litigiosa.

Reiteramos, que en el caso de autos, no hay reserva de acción, no infiriéndola de una lectura atenta de la demanda.

No obstante, aún el caso hipotético de que hubiera tal reserva, la misma no vincularía al órgano judicial, cuando el prestatario consumidor aporta, junto con la escritura notarial litigiosa, todo el soporte probatorio documental que acredita la realidad y pago de los importes y conceptos, en aplicación, tanto de lo que consagra nuestra jurisprudencia, como por aplicación del aforismo "*da mihi factum, dabo tibi ius* " , no generándole tal pronunciamiento:

Primero, ningún tipo de indefensión, porque tiene lugar, de forma inmediata e insoslayable, el restablecimiento de la situación anterior, sin necesidad de que interponer otro proceso declarativo u otro proceso o incidente de los previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de difícil encaje, en materia de condiciones generales de la contratación.

Segundo, sin constituir una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del consumidor prestatario, que precisamente queda reforzado por la resolución conjunta de la citada cuestión.

Tampoco incurría dicho pronunciamiento en ningún tipo de incongruencia.

Al hilo de lo anterior, debemos indicar que como regla general, y como sucede en la cuasi totalidad de procesos declarativos idénticos al que constituye objeto de recurso, en la demanda rectora de la litis, se precisan los importes que se reclaman y porque conceptos (notariales, registrales, de gestoría, de tasación y/o de impuestos) y, cuando no se precisa, se señala, expresamente, mediante Otrosí, petición de requerimiento a la entidad financiera, para que aporte las facturas o, en caso de no aportación o imposibilidad, se establezca, en el suplico, que la restitución de cantidades que proceda y, por los conceptos correspondientes, se fije en ejecución de sentencia.



También hay casos, en que nada se dice, pero se aporta todo el soporte probatorio.

Cuando nada de lo anterior se dice, la regla general es la denegación de la procedencia de restitución cantidades, si no hay acreditación debida por parte de la actora, que es a quién le corresponde, partiendo que:

Primero, puede disponer de la documentación que acredita el pago, conclusión lógica, de que, si se han emitido las facturas a su nombre, dispondrá de copia de las mismas.

Segundo, en caso de no tenerla, por los motivos y causas que fueren, tiene los mecanismos expuestos, anteriormente, para su obtención, como también tiene el mecanismo procesal de las diligencias preliminares (artículos 256 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en tal sentido.

Son manifiestamente evidentes, dos cuestiones más:

Primera, que la cláusula de gastos despliega sus efectos principales en el momento de la suscripción del préstamo hipotecario y no, de forma constante y sucesiva, durante la vigencia del mismo.

Segunda, una vez declarada la nulidad de pleno derecho de la cláusula de gastos, ningún efecto a futuro va a producir, ya que ha sido automáticamente expulsada de la relación jurídico-contractual.

En definitiva, lo que no es admisible, es la absoluta dejadez y orfandad probatoria, cuando se disponen de suficientes mecanismos para su obtención, sin necesidad de una mayor dilatación, ni de sobrecargar a la jurisdicción de más demandas, sobre la misma e idéntica cuestión, ya que la restitución de cantidades debe ventilarse en el mismo procedimiento en que se peticiona la declaración de nulidad, por lo expuesto, teniendo la parte actora suficientes mecanismos para obtener todo el soporte probatorio, de carácter documental necesario, que acredite la realidad y pago de los citados gastos, por sí misma o mediante requerimiento a la entidad bancaria apelada o a los terceros profesionales que emitieron las citadas facturas; y siendo, además, ya constante y reiterada (por no decir consolidada), la doctrina de nuestro Alto Tribunal como de esta Audiencia Provincial, en cuanto a la restitución de cantidades en concepto de gastos notariales, registrales, de gestoría, de tasación y de impuestos.

Expuesto lo que antecede, deben examinarse las distintas partidas, tal y como se han desgarnado en la sentencia recurrida:

Primero, gastos notariales y registrales.

El artículo 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 declara que:

"En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas:

1. Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

2. La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables.

3. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la compraventa de viviendas:

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 (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).

b) La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación.

c) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.

d) La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad.

4. La imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados.

5. 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.

6. La negativa expresa al cumplimiento de las obligaciones o prestaciones propias del empresario, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación.



7. La imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo .

8. La previsión de pactos de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor y usuario a la elección de fedatario competente según la ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato".

Según la regla octava del Anexo II del Real Decreto 1.427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad:

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

2. Los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes las soliciten".

Según la norma sexta del Anexo II del Real Decreto 1.426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios "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".

De conformidad con la doctrina jurisprudencial expuesta y la normativa aplicable y expuesta en la presente resolución judicial, en cuanto a estos concretos gastos, esta Sala entiende que ambas partes litigantes tienen un interés equitativo en la correcta formalización, vigencia y efectividad del préstamo hipotecario concertado *inter partes*.

