

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 5 BIS DE ALICANTE

Calle Pardo Gimeno, 43, Palacio de Justicia. 1ª Planta. 03007. Alicante.

Procedimiento de Juicio Ordinario [ORD] - N° 2286/2022

Demandante: [REDACTED]

Procurador/a: GUICH GIMENEZ, LORENZO

Letrado/a: PÉREZ GÓMEZ MORÁN, JUAN LUIS

Demandado/a: ING NV SUCURSAL EN ESPAÑA

Procurador/a: ORTEGA RUIZ, IRENE

Letrado/a: ALARCON DÁVALOS, ÁLVARO

SENTENCIA N° 1320/2023

En ALICANTE, a nueve de mayo de dos mil veintitrés

D. JOAQUÍN MARÍA COROMINA CASAS, Magistrado Juez Titular actuando en Comisión de Servicios sin relevación de funciones como Magistrado Juez de Refuerzo del Juzgado de Primera Instancia N° 5 bis de los de Alicante, ha visto los presentes **Autos de Juicio Declarativo Ordinario N° 2286/2022**, seguidos a instancia de la Parte Demandante:

[REDACTED] representada por el/la Procurador/a de los Tribunales Sr./a. GUICH GIMENEZ, LORENZO, y asistida por el/la Letrado/a Sr./a. PÉREZ GÓMEZ MORÁN, JUAN LUIS, contra la Parte Demandada: **ING NV SUCURSAL EN ESPAÑA**, representada por el/la Procurador/a de los Tribunales Sr./a. [REDACTED] y asistida por el/la Letrado/a Sr./a. [REDACTED]; sobre acción individual de declaración de nulidad de condiciones generales de la contratación contenidas en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por las partes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el/la Procurador/a de los Tribunales Sr./a. GUICH GIMENEZ, LORENZO, en nombre y representación procesal de la Parte demandante: [REDACTED] se formuló con fecha: **5 de julio de 2022** demanda de juicio declarativo ordinario contra la Parte demandada: **ING NV SUCURSAL EN ESPAÑA**, ejercitando una acción individual de declaración de nulidad de condiciones generales de la contratación contenidas en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por las partes.

SEGUNDO.- Turnada que fue a este Juzgado la citada demanda, se registró como Autos de Juicio declarativo ordinario N° 2286/2022, admitiéndose a trámite la misma, y emplazada que fue la Parte demandada en

[REDACTED]

debida forma, compareció en Autos, contestando a la demanda formulada de contrario, oponiéndose a la misma; siendo convocadas las Partes a la celebración del acto de la audiencia previa, que ha tenido lugar el día: **23 de marzo de 2023** en la Sala de Audiencias de este Juzgado.

TERCERO.- Al Acto de la Audiencia previa, comparecieron telemáticamente ambas partes, por medio de sus respectivas representaciones procesales y asistencias Letradas; manifestándose por cada una de ellas cuanto tuvo por conveniente; e interesando los medios de prueba de que intentaron valerse para el acto de juicio, siendo admitidos los declarados pertinentes de los propuestos por las partes, que consistieron únicamente en la Prueba documental aportada por cada una de ella y obrante en Autos, que fue admitida y se tuvo por reproducida sin perjuicio de su valor probatorio, quedando los Autos conclusos ex. artículo 429-8 de la LEC, para dictar sentencia, sin previa celebración del juicio, dentro de los veinte días siguientes a aquel en que terminó la Audiencia Previa.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Alegaciones de las partes.- Por la Parte demandante,
[REDACTED] se ejercita una acción individual de declaración de nulidad de condiciones generales de la contratación contenidas en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por las partes, interesando que se declare la nulidad de pleno derecho de la/s siguiente/s cláusulas contenidas en la **escritura notarial de fecha 5 de septiembre de 2006:**

- **Cláusula sobre gastos de hipoteca a cargo del prestatario.**
- **Cláusula sobre comisión de subrogación.**

Alegando en síntesis que el/los demandante/s tiene/n la consideración de consumidor/es y usuario/s, y la/s citada/s cláusula/s no fue/ron negociada/s individualmente, sino que fue/ron impuestas, predispuesta/s y prerredactada/s por la entidad financiera demandada, constituyendo claramente una/s condición/es general/es de la contratación, que causa/n un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del/de los consumidor/es y usuario/s, contrario a la buena fe, y que son nulas de pleno derecho por abusivas de conformidad con la normativa tuitiva de los consumidores y usuarios.

