



Universidad  
Zaragoza

## Trabajo Fin de Máster

# *Viabilidad de la acción de reclamación de gastos en contratación de préstamo hipotecario.*

Autora

Carolina Castillo Lasierra

Directora

María Martínez Martínez

Facultad de Derecho

Año 2018

## Contenido

|   |    |
|---|----|
| LISTADO DE ABREVIATURAS .....   | 2  |
| I. CUESTION JURIDICA .....  | 3  |
| II. HECHOS Y CONSULTA FORMULADA .....   | 4  |
| 1. Hechos relevantes .....  | 4  |
| 2. Consulta formulada.....  | 6  |
| III. CUESTIONES JURÍDICAS .....   | 7  |
| 1. Validez de la cláusula de gastos objeto de controversia.....               | 7  |
| 2. Posibilidad de determinar la cuantía de la demanda.....                    | 12 |
| 3. Relevancia de que el préstamo se encuentre cancelado.....                  | 13 |
| 4. Posibles argumentos contra el ejercicio de la acción de forma tardía. .... | 15 |
| 4.1 Prescripción de la acción de restitución .....                            | 15 |
| 4.2 Retraso Desleal .....   | 18 |
| 5. Análisis individualizado de cada uno de los gastos reclamados .....        | 19 |
| a. Impuesto de Trasmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados...   | 20 |
| b. Aranceles Notariales y Registrales .....                                   | 23 |
| c. Gestoría .....   | 28 |
| d. Tasación .....   | 30 |
| IV. CONCLUSIONES GENERALES .....  | 34 |
| V. FUENTES DOCUMENTALES.....  | 37 |

## **LISTADO DE ABREVIATURAS**

TS- Tribunal Supremo

CE- Constitución Española de 1978.

TRLGDCU - 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.

CC- Código Civil

LEC- Ley de Enjuiciamiento Civil

LH – Ley Hipotecaria

FJ- Fundamento jurídico.

AP- Audiencia Provincial

JPI- Juzgado de primera instancia

TS- Tribunal Supremo

TJUE- Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STS- Sentencia Tribunal Supremo

SAP- Sentencia Audiencia Provincial

RD- Real Decreto

ART- Artículo.

TPO- Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas

ADJ- Actos Jurídicos Documentados

## I. CUESTION JURIDICA

El presente trabajo versará sobre cómo abordar la defensa de un cliente, en este caso un Banco, frente a la reclamación de un consumidor en relación a los gastos ocasionados con motivo de la formalización de un préstamo hipotecario.

Se trata de un tema que en la actualidad está en el foco de atención, puesto que el Tribunal Supremo esta dictando sentencias muy relevantes, con gran impacto social y económico.

Desde la célebre sentencia del **Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015** (número de resolución 705/2015, número de recurso 2658/2013), han proliferado los procesos declarativos en los que se insta la declaración de abusividad de las cláusulas de repercusión de los gastos de la hipoteca. Se trata indudablemente de una cuestión controvertida que no tiene una solución unívoca, más bien al contrario puesto que, como veremos, el mapa jurisprudencial español es muy dispar.

El ámbito de esta cuestión jurídica podría ser muy amplio (subrogaciones, novaciones, préstamos cancelados, hipotecas jóvenes, finalidad del préstamo distinta a la compraventa de vivienda...), sin embargo he optado por acotar la misma, eligiendo unos hechos sobre los que posteriormente se dará una solución jurídica, en defensa, como ya adelantaba, del Banco.

Probablemente si eligiera la opción de la defensa del consumidor habría más bibliografía en este sentido, sin embargo, mi cliente es una entidad bancaria y mi obligación es defender sus intereses lo que mejor que pueda.

Para abordar el trabajo, en primer lugar, hare una breve exposición de los hechos, en segundo lugar abordaré la consulta concreta que formula la entidad bancaria y en tercer lugar ofreceré las conclusiones incluyendo ciertos consejos para el futuro de mi cliente.

## II. HECHOS Y CONSULTA FORMULADA

### 1. Hechos relevantes<sup>1</sup>

El Banco ha recibido una demanda interpuesta por un cliente el día 20 de febrero del 2018 ante el Juzgado 12 de Zaragoza, de la cual se infieren los siguientes hechos relevantes a tener en consideración:

**PRIMERO:** El día 29 de Septiembre de 1998 se elevó a público la escritura de préstamo hipotecario ante el Notario de Zaragoza, D. Eladio Martínez Castillo, con número de protocolo 3445, por un principal de 4 millones de pesetas, plazo de amortización de 12 años y con finalidad de adquirir la finca objeto de hipoteca.

**SEGUNDO:** El préstamo **en la actualidad se encuentra cancelado**, de hecho se canceló con mucha anterioridad a la interposición de la demanda ya que la hipoteca fue cancelada el día 22-09-2001. Es decir, el préstamo solo estuvo vigente durante tres años.

**TERCERO:** El actor solicita en el suplico de su demanda la **nulidad total** de la cláusula de Gastos a cargo del prestatario, además de ejercitar la acción de restitución al amparo del artículo 1.303 CC, con la pretensión de conseguir el reintegro total de los gastos ocasionados por la formalización del préstamo hipotecario. En el presente caso concreto, reclama el reintegro del importe de los siguientes gastos:

- Impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados
- Aranceles notariales y registrales
- Gastos de Gestoría
- Gatos de la Tasación del inmueble objeto de compra y de hipoteca.

Es frecuente que este tipo de demandas suelen llevar aparejadas la reclamación de nulidad de otras cláusulas como la de vencimiento anticipado, intereses de demora o comisión de apertura. Sin embargo, en el presente proyecto nos ceñiremos al análisis y dictamen sobre la cláusula de gastos impuestos al prestatario.

---

<sup>1</sup>Los hechos están inspirados en un caso real.

**CUARTO:** La cláusula objeto de controversia, es una de las cláusulas “tipo” que se solían integrar en las escrituras de préstamos hipotecarios. Si se me permite, y para explicarlo gráficamente, vendría a ser prima hermana de la cláusula establecida en la famosa sentencia del TS 705/2015.<sup>2</sup>

**QUINTO:** La cuantía de la presente demanda (y de todas las que se reciben) es indeterminada, puesto que se alega que es imposible conocer el impacto económico que supondría la nulidad de la cláusula. Conforme a lo dispuesto en el artículo 253.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el demandante considera que se ejercita principalmente una acción puramente declarativa de nulidad de cláusulas abusivas cuyo impacto económico es inestimable e indeterminable. La cláusula no solo alberga obligaciones de dar, de carácter efectivamente pecuniario y con efectos retroactivos; sino también obligaciones de hacer y no hacer, con efectos tanto retroactivos, como a presente e incluso a futuro. Las consecuencias de la pretendida nulidad no se agotan con la recuperación de unas cantidades determinadas, sino que continúa desplegando sus

---

<sup>2</sup> Pág. 27 de la Sentencia: 2.- *La cláusula cuestionada es del siguiente tenor: " Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación -incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía- y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11ª. La parte prestataria faculta al banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que en este acto se constituye y de los títulos previos a esta escritura, así como los gastos derivados de la cancelación de cargas y anotaciones preferentes a dicha hipoteca. Los gastos suplidos podrán ser cargados en cuenta a la parte prestataria en la forma y condiciones que se indican al final de esta cláusula. Los mencionados servicios complementarios que, a solicitud de la parte prestataria, el Banco decida libremente realizar, serán facturados por éste con arreglo a las tarifas de comisiones y gastos que tenga vigentes el Banco en el momento de dicha solicitud. En todo caso, se considerará que constituyen un servicio objeto de facturación los trabajos de preparación de antecedentes que deba realizar el Banco para el otorgamiento de la escritura de cancelación de hipoteca. La parte prestataria queda obligada a satisfacer y resarcir al Banco cuantos daños, perjuicios, costas y gastos procesales o de otra naturaleza, se generen u originen al Banco por incumplimiento del contrato o para el cobro del crédito, incluyendo los gastos y costes directos o indirectos, causados por las actuaciones del Banco que tengan por objeto la reclamación de la deuda (tales como, en especial, los requerimientos de pago por correo, teléfono, telegrama, notariales), así como los derivados de los procedimientos judiciales o extrajudiciales motivados por todo ello, incluidos los honorarios de Abogado y Procurador aun cuando su intervención en las actuaciones y procedimientos judiciales o extrajudiciales no fuere preceptiva. El Banco queda facultado para cargar en cuenta o reclamar en cualquier momento a la parte prestataria cuantas cantidades se le adeuden por los conceptos antes indicados. Las cantidades así adeudadas al BANCO devengarán, desde la fecha en que éste las hubiera satisfecho y sin necesidad de reclamación, intereses de demora con arreglo a la cláusula 6ª, y quedarán garantizadas con arreglo a la cifra prevista para gastos y costas en la cláusula 9ª*

efectos más allá, a tiempo presente y futuro como por ejemplo los gastos de una cancelación hipotecaria que se de en el futuro o si se ha dado ya.

## **2. Consulta formulada**

Partiendo de estos hechos, el Banco nos encarga la realización de un Dictamen con el objetivo de sopesar y valorar las posibilidades de éxito en caso de oponerse a la demanda ya interpuesta. En concreto, con el dictamen se solicita informe en relación a los siguientes aspectos:

- Validez de la cláusula de gastos objeto de controversia.
- Posibilidad de determinar la cuantía de la demanda.
- Relevancia de que el Préstamo se encuentre cancelado.
- Análisis de las posibilidades de éxito de una eventual alegación de prescripción de las acciones.
- Viabilidad de la argumentación jurídica alegando que no existe obligación de reintegro, aun considerándose la cláusula nula por abusiva.