Asentado lo anterior, los concretos gastos por estos conceptos se imputa su cargo, única y exclusivamente, a la parte prestataria -aquí actora-, lo que conlleva un desequilibrio de cierta entidad y relevante, por cuanto se hace cargo de unos gastos en los que la entidad bancaria demandada tiene un interés igual a la actora en cuanto a la inscripción con las formalidades exigidas en el Registro de la Propiedad (esencialmente, otorgamiento de escritura pública y sin obviar ni olvidar que la inscripción en el Registro de la Propiedad tiene carácter constitutivo), por lo que se considera ajustado y proporcionado una distribución por mitades iguales de los concretos gastos notariales, tal y como estableció la Juez *a quo* en la sentencia recurrida, pronunciamiento que es ajustado a la línea jurisprudencial de esta Sala que anteriormente se ha expuesto y a la más actual doctrina jurisprudencial emanada por nuestro Alto Tribunal y expuesta en el presente Fundamento de Derecho.

En cuanto a los gastos registrales la decisión de primera instancia es plenamente acertada y ajustada a la doctrina jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal de 23 de enero de 2.019 (STS números 44/2019, 46/2019, 47/2019, 48/2019 y 49/2019) en que se establece que la entidad bancaria debe correr con la totalidad de estos gastos.

Segundo, gastos de gestoría.

El artículo 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 declara que:

"En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas:

1. Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

2. La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables.

3. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la compraventa de viviendas:

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 (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).

b) La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación.

c) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.



d) *La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad.*

4. La imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados.

5. 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.

6. *La negativa expresa al cumplimiento de las obligaciones o prestaciones propias del empresario, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación.*

7. *La imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo .*

8. *La previsión de pactos de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor y usuario a la elección de fedatario competente según la ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato".*

Asimismo, el artículo 40 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en el Mercado de Bienes y Servicios: las entidades de crédito y las demás entidades financieras deberán hacer constar expresamente en los folletos informativos previos a la formalización de los préstamos garantizados con hipoteca inmobiliaria destinados a la adquisición de viviendas que suscriban con personas físicas el derecho que asiste al prestatario para designar, de mutuo acuerdo con la parte prestamista, la persona o entidad que vaya a llevar a cabo la tasación del inmueble objeto de la hipoteca, la que se vaya a encargar de la gestión administrativa de la operación, así como la entidad aseguradora que, en su caso, vaya a cubrir las contingencias que la entidad prestamista exija para la formalización del préstamo), no es menos cierto tampoco y se asevera con la misma rotundidad que el prestatario consumidor ofrece el bien inmueble hipotecado como principal garantía de cumplimiento del préstamo que solicita al efecto.

Partiendo del extremo que la entidad bancaria demandada no aporta prueba alguna de la previa información en tal sentido, es necesario efectuar las siguientes precisiones:

Primera, la gestión de los trámites de gestoría, son impuestos de forma unilateral a la actora, consumidora y prestataria, por la entidad bancaria demandada, como condición general de la contratación no solicitada por la actora, siendo la entidad gestora elegida por el propio Banco.

Segunda, aún lo anterior, es meridianamente claro que a pesar de tal imposición, dicha gestión comporta beneficio e interés a la actora, por cuanto conlleva la realización de trámites, del carácter que sean (burocráticos y/o técnicos ante el Notario y el Registrador de la Propiedad) necesarios tanto para la formalización del préstamo hipotecario como para la constitución de la hipoteca, y en su caso, para el abono de los correspondientes impuestos (entre ellos, el impuesto de actos jurídicos documentados), lo que conlleva a afirmar, que a pesar de la imposición unilateral por la entidad bancaria demandada, el interés en dichos trámites de gestión la ostentan ambas partes litigantes, por lo que se considera ajustado y proporcionado una distribución por mitades iguales de los concretos gastos de gestoría, tal y como estableció la Juez *a quo* en la sentencia recurrida, pronunciamiento que es ajustado a la línea jurisprudencial de esta Sala que anteriormente se ha expuesto y a la más actual doctrina jurisprudencial emanada por nuestro Alto Tribunal y expuesta en el presente Fundamento de Derecho.

Expuesto lo que antecede, hay una cuestión de capital importancia, en el caso litigioso.

La parte actora, en su escrito de demanda, petitionó la declaración de nulidad de la cláusula de gastos con la correlativa restitución de cantidades conforme a los criterios jurisprudenciales señalados por nuestro Alto Tribunal en sucesivas sentencias de 23 de enero de 2.019 .

Sin embargo, no aporta ningún documento acreditativo de los gastos concretos que reclama, ni tampoco petitiona que su determinación tenga lugar en fase de ejecución de sentencia.

No constan, en los autos, factura acreditativa de importe ni concepto.

Tal extremo ya fue advertido, por la entidad financiera apelante, en su escrito de contestación a la demanda.

En el acto de la audiencia previa, la dirección letrada de la parte actora, a petición de la Juez *a quo*, concretó, de forma oral, los importes concretos que reclamaba en concepto de gastos notariales, registrales y de gestoría.

