

**JDO. 1ª INSTANCIA E INSTR. N. 5-BIS  
CACERES**

**SENTENCIA: 00314/2021**

**ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000312 /2020**

En CACERES, a veintitrés de marzo de dos mil veintiuno.

Vistos por la Iltma Sra. Dña. \_\_\_\_\_, JUEZ de Adscripción territorial del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N°5 BIS de Cáceres los presentes autos de Juicio Ordinario, n° 312/2020 seguido entre partes, de una como demandante D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de D. \_\_\_\_\_ y Dña. \_\_\_\_\_ y como parte demandada DÑA. \_\_\_\_\_, Procuradora de los Tribunales y de CREDIFIMO, recayendo la presente resolución en base a los siguientes,

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La representación procesal de D. \_\_\_\_\_ y Dña. \_\_\_\_\_ formuló, demanda de Juicio ordinario frente a CREDIFIMO en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables y damos por reproducidos. Posteriormente, se amplió la demanda.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda por medio de Decreto \_\_\_\_\_, se emplazó a la parte demandada para que contestase en el plazo de veinte días. Contestada por el demandado la \_\_\_\_\_ y la ampliación a la demanda en tiempo y forma, se opuso a la misma en los términos que aquí se dan por reproducidos.

**TERCERO.-** Por providencia de este Juzgado que aquí se da por reproducida, ante la situación de alarma sanitaria causada por el COVID-19, admitiendo la prueba documental propuesta por las partes, quedaron los autos vistos para sentencia.

**CUARTO.-** En el presente procedimiento se han observado todas las formalidades previstas para el juicio ordinario en la Ley 1/2000.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Ejercita la parte actora acción de nulidad de la comisión de apertura inserta en la escritura de préstamo suscrita entre las partes.

Respecto de la comisión de apertura, la Audiencia Provincial de Cáceres, entre otras en sentencia 58/2020 de 23 de enero, "resume y concreta, tal y como ha establecido la Nota publicada por el Area Civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, de fecha 24 de Enero de 2.019, en las siguientes consideraciones, que citamos en términos literales: "DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS: COMISIÓN DE APERTURA, IMPUESTOS DE ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS, ARANCELES



*DE NOTARIO Y REGISTRADOR Y GASTOS DE GESTORÍA. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, reunida en pleno, ha dictado varias sentencias fijando doctrina sobre algunas cuestiones relativas a cláusulas abusivas en contratos con consumidores sobre las que aún no se había pronunciado. En primer lugar, analiza la posible abusividad de la cláusula que, en un préstamo hipotecario, establece una comisión de apertura. Tras examinar la normativa sectorial aplicable al caso (tanto la nacional como la de la Unión Europea), el Tribunal Supremo considera que la comisión de apertura no es ajena al precio del préstamo; por el contrario, el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen sendas partidas del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales. Tanto el interés remuneratorio como la comisión de apertura deben incluirse en el cálculo de la TAE, que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo. Por esa razón, la Sala concluye que la comisión de apertura no es susceptible de control de contenido, sino exclusivamente de control de transparencia, que considera superado o cumplido porque "es de general conocimiento entre los consumidores interesados el hecho de que, en la gran mayoría de los préstamos hipotecarios, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura además del interés remuneratorio; es uno de los extremos sobre los que la entidad bancaria está obligada a informar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información y, de hecho, suele ser uno de los extremos sobre los que versa la publicidad de las entidades bancarias; se trata de una comisión que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo, lo que hace que el consumidor medio le preste especial atención como parte sustancial del*

*sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo; y la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permiten apreciar que constituye un elemento esencial del contrato".*

Sin embargo, la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2020, ha resuelto que "Una comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial de un préstamo hipotecario por el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de este [...] 70 En estas circunstancias, incumbe al juez nacional comprobar, tomando en consideración el conjunto de circunstancias en torno a la celebración del contrato, si la entidad financiera ha comunicado al consumidor los elementos suficientes para que este adquiera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo. De este modo, el consumidor tendrá conocimiento de los motivos que justifican la retribución correspondiente a esta comisión [...] y podrá, así, valorar el alcance de su compromiso y, en particular, el coste total de dicho contrato [...] una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura puede causar en detrimento del consumidor, contraria-mente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional remitente."