Sin duda es una cuestión impregnada de conflictividad y de enorme transcendencia en la actualidad por las demandas masivas que están recibiendo los Bancos. Con el mencionado informe la entidad lo que desea conocer y analizar es la viabilidad de las acciones interpuestas de contrario así como la probabilidad de éxito de las mismas.

Para realizar el informe jurídico analizando las posibilidades de éxito del Banco tendremos en cuenta la normativa que, principalmente, se va a aplicar a nuestro supuesto de hecho:

- Código civil y Ley de Enjuiciamiento Civil
- Ley General de Consumidores y Usuarios
- Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
- Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios

- Real Decreto 1427/1989 de 17 de noviembre por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad

### **III. CUESTIONES JURÍDICAS**

#### **1. Validez de la cláusula de gastos objeto de controversia**

En todo este tipo de demandas se alega principalmente una predisposición por parte de los Bancos de la cláusula de gastos a cargo del prestatario. Es decir, se considera que la cláusula es una Condición General de Contratación caracterizadas por ser cláusulas predisuestas por una de las partes contratantes, redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. No obstante, el hecho de estar ante cláusulas predisuestas como condiciones generales de contratación no necesariamente implica su nulidad, puesto que pueden ser plenamente válidas y eficaces; así será siempre que se pueda acreditar que se cumplen los requisitos de incorporación establecidos por el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDU).

##### **a) Negociación:**

En primer lugar, desde la perspectiva de los Bancos conviene a sus intereses que puedan alegar y acreditar que realmente hubo una **negociación** entre ellos y los consumidores a la hora de pactar la cláusula. Para ello lo primero que deben de acreditar es la existencia de una Oferta Vinculante, en la cual se establece de forma indubitada que el pago de los gastos de formalización del préstamo corresponde a la parte demandante. En la Oferta Vinculante suele aparecer una cláusula explicando los gastos de formalización de forma clara y precisa. La parte actora podría haber mostrado en ese momento su disconformidad y sin embargo nada quiso objetar ni negociar al respecto, dando, por tanto, su conformidad.

Por otra parte el Notario, en las cláusulas finales de la escritura, suele dar fe siempre de que la parte prestataria ha tenido a su disposición para examinarlo el proyecto de la escritura pública, al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento. Y que de conformidad con lo establecido en el artículo 7º de la Orden de 5 de Mayo de 1994, se remite al Notario autorizante la copia de la oferta vinculante.

El notario acredita que no existen discrepancias entre las condiciones financieras establecidas en la escritura y las que figuran en la Oferta Vinculante. Por tanto, la parte actora no ha acreditado que el proceso de negociación no hubiera tenido lugar, más bien al contrario, puesto que fue informado varias veces de que debía de sufragar los gastos de formalización de la escritura y ninguna objeción presentó al respecto.

**b) Controles de transparencia**

En segundo lugar y para reforzar la argumentación sobre la validez de la cláusula, analizaremos los requisitos previstos en la Ley, en concreto el art. 80.1 del TRLGDCU, que bajo el epígrafe, “Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente”, establece un criterio o exigencia para considerarlas conformes con la Ley: el de que tal condición general supere un doble control de transparencia que incluye por un lado, uno de inclusión y por otro el de comprensión.

**1.- El primer control**, de inclusión exige que la cláusula se encuentre redactada conforme a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez que señala el art. 5.5 LCGC, y deben, por consiguiente, excluirse aquéllas que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato por resultar 'ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles' (art. 7 LCGC).

**2.- El segundo control**, de comprensibilidad real del significado de la cláusula, resumidamente pasa por (i) proporcionar al consumidor una información suficientemente clara, (ii) que el contenido o información que se da al cliente en el momento de la contratación o previamente sea suficiente.

Con este control de transparencia se busca asegurar un resultado, que el prestatario pueda prever razonablemente, cuáles son las consecuencias económicas que habrá de soportar si perfecciona el contrato:

(i) Información clara y entendible.- Debe quedar debidamente acreditado que el prestatario conoció, desglosada y anticipadamente, los gastos que le iban a suponer la formalización de la compra y préstamo, y por qué conceptos. Y alegar que el tenor de la cláusula es comprensible con su mera lectura.

(ii) Información facilitada suficiente.- Se debe defender que el demandante fue cumplidamente informado, de los gastos desglosados y con una previsión de su cuantificación.

c) **Libertad de pacto y doctrina de los actos propios**

Caben otras argumentaciones reforzando la tesis que patrocinamos, como que el Banco siempre puede alegar que en todo contrato se goza de libertad de pacto entre las partes, en función de lo establecido en el artº 1.255 de nuestro Código Civil que recoge el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

Se puede defender perfectamente que la mencionada cláusula se pactó haciendo uso de la libertad de pacto entre las partes y, lo que es verdaderamente relevante, que nos encontramos ante un pacto totalmente lícito y legal, es decir, que no es *contra legem*.

En defensa de esta argumentación cabe citar la sentencia **del Juzgado de lo Mercantil de Vigo nº 131/2016 de 28 de abril**, que afirmó que resultaba posible que las partes hubieran convenido que el adherente consumidor soporte el pago del arancel notarial o de la inscripción en el registro. Y este pacto en concreto que individualiza una obligación derivada del contrato, no necesariamente ha de resultar nulo si no causa desequilibrio ni sorprende la buena fe del consumidor, de forma que respete el control de transparencia y el control de incorporación.

Otra cuestión a considerar es la doctrina de los actos propios que consiste en la inadmisibilidad de actuar contra los propios actos hechos con anterioridad, es decir que se prohíbe que una persona pueda ir contra su propio comportamiento mostrado con anterioridad para limitar los derechos de otra. En el presente caso es indubitado que el demandante asumió y aprobó el pago de los gastos que ahora reclama. **No puede ir en contra de sus propios actos y** pretender tener derecho a que un tercero se los satisfaga, después de haber mostrado su conformidad durante 20 años (desde 1998).

En este sentido, se manifiesta la reciente sentencia de la **Audiencia Provincial de Asturias (sección 6ª) nº 42/2017, de 27 de enero de 2017:**

*“Lo cierto es que la factura notarial, fechada el 18 de julio de 2006, (doc. 2 al folio 51) fue girada contra la prestataria actora, como también los gastos de registro (f. 52vto), documentos que junto al de abono del impuesto fueron recibidos por la misma, y los*

*gastos soportados sin objeción durante más de 9 años, lo que constituye un poderoso indicio de su conocimiento y conformidad con la asunción contractual de todos ellos, y avala aún más la procedencia del rechazo de su reintegro”*

**d) Buena fe en la contratación**

Por último, el Banco debe defender que la cláusula se pactó conforme a los criterios de la buena fe, respetando el artículo 82 del TRLGDCU. Todo el contenido de la cláusula es pactado conforme a la BUENA FE dado que nadie en el momento en que se pactó la cláusula, ni tribunales ni notarios, ni registradores ni la hacienda pública se pronunció en contra de que los gastos fueran a cargo del prestatario, ni se consideraba que existiese pacto alguno “contra legem”. Además estaba absolutamente implantado un claro “uso del comercio”: que los gastos correspondían al prestatario. En todas las escrituras se establecía el mismo criterio, nunca puesto en entredicho. También en aquel entonces la normativa vigente, entre otras, la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, se dirigía a imputar los gastos al prestatario. En el Anexo I de la citada Orden se establecía que los gastos de formalización de la hipoteca los debía pagar el cliente, así como la comisión de apertura.

Por tanto, dado que la buena fe se presume y no habiéndose acreditado una “actuación contra las exigencias de buena fe” no cabe considerar la abusividad de la cláusula.

De hecho, la propia STSJUE de 20 de septiembre del 2017 sirve como argumento de esta tesis puesto que entiende así la buena fe y dispone en su considerando 58 que “...*el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente evaluar, atendiendo a todas las circunstancias del litigio principal...*”

e) **Conclusión**

Sin embargo y pese a toda la defensa que puede realizar el Banco sobre la validez de la cláusula, prácticamente toda la jurisprudencia del mapa español consideran la cláusula nula en su integridad por abusiva. El TS en su famosa sentencia de 23 de diciembre de 2015 llega a la conclusión de que dicha cláusula es abusiva y por tanto nula, porque no solo es que no permita una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos, sino que hace recaer todos sobre el hipotecante (parte actora en este procedimiento), a pesar de que la aplicación de la normativa vigente permitiría una distribución equitativa. Por consiguiente, como esta cláusula produce en el hipotecante, en el consumidor, un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado si hubiera habido una verdadera negociación, es por lo que determina su nulidad por abusiva.

Este criterio ha sido avalado por el TS a través de su más reciente sentencia sobre la cuestión, la STS de 15 de marzo de 2018, (número 148/18), puesto que en el FJ Sexto estima en parte el recurso de casación porque considera que la cláusula objeto de controversia es abusiva en su totalidad, dado que sin una negociación previa se le ha impuesto al prestatario el pago de todos los impuestos derivados de la operación. Y continúa diciendo que, una vez declarada la abusividad de la cláusula y su nulidad hay que decidir cómo ha de distribuirse entre las partes el pago de los gastos. Sin embargo considera que ese aspecto no afecta a la nulidad en sí, por abusiva, de la estipulación contractual examinada, sino a las consecuencias de dicha nulidad.