[REDACTED]

[REDACTED]

Las reclamaciones extrajudiciales formuladas a la parte demandada no fueron atendidas, teniendo la parte demandante que recabar el auxilio judicial para la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

Y tras alegar los fundamentos de derecho que estimaba aplicables, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se estimase la demanda con condena en costas a la demandada.

La Parte demandada, ING NV SUCURSAL EN ESPAÑA, contestó a la demanda formulada de contrario en tiempo y forma, oponiéndose en todo a la misma, alegando cuanto es de ver en el escrito de contestación a la demanda, a cuyo contenido íntegro en todo caso me remito.

Y tras alegar los fundamentos de derecho que estimaba aplicables, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se desestimase la demanda on condena en costas a la actora.

SEGUNDO.- Premisas de hecho declaradas probadas y fondo del asunto.-

Es un hecho pacífico y no controvertido, por ser expresamente reconocido y admitido por ambas partes que, suscribieron la/s **escritura notarial de fecha 5 de septiembre de 2006**, en la/s que se contiene/n la/s Cláusula/s o Estipulación/es contractual/es cuya declaración de nulidad de pleno derecho se interesa por la Parte demandante, y que constituye/n el objeto del presente procedimiento; NO siendo tampoco un hecho controvertido la condición de consumidor y usuario de la Parte demandante conforme a lo establecido en el artículo 1.2 de Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigente desde el día 13/08/1984 hasta el día: 01/12/2007; y artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU), vigente desde el 01-12-2007 hasta la fecha.

Resulta controvertida la falta de prueba relativa a los gastos inherentes a la escritura de novación, así como la abusividad de la cláusula de comisión de subrogación y el pronunciamiento de las costas procesales.

De la prueba documental aportada y obrante en Autos, NO se estima acreditado más allá de toda duda razonable ex. artículo 217-1 de la LEC, por la entidad financiera demandada ex. artículos: 217-3 de la LEC y 82-2 in fine del TRLGDCU que establece que: "El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba", que la/s Cláusula/s o Estipulación/es contractual/es cuya declaración de nulidad de pleno derecho se interesa por la Parte demandante en este procedimiento, haya/n sido negociada/s libre, voluntaria e individualmente ex. artículo 1.255 del Código Civil, y por ende que NO constituya/n condición/es general/es de la contratación en los términos

[REDACTED]

[REDACTED]

previstos en los artículos: 1, 2 y 3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación vigente desde el día: 04/05/1998.

En cuanto al control de las cláusulas nulas de pleno derecho por abusivas y el principio dispositivo que rige el proceso civil, la STJUE de fecha 11 de marzo de 2020 dictada en el asunto C-511/17 entre UniCredit Bank Hungary y Gyorgyne Lintner, señala que:

28: "... el examen de oficio debe respetar los límites del objeto del litigio, entendido como el resultado que una parte persigue con sus pretensiones, tal como hayan sido formuladas y a la luz de los motivos invocados en apoyo de las mismas." (...)

"...el juez nacional de que se trate debe conceder al consumidor mediante una intervención de oficio no puede llegar hasta el punto de que se ignoren o sobrepasen los límites del objeto del litigio tal como las partes lo hayan definido en sus pretensiones, interpretadas a la luz de los motivos que hayan invocado, de modo que el juez nacional no está obligado a ampliar el litigio más allá de las pretensiones formuladas y de los motivos invocados ante él...".

1.- El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que un juez nacional que conoce de una demanda interpuesta por un consumidor solicitando que se declare el carácter abusivo de determinadas cláusulas incluidas en un contrato celebrado por este con un profesional NO está obligado a examinar de oficio e individualmente todas las demás cláusulas contractuales, que no han sido impugnadas por el consumidor, con el fin de verificar si pueden considerarse abusivas, sino que únicamente debe examinar aquellas cláusulas que estén vinculadas al objeto del litigio según este último haya sido definido por las partes, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, completados, en su caso, mediante diligencias de prueba.