Analizada la comisión de apertura del préstamo hipotecario objeto de autos, procede entender que no ha acreditado la información precontractual previa relativa a la comisión de

apertura. Aunque es clara, no superaría el doble control de transparencia. Igualmente falta la prueba necesaria acerca de los servicios efectivamente prestados y gastos incurridos.

Por todo lo anterior, procede decretar la nulidad de la comisión de apertura del préstamo suscrito por las partes.

Se condena a la demandada a reintegrar a la actora 1.920 euros, más los intereses solicitados.

**SEGUNDO.-** Ejercita la parte actora acción de nulidad de la cláusula de gastos inserta en la escritura de préstamo suscrita entre las partes.

Respecto a la cláusula de gastos ha de partirse de la escritura de préstamo hipotecario suscrita entre los actores y la entidad bancaria. La parte demandada se ha allanado a la declaración de nulidad de la cláusula.

La parte demandada se ha allanado parcialmente.

A resultas de la aplicación de citada clausula, la parte actora ha abonado:

NOTARÍA 617,97 €.

Registro 104,07 €.

Gestoría 494,88 €

Sentado lo anterior, respecto al tratamiento jurisprudencial sobre las cláusulas abusivas, la sentencia de 21 de diciembre

de 2016 del TJCE, dictada sobre las denominadas cláusulas suelo, dice que dada la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, y tal como se desprende del [artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13](#) ), en relación con su vigésimo cuarto considerando, esta Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores» ( sentencia de 30 de abril de 2014 ). Para lograr tal fin, incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultado para modificar el contenido de la misma ( sentencia de 14 de junio de 2012 , Banco Español de Crédito).

En este contexto, por una parte, el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la [Directiva 93/13](#) ) y, de este modo, subsanar el desequilibrio que exista entre el consumidor y el profesional, desde el momento en que disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto.

En efecto, la plena eficacia de la protección conferida por la [Directiva 93/13](#) ) exige que el juez nacional que haya apreciado de oficio el carácter abusivo de una cláusula pueda deducir todas las consecuencias de esa apreciación, sin esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula ( sentencia de 30 de mayo de 2013 ). Por otra parte, al juez nacional no debe atribuírsele la facultad de

modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015 , Unicaja Banco y Caixabank, De las consideraciones anteriores resulta que el [artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13](#) ) debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes .

Respecto a la cláusula sobre el abono de los gastos generados por la contratación de un préstamo hipotecario, que es el aquí planteado, debemos traer a colación la STS de 23 de diciembre de 2.015 , que resuelve sobre la nulidad de una cláusula similar a la que aquí nos ocupa, que atribuye al prestatario todos los gastos causados por la constitución de un préstamo hipotecario.

Dice el TS que 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 2), como la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario (numero 3°). 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), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (Art. 89.3.3° letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (Art. 89.3.3° letra c) .

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

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](#) ).

Ahora bien, hay que partir de la reciente **sentencia del TS de fecha 15 de marzo de 2018** , que entre sus pronunciamientos establece lo siguiente:

*El impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados en los préstamos hipotecarios*

1.- Decíamos en la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre , en lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, que el art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (LITPAJD) dispone que estará obligado al pago del

impuesto de transmisiones patrimoniales a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en la «constitución de derechos reales», aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c); y en la «constitución de préstamos de cualquier naturaleza», el obligado será el prestatario ( letra d). Por otro lado, el art. 15.1 LITPAJD 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.

A su vez, el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales en que se recoge el préstamo, 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, dijimos en la mencionada sentencia, la entidad prestamista no queda siempre y en todo caso 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 expedición de las copias, actas y testimonios que interese. Por lo que una cláusula que cargue indiscriminadamente el pago de todos los tributos al prestatario, sin distinción o salvedad alguna, puede ser abusiva, por aplicación analógica del art. 89.3 c) TRLGCU, que en los contratos de compraventa de viviendas considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario; dado que los préstamos sirven para financiar esa operación principal que es la adquisición de la vivienda.