En fase de proposición y admisión de prueba, no propone más documental, teniendo conocimiento pleno del escrito de contestación a la demanda, que advertía de tal extremo como también de que junto con su escrito de demanda no se acompañaba documental alguna.

Simplemente propone la documental obrante en las actuaciones.

La entidad bancaria apelante impugna, en esta alzada, este pronunciamiento de condena.

La parte actora, en su escrito de recurso, señala expresamente que la condena debe mantenerse, determinándose la cantidad concreta por los conceptos indicados, en fase de ejecución de sentencia, lo que no es admisible cuando, pudiéndolo hacer y peticionar, no lo ha hecho.

Es evidente que, en el caso de autos, no se ha aportado nada con el escrito de demanda ni tampoco se ha peticionado nada por Otrosí, remitiéndonos a lo expuesto con carácter preliminar en el presente Fundamento de Derecho.

En otras palabras, el pronunciamiento que procedía era la denegación de restitución de cantidades, ante la ausencia manifiesta de prueba, en este sentido, siendo inadmisibile lo manifestado por la parte actora, en su escrito de oposición al recurso, cuando debería haber aportado o peticionado el soporte probatorio correspondiente *ab initio*, haciendo incurrir a la Juez a *quo* en un error en el acto de la audiencia previa, quién tampoco comprobó, debidamente, tal orfandad probatoria.

Por ende, estimamos este motivo de impugnación y revocamos totalmente el pronunciamiento de condena.

QUINTO-. Intereses dimanantes de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos-. La sentencia número 725/2018 de 19 de diciembre de 2.018 de la Excm. Sala Primera del Tribunal Supremo del Reino de España (Ponente: Excmo. Magistrado del Tribunal Supremo D. Pedro José Vela Torres) declara " 1. -El art. 6.1 de la Directiva 93/13, de 5 de abril , sobre contratos celebrados con consumidores, obliga a los Estados miembros a establecer que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia (STJUE de 30 de mayo de 2013, Dirk Frederik Asbeek Brusse, 488/11, apartado 44, con cita de resoluciones anteriores, STJUE de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, 40/08, apartado 42, y ATJ de 16 de noviembre de 2010, Pohotovost, 76-10, apartado 50; y SSTJUE de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo, asuntos acumulados 154/15, 307/15 y 308/15; y 26 de enero de 2017, Banco Primus, 421/14) afirma que el art. 6.1 debe ser considerado como una norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen rango de normas de orden público; consideración que extiende a todas las disposiciones de la Directiva que sean indispensables para la realización del objetivo pretendido por el precepto. La razón está en el interés público en que se basa la protección de la Directiva, que permite extender su eficacia aplicativa directa por los órganos jurisdiccionales más allá de lo previsto por las normas nacionales.

Como dice la citada STJUE de 26 de enero de 2017, el art. 6.1 "se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas".

2.- En el caso enjuiciado, una vez declarada la abusividad de la cláusula que atribuye exclusivamente al consumidor el abono de los gastos generados por el contrato de préstamo hipotecario y su subsiguiente nulidad (art. 8.2 LCGC y 83 TRLGCU), hay que decidir cómo ha de distribuirse entre las partes el pago de tales gastos. Es decir, decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido en el contrato, debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico.

3.- El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva 93/13 no es directamente reconducible al art. 1303 CC cuando se trata de la cláusula de gastos, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver (como intereses o comisiones), sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, tasador, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva. No obstante, como el art. 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 pagar de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo , anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas.

Como dice la STJUE de 31 de mayo de 2018, 483/2016 (Zsolt Sziber):

"34 [...]el Tribunal de Justicia ha precisado, en particular, que, si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos



concretos de tal declaración, no es menos cierto que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C154/15 , C307/15 y C308/15 , EU:2016:980, apartado 66).

"35 Aunque el Tribunal de Justicia ya ha enmarcado de este modo, en distintas circunstancias y teniendo en cuenta los requisitos de los artículos 6, apartado 1 , y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 , la manera en que el juez nacional debe garantizar la protección de los derechos que otorga esta Directiva a los consumidores, no es menos cierto que, en principio, el Derecho de la Unión no armoniza los procedimientos aplicables al examen del carácter supuestamente abusivo de una cláusula contractual, y que corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer tales procedimientos, a condición, no obstante, de que no sean menos favorables que los que rigen situaciones similares sometidas al Derecho interno (principio de equivalencia) y de que garanticen una tutela judicial efectiva, como se establece en el artículo 47 de la Carta (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de abril de 2016, Sales Sinués y Drame Ba, C381/14 y C385/14 , EU:2016:252, apartado 32 y jurisprudencia citada)".