2) El artículo 4, apartado 1, y el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, si bien es verdad que para apreciar el carácter abusivo de la cláusula contractual que sirve de base a las pretensiones de un consumidor han de tenerse en cuenta todas las demás cláusulas del contrato celebrado entre un profesional y ese consumidor, ello NO implica la obligación del juez nacional que conoce del asunto de examinar de oficio el carácter eventualmente abusivo de todas esas otras cláusulas."

En igual sentido, véase la STS N° 52/2020 de fecha 23 de enero de 2020 (Roj: STS 107/2020 - ECLI: ES:TS:2020:107), establece que:

[REDACTED]

[REDACTED]

" (...) el alcance de la apreciación de oficio del posible carácter abusivo de cláusulas que no hubieran sido invocadas por el consumidor en su posición de parte demandante, que es el supuesto objeto del recurso, se ciñe, en la jurisprudencia del TJUE y de esta sala, a las cláusulas relevantes para resolver su pretensión (STJUE de 20 de septiembre de 2018, OTP Bank, C-51/17, apartado 32, y sentencia de esta sala 267/2017, de 4 de mayo, fundamento 2, apartado 2)"

Asimismo, conforme al Principio de NO vinculación, cuando se declara abusiva una cláusula contractual los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a aplicar todas las consecuencias que, según el derecho nacional, se deriven de ello a los efectos de que el consumidor no resulte afectado con el fin de restablecer la situación de hecho y de derecho que se habría dado de no haber existido dicha cláusula; incluyendo las modificaciones sobrevenidas durante la tramitación del procedimiento por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en este último caso obligatoriamente ex. artículo 4.bis.1 de la LOPJ que deba tomarse en consideración al tiempo de dictar Sentencia, para resolver sobre lo que es objeto del procedimiento; sin que el hecho de que se actualice por la parte actora, el montante de su reclamación de cantidades inicialmente efectuada su caso, en el acto de la Audiencia Previa o en el Juicio Oral, en base a la acción de restitución ejercitada, reclamando mayores importes (Vgr.- 100% de los gastos de gestoría, cuando inicialmente reclamó el 50% de los mismos); o menores importes (Vgr.- 50% de los gastos de notaría, cuando inicialmente reclamó el 100% de los mismos; o 0,00 € del IAJD, cuando inicialmente reclamó el 100% de dicho impuesto), deba entenderse como una alteración del suplico de la demanda, ni como un desistimiento, respectivamente; pues es evidente que dicha "actualización de importes reclamados" NO resulta caprichosa, sino que encuentra su razón de ser en los cambios jurisprudenciales sobrevenidos durante la tramitación del procedimiento en una materia tan controvertida como la que nos ocupa; que constituyen hechos nuevos de incidencia en el resultado del procedimiento ex. artículo 286 de la LEC, que NO pudieron ser tenidos en cuenta por la parte demandante al tiempo de formular la demanda iniciadora del mismo; por lo que en aras a respetar el principio de NO vinculación, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a aplicar todas las consecuencias legales y jurisprudenciales actuales y vigentes que se deriven de la declaración de nulidad de pleno derecho de la/s cláusula/s abusiva/s solicitada por la actora.

Analizando la/s Cláusula/s o Estipulación/es contractual/es cuya declaración de nulidad de pleno derecho, se interesa por la Parte demandante en este procedimiento, a la vista de la jurisprudencia del

[REDACTED]

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales, resulta que:

- **Cláusula sobre gastos de hipoteca a cargo del prestatario.**-

La/s Cláusula/s sobre gastos de hipoteca con cargo al prestatario que nos ocupa/n atribuye/n indiscriminadamente a la parte prestataria el pago de la totalidad de los gastos de hipoteca ocasionados, entre ellos los de gestoría, notaría y registro de la propiedad.

La **Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo N° 705/2015 de 23 de diciembre de 2015**, establece con carácter genérico, literalmente que:

" (...) 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 (número 2º), como la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario (número 3º). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3º, letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º, letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º.) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º.). Sobre tales bases legales, no cabe considerar que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguna de las normas legales citadas como infringidas, al declarar la abusividad de la cláusula. Baste recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1.875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución

[REDACTED]

especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida NO solo NO permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU). En la sentencia 550/2000, de 1 de junio, esta Sala estableció que la repercusión al comprador/consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. Y si bien en este caso la condición general discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso. En lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, nuevamente no se hace distinción alguna. El art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el art. 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Pero el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan. De tal manera que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su

[REDACTED]

virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho."