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» es 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».

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 ( sentencias de 19 de noviembre de 2001 [RC 2196/1996 ]; 20 de enero de 2004 [RC 158/2002 ]; 14 de mayo de 2004 [RC 4075/1999 ]; 20 de enero de 2006 [RC

693/2001 ]; 27 de marzo de 2006 [RC 1839/2001 ]; 20 de junio de 2006 [RC 2794/2001 ]; 31 de octubre de 2006 [RC 4593/2001 ]; 6 de mayo de 2015 [RC 3018/2013 ]; y 22 de noviembre de 2017 [RC 3142/2016 ]). En tales resoluciones 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.

Asimismo, frente a alguna duda de constitucionalidad que se ha manifestado doctrinalmente, debemos traer a colación dos resoluciones del Tribunal Constitucional en las que se resuelven sendas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña respecto del art. 29 LITPAJD , en relación con los arts. 8.d ) y 15.1 del mismo texto refundido, y con el 68 del Reglamento del Impuesto , por si pudieran ser contrarios a los arts. 14 , 31.1 y 47 de la Constitución Española . Se trata de los autos 24/2005 de 18 de enero, y 223/2005, de 24 de mayo. En la primera de tales resoluciones se dice:

«[...]es una opción de política legislativa válida desde el punto de vista constitucional que el sujeto pasivo de la modalidad de "actos jurídicos documentados" lo sea el mismo que se erige como sujeto pasivo del negocio jurídico principal (en el impuesto sobre el valor añadido o en el impuesto sobre

transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados), tanto cuando se trata de préstamos con constitución de garantías (aunque la operación haya sido declarada exenta en ambos impuestos), como cuando se trata de constitución de garantías en aseguramiento de una deuda previamente contraída, pues en ambos supuestos se configura como obligado tributario de aquella modalidad impositiva a la persona que se beneficia del negocio jurídico principal: en el primer caso, el prestatario (el deudor real); en el segundo supuesto, el acreedor real (el prestamista)».

El tratamiento jurídico acerca de la imputación de ciertos gastos hipotecarios ha sido recientemente elaborado y aclarado por varias sentencias del TS, entre otras la **Sentencia núm. 49/2019, que entre sus pronunciamientos establece lo siguiente:**

"Decisión de la Sala:

1.- El art. 6.1 de la Directiva 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, , C-488/11, apartado 44, con cita de resoluciones anteriores, STJUE de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, apartado 42, y ATJ de 16 de noviembre de 2010, Pohotovost, C-76-10, apartado 50; y SSTJUE de 21 de diciembre de 2016, ,

asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15; y 26 de enero de 2017, Banco Primus, C-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».

El artículo 7.1 impone a los Estados miembros la obligación de velar para que existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. La referencia a medidas «adecuadas y eficaces» representa la manifestación positiva del principio de efectividad, inicialmente incluido en las directivas sobre antidiscriminación y que, con posterioridad, se ha incorporado a numerosas directivas, entre ellas las relativas a consumidores, como la Directiva 93/13 y la Directiva 2002/65, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, al concretar el contenido de las sanciones para los proveedores que incumplan las previsiones adoptadas por la norma

nacional para aplicar la Directiva, que deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias.

2.- La sentencia recurrida se opone a tales principios, puesto que solo considera abusiva una parte de la cláusula contractual que atribuía a los consumidores prestatarios el pago de todos los gastos generados por la operación crediticia, sin reparar en que dicha atribución indiscriminada y total es abusiva, en cuanto que altera el justo equilibrio entre las prestaciones.

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 , 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 , 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 no existiera la cláusula controvertida, 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, por lo que la introducción de dicha estipulación implica un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato, que determina su abusividad. 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.- Como consecuencia de ello, este primer motivo de casación debe ser estimado, con las consecuencias que luego se dirán.