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, ya que el art. 1303 CC presupone la existencia de prestaciones recíprocas, nos encontraríamos ante 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. Puesto que la figura del enriquecimiento sin causa, injusto o injustificado tiene como función corregir un desplazamiento o ventaja patrimonial mediante una actuación indirecta: no se elimina o anula la transacción que ha generado el desplazamiento patrimonial (el pago al notario, al gestor, etc.), pero se obliga al que ha obtenido la ventaja a entregar una cantidad de dinero al que, correlativamente, se ha empobrecido.

Y también tiene similitudes analógicas con el pago de lo indebido, en los términos de los arts. 1895 y 1896 CC , en cuanto que el consumidor habría hecho 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.

4.- Desde este punto de vista, aunque el art. 1303 CC no fuera propiamente aplicable al caso, lo relevante es que la sentencia recurrida no ha respetado las consecuencias a las que obliga la declaración de abusividad, conforme al art. 6.1 de la Directiva 93/13 .

De lo que se trata es de la compensación o retribución al consumidor por un gasto que asumió en exclusiva y que, total o parcialmente, correspondía al profesional, pero que no recibió éste, sino que se pagó a terceros.

En consecuencia, para dar efectividad al tan mencionado art. 6.1 de la Directiva, en lo que respecta a los intereses que han de devengar las cantidades que debe percibir el consumidor, resulta aplicable analógicamente el art. 1896 CC , puesto que la calificación de la cláusula como abusiva es equiparable a la mala fe del predisponente. Conforme a dicho precepto, cuando haya de restituirse una cantidad de dinero deberá abonarse el interés legal desde el momento en que se recibió el pago indebido -en este caso, se produjo el beneficio indebido- (sentencia 727/1991, de 22 de octubre). A su vez, la sentencia 331/1959, de 20 de mayo , declaró, en un supuesto de pago de lo indebido con mala fe del beneficiado, que la deuda de éste se incrementa con el interés legal desde la recepción, así como que la regla específica de intereses del art. 1896 CC excluye, "por su especialidad e incompatibilidad", la general de los arts. 1101 y 1108 CC (preceptos considerados aplicables por la sentencia recurrida).

5.- En consecuencia, el recurso de casación debe ser estimado, y al asumir la instancia, por las mismas razones expuestas para estimar el recurso de casación, debe desestimarse el recurso de apelación interpuesto por la entidad prestamista y confirmarse la sentencia de primera instancia, aunque el razonamiento jurídico no haya sido exactamente coincidente".

Asimismo, esta Sala en **sentencia 495/2018 de 25 de octubre de 2.018** dijo " DÉCIMO.- Sobre el pago de intereses.

Recorre la entidad bancaria por indebida condena al pago de intereses basándose en que los intereses se devengan desde la reclamación judicial y que el artículo 1.303 no es de aplicación a los supuestos de nulidad como el presente, así como que nunca fue el Banco el que recibió los importe reclamados.

Tales argumentos no pueden ser acogidos. El artículo 1.303 del Código civil establece que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido material del



contrato, con sus frutos y el precio con los intereses. No hace ninguna distinción sobre las causas que han provocado la nulidad del contrato o la de sus pactos.

Por otro lado, aunque la entidad demandada no recibió los gastos que son objeto de reclamación y condena, son cantidades pagadas por el demandante de forma indebida, pago que le correspondía a dicha entidad. Por lo tanto, lo que establece dicho artículo es de plena aplicación a la nulidad declarada y a la reintegración de las cantidades indebidamente pagadas, por lo que la condena al pago de intereses debe confirmarse.

A ello debe añadirse que, solamente, en determinadas situaciones, acudiendo al enriquecimiento injusto, a la buena fe o a la falta de equidad puede aceptarse la moderación de los efectos de la declaración de nulidad, pero es claro que ello no concurre cuando es la entidad bancaria que contrata con un consumidor e impone sus condiciones y sus cláusulas, y además está obligado a incluir dichas cláusulas con la debida transparencia, por lo que si declarada que no ha actuado conforme a las estipulaciones legales, difícilmente puede sostenerse la falta de mala fe, y menos aún, que no sea equitativo que devuelva las cantidades percibidas indebidamente, al contrario se produciría un enriquecimiento injusto para aquella parte que ha provocado la nulidad de la cláusula contractual".