Aplicando dicha doctrina jurisprudencial a la cláusula sobre gastos que nos ocupan, resulta que, tal y como aparece redactada dicha cláusula de carácter general y omnicomprendiva, por la que se imputa al prestatario consumidor todo tipo de gastos e impuestos, presentes y futuros, sin que por parte del banco prestamista se asuma ninguno, NO puede dar lugar a pensar razonablemente que, la misma haya sido fruto de un trato leal y equitativo de la entidad financiera con su cliente, en el marco de una negociación individualizada; dado que dicha cláusula, NO permite la más mínima reciprocidad, atribuyéndole al prestatario, no solo los gastos que le incumben, como son los del ITPAJD; sino todos en general, incluidos el 100% gastos notariales, registrales y de gestoría, entre otros.

No cabe duda pues, que nos hallamos ante una cláusula abusiva según la doctrina sentada por la Sentencia de Pleno del TS de 23 de diciembre de 2015 por cuanto "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 prestatario-hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa", de modo que tales estipulaciones, ocasionan al cliente consumidor un desequilibrio importante, que razonablemente no hubiera aceptado en el marco de una negociación individualizada, y puede además ser subsumidas dentro del catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU)."; no habiéndose aportado por la entidad bancaria demandada, ninguna prueba que de forma cierta y fiable, demuestre que negoció individualmente con los prestatarios, el contenido de dicha cláusula; y menos aún que les hubiera explicado con carácter previo a la firma del préstamo, las consecuencias económicas que las misma les iban a comportar.

Tal y como viene estableciendo la jurisprudencia de nuestros tribunales la entidad financiera demandada, está **Legitimada pasivamente** para soportar una demanda de declaración de nulidad de pleno derecho de la cláusula de gastos de constitución de hipoteca, **aun en los casos de subrogación de la parte prestataria**. En nuestra doctrina jurisprudencial se mantiene que la entidad financiera no es ajena y tiene interés en la subrogación del préstamo hipotecario porque a la novación subjetiva del prestatario está preordenado el préstamo inicialmente concedido en favor del promotor, siendo necesario su consentimiento para que produzca efectos.

[REDACTED]

Como señala la SAP de Barcelona, Sección 15ª de 4 de febrero de 2019: "El acreedor hipotecario no es un tercero que queda al margen de la venta con subrogación en el préstamo al promotor, sino que participa activamente en la novación, aceptándola expresa o tácitamente (artículo 1205 del Código Civil). Y es en ese segundo momento de la subrogación cuando deberá cumplir con las exigencias legales de información previa y transparencia en los términos señalados por el Tribunal Supremo, completando la información que pueda resultar de la propia escritura pública de compraventa. Es la entidad de crédito, beneficiaria última de la cláusula suelo, la que en mejores condiciones se encuentra para proporcionar la información adecuada, poniendo en conocimiento del consumidor los riesgos que asume. La responsabilidad no se traslada al promotor, sino que es compartida, por lo que la entidad prestamista deberá velar porque el consumidor adquiera en el momento de la subrogación un conocimiento cabal y completo de aquello a lo que se obliga" (Sentencia Nº 154/2016, de 30 de junio de 2016).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2018, en un caso en el que el banco no proporcionó ninguna información previa a la firma de la subrogación, establece lo siguiente:

"[...] el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que este se subroga en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Una parte considerable de las compras de vivienda en construcción o recién construida se financia mediante la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario concedido al promotor, con modificación, en su caso, de algunas de sus condiciones. Si se eximiera a la entidad financiera de esa exigencia de suministrar la información necesaria para asegurar la transparencia de las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato, se privaría de eficacia la garantía que para el cumplimiento de los fines de la Directiva 93/13/CEE y la legislación nacional que la desarrolla supone el control de transparencia".

En nuestro caso, la entidad financiera ratificó íntegramente el contenido de la escritura, con lo que aceptó expresamente la subrogación en el préstamo hipotecario.

En conclusión, la entidad demandada está legitimada para soportar la acción declarativa de nulidad de la cláusula de gastos y de restitución de los gastos relativos a la escritura referida, si bien obviamente limitados a la subrogación del préstamo hipotecario. (Véase: SAP de Alicante.