A modo de ejemplo **la Sentencia del Juzgado nº 21 de Primera instancia de Zaragoza, 30 de Octubre de 2017** núm. 222/17 considera que:

*“En el supuesto de Autos por la parte actora no se ha puesto en duda que conociera la mencionada Cláusula, y hasta tal punto la conocía que llevó a cabo los pagos que la entidad bancaria le exigió con base en dicha cláusula, por lo tanto, podemos decir que en principio es una cláusula comprensible, aunque con una amplitud desmedida en cuanto a los gastos imputables al prestatario o hipotecante, pues si bien se solicita únicamente la nulidad respecto de los pagos realizados y los concretos apartados b) y c) la extensión de la cláusula QUINTA es muy grande e incluye multitud de gastos que se imputan al consumidor, pudiendo llegar a ser su lectura, debido a su redacción, confusa y poco clara.*

*Sin embargo, esta cláusula QUINTA no superaría el segundo filtro de transparencia, pues el consumidor, la parte actora, no puede comprender el alcance de dicha cláusula en el momento que está firmando el préstamo hipotecario, pues no comprende la totalidad de gastos que le están imputando y que le van a imputar en un futuro, por cuanto se confunde con la totalidad de cláusulas que le presentan, con su deseo de firmar la hipoteca y por las cantidades de dinero que se manejan en ese momento que hacen pasar, casi de forma desapercibida, ya no solo la cláusula en sí, sino también la cuantía de dichos gastos, que no debemos olvidar que no aparecen recogidas en el propio contrato ni la escritura pública.”*

Por tanto, en este aspecto en concreto el Banco tendría pocas opciones de ganar. No obstante debe abrir otras líneas de defensa, puesto que una cosa es la acción de nulidad, la cual suelen estimar los tribunales y otra muy distinta es la acción de restitución.

Por otra parte también queda abierta la defensa de la nulidad parcial (aunque hay pocos juzgados que se acojan a ella).

## **2. Posibilidad de determinar la cuantía de la demanda**

En la propia demanda y en el Decreto de admisión de la misma, se establece como cuantía un importe indeterminado, sin embargo, en todo este tipo de demandas se presentan las facturas reclamando el importe de los gastos concretos y se suele solicitar una cuantía final perfectamente determinada. Es decir, la demanda vienen acompañada por las facturas cuyo reintegro se pretende y en el Suplico se concreta la acción de restitución de un importe concreto.

En base a ello el Banco debería defender ante los Tribunales que la cuantía está claramente determinada puesto que el verdadero interés económico de la demanda se atiende exclusivamente a **las cantidades concretas** que se solicitan el Suplico de la demanda en concepto de restitución de gastos e impuestos.

Por tanto, el procedimiento ordinario debe sujetarse a cuantía conforme al artículo 251.8ª LEC, y la cuantía debe ser fijada en la cantidad que resulte del importe cobrado a los demandantes al amparo de la cláusula supuestamente abusiva invocada en la demanda. El importe de los pagos satisfechos es perfectamente conocido por la parte demandante, por haber realizado ya esos pagos, incluso incluyendo los justificantes de pago y los importes exactos en su escrito de demanda.

La cuantía indeterminada sólo se acepta cuando no se puede determinar el interés económico de la demanda, o cuando no exista interés económico alguno. Pero en el presente caso, sí que existe un interés económico, que es precisamente la restitución de los gastos satisfechos por los demandantes al amparo de una cláusula que consideran abusiva.

Sujetando el procedimiento a una cuantía indeterminada lo único que pretende es la generación de mayores costas. Las costas de una cuantía indeterminada se calcularían sobre una base de 18.000€, beneficiando de esta forma a los actores si les fuesen satisfechas todas sus pretensiones ya que en ese supuesto se le impondrían las costas al Banco (art. 394.1 LEC).

En conclusión, conforme al artículo 252.2 LEC, el Banco debe solicitar que se tenga por cuantía a efectos de costas el efectivo interés económico de los demandantes, que no es otro que el importe reclamado con su acción de restitución, más aun cuando el préstamo se encuentra cancelado y ha desplegado todos sus efectos.

En la misma línea de lo anterior se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 21 de Noviembre del 2017 (Nº 624/2017) en su Fundamento Jurídico Segundo dispone lo siguiente:

*“La acción de restitución de cantidades indebidamente abonadas por el consumidor , por ser abusivas las condiciones generales de la contratación, al caso en el préstamo hipotecario, exige a la parte demandante, no sólo entablarla en la demanda, sino, además explicitar ex artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, su montante económico y justificarlo de acuerdo con el artículo 217 de la Ley de enjuiciamiento civil /.../ fácilmente tiene a su alcance no solo el conocimiento del importe abonado que pretende ser restituido, sino también su justificación, a través de los diversos medios que el ordenamiento procesal pone a su disposición. Así impone el artículo 219-1 de la Ley de enjuiciamiento Civil porque reclama una cantidad dineraria por un concepto concreto y determinado, sin que sea dable liquidación alguna”.*

### **3. Relevancia de que el préstamo se encuentre cancelado**

Son numerosas las reclamaciones frente a los Bancos albergando pretensiones para que declare la nulidad de una cláusula de gastos y la devolución de unos importes de un contrato ya vencido y resuelto hace muchos años , y por lo tanto completamente consumado e inexistente a día de hoy.

Tal pretensión no puede prosperar en atención a los principios de seguridad jurídica y de orden público económico, “*que se verían conculcados en caso de acceder a la declaración de nulidad de cláusulas que con el conjunto de cualquier contrato suscrito han desplegado ya toda la eficacia hasta el punto de que la relación negocial entre las partes contratantes se encuentra plenamente extinguida y consumada.*” Así se pronuncia en un supuesto similar la reciente **Sentencia de la Audiencia Provincial (Sección N. 2) Badajoz**, de 6 de abril de 2017 (nº114/2017).

En la misma línea, teniendo en cuenta que el actor canceló el préstamo de forma voluntaria y anticipada, se pronuncia la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª), de 30 de Septiembre del 2016 ( nº344/2016)**, en su Fundamento Jurídico Segundo dispone lo siguiente:

*“Se puede concluir, por tanto, que extinguido el contrato por decisión de una de las partes, que hubiese sido aceptada por la contraria, no será ya posible hacer renacer el repetido contrato para solicitar su nulidad, cuando ya no tiene virtualidad real alguna y desplegó los efectos que las partes habían pactado; éste es el eje esencial donde descansa la respuesta jurídica al conflicto planteado. A título de ejemplo, no es posible estudiar la acción de nulidad de un contrato, que cumplido, por decisión de ambas partes, no tiene ya vigencia ni fuerza de obligar”*

Por otra parte, la Directiva 93/13 tiene por objeto evitar que se incluyan cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, eliminar eventualmente esas cláusulas de esos contratos y, por último, evitar que tales cláusulas vinculen al consumidor. Pues bien, dado que el contrato que pudiera contener la cláusula supuestamente abusiva ha agotado todos sus efectos con el pago definitivo del préstamo en cuestión, ya no resulta pertinente plantear la cuestión de si es necesario evitar o eliminar la inclusión de tal cláusula.

La protección conferida por la Directiva 93/13 no implica que el juez esté facultado para pronunciarse sobre el carácter abusivo de una cláusula incluida en un contrato hipotecario ya extinguido.

Pese a que el Banco podría intentar defender este aspecto, lo cierto es que la mayoría de la jurisprudencia está entrando a analizar de la misma forma los préstamos cancelados y los préstamos vigentes. A modo de ejemplo, el **Juzgador de Instancia del Juzgado**

**12.BIS de Zaragoza considera, en todas las sentencias** (por ejemplo: Sentencia de 5 de Octubre de 2017, nº122/2017) **referidas a préstamos cancelados, lo siguiente:**

*“No obstante, no se puede acoger el impedimento alegado por el demandado/.../ si prospera la acción ejercitada, se entenderá que las cláusulas no habrán existido nunca – y consecuentemente no habrán producido efecto alguno–, debiendo reponer al demandante en la situación de hecho y de Derecho en la que se hallaría de no haberse incluido tal condición general. A estos efectos, el hecho de que el préstamo haya sido cancelado –por su completa amortización por parte del prestatario–, no constituye óbice o impedimento alguno para la eventual estimación de la pretensión, toda vez que, la acción “declarativa” de nulidad es imprescriptible (ex art. 19.4 LCGC). En nada afecta tampoco a la acción de restitución de las cantidades abonadas por el consumidor a consecuencia de la aplicación de la cláusula cuya nulidad se pretende, por cuanto la misma constituye un efecto legal inherente e inescindiblemente unido a la declaración de nulidad –ex art. 1.303 del CC–.”*

#### **4. Posibles argumentos contra el ejercicio de la acción de forma tardía.**

##### **4.1 Prescripción de la acción de restitución**

En la demanda se ejercitan dos acciones: la acción de nulidad y la **acción de restitución**. La primera de ellas es imprescriptible, tal y como ha fallado prácticamente toda la jurisprudencia nacional. El art. 83 del TRLGDCU, como el art. 8.2 de la LCGC, establecen categóricamente que las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho – nulidad absoluta–, y según la **Sentencia del Juzgado 12 Bis de Zaragoza, de 11 de diciembre núm. 266/2016 (entre muchas otras):**