Habiendo reiterado esta Sala tal línea jurisprudencial en sentencias **número 569/2018 de 29 de noviembre de 2.018** , **número 656/2018 de 20 de diciembre de 2.018** , **número 6/2019 de 9 de enero de 2.019** , **número 24/2019 de 16 de enero de 2.019** , **número 25/2019 de 16 de enero de 2.019** , **número 27/2019 de 21 de enero de 2.019** , **número 34/2019 de 24 de enero de 2.019** , **número 39/2019 de 25 de enero de 2.019** , **número 40/2019 de 25 de enero de 2.019** , **número 89/2019 de 12 de febrero de 2.019** , **número 94/2019 de 14 de febrero de 2.019** , **número 97/2019 de 15 de febrero de 2.019** , **número 166/2019 de 6 de marzo de 2.019** , **número 182/2019 de 13 de marzo de 2.019** , **número 185/2019 de 13 de marzo de 2.019** , **número 186/2019 de 13 de marzo de 2.019** , **número 196/2019 de 14 de marzo de 2.019** , **número 212/2019 de 19 de marzo de 2.019** , **número 237/2019 de 27 de marzo de 2.019** , **número 243/2019 de 27 de marzo de 2.019** , **número 284/2019** , **número 310/2019 de 29 de abril de 2.019** , **número 315/2019 de 29 de abril de 2.019** , **número 317/2019 de 29 de abril de 2.019** , **número 323/2019 de 30 de abril de 2.019** , **número 324/2019 de 2 de mayo de 2.019** , **número 325/2019 de 2 de mayo de 2.019** , **número 326/2019 de 2 de mayo de 2.019** , **número 329/2019 de 2 de mayo de 2.019** , **número 340/2019 de 8 de mayo de 2.019** , **número 341/2019 de 8 de mayo de 2.019** , **número 342/2019 de 8 de mayo de 2.019** , **número 367/2019 de 14 de mayo de 2.019** , **número 373/2019 de 15 de mayo de 2.019** , **número 376/2019, de 16 de mayo de 2.019** y **número 401/2019, de 24 de mayo de 2.019** .

El pronunciamiento de primera instancia sería correcto si hubiera habido condena de restitución de cantidades, pero como no la hay, conforme se ha señalado en el Fundamento de Derecho anterior, este pronunciamiento judicial de primera instancia deviene completamente innecesario.

SEXTO.- Costas de primera instancia.- Esta Sala, en **sentencia número 418/2018, de 1 de octubre de 2.018** , declaró " Novè. Costes de la instància.

El segon motiu del recurs de la part demandant consisteix en demanar la imposició de les costes de la instància a la part demandada, malgrat l'estimació parcial de la demanda.

Hem d'aplicar el criteri sostingut pel Ple del Tribunal Suprem en la recent sentència de 4.7.17 (419/2017) i reiterat en l'Aute de 14.9.17. L'esmentada sentència de Ple diu el següent sobre el tema que ara ens ocupa:

<<QUINTO.- Decisión de la sala. Interpretación de los arts. 394 y 398 LEC conforme al principio general del vencimiento en relación con los principios de no vinculación y efectividad. Imposición de las costas al demandado.

Esta sala, al estimar después de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 recursos de casación similares al presente, ya se ha pronunciado sobre las costas de las instancias, y lo ha hecho imponiéndoselas a la parte demandada, conforme al art. 398.1 en relación con el art. 394.1, ambos de la LEC , para las costas de segunda instancia, y conforme al art. 394.1 LEC para las de primera instancia, si bien en el caso de estas últimas la condena resultaba de la confirmación de la sentencia de primera instancia no impugnada especialmente sobre este punto en apelación (sentencias 247/2017 , 248/2017 , 249/2017, las tres de 20 de abril , 314/2017, de 18 de mayo , y 357/2017, de 6 de junio , entre otras).

No obstante, en ninguno de esos casos la parte recurrida en casación había planteado con una mínima claridad que su petición de no imposición de costas se refiriera a las de las instancias, que serían las problemáticas puesto que ninguna duda cabe de que la estimación del recurso de casación comporta, según el art. 398.2 LEC , que no se condene a ninguna de las partes litigantes en las costas del propio recurso de casación.



En el presente caso, en cambio, la parte recurrida, demandada y apelante en las instancias, sí ha planteado la cuestión con claridad, proponiendo que, en lugar de la regla general del vencimiento (art. 394.1, párrafo primero, LEC , aplicable a las costas de primera instancia y también, por remisión del art. 398.1 LEC , a las de segunda instancia), se aplique la salvedad contenida en el mismo párrafo del apdo. 1 del art. 394 en relación con el segundo párrafo del mismo apartado; es decir, que no se le impongan las costas de las instancias por presentar el caso, desde que contestó a la demanda hasta la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, serias dudas de derecho sobre el alcance temporal de los efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo.

La tesis del banco demandado no carece de fundamento porque, ciertamente, el acuerdo de esta sala de 27 de enero de 2017 sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal prevé que el carácter sobrevenido de la doctrina jurisprudencial pueda tomarse en consideración para resolver sobre las costas. Este carácter sobrevenido se valoró, incluso, en la sentencia 123/2017, de 24 de febrero , que fue la primera por la que ajustó la doctrina jurisprudencial a la de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, para no imponer las costas del recurso de casación, pese a su desestimación, al banco recurrente.

Sin embargo, en trance de sentar un criterio sobre las costas de las instancias para todos los casos similares al presente en que, debido a la estimación del recurso de casación del demandante, esta sala deba pronunciarse sobre esas costas, no puede prescindirse de unos elementos tan relevantes como son, primero, que el pronunciamiento afecta directamente a un consumidor que vence en el litigio y, segundo, que el cambio de doctrina jurisprudencial se debe a una sentencia del TJUE que, como la del 21 de diciembre de 2016 y según se desprende con toda claridad de su apdo. 71, se funda esencialmente en el derecho de los consumidores a no estar vinculados por una cláusula abusiva (art. 6, apdo. 1, de la Directiva 93/13).