**TERCERO.-** Segundo motivo de casación. Abusividad de la cláusula que atribuye el pago de los impuestos al consumidor

Planteamiento:

1.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción del art. 89.3.3º del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLUCU), en relación con la jurisprudencia establecida en la STS 705/2015, de 23 de diciembre.

2.- En el desarrollo del motivo se alega que la sentencia recurrida vulnera el citado precepto y la sentencia que se cita, al atribuir al prestatario el pago de los impuestos de la operación y de los gastos notariales.

Decisión de la Sala:

1.- 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.

2.- Desde este punto de vista, esta parte del motivo de casación debe ser desestimada, 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 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.

3.- Por el contrario, resulta abusiva, por las razones expuestas sobre el desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, la atribución al prestatario del pago de los impuestos «[e]n que el obligado al pago sea el Banco» (inciso final de la cláusula litigiosa). Dicha repercusión no tiene justificación legal alguna y no encuentra más causa que la situación de predominio de la entidad prestamista sobre el consumidor necesitado de financiación para la adquisición de su vivienda. Por lo que, en este particular, el segundo motivo de casación también debe ser estimado.

4.- Cuestión diferente es la relativa a los gastos notariales, que se examinarán al resolver el tercer motivo de casación.

**CUARTO.-** Tercer motivo de casación. Restitución de las cantidades indebidamente pagadas por los consumidores

Planteamiento:

1.- En el tercer motivo de casación se denuncia la infracción de los arts. 83 TRLCU, 1303 CC y 6.1 y 7.1 y 2 de la Directiva 93/13, en relación con la sentencia 241/2013, de 9 de mayo.

2.- En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que la abusividad de la cláusula supone que no se aplique y que se restituyan sus efectos, sin posibilidad de integración.

Decisión de la Sala:

*1.- El art. 83 TRLCU prohíbe la denominada reducción conservadora de la validez, o integración del contrato. Ahora bien, según su propio tenor, el contrato seguirá subsistente si puede sobrevivir sin la cláusula declarada abusiva.*

*Como ya hemos indicado antes, cuando hablamos de gastos de la operación no se trata de cantidades que el consumidor haya de abonar al prestamista, como intereses o comisiones, sino de pagos que han de hacerse a terceros, bien en concepto de honorarios por su intervención profesional en la gestación, documentación o inscripción del contrato, bien porque el mismo está sujeto al devengo de determinados tributos. Y la declaración de abusividad no puede conllevar que esos terceros dejen de percibir lo que por ley les corresponde.*

*2.- Al atribuir a una u otra parte el pago de los gastos, tras la declaración de abusividad de la cláusula que se los impone en todo caso al consumidor, no se modera la estipulación contractual con infracción del efecto disuasorio de la Directiva 93/13 y en el art. 83 TRLGCU, sino que, por el contrario, decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido (rectius, predispuesto), debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico.*

*El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva y previsto en el art. 1303 CC no es directamente aplicable, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver, sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva. No obstante, como el 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 abonar a ella de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas.

Como dice la STJUE de 31 de mayo de 2018, C-483/2016:

«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».

Hemos dicho en la sentencia de pleno 725/2018, de 19 de diciembre, que aunque en nuestro Derecho nacional no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, se trataría de una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Y también tiene similitudes analógicas con el pago de lo indebido, en cuanto que el consumidor hizo un pago indebido y la entidad prestamista, aunque no hubiera recibido directamente dicho pago, se habría beneficiado del mismo, puesto que, al haberlo asumido

*indebidamente el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía.*

*3.- 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.*

*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).

**QUINTO.- 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, a un interés generalmente inferior al que obtendría en un préstamo sin dicha garantía.*

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

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

*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.*

**SEXTO.- 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 1º, 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.- 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.