*“De este modo, siendo tales cláusulas nulas de pleno derecho n o habrán producido efecto alguno –quod nullum est, nullum producit effectum–, debiendo reponer al demandante en la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría de no haber existido nunca tal cláusula, siendo la acción ejercitada imprescriptible –tal y como establece el art. 19.4 de la LCGC–, por cuanto que el paso del tiempo no puede subsanar los actos nulos de origen –quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere”*

Sin embargo, se debe diferenciar esta acción de la **acción de restitución**, con la que se pretende una devolución de los gastos concretos que fueron en su día abonados por los ahora actores. Pues bien, esta acción de restitución debe desestimarse (a diferencia de lo que manifiesta en sus sentencias el juzgador de instancia del Juzgado nº 12 bis de Zaragoza), puesto que ha pasado el plazo general previsto para las acciones personales

que no tengan señalado un plazo especial (art 1964cc). Antiguamente el plazo era de 15 años, actualmente y tras la reforma efectuada por la Ley 42/2015 el plazo fue reducido a 5 años. Sin embargo, y puesto que el préstamo fue formalizado en 1998 debemos tener en cuenta el régimen transitorio establecido en la disposición transitoria quinta de la citada ley:

**Régimen de prescripción aplicable a las relaciones ya existentes.**

*El tiempo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, nacidas antes de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, se regirá por lo dispuesto en el artículo 1939 del Código Civil.*

Por tanto, al préstamo objeto de controversia, formalizado en 1998, le sería aplicable el plazo de prescripción de 15 años, conforme a lo dispuesto en el artículo 1939 CC. La cuestión es determinar cuál es el *dies a quo* para comenzar a contar estos 15 años.

Existen dos opciones:

1. Establecer el *dies a quo* en la fecha que se pagaron los gastos (1998).
2. O bien establecerlo en la fecha de consumación del contrato (2001).

Y se da la circunstancia, que en el asunto objeto de dictamen, ha finalizado holgadamente el plazo para el ejercicio de la **acción de restitución** contra el citado préstamo, puesto que han pasado más de 15 años, tanto desde la fecha de pago de los gastos, como desde la fecha de consumación del contrato.

En este sentido cabe citar la reciente **Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 21 de Noviembre del 2017, Nº 624/2017**. En concreto, se decanta por la primera opción señalando que la acción de restitución de cantidades prescribe incluyendo “los derechos y las acciones, de cualquier clase que sean” pues así lo establece el art. 1930, párrafo segundo, CC, y, por tanto, también prescribe el derecho a exigir la restitución, señalando que la misma prescribe a los 15 años desde la fecha de realización de los pagos discutidos.

Así, brevemente cabe destacar lo dispuesto en el en el Fundamento Jurídico Tercero que señala que el *dies a quo* es el momento de la formalización del contrato/realización del pago de los gastos:

*“Descartadas las anteriores opciones, si la acción de nulidad puede ejercitarse desde el día siguiente a la celebración del contrato, la acción de restitución puede ejercitarse a partir de que el consumidor efectuó prestaciones a favor del empresario en virtud de la cláusula abusiva y nula, esto es, **a partir del momento en que realizó los pagos indebidos**. Aplicando este criterio al caso presente, la acción está prescrita pues los pagos se hicieron en el año 2000 y la demanda no se interpone hasta el 30 de diciembre de 2016, transcurrido incluso el plazo legal de quince años vigente hasta la reforma de la Ley 42/2015, de 5 de octubre.”*

En el mismo sentido se ha pronunciado Carrasco Perera<sup>3</sup>, el *dies a quo* de comienzo del plazo de prescripción de la acción **es la fecha en que se pagaron los gastos**, puesto que considerar que el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción restitutoria quede subordinada a la declaración judicial de nulidad supondría hacerla imprescriptible como la propia acción de nulidad, violando el principio de seguridad jurídica e iría en contra de la naturaleza declarativa de tal pronunciamiento.

Desde el momento que el actor pagó los importes hoy reclamados, tuvo la opción de ejercitar la acción de reclamación de las cantidades, y sin embargo, lo hace más de 15 años después cuando la acción se encuentra totalmente prescrita.

Asimismo la reciente sentencia de la de la **AP Valencia de 27 de diciembre de 2017**, nº 718/17, establece: en primer lugar (y distinguiendo acción de nulidad y restitutoria), **que la acción restitutoria prescribe, y en segundo lugar la somete al plazo de prescripción de 15 años**. Y así señala lo siguiente en su (Fundamento Jurídico Segundo):

*“(…) Pasando a resolver la excepción planteada, coincidimos con el recurrente que debe **distinguirse entre la acción de nulidad y la acción de restitución**, en este caso, y que los plazos para su ejercicio no son los mismos, máxime cuando se trata de una nulidad de pleno derecho que no tendría plazo de prescripción, lo que no sucede con la **acción de restitución que sí está sujeta a plazo para su ejercicio**.(…)Y como la escritura se firmó en el año 2009, antes de la entrada en vigor de la reforma citada, debe tenerse en cuenta*

---

<sup>3</sup> CARRASCO PERERA, A., “La acción para reclamar intereses pagados en virtud de una cláusula suelo está prescrita cuando han transcurrido cuatro años desde que el contrato hipotecario ha sido consumado y cancelado” Pág.: 12 y 13. Centro de Estudios de Consumo Universidad de Castilla-La Mancha. Fecha de publicación: 10 de marzo de 2017

*la disposición transitoria quinta sobre “Régimen de prescripción aplicable a las relaciones ya existentes”, a cuyo tenor “el tiempo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, nacidas antes de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, se regirá por lo dispuesto en el artículo 1939 del Código Civil (...)”*

Por tanto, en el presente caso objeto de litigio, la acción de restitución estaría prescrita pues ha transcurrido holgadamente el plazo de 15 años señalado en el artículo 1.939 de nuestro Código Civil.

Si por el contrario se considera el *dies a quo* el plazo de la **consumación del contrato**, también estaría superado el plazo de 15 años y la acción de restitución habría prescrito en el 2016, puesto que el préstamo fue cancelado en el año 2001.

La **Sentencia de la Audiencia Provincial de ÁVILA** de 2 de Noviembre del 2017, nº 316/2017 se establece lo siguiente:

*“Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio , que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la **consumación del contrato** tiene lugar cuando se produce «la **realización de todas las obligaciones**», «cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes» ( sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989 )(…).Y respecto de los contratos de tracto sucesivo, declara la citada sentencia núm. 569/2003: «Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo" (...)».*

#### **4.2 Retraso Desleal**

Otro argumento favorable a la tesis que defendemos (que patrocinamos) en este dictamen es que se podría alegar un **Retraso Desleal** de la acción, que se produce cuando el retraso en el ejercicio de un derecho implica una actitud desleal dado que ha transcurrido un tiempo suficiente para permitir a la parte contraria confiar de forma razonable en que aquel derecho ya no va a ser exigido. Una de las posibles formas de ejercicio abusivo de un derecho es el de su ejercicio con tal demora en el tiempo que se ha generado en el Banco una confianza legítima en que aquel derecho ha sido tácitamente renunciado.

Siguiendo el hilo de este razonamiento, la **Sentencia del Tribunal Supremo** del 12 de diciembre de 2011, nº 872/2011 viene a definir el retraso desleal en el ejercicio de un derecho: *“Un derecho subjetivo o una pretensión no pueden ejercitarse cuando el titular no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer y ha dado lugar, con su actitud omisiva, a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que ya no se ejercitará el derecho”*.

Por tanto, el desacuerdo con la asunción de los citados gastos, lo debería haber manifestado con anterioridad, no cuando han pasado ya más de 20 años, pues entendemos que una acción ejercitada con tanto retraso en el tiempo es claramente contraria a las exigencias de la buena fe. Dicho de otro modo, el actor no puede ir en contra de sus propios actos, cuando ha evidenciado su conformidad durante más de 20 años.

#### **5. Análisis individualizado de cada uno de los gastos reclamados**

En este último apartado abordaremos el análisis individual de cada uno de los gastos más reclamados en la actualidad. Y pese a que la cláusula hubiera sido declarada nula por abusiva entendemos que existen argumentos para defender que no existe obligación de la entidad bancaria para la **restitución de los mismos**, en base a lo dispuesto en la ley.

**La SAP de Palencia, de 16 de octubre, nº 259/2017** dispone que la consecuencia de la nulidad no es que el consumidor o la entidad bancaria deban hacer frente a todos los gastos, sino que únicamente se deberá restituir al consumidor los gastos que hubiese tenido que asumir con arreglo a la ley de no existir la cláusula que ahora se ha declarado abusiva.

**a. Impuesto de Trasmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados**

Desde que el TS dictara la célebre Sentencia de 23 de diciembre del 2017, nº 705/2015, se ha producido un aluvión de reclamaciones solicitando la devolución del mencionado impuesto, dado que según la misma *«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»*.

Sin embargo, en la mayoría de resoluciones, la declaración de nulidad de esta cláusula es meramente formal, ya que no conlleva la devolución al prestatario el dinero abonado por los tributos pagados, pues se considera que es quien los tenía que abonar<sup>4</sup>.

El Impuesto de Trasmisiones Patrimoniales Onerosas (TPO) y Actos Jurídicos Documentados (AJD) alberga dos impuestos cuyos hechos imponible son distintos, por un lado está el TPO y por otro el AJD.