A su vez, la circunstancia de que la modificación de la jurisprudencia nacional se deba a lo resuelto por el TJUE debe ponerse en relación con el principio de efectividad del Derecho de la Unión, conforme al cual la seguridad jurídica no debe salvaguardarse en un grado tan elevado que impida o dificulte gravemente la eficacia del Derecho de la Unión, por ejemplo porque permita proyectar hacia el futuro los efectos de la cosa juzgada y extenderlos a situaciones sobre las que no haya recaído resolución judicial definitiva con posterioridad a la sentencia del TJUE que contradiga lo afirmado en la sentencia de un tribunal nacional (STJUE de 3 de septiembre de 2009, asunto C-2/08 , Olimpiclub).

El principio de efectividad, así entendido, ya ha sido tomado en consideración por esta sala al resolver asuntos sobre cláusulas suelo después de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016. Así, el auto de 4 de abril de 2017 (asunto 7/2017) lo valora para inadmitir a trámite una demanda de revisión de una sentencia firme que, ajustándose a la anterior doctrina jurisprudencial de esta sala, había limitado en el tiempo los efectos restitutorios derivados de la nulidad de una cláusula suelo, razonando esta sala que lo pretendido en la demanda era proyectar la jurisprudencia del TJUE no sobre un asunto todavía pendiente de sentencia firme sino sobre un asunto ya resuelto por sentencia firme. Y la sentencia de esta sala 314/2017, de 18 de mayo , también lo toma en consideración, pero esta vez en favor del consumidor porque se trataba de resolver un recurso de casación interpuesto por el demandante, de modo que aún no había recaído sentencia firme, y el banco demandado-recurrido pretendía que, pese a lo ya resuelto por el TJUE, la primera sentencia de esta sala sobre cláusulas suelo, es decir, la sentencia 241/2013, de 9 de mayo , produjera efectos de cosa juzgada en cuanto a la limitación temporal de los efectos restitutorios.

Pues bien, en virtud de todas las anteriores consideraciones esta sala considera que el criterio más ajustado al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y al principio de efectividad del Derecho de la Unión es que las costas de las instancias en casos similares al presente se impongan al banco demandado. Las razones en que se concretan esas consideraciones son las siguientes:

1.ª) El principio del vencimiento, que se incorporó al ordenamiento procesal civil español, para los procesos declarativos, mediante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, es desde entonces la regla general, pues se mantuvo en el art. 394.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 , de modo que la no imposición de costas al banco demandado supondría en este caso la aplicación de una salvedad a dicho principio en perjuicio del consumidor.

2.ª) Si en virtud de esa salvedad el consumidor recurrente en casación, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación en las instancias, o en su caso de informes periciales o pago de la tasa, no se restablecería la situación de hecho y de derecho a la que se habría dado si no hubiera existido la cláusula suelo abusiva, y por tanto el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos. En suma, se produciría un efecto disuasorio inverso, no para que los bancos dejaran de incluir las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios sino para que los consumidores no promovieran litigios por cantidades moderadas.



3.ª) *La regla general del vencimiento en materia de costas procesales favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión y, en cambio, la salvedad a dicha regla general supone un obstáculo para la aplicación de ese mismo principio.*

4.ª) *En el presente caso, además, la actividad procesal del banco demandado no se limitó a invocar a su favor la anterior doctrina jurisprudencial de esta sala sobre los efectos restitutorios derivados de la nulidad de la cláusula suelo. Muy al contrario, como con más detalle resulta de los antecedentes de hecho de la presente sentencia, antes de contestar a la demanda pidió la suspensión del curso de las actuaciones por prejudicialidad civil; al contestar a la demanda planteó dos excepciones procesales, se opuso totalmente a la nulidad de la cláusula suelo, no solo a la restitución de lo indebidamente cobrado en virtud de la misma, y reiteró su petición de suspensión por prejudicialidad civil, interesó subsidiariamente el sobreseimiento del litigio y, para el caso de no acordarse este, solicitó la desestimación total de la demanda; al recurrir en apelación reiteró de nuevo su petición de suspensión del curso de las actuaciones por prejudicialidad civil, pese a que ya había sido rechazada en la audiencia previa, e interesó la revocación total de la sentencia de primera instancia, es decir, no sólo del pronunciamiento que condenaba al banco a devolver todo lo percibido en virtud de la cláusula suelo; y en fin, al personarse ante esta sala, cuando todavía no se había dictado la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, interesó la inadmisión del recurso de casación del consumidor demandante, pero insistió en esta misma petición de inadmisión, con carácter principal, incluso después de haberse dictado dicha sentencia y ser entonces ya evidente que el recurso de casación estaba cargado de razón y correctamente formulado.*