**SÉPTIMO.-** *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.*

**OCTAVO.-** *Aplicación de estos criterios por la sentencia recurrida. Estimación del tercer motivo del recurso de casación*

*En la medida que la sentencia recurrida no se adapta a estos criterios, el tercer motivo de casación también debe ser estimado*

**NOVENO.-** *Consecuencias de la estimación del recurso de casación. Asunción de la instancia*

*1.- Al haberse estimado el recurso de casación, debe asumirse la instancia, a fin de resolver el recurso de apelación formulado por el banco prestamista.*

*2.- Conforme a lo ya expuesto al resolver el recurso de casación, debemos mantener la abusividad de la cláusula controvertida y ordenar la distribución de los gastos derivados del préstamo hipotecario en la forma establecida en esta sentencia. Con la consiguiente obligación de la entidad prestamista de abonar al prestatario las cantidades indebidamente abonadas como consecuencia de la aplicación de la cláusula anulada, con los intereses legales devengados desde la fecha de su pago (sentencia 725/2018, de 19 de diciembre)."*

Sentada la anterior doctrina, reiterada en otras sentencias **núm. 49/2019, núm. 48/2019, núm. 47/2019 y Sentencia núm. 44/2019** , procedería resumir lo decidido y establecer lo siguiente: respecto a la posible abusividad de la cláusula que, en un préstamo hipotecario, establece una comisión de apertura, señalar que, tras examinar la normativa sectorial aplicable al caso (tanto la nacional como la de la Unión Europea), el Tribunal Supremo considera que la comisión de apertura no es ajena al precio del préstamo; por el contrario, el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen sendas partidas del precio del préstamo, en cuanto que son las

principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales. Tanto el interés remuneratorio como la comisión de apertura deben incluirse en el cálculo de la TAE, que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo.

Por esa razón, la Sala concluye que la comisión de apertura no es susceptible de control de contenido, sino exclusivamente de control de transparencia, que considera superado o cumplido porque *“es de general conocimiento entre los consumidores interesados el hecho de que, en la gran mayoría de los préstamos hipotecarios, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura además del interés remuneratorio; es uno de los extremos sobre los que la entidad bancaria está obligada a informar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información y, de hecho, suele ser uno de los extremos sobre los que versa la publicidad de las entidades bancarias; se trata de una comisión que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo, lo que hace que el consumidor medio le preste especial atención como parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo; y la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permiten apreciar que constituye un elemento esencial del contrato”*

En segundo lugar, la sala se pronuncia sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula que atribuye al prestatario la totalidad de los gastos e impuestos, ya declarada nula por la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre.

1- Son pagos que han de hacerse a terceros- no al prestamista- como honorarios por su intervención profesional con relación al préstamo hipotecario. La declaración de abusividad no puede



conllevar que esos terceros (notarios, gestores, registradores) dejen de percibir lo que por ley les corresponde.

2- El pago de esas cantidades debe correr a cargo de la parte a la que correspondiera según la normativa vigente en el momento de la firma del contrato.

#### Arancel notarial.

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. Esta misma solución procede respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación. 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; y 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.

#### Arancel registral.

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. En cambio, la inscripción de la escritura de cancelación interesa al prestatario, por lo que a él le corresponde este gasto.

#### Impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

La Sala reitera que el sujeto pasivo de este impuesto es el prestatario, como ya acordó en las sentencias 147 y 148/2018, de 15 de marzo, cuya doctrina se corresponde con la 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 misma Sala Tercera. A esta doctrina jurisprudencial común no le afecta 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.

Gastos de gestoría. También se impone el pago por mitad de los mismos.

Por su parte, la reciente sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, ha dado respuesta a las cuestiones prejudiciales que se formularon por el Juzgado de 1ª Instancia nº 17 de Palma de Mallorca y el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 6 de Ceuta, según las cuales se planteaban al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con arreglo al artículo 267 del TFUE, dos cuestiones prejudiciales registradas bajo la numeración C-224/19 y C-259/19, sobre los gastos hipotecarios y la comisión de apertura.

«...el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula contractual abusiva que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de esta cláusula, salvo que las disposiciones de Derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula impongan al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos.»