El préstamo es concedido por una entidad financiera, sujeto pasivo del IVA, se trata por tanto de un préstamo sujeto a dicho impuesto pero exento. El estar sujeto a IVA determina la **no sujeción** a la modalidad de Trasmisiones Patrimoniales Onerosas tal y como establece el art 7.5 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Trasmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Sin embargo la operación se documenta en una escritura pública que contiene un acto inscribible en el registro de la propiedad, **así que estará sujeta al gravamen gradual de Actos Jurídicos Documentados del 0.50%, según el art 31.2 del mismo texto refundido.**

Por lo tanto el impuesto objeto d controversia es en realidad el impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

---

<sup>4</sup> Anchón, Bruñen, M., “Cláusulas de repercusión de gastos de la hipoteca al prestatario: casos en que se pueden considerar abusivas y casos en que no”, Diario LA LEY, nº 9122, de 19 de enero 2018, Editorial Wolters Kluwer

La normativa vigente (en la actualidad y en el momento de la formalización del contrato cuya cláusula se discute), fundamentalmente la ley reguladora del impuesto y su reglamento de desarrollo, es clara al determinar que es el prestatario de un préstamo con garantía hipotecaria quien ha de considerarse sujeto pasivo del impuesto de Actos Jurídicos Documentados. El art. 8 del Texto Refundido de la Ley del IPT Y AJD 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, aquél 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). El art. 15.1 del mismo texto refundido que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo.

Sin embargo y a pesar de lo expuesto, lo cierto es que ha habido jurisprudencia que interpretaba que el sujeto pasivo era la entidad y no el prestatario y por tanto se avalaba la devolución de este impuesto, considerando que la base imponible del impuesto era la garantía hipotecaria y no el préstamo. En este sentido se ha pronunciado la sentencia del **Juzgado nº7 de Zaragoza, de 15 de mayo de 2017, nº. 130/2017**, condenando a la entidad al pago del impuesto:

*“No obstante lo anterior, la cuestión ha generado dudas basadas en que el impuesto de actos jurídicos documentados lo que grava no es una transmisión patrimonial, como ocurre en el impuesto de transmisiones patrimoniales, sino la generación de documentos notariales inscribibles en el Registro de la Propiedad (el hecho imponible lo son conforme al art 28 TRLITPAJD las escrituras, actas y testimonios notariales, en los términos que establece el artículo 31 que en su párrafo segundo se refiere a las primeras copias de escrituras y actas notariales, cuando tengan por objeto cantidad o cosa valuable, contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad). En una escritura de préstamo hipotecario se estima que el préstamo no es el acto inscribible, sino que lo que lo es el derecho real de hipoteca. La que origina la inscripción registral, y concretamente, en función del valor declarado de la garantía hipotecaria en la propia escritura de constitución de hipoteca. Esta garantía hipotecaria suele extenderse, además de al capital prestado, a otras cantidades añadidas, por intereses, costas y gastos, indemnizaciones, etc.; y todas estas cantidades garantizadas con la **hipoteca constituyen la base imponible a efectos del impuesto**. De ello cabría deducir que el sujeto pasivo lo sería el acreedor garantizado que es quien adquiere el derecho real de garantía y recibe la primera copia de la escritura que constituye el hecho imponible del impuesto”*

Pese a que ha habido numerosos los argumentos para defender y atacar la restitución de este impuesto, lo cierto es que tras la reciente sentencia del TS, de 15 de marzo de 2018 (148/18) no tiene sentido seguir discutiendo sobre quien es el sujeto pasivo, de hecho numerosos despachos están desistiendo ya de la acción de restitución establecida con respecto a este gasto. El TS, Sala de lo Civil, aclaró su sentencia inicial (705/2015) a través de una nueva sentencia de 15 de marzo del 2018 (148/2018), la cual no deja lugar a dudas respecto a que el sujeto pasivo es únicamente el prestatario:

*“Respecto del hecho imponible del impuesto de transmisiones patrimoniales consistente en la constitución del préstamo hipotecario (art. 7.1.B LITPAJD), ya hemos visto que el art. 8 LITPAJD, a efectos de la determinación del sujeto pasivo, contiene dos reglas que, en apariencia, pueden resultar contradictorias. Así el apartado c) dispone que «en la constitución de derechos reales» ser sujeto pasivo del impuesto aquél a cuyo favor se realice el acto; y el apartado d) prevé que, «en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza», lo será el prestatario. De manera que si atendemos exclusivamente a la garantía (la hipoteca), el sujeto pasivo sería la entidad acreedora hipotecaria, puesto que la garantía se constituye a su favor; mientras que, si atendemos exclusivamente al préstamo, el sujeto pasivo sería el prestatario (el cliente consumidor). Sin embargo, dicha aparente antinomia queda aclarada por el art. 15.1 de la misma Ley, que dispone: «La constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán **exclusivamente por el concepto de préstamo**».*

*3.- La jurisprudencia de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de este Tribunal Supremo ha interpretado tales preceptos en el sentido de que, tanto en préstamos como en créditos con garantía hipotecaria, el sujeto pasivo del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario(...) se indica que la **unidad del hecho imponible en torno al préstamo** produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible sea el prestatario, de conformidad con lo establecido en el art. 8 d), en relación con el 15.1, LITPAJD.*

*En su virtud, respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, en armonía con la jurisprudencia de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo, debemos concluir que el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados **es el prestatario**.”*

Por tanto y frente a esta concreta pretensión el Banco tiene, hoy en día, todas las posibilidades de ganar.

## b. Aranceles Notariales y Registrales

La STS de 23 de diciembre de 2015 se pronunció de forma clara a favor de la abusividad de este tipo de cláusulas argumentando que quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (art. 517.2.4.ª de la LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 del CC y 2.2 de la LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (arts. 681 y ss. LEC) ; no obstante, el TS añade que entiende que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa de dichos gastos registrales y notariales, 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.

Por tanto, se puede interpretar como el TS deja abierta la puerta a una eventual exclusión del carácter abusivo de una cláusula que permita una distribución “equitativa” siempre que exista una mínima reciprocidad y equilibrio entre las obligaciones de las partes.

En concreto, cabe argumentar que esta afirmación ha llevado a parte de la doctrina<sup>5</sup> a entender que no se puede afirmar de forma inequívoca que el Tribunal Supremo haya considerado que, declarada nula la cláusula de gastos, corresponde a la entidad financiera asumir la totalidad de los aranceles Notariales y Registrales.

La citada sentencia del TS (705/2.015) establece que, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas en el Registro de la propiedad, 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 a quien solicite una certificación.

Así se prevé también en la normativa reglamentaria que regula estos sectores específicos, concretamente en el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el

---

<sup>5</sup> RUIZ-GALLARDÓN UTRERA, J. «"Non est aurum omne quod radiat": gastos hipotecarios e hipotecas multidivisa». LA LEY Mercantil, n.º 40, Sección Contratación mercantil, comercio electrónico y TICs / Opinión Legal, octubre 2017, Editorial Wolters Kluwe

que se aprueba el Arancel de los Notarios (norma 6ª del Anexo II) y en el Real Decreto 1427/1989, de 17 de Noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la propiedad (norma 8ª del Anexo II).

Así pues, Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios establece que: “*La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente*”. En el mismo sentido se pronuncia el RD 1427/1989.

Como se puede apreciar, la norma establece un **primer criterio de imputación**: paga quien solicita los servicios al notario, y después **un segundo criterio**, paga el interesado fiscal en formalizar los negocios que el notario autoriza, entendiendo que quien tiene que pagar los impuestos de los negocios que se otorgan en la escritura es al que le corresponde pagar los aranceles notariales de dichos negocios. Y tal como hemos explicado en el apartado anterior, se prevé en los artículos 8, 15, 29 del TRLITPAJD y en el Art. 68 del RIPTAJD que la desarrolla, que el sujeto pasivo del impuesto en un préstamo hipotecario es el prestatario.

El banco debe alegar de forma convincente para poder defenderse que realmente el solicitante del servicio a cuyo favor se formaliza el negocio jurídico del préstamo es el prestatario, que es el principal interesado en obtener el dinero del préstamo. Para ello debe acudir y pagar los servicios del notario y registro.

Siguiendo la jurisprudencia de la **Sala Tercera del TS** (entre otras: Recurso de casación núm. 2196/1996 de 19 de noviembre de 2001) la escritura pública de préstamo hipotecario documenta dos negocios jurídicos, uno principal, el préstamo, y otro accesorio, la hipoteca que constituye la parte actora (solo la pueden hipotecar los propietarios) para garantizar el préstamo. Por tanto, la adquisición de la vivienda y el préstamo hipotecario se constituyen de forma única; el primero es el negocio principal, y la constitución de garantía hipotecaria se antoja un negocio accesorio del préstamo y de la compra.

Además el consumidor suele pagar siempre y sin ninguna objeción los gastos de notaría y registro derivados la compraventa (simultánea al préstamo), siendo que el art. 1455 CC dispone de forma clara que los gastos de otorgamiento de escritura serán de cuenta del vendedor.

No obstante analizando el criterio de las Audiencias Provinciales Españolas, podríamos clasificar los criterios de las resoluciones judiciales en relación a estos gastos del siguiente modo:

**1. Los que imputan el 100% de estos gastos al prestatario (es el panorama más reducido);** esta es la principal jurisprudencia que debe alegar el Banco a la hora de formular su defensa.