Aplicada aquesta doctrina al cas present no pot restar cap mena de dubte que cal imposar les costes de la instància, de conformitat amb l' article 394 de la LEC i Sentència del TS ja esmentada de 4 de juliol del 2017 , que encara que es refereix a la imposició de costes en els litigis de clàusula sòl, la seva jurisprudència pot ser també aplicable a aquest, d'acord amb els principis de no vinculació i efectivitat del dret comunitari, és procedent condemnar a costes la demandada, atès que, d'una banda, l'acció de nul·litat de la clàusula de despeses va ser estimada i la nul·litat es manté, havent de l'entitat bancària demandada haver-la suprimit sense necessitat de reclamació i oferint, en el cas de les despeses, la quantitat que, segons el seu criteri, era procedent pagar a cada part en consideració a les diverses sentències de les Audiències i del Tribunal Suprem que s'estaven dictant, en aquest cas, s'hagués apreciat que existia bona fe. Atès que no ha actuat així, negar-se a pagar cap quantitat i haver obligat el consumidor a acudir als tribunals, i malgrat l'estimació parcial de la demanda, s'han d'imposar les costes a la demandada.

*El motiu ha de ser estimat", línea jurisprudencial que ha sido reiterada, de forma constante e uniforme, en sentencias de esta Sala **número 521/2018 de 8 de noviembre de 2.018 , número 551/2018 de 23 de noviembre de 2.018 , número 571/2018 de 30 de noviembre de 2.018 , número 610/2018 de 12 de diciembre de 2.018 , número 631/2018 de 17 de diciembre de 2.018 , número 633/2018 de 17 de diciembre de 2.018 , número 638/2018 de 18 de diciembre de 2.018 , número 641/2018 de 18 de diciembre de 2.018 , número 651/2018 de 19 de diciembre de 2.018 , número 653/2018 de 19 de diciembre de 2.018 , número 655/2018 de 27 de diciembre de 2.018 , número 665/2018 de 28 de diciembre de 2.018 , número 2/2019 de 9 de enero de 2.019 , número 32/2019 de 24 de enero de 2.019 , número 33/2019 de 24 de enero de 2.019 , número 38/2019 de 25 de enero de 2.019 , número 43/2019 de 28 de enero de 2.019 , número 56/2019 de 5 de febrero de 2.019 , número 58/2019 de 5 de febrero de 2.019 , número 59/2019 de 5 de febrero de 2.019 , número 60/2019 de 5 de febrero de 2.019 , número 80/2019 de 7 de febrero de 2.019 , número 89/2019 de 12 de febrero de 2.019 , número 94/2019 de 14 de febrero de 2.019 , número 96/2019 de 15 de febrero de 2.019 , número 97/2019 de 15 de febrero de 2.019 , número 98/2019 de 15 de febrero de 2.019 , número 99/2019 de 15 de febrero de 2.019 , número 113/2019 de 19 de febrero de 2.019 , número 115/2019 de 19 de febrero de 2.019 , número 117/2019 de 20 de febrero de 2.019 , número 118/2019 de 20 de febrero de 2.019 , número 119/2019 de 20 de febrero de 2.019 , número 122/2019 de 20 de febrero de 2.019 , número 137/2019 de 26 de febrero de 2.019 , número 140/2019 de 26 de febrero de 2.019 , número 141/2019 de 26 de febrero de 2.019 , número 161/2019 de 6 de marzo de 2.019 , número 164/2019 de 6 de marzo de 2.019 , número 166/2019 de 6 de marzo de 2.019 , número 173/2019 de 11 de marzo de 2.019 , número 178/2019 de 12 de marzo de 2.019 , número 180/2019 de 13 de marzo de 2.019 , número 181/2019 de 13 de marzo de 2.019 , número 182/2019 de 13 de marzo de 2.019 , número 185/2019 de 13 de marzo de 2.019 , número 186/2019 de 13 de marzo de 2.019 , número 187/2019 de 13 de marzo de 2.019 , número 189/2019 de 13 de marzo de 2.019 , número 193/2019 de 14 de marzo de 2.019 , número 194/2019 de 14 de marzo de 2.019 , número 196/2019 de 14 de marzo de 2.019 , número 212/2019 de 19 de marzo de 2.019 , número 237/2019 de 27 de marzo de 2.019 , número 239/2019 de 27 de marzo de 2.019 , número 240/2019 de 27 de marzo de 2.019 , número 243/2019 de 27 de marzo de 2.019 , número 250/2019 de 28 de marzo de 2.019 , número 253/2019 de 28 de marzo de 2.019 , número 281/2019 de 11 de abril de 2.019 , número 284/2019 de 11 de abril de 2.019 , número 296/2019 de 25 de abril de 2.019 , número 307/2019 de 26 de abril de 2.019 , número 311/2019 de 29 de abril de 2.019 , número 313/2019***