El Fallo del TJUE expone lo siguiente:

En cuanto al abono de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca al consumidor, se devolverán la totalidad de los mismos al consumidor, salvo que las disposiciones de Derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula impongan al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos.

Aplicando dicho razonamiento, procede poner la atención en la propia salvedad que establece la sentencia del TJUE acerca de las "disposiciones de Derecho nacional", es decir **aquellas cantidades que, una vez declarada nula la cláusula de gastos, no podrán recuperarse** porque lo dice una norma.

Respecto a los gastos registrales, remitiéndonos a la norma del arancel registral, se puede concluir que **la obligación recae en la parte más interesada**, es decir en este caso la entidad financiera, "que es quien tiene la garantía hipotecaria". Lo mismo debe predicarse de los gastos de tasación, al no existir normativa que determine que el pago debe realizarse por el prestatario, siendo un gasto generado



en exclusiva utilidad del Banco prestamista, ya que para que se admita un procedimiento de ejecución hipotecaria, es requisito que conste el valor de tasación de la finca. Los gastos de gestoría no se encuentran regulados por ninguna norma de **derecho sustantivo que lo atribuya a nadie, tratándose de un** servicio que no puede hacer un consumidor por sí mismo y no puede elegir, por lo que procede la restitución íntegra a tenor del razonamiento realizado por el TJUE.

Respecto a los gastos notariales, atendiendo al **arancel notarial habría que deducir "quién es el interesado", lo que podría suponer que deba asumirse** al 50%, tal y como se ha estado resolviendo hasta ahora de acuerdo con el criterio del propio Tribunal Supremo. Asimismo, la Comisión deduce que el reparto de dicho gasto entre ambas partes por igual no se debe tanto a una moderación de la cláusula como a la interpretación y aplicación de la normativa notarial al contrato controvertido en defecto de pacto entre las partes; por lo tanto, según la propia Comisión, en la medida en que la distribución de los gastos notariales obedece efectivamente a la interpretación y aplicación de una disposición legislativa, la jurisprudencia nacional que lleva a cabo dicha interpretación no es, en principio, incompatible con los artículos 6, apartado 1 y 7, apartado 1 de la Directiva 93/13.

Respecto al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, queda claro a raíz de la STJUE de 16 de julio de 2020, que debe ser asumido por la parte prestataria o consumidor al ser el obligado por la disposición legal vigente.

Por último, resta por aclarar el fallo respecto a la imposición de costas. La Audiencia Provincial Cáceres en auto de fecha 8 de febrero de 2019, ha establecido lo siguiente

*"Esta Audiencia Provincial, desde su primera sentencia de fecha 13 de septiembre de 2.017, venía declarando la nulidad por abusiva de la cláusula que impone todos los gastos al prestatario, con la obligación de las entidades bancarias de restituir la totalidad de los pagos efectuados al amparo de una cláusula nula de pleno derecho.*

*Posteriormente, las SSTS de 15 de marzo de 2018, fijaron una doctrina sobre el pago del ITPAJD, atribuyendo al prestatario el pago de referido impuesto, adaptando esta Audiencia Provincial su criterio a la nueva doctrina del TS. Finalmente, y en tercer lugar, las sentencias de Pleno de la Sala Civil, 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero., fijan la doctrina jurisprudencial sobre cláusula abusivas; comisión de apertura, IAJD, Aranceles de Notario y Registrador y gastos de Gestoría, en la forma que hemos visto.*

*Ciertamente, en aplicación de dicha doctrina, la suma de 2.154,27 euros, reclamada en la demanda quedará reducida, de forma aproximada, a un tercio de la misma, por lo que, no existe duda, de que la demanda se estima parcialmente, de ahí, que, de conformidad con el Art. 394 LEC, la sentencia dictada en este recurso, no imponga las costas de la instancia a ninguna de las partes.*

*Para ello no son necesarios mayores argumentos, que los expresados en el F.J. CUARTO, "De conformidad con el Art. 398 en relación del Art. 394, ambos de la L.E.C. las costas de*

*ambas instancias no se imponen a ninguna de las partes al estimarse en parte la demanda y el recurso”.*