A modo de ejemplo, la sentencia **AP de Oviedo de 24 de marzo de 2017** manifiesta lo siguiente:

*“Es cierto que la garantía revierte en beneficio de quien concede el crédito. Pero en el préstamo con garantía ésta es sólo accesoria de aquél, de tal modo que no es posible concebirla de modo autónomo, sin la existencia de una obligación principal. **No cabe por ello dissociar el tratamiento que, a los efectos de formalización, merezcan los gastos que generen una y otra, pues es un todo único.** Es impensable que los gastos que suponga la constitución de otra clase de garantía, por ejemplo un aval deba sufragarlos el prestamista. **Lógicamente, es el interesado en obtener el crédito quien deberá hacer frente a los gastos que ocasionen aquellos condicionantes que si fijan para su concesión, salvo que por ley sean imputables al prestamista.** Los gastos que conlleven esas actuaciones notariales y registrales serán de cargo, en consecuencia del prestatario-hipotecante, que es, en definitiva, el instante y beneficiario de la operación en su conjunto, el préstamo hipotecario, y por ello el solicitante del servicio de dichos profesionales”*

En el mismo sentido se han pronunciado otras sentencias: SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 28 de marzo de 2017, SAP de Asturias, Sección 4ª, de 13 de octubre de 2017...

**2. Otros tribunales consideran que estos gastos deben ser soportados por mitad.**

Este argumento debe ser usado por el Banco de forma subsidiaria al anterior.

Por ejemplo la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6.ª (197/2017) de 2 Junio 2017 destaca lo siguiente: *“a falta de criterio más ajustado, se considera que la solución más equitativa sería repartir los gastos de la factura de notario que se reclama por mitad entre ambos otorgantes”*

Por su parte la **SAP de Logroño, de 31 de octubre de 2017**, apunta que el hecho de que sea siempre el banco el que aporte la minuta por el Notario, no significa sin más que este sea el requirente de la actuación o intervención notarial, pues es perfectamente factible que ambas partes -prestamista y prestatario- requieran la intervención del notario para redactar un contrato conformado por condiciones generales de contratación, conforme a minuta aportada por el Banco predisponente. Y considera a ambas partes como requirentes al aparecer como exponentes y otorgantes de la escritura pública

En este mismo sentido se pronuncian, entre muchas otras, la SAP de A Coruña, Sección 4ª, de 25 de septiembre y 8 de noviembre de 2017, SAP de Palencia, Sección 1ª, de 6 de noviembre de 2017, Audiencia Provincial de La Rioja, Sentencia 177/2017...

**3 Finalmente, un tercer grupo, basándose en que la STS de 23 de diciembre de 2015, que argumenta que el pago debe correr íntegramente a cargo de la entidad financiera prestamista.**

A modo de ejemplo la **AP de Teruel en su sentencia de 2 de enero de 2018 (107/18)** estableció lo siguiente:

*“Que los Tribunales civiles han de considerar la Jurisprudencia Civil emanada del Tribunal Supremo que es el ámbito objeto de debate. Con ello la adecuación de la sentencia en su declaración de abusividad y respecto de los gastos por el impuesto no ofrece duda. En cuanto a los gastos de Notaría la sentencia de referencia no concluye quién ha de soportarlos, pero sobre la base que proporciona la jurisprudencia enunciada, consideramos que el interés exclusivo en la documentación del préstamo es del prestamista, dado que la eficacia constitutiva de la garantía hipotecaria lo requiere, también porque lo requiere la eficacia ejecutiva del título, por ello estima este Tribunal que es un gasto que ha de soportar la entidad prestamista. Lo mismo cabe predicar respecto a los aranceles registrales, pues es claro que el derecho de garantía en favor del banco no existe si no se inscribe en el Registro de la Propiedad”*

En el mismo sentido se pronuncian, entre otras, la AP de Zaragoza , Sección 5ª, en sentencia de 20 de febrero del 2018, AP de Asturias, Sección 5ª en sentencia de 26 de mayo de 2017 , o la Sección 7ª de la misma Audiencia, en sentencias de 28 de

septiembre de 2017 ; SAP de Baleares, de 27 de octubre , la SAP de Las Palmas, de 6 de julio de 2017 , SAP de Segovia, Sección 1ª, de 3 de noviembre de 2017....

Muchas de ellas consideran que no habiéndose practicado prueba alguna respecto de quien requirió los servicios del Notario y lo eligió, corresponde su pago al prestamista al ser el mayor beneficiado por la inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

Lo cierto es que la mayoría de Audiencias Provinciales, se pronuncian a favor de un reparto equitativo de los gastos notariales y registrales (50 % cada parte), o bien reparten de forma equitativa el gasto del notario pero el del registro lo imputan en todo caso a la entidad (porque consideran que lo único que se inscribe es la hipoteca, la cual beneficia en exclusiva a la entidad), o bien se imputa la totalidad de los gastos a la entidad.

En el siguiente gráfico se muestra el panorama de la jurisprudencia española (AUDIENCIAS PROVINCIALES) en la actualidad, respecto de estos gastos.

### Mapa análisis sentencias Audiencias Provinciales en materia de gastos



Fuente: Ibercaja Banco S.A, Asesoría Jurídica. 03-04-2018

Lo cierto, es que llama la atención la cantidad de pronunciamientos distintos que se vierten en relación a estos gastos. El propio TS en su reciente sentencia de 15 de marzo de 2018, nº 148/2018 ha cambiado de criterio, considerando que al menos cada parte deberá abonar las copias simples y autorizadas que soliciten, por tanto, sigue dejando abierta la posibilidad de un reparto en el importe de estos gastos, opción que es la más usada por las AP de España.

En conclusión el Banco debe de seguir defendiendo que el interesado principal de la operación fue el prestatario y, al menos, tiene una gran posibilidad de éxito de conseguir el 50% de los gastos de notario ( el registro está siendo imputado al Banco en la mayoría de pronunciamientos).

### c. Gestoría

En cuanto a los gastos de gestoría, hay muchas resoluciones que declaran abusivo la repercusión de este gasto al consumidor, por el hecho de que su contratación debe ser voluntaria y en ningún caso la elección de la gestoría puede ser impuesta por la entidad.

Sin embargo, el Banco debe defenderse puesto que no siempre impone la gestoría a sus clientes. La línea de defensa que se debería argumentar sería la establecida, a mi juicio con buen criterio, en la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 24 de marzo de 2017, nº 126/2017.**

Habrà que convenir, que fueron los actores quienes eligieron la Gestoría previamente para tramitar la compraventa de su vivienda, negocio en el cual los únicos interesados son los prestatarios (y el vendedor del inmueble), por lo que no es cierto que la gestoría haya sido impuesta por la entidad. El cliente tramita de forma libre en la misma tanto los gastos de la compraventa como los del préstamo hipotecario.

La mencionada sentencia establece en su fundamento de derecho séptimo que:

*“Según se desprende de los honorarios girados por esa gestoría, cuya devolución se solicita aquí, su actuación se extendió tanto a las labores antes indicadas como a las derivadas del contrato de compraventa que se habría otorgado inmediatamente antes, y en el que no había sido parte Liberbank. /.../ El que deba considerarse accesoria*

*respecto a unas actuaciones que, como se ha razonado, son de cargo del consumidor, y que este hubiera utilizado esa misma gestoría para otros tramites propios anteriores, avala en este caso que se está ante un pacto lícito, pues frente a lo que ahora sostiene el cliente, al contestar al recurso, su papel al concertar esos servicios no puede calificarse de “mero comparsa”, que hubo de soportar esta imposición bancaria, lo que difícilmente se compadece con lo dicho sobre que la gestoría también interviniese en el contrato de compraventa ajeno al banco”*

Pero si no se admitiera así, como se ha indicado con carácter subsidiario para los aranceles notariales y registrales, en todo caso estos gastos deberían repartirse equitativamente. Y en este sentido también cabe recoger la existencia de numerosas y recientes sentencias que siguen el criterio de instaurar una distribución equitativa en la que cada parte asuma el 50% de los gastos de gestoría. Por todas:

**Según la SAP de Asturias de 24 de marzo de 2017**, los gastos de gestoría deben ser pagados por mitades, puesto que el prestamista obtiene el beneficio de asegurar la inscripción de la hipoteca, y el prestatario de que se lleve a cabo la formalización del préstamo.

*“responde, por una parte, a asegurar la debida inscripción en el Registro, necesaria como se ha dicho para la válida constitución de la hipoteca, evitando el riesgo que supone la entrega del importe del préstamo antes de que se lleve a cabo esa inscripción; y, por otra, a facilitar al prestatario-hipotecante la realización de esos trámites, que pueden abarcar otros como sucede en este caso”*

**Según SAP de Zaragoza de 26 de febrero de 2018, (162/2018)** ambas partes son beneficiarias de los trámites imprescindibles que realiza el gestor, puesto que sino por ejemplo el Banco debería realizar las gestiones oportunas para inscribir la hipoteca, y el prestatario, por ejemplo, debería liquidar el impuesto de AJD por su cuenta.