de 29 de abril de 2.019 , número 315/2019 de 29 de abril de 2.019 , número 316/2019 de 29 de abril de 2.019 , número 317/2019 de 29 de abril de 2.019 , número 318/2019 de 30 de abril de 2.019 , número 323/2019 de 30 de abril de 2.019 , número 324/2019 de 2 de mayo de 2.019 , número 325/2019 de 2 de mayo de 2.019 , número 326/2019 de 2 de mayo de 2.019 , número 328/2019 de 2 de mayo de 2.019 , número 338/2019 de 7 de mayo de 2.019 , número 353/2019 de 10 de mayo de 2.019 , número 357/2019 de 10 de mayo de 2.019 , número 373/2019 de 15 de mayo de 2.019 , número 374/2019 de 15 de mayo de 2.019 , número 375/2019 de 15 de mayo de 2.019 , número 376/2019 de 16 de mayo de 2.019 , número 393/2019 de 23 de mayo de 2.019 , número 408/2019 de 29 de mayo de 2.019 , número 410/2010 de 29 de mayo de 2.019 , número 414/2019 de 30 de mayo de 2.019 , número 422/2019, de 4 de junio de 2.019 , número 423/2019, de 4 de junio de 2.019 , número 425/2019, de 4 de junio de 2.019 , número 428/2019, de 5 de junio de 2.019 , número 432/2019, de 5 de junio de 2.019 , número 524/2019, de 30 de julio de 2.019 y número 526/2019 de 30 de julio de 2.019 .

En el caso enjuiciado, este criterio jurisprudencial no resulta aplicable.

No procede la imposición de costas de primera instancia a la entidad bancaria demandada, por cuanto el efecto inherente a la declaración de nulidad de la cláusula de gastos litigiosa, esto es, la restitución de cantidades dimanante de la previa declaración de nulidad, no ha sido estimado, encontrándonos ante una pura estimación parcial de la demanda lo que conlleva la aplicación del artículo 394.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por tanto, también se estima este motivo de impugnación y se revoca el particular pronunciamiento de primera instancia.

En definitiva, estimamos parcialmente el recurso de apelación.

SÉPTIMO.- Costas de la apelación.- Atendiendo a la estimación parcial del recurso de apelación interpuesto, de conformidad con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 394 de la citada norma procesal civil, no hay pronunciamiento en cuanto a las costas procesales de esta alzada.

Vistos los preceptos legales invocados, sus concordantes y demás normas aplicables

FALLO

SE ESTIMA PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por el/la Procurador/a de los Tribunales D. JAVIER SEGURA ZARIQUEY, en nombre y representación acreditada de UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS, S.A, ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO, contra la sentencia número 1.818/2019 de 12 de noviembre de 2.019 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Girona, en los Autos de Procedimiento Ordinario número 1.026/2019 **DEBIENDO REVOCAR PARCIALMENTE** la misma en el siguiente sentido:

-SE ESTIMA PARCIALMENTE la demanda interpuesta por el/la Procurador/a de los Tribunales D. JAVIER FRAILE MENA, en nombre y representación acreditada de D^a. Noelia contra UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS, S.A, ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO.

-El pronunciamiento primero del Fallo de la sentencia de primera instancia queda redactado como se sigue: **SE DECLARA** la nulidad de pleno derecho, por abusiva, de la cláusula de gastos inserta en la cláusula 5^a de la escritura pública de préstamo hipotecario de 12 de diciembre de 2.007, teniéndose por no puesta y su eliminación, sin restitución de cantidades, por ningún importe y concepto.

-Se revoca totalmente, dejándolo sin efecto, el pronunciamiento segundo del Fallo de la sentencia de primera instancia.

-No se imponen las costas de primera instancia a ninguna de ambas partes litigantes, sufragando cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

SE CONFIRMA en los demás pronunciamientos.

No procede pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Devuélvase el depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes interesadas, haciéndoles saber de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Final Decimosexta y Transitoria Tercera de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación ante el Excmo. Tribunal Supremo si concurre la causa prevista en el apartado tercero del número 2 del artículo 477 y también podrá interponerse recurso extraordinario por infracción procesal previsto en los artículos 468 y siguientes ante el mismo Tribunal, si concurre alguno de los motivos previstos para esta clase de recurso y se interpone conjuntamente con el recurso de casación.



Únase la presente al Libro de Sentencias Civiles de este órgano judicial, dejando en las actuaciones, certificación de la misma.

Así por esta nuestra Sentencia, la pronunciamos, acordamos y firmamos.

Ilmo. Magistrado-Presidente D. Fernando Lacaba Sánchez e Ilmos. Magistrados D. Fernando Ferrero Hidalgo y D. Alexandre Contreras Coy.

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales, que el uso que pueda hacerse de los mismos debe quedar exclusivamente circunscrito al ámbito del proceso, que queda prohibida su transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento y que deben ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de justicia, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que puedan derivarse de un uso ilegítimo de los mismos (Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo y Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).

FONDO DOCUMENTAL CEJ