*En segundo lugar, dice la parte apelada que también solicitó: “la cuantía inferior que estime Su Señoría”, y ello supone, en todo caso, una estimación íntegra de la demanda. Sin embargo, olvida que estamos en el proceso civil, que se rige por los principios dispositivo y de justicia rogada, correspondiendo a la parte solicitar una cantidad concreta y determinada, no siendo válida la fórmula de “la cuantía inferior que estime Su Señoría”, pues el Art. 219 LEC, obliga a la parte a cuantificar exactamente su importe.*

*Es más, también establece dicho precepto que, “cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago”.*

*En tercer lugar, tampoco podemos aplicar la doctrina de la estimación sustancial de la demanda, como veníamos haciendo antes de la última jurisprudencia del TS, porque ahora, tras las SS de Pleno 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero, como decíamos, la cantidad reclamada en la demanda va a quedar reducida, de forma aproximada, a un tercio de la misma, por lo que, no existe duda, de que la demanda se estima parcialmente,*

*al no concurrir los requisitos necesarios para poder apreciar la estimación sustancial.*

*Finalmente, nótese que las sentencia citadas del Pleno del TS, casan la sentencia de la Audiencia Provincial y confirman la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que no impone las costas de la instancia a ninguna de las partes. Tampoco impone las costas del recurso de casación. El TS en ningún momento se ha planteado una eventual estimación sustancial.*

*En definitiva, no procede la aclaración ni subsanación de la sentencia dictada en este Rollo de Sala”.*

En virtud de lo establecido anteriormente, hasta ahora considerábamos que estábamos ante una estimación parcial de la demanda al no haberse estimado la totalidad de la pretensión ejercitada en lo que respecta a la devolución de cantidades dimanantes de la declaración de nulidad de la cláusula.

Dicho criterio, ha sido modificado a raíz del pronunciamiento del TJUE, quien indica que se oponen a un régimen que permita que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función de las cantidades indebidamente pagadas que le son devueltas a raíz de la declaración de nulidad de la cláusula.

Por todo lo anterior, se declara nulidad de la cláusula quinta del préstamo hipotecario en lo referente a la imposición de los gastos notariales, registrales y de tramitación, incorporada al préstamo hipotecario de fecha 14 de octubre de



2003, debiendo establecerse la imputación particular de los gastos en el sentido anteriormente expuesto.

Se condena a la demandada a abonar a la actora la cantidad de 907,93 euros ello con el correspondiente interés legal de aquellas cantidades, desde el momento de su pago por la parte actora, e incrementados en dos puntos desde el dictado de la sentencia, de conformidad con el art. 576 LEC.

**TERCERO.-** En materia de costas, procede la condena dada la estimación de la demanda.

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

#### **DISPONGO**

Que debo ESTIMAR Y ESTIMO la demanda formulada por D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de D. \_\_\_\_\_ y Dña. \_\_\_\_\_ frente a DÑA. \_\_\_\_\_,

Procuradora de los Tribunales y de CREDIFIMO y en su virtud:

Se declara la nulidad de la comisión de apertura del contrato de préstamo hipotecario suscrito por las partes.

Se condena a la demandada a reintegrar a la actora 1.920euros, más los intereses solicitados.

Se declara nulidad de la cláusula quinta del préstamo hipotecario en lo referente a la imposición de los gastos notariales, registrales y de tramitación, incorporada al préstamo hipotecario de fecha 14 de octubre de 2003, debiendo establecerse la imputación particular de los gastos en el sentido anteriormente expuesto.

Se condena a la demandada a abonar a la actora la cantidad de 907,93 euros ello con el correspondiente interés legal de aquellas cantidades, desde el momento de su pago por la parte actora, e incrementados en dos puntos desde el dictado de la sentencia, de conformidad con el art. 576 LEC.

Con imposición de costas a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, contra la que cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación.

Así por esta sentencia, la pronuncia, manda y firma D<sup>a</sup>  
, Juez de Adscripción territorial del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº5 BIS de Cáceres.