*“los gastos de dicho intermediario no son imprescindibles, pero sí favorecen a ambas partes del negocio jurídico, pues son las dos las que, con la intervención del gestor, quedan libres de una tramitación que interesa y precisan ambas partes en el negocio: prestamista y prestatario. Así encomienda de escritura, satisfacción del impuesto correspondiente y previo a la inscripción registral”. Y concluye que los gastos de gestoría corresponden ser sufragados por ambas partes.*

En el mismo sentido se manifiesta la **SAP de Palencia de 19 de Octubre de 2017, nº 267/2017**

*“Es un hecho notorio que las entidades prestamistas suelen encargar a una gestoría los trámites necesarios para el otorgamiento de escrituras públicas de préstamo hipotecario. Muy posiblemente si el prestatario no está de acuerdo con esa intervención, la entidad bancaria no le entregaría el importe del préstamo hasta su inscripción en el Registro de la Propiedad. /.../como quiera que los servicios prestados por la gestoría comprenden, en realidad, cometidos en los que están interesados ambas partes porque van encaminados al éxito de contrato y a realizar gestiones necesarias para lograr la finalidad contractual perseguida, aunque sean de carácter técnico o burocrático a practicar ante el fedatario público y el registrador, pero son útiles para la constitución de la **hipoteca** y también para la formalización del préstamo concedido, su coste debe ser repartido por mitad entre ellas.”*

Por tanto, el Banco también tiene bastantes posibilidades de obtener al menos, una condena de un 50 % en el pago de este gasto (evitando el 100% del importe).

#### **d. Tasación**

Con el objeto de que un prestatario obtenga la financiación solicitada a largo plazo y a un tipo de interés razonable sin prima adicional de riesgo, éste ofrece al Banco como garantía la hipoteca sobre la vivienda que va a adquirir. Para ello el inmueble que se va a hipotecar debe ser tasado, y en este sentido, en el mercado hipotecario español se exige que un profesional debidamente habilitado determine cuál es el valor del piso, local o industria que se va a hipotecar. El valor de tasación del inmueble suele limitar el importe del préstamo.

En España están habilitadas para practicar ese tipo de tasaciones diversas sociedades de tasación que deben ser autorizadas por el Banco de España y estar inscritas en sus Registros oficiales de entidades y cuentan con unos requisitos mínimos, supervisados por el Banco de España, para poder operar. Esos requisitos tienen por objeto principal asegurar que estas sociedades cuentan con profesionales adecuados (arquitectos, ingenieros, etc.) y procedimientos rigurosos de tasación.

Las valoraciones que estas sociedades de tasación realizan de cara a la concesión de préstamos hipotecarios o a la comprobación de la suficiencia de sus garantías inmobiliarias deben respetar, tanto en la forma como en algunos aspectos del fondo, unas normas concretas. Son cuatro los objetivos de estas normas:

- En primer lugar, el valor obtenido de la tasación efectuada sirve al comprador como valor de referencia con el objeto de comprobar si el precio que está pagando por la vivienda a adquirir es un precio razonable de mercado.
- En segundo, se pretende que la tasación proporcione, para cada inmueble, un valor de mercado prudente que sirva de garantía a partir del cual pueda determinarse la cantidad que la Entidad financiera está dispuesta a conceder de préstamo (generalmente 80% del valor de tasación)
- En tercer lugar, se trata de favorecer la comprensión, por parte de los clientes, de los criterios técnicos seguidos por los profesionales que han hecho la valoración y, sobre todo, de aquellas cuestiones que son más cercanas a los ciudadanos: los elementos (superficie de la vivienda; situación; estado de conservación; etc.) y las razones (precio del m<sup>2</sup> en la zona; expectativas de aumento o disminución del precio; etc.) que se tienen en cuenta para fijar su valor.
- Y por último, solía ser el elegido por las partes para determinar el valor a efectos de subasta del inmueble para el caso de incumplimiento del prestatario.

La jurisprudencia menor no ofrece doctrina pacífica acerca de si resulta abusiva la cláusula que repercute al deudor los gastos de tasación del inmueble hipotecado, habida cuenta de que no existe ninguna disposición legal que señale de forma clara a quién ha de corresponder su abono. Sin embargo, el art. 3 bis de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, obliga a tasar las vivienda antes de aprobar un préstamo hipotecario, señala que *“las entidades de crédito, incluso aquellas que dispongan de servicios propios de tasación, estarán obligadas a aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en la presente Ley”*

Por tanto, la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del mercado hipotecario, establece que las entidades de crédito, incluso aquellas que dispongan de servicios propios de tasación, deberán aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en dicha Ley y no esté caducada. Dicha Norma también establece que la entidad de crédito podrá realizar las comprobaciones que estime convenientes de la tasación presentada por el cliente, pero que no podrá cobrarle nada al cliente por dichas comprobaciones.

De este artículo (3 bis) se infiere que la tasación no es un gasto perceptivo para la formalización de un préstamo hipotecario, y por tanto debe diferenciarse de los anteriores. Lo cierto es que la tasación la solicita el prestatario y queda en propiedad del mismo, en supuesto de que no le convengan las condiciones de una determinada entidad o dicha entidad no esté dispuesta a concederle el préstamo, la puede hacer valer ante cualquier otra entidad en su propio beneficio. En este sentido e imponiendo el 100% del gasto al prestatario, se pronuncian numerosas sentencias en el ámbito nacional, por lo que el Banco tiene posibilidad de éxito en este gasto.

Así por ejemplo, la **Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de 17 de Octubre de 2016** establece que:

*“ En cuanto a la imputación al consumidor de los gastos de tasación de la finca hipotecaria, no se ofrecen razones en el recurso que combatan las apreciaciones con las que el juzgado mercantil ha desestimado esa pretensión y que consisten en que no puede considerarse abusivo que deba soportar el gasto de valoración del inmueble hipotecado aquella parte que precisamente lo ofrece en garantía. Por lo demás, compartimos tal criterio de fondo, quien debe acreditar que el inmueble tiene un valor suficiente para responder del préstamo es la parte que lo ofrece como garantía, que es el prestatario”*

Según la **AP de Pontevedra, de fecha 14 de mayo de 2014**:

*"La imputación al comprador hipotecante de los gastos de tasación del inmueble y los de comprobación de su situación registral no suscita dudas de legalidad. Se trata de gastos **precontractuales** que normalmente asume el que comprador en tanto que obligado a poner a disposición del prestamista los datos necesarios para la elaboración de la oferta correspondiente, tanto en cuanto al principal como, en su caso, las condiciones en que se establece la hipoteca. Es cierto que, en muchas ocasiones, la tasación se realiza por entidades dependientes o participadas por la entidad financiera que a va a conceder el préstamo. Pero la Ley 2/1981, de 25 de marzo (RCL 1981, 900), de Regulación del Mercado Hipotecario, tras la reforma operada en 2007, dispone que las entidades de crédito, incluso aquellas que dispongan de servicios propios de tasación, deberán aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en dicha Ley y no esté caducada."*

**La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Zaragoza de 12 de julio de 2017 declara lo siguiente:**

*“No obstante, el carácter abusivo no alcanza al apartado relativo a los gastos de tasación pues parece razonable que quien elige la modalidad de préstamo hipotecario deba acreditar la suficiencia de la garantía ofrecida a la entidad financiera y soportar su coste por lo que ninguna lesión se deriva de la atribución de ese gasto. Además la condición que nos ocupa no prejuzga si la tasación se efectuará por servicio propio de*

*la entidad financiera o por profesional debidamente habilitado designado por el cliente, como permite el artículo 3 bis I.) de la Ley 2/1981, de 25 de marzo de regulación del mercado hipotecario”*

De forma subsidiaria sería posible defender siempre un reparto equitativo del gasto, aunque como hemos dicho, es un gasto que debe pagar el prestatario porque el mismo se queda con el informe de tasación, pudiendo hacerlo valer en otras entidades.

En este sentido se ha pronunciado recientemente la **AP de Zaragoza, en sentencia 176/2018, de 27 de febrero de 2018** considerando que respecto del interés en que conste la tasación de la finca que se hipoteca y que la tasación sea correcta, es tanto de prestamista como de prestatario. El prestatario porque supone la garantía que ofrece al banco y que permite la concesión del crédito. Y el prestamista, porque es quien exige una garantía real para la concesión del crédito.

*“Tanto el prestamista con el prestatario poseen un interés en que el bien a hipotecar esté correctamente tasado. Aquél, porque es la garantía de su préstamo y éste porque ha de presentar una garantía en las condiciones legalmente exigibles, entre las que está la tasación. Además el prestamista pudiera beneficiarse de dicha tasación para emitir títulos hipotecarios. Con lo que los gastos habrán de aportarse por partes iguales”.*

Son pocas las Audiencias provinciales que imponen el 100% de este gasto a la entidad bancaria.

#### IV. CONCLUSIONES

**PRIMERA:** En cuanto a la nulidad de las cláusulas que aluden a los gastos de formalización de la hipoteca, ha quedado patente que toda la jurisprudencia nacional, siguiendo el criterio del TS, ha fallado considerándolas nulas por abusivas, por entender que no establecen un reparto equitativo de los gastos. Además, la jurisprudencia considera que no cumplen todos los filtros de transparencia establecidos en el TRLGDCU puesto que la parte actora, no puede comprender el alcance de dicha cláusula en el momento que está firmando el préstamo hipotecario.

Sin embargo, considero que el Banco debe analizar en cada caso concreto, si hubo o no una efectiva negociación entre las partes. De ser así, el Banco podría tener alguna posibilidad de éxito. No obstante, a mi juicio, es muy difícil de acreditar; pues ni con la Oferta vinculante ni con la prueba testifical de quien negoció la operación es suficiente para acreditar que hubo una efectiva negociación. Por ello, mi consejo es que las entidades bancarias deberían comenzar sus escritos de contestación a la demanda allanándose a la pretensión concreta de nulidad de la cláusula defendiendo únicamente la pretensión de restitución de los gastos hipotecarios conforme a lo dispuesto en la ley.

**SEGUNDA:** Siempre que sea posible y se pueda acreditar que han pasado más de 15 años desde que el actor abonó las facturas de gastos, se debe alegar que hay prescripción en la acción de restitución. Considerar que la misma va unida a la acción de nulidad la haría imprescriptible y la ley únicamente dispone la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, por ello hay que hacer hincapié en la distinción de ambas acciones.

Considero que esta línea de defensa es muy buena y de hecho, muchas entidades de crédito están apelando todas aquellas sentencias que no reconocen esta prescripción de la acción de restitución.

Sin embargo, en cuanto a los préstamos cancelados la línea de defensa es más complicada, puesto que todos los tribunales han entrado a conocer del fondo de la cuestión, con independencia de que el préstamo se encuentre cancelado o no.

**TERCERA:** En cuanto a la restitución de los gastos, y a la luz de la reciente sentencia del TS del 15 de Marzo del 2018, se debe defender siempre la NO restitución del

impuesto de AJD, dado que actualmente ninguna duda cabe respecto a que el sujeto pasivo es el prestatario.

Por otra parte, respecto de los gastos de tasación de los inmuebles hipotecados, considero que los Bancos deberían defender siempre que son gastos que debe sufragar el prestatario. Las entidades bancarias necesitan el informe de tasación para analizar el otorgamiento de un posible préstamo, sin embargo, si la operación no llega a buen puerto, el prestatario puede hacer valer esa tasación ante otros bancos. También la puede hacer valer frente a Hacienda, en el devengo de algunos impuestos. Por tanto, a mi juicio, este gasto debería ser siempre abonado por el prestatario, y este es el criterio que siguen numerosas Audiencia Provinciales.

Distinto es el caso de los aranceles notariales, registrales y gastos de gestoría, dado que la norma que los regula (RD 1426/1989 y RD 1427/1989) no es clara. No establece claramente en favor de quien se solicita la intervención de los referidos profesionales, o quien ha de considerarse como interesado en la formalización, constitución e inscripción del préstamo hipotecario.

Por ello, en la actualidad todos los bancos en la nueva formalización de préstamos están pactando una distribución equitativa de estos gastos: normalmente un 50 % de dichos gastos deben ser asumidos por la entidad y el resto por el prestatario, de esta forma la cláusula establece un reparto equitativo y no podría considerarse nula.

No obstante, si se está pactando en las escrituras actuales un reparto porcentual de estos gastos ¿porque no se allanan también las entidades en las demandas? .Al menos considero que cuando en la demanda se solicite únicamente el 50% de estos gastos, se deberían allanar. Muchas entidades consideran que el allanamiento es un “efecto llamada”, pero lo cierto es que casi toda la cartera de préstamos acaba reclamando de alguna forma u otra.

Otro motivo por el cual no se allanan es por miedo a la imposición de costas, que como hemos explicado antes, la imposición de costas sobre una cuantía indeterminada puede dar lugar a más de 3000 euros. Es por ello que se debería intentar en primer lugar obtener una cuantía determinada, y una vez que se determine las entidades deberían allanarse, al menos al 50% de los gastos de Notaría, Registro y Gestoría.

**CUARTA:** Por otra parte, las entidades bancarias, deben tener en cuenta, que en todo el panorama nacional, tanto en la Primera Instancia como en las Audiencias Previas, se establece el pago del interés legal desde el momento en el que fueron abonadas las facturas de Notario, Registro y Gestoría, es decir, desde la formalización del préstamo, dando lugar en algunas ocasiones a cantidades de condena muy elevadas.

**QUINTA:** Por último, considero que se debería diferenciar un poco en función de los clientes que demandan. Es decir, si demanda un cliente que actualmente no tiene nada con la entidad, en ese caso quizá no tendría sentido formular ningún tipo de allanamiento. A sensu contrario, si reclama un buen cliente, una forma de tenerlo contento y afianzarlo en la entidad logrando una mayor relación de confianza, sería devolverle el importe correspondiente y allanarnos a su pretensión, con el objeto de no perder un buen cliente o no generarle un descontento. Y lo mismo se podría aplicar para llegar a acuerdos extrajudiciales con los clientes, evitando de esta forma el pago de costas judiciales.

Como conclusión global del presente dictamen, considero que las entidades bancarias se deberían empezar a allanar, en cuanto a la nulidad de la cláusula, sin embargo deben defender la no restitución del pago del impuesto de AJD, así como del pago de la tasación, y analizar un posible allanamiento en el resto de los gastos, o al menos acceder a abonar el 50 % de los mismos (salvo que haya prescripción, en cuyo caso se debería alegar la misma).

Este es mi dictamen que someto a cualquier otro fundado en mejor derecho.

## V. FUENTES DOCUMENTALES

### 1. Bibliografía

AGÜERO ORTIZ, A., “La AP de Vizcaya revoca la doctrina de la devolución del 50% de los gastos de constitución de la hipoteca y condena a devolverlos íntegramente (incluida tasación y gestoría)” Centro de Estudios de Consumo Universidad de Castilla-La Mancha. Fecha de publicación: 2 de febrero de 2018

ANCHÓN, BRUÑEN, M., “Cláusulas de repercusión de gastos de la hipoteca al prestatario: casos en que se pueden considerar abusivas y casos en que no”, Diario LA LEY, nº 9122, de 19 de enero 2018, Editorial Wolters Kluwer

CARRASCO PERERA, A., “Cláusula de gastos notariales en la hipoteca y modo de integrar la nulidad”. Centro de Estudios de Consumo Universidad de Castilla-La Mancha. Fecha de publicación: 31 de marzo de 2018

CARRASCO PERERA, A., “La acción para reclamar intereses pagados en virtud de una cláusula suelo está prescrita cuando han transcurrido cuatro años desde que el contrato hipotecario ha sido consumado y cancelado” Pág.- 12 y 13. Centro de Estudios de Consumo Universidad de Castilla-La Mancha. Fecha de publicación: 10 de marzo de 2017

MARÍN LÓPEZ, MJ., “La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios”. Editorial Reus, Madrid, 2018

Thomson Reuters, “Análisis del obligado al pago del IAJD” 5 de abril de 2018.

[https://www.thomsonreuters.es/es/soluciones/dossier\\_analisis\\_IAJD.html](https://www.thomsonreuters.es/es/soluciones/dossier_analisis_IAJD.html)

## **2. Jurisprudencia**

### **JURISPRUDENCIA DEL TJUE**

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de septiembre del 2017.

### **JURISPRUDENCIA DEL TS**

- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre del 2017, nº 705/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018, nº 148/18.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018, nº 147/18.
- Sentencia del Tribunal Supremo del 12 de diciembre de 2011, nº 872/2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Noviembre del 2001 , [RC 2196/1996]

### **JURISPRUDENCIA DE AUDIENCIAS PROVINCIALES**

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6ª), de 27 de enero de 2017, nº 42/2017.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 21 de Noviembre del 2017 nº 624/2017
- Sentencia de la Audiencia Provincial (Sección N. 2) Badajoz, de 6 de Abril de 2017, nº114/2017
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª), de 30 de Septiembre del 2016, nº 344/2016
- Sentencia de la de la Audiencia Provincial de Valencia de 27 de diciembre de 2017, nº 718/17.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de ÁVILA de 2 de Noviembre del 2017, nº 316/2017.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, de 16 de octubre, nº 259/2017
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 24 de marzo de 2017, nº 126/2017
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de 28 de marzo de 2017.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4ª, de 13 de octubre de 2017.
- Sentencia de la Audiencia Provincial Asturias, Sección 6.ª de 2 Junio 2017 , nº 197/2017
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Logroño, de 31 de octubre de 2017
- Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4ª, de 25 de septiembre y 8 de noviembre de 2017
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel en su sentencia de 2 de enero de 2018, nº 107/18.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª, en sentencia de 20 de febrero del 2018.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5ª en sentencia de 26 de mayo de 2017
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 27 de octubre
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 6 de julio de 2017
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, Sección 1ª, de 3 de noviembre de 2017
- Sentencia de la Audiencia Provincial Zaragoza de 26 de febrero de 2018, nº 162/2018.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 19 de Octubre de 2017, nº 267/2017.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de 17 de Octubre de 2016
- Sentencia de la Audiencia Provincial Pontevedra, de fecha 14 de mayo de 2014
- Sentencia de la Audiencia Provincial Zaragoza, de 27 de febrero de 2018, nº 176/2018.

**JURISPRUDENCIA DE JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA**

- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Vigo, de 28 de abril, nº 131/2016.
- Sentencia del Juzgado nº 21 de Primera instancia de Zaragoza, de 30 de Octubre de 2017, nº 222/17.
- Sentencia del Juzgado nº12.BIS de Zaragoza de 5 de Octubre de 2017, nº122/2017
- Sentencia del Juzgado nº 12.BIS de Zaragoza, de 11 de diciembre, nº266/2016.
- Sentencia del Juzgado nº7 de Zaragoza, de 15 de mayo de 2017, nº 152/2017