[REDACTED]

[REDACTED]

Sección 8ª de fecha 30 de junio de 2020- ROJ: SAP A 1235/2020 - ECLI:ES:APA:2020:1235. SAP de Alicante. Sección 8ª del 30 de junio de 2020- ROJ: SAP A 1150/2020 - ECLI:ES:APA:2020:1150. SAP, de Alicante. Sección 8ª del 29 de junio de 2020- ROJ: SAP A 1120/2020 - ECLI:ES:APA:2020:1120).

En cuanto a la Atribución de gastos en caso de escrituras de novación y ampliación de préstamos hipotecarios; no puede merecer favorable acogida el motivo de oposición que suelen invocar las entidades financieras demandadas, consistente en que los gastos relativos a la escritura de novación, ampliación y modificación del préstamo hipotecario no se le pueden imputar, porque esos actos jurídicos se solicitaron en beneficio exclusivo de la parte prestataria, única interesada en esas operaciones.

El razonamiento de que tal escritura se otorgó en exclusiva en interés de los prestatarios no puede prosperar porque las SSTS del Pleno número 44, 46, 47, 48 y 49 consideran, expresamente, en cuanto a los gastos de Notaría: "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." Pronunciamiento que será extensible al resto de los gastos a cuyo pago se condena a la entidad demandada".

De lo que se desprende que el interés compartido de las partes en la escritura de novación es lo que motiva que los gastos se imputen a la entidad demandada, en la misma proporción que los derivados de la primigenia escritura de préstamo hipotecario. (Véase: SAP de Alicante, Sección 8ª del 30 de junio de 2020- ROJ: SAP A 1154/2020 - ECLI:ES:APA:2020:1154)

Por todo ello, procede declarar **NULA DE PLENO DERECHO por ABUSIVA** la citada cláusula sobre gastos de constitución de hipoteca contenida en la **escritura notarial de fecha 5 de septiembre de 2006, en lo que se refiere a la atribución a la parte prestataria del pago de todos los gastos de tasación, notaría, registro de la propiedad y gestoría**, con todos los efectos legales y jurisprudenciales actuales inherentes a dicha declaración de nulidad de la citada Cláusula, que se tiene por NO puesta NI incorporada al contrato de préstamo suscrito por las partes, de conformidad con lo establecido en los artículos 82, 83, 89.2 y 3 del TGLGDCU, vigente desde el 01-12-2007; y 10-1-c)-3 y 10-4 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigente hasta el día 01-12-2007; con los efectos a que se refieren las STS N° 49/2019, Sala de lo Civil, Rec. 5298/2017, de fecha 23 de enero de 2019; STS N° 44/2019, Sala de lo Civil, Rec. 2982/2018, de fecha 23 de enero de 2019; STS N° 46/2019, Sala de lo Civil, Rec. 2128/2017, de fecha 23 de enero de 2019; STS N° 47/2019, Sala de lo Civil, Rec. 4912/2017, de fecha 23 de enero de 2019;

[REDACTED]

STS N° 48/2019, Sala de lo Civil, Rec. 5025/2017, de fecha 23 de enero de 2019; STS N° 457/2020, Sala de lo Civil, Rec. 1053/2018, de fecha 24 de julio de 2020; y la STS N° 555/2020, Sala de lo Civil, Rec. 474/2018, de fecha 26 de octubre de 2020; en relación con la STJUE de fecha 16 de julio de 2020, dictada en los Asuntos acumulados: C-224/19 y 259/19, que establece que: "1) El artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, 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.**"; y lo dispuesto en el artículo 4 bis de la LOPJ establece que: 1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Consecuencias de la nulidad de pleno derecho de la Cláusula sobre gastos de constitución de hipoteca:

- En cuanto al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados (IAJD):

Las Sentencias N°: 147/2018 y N° 148/2018 del Pleno del Tribunal Supremo de fecha: 15/03/2018, establecen que:

" (ii) 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."

En el mismo sentido, el Pleno de la Sala III del Tribunal Supremo, tras dos días de deliberaciones, ha acordado con fecha 06-11-2018, por 15 votos a 13 fijar como criterio que:

"El sujeto pasivo del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados en los préstamos hipotecarios es el prestatario."

Por su parte, 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, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre (BOE de 9 de noviembre de 2018), en vigor desde el día: 10-11-2018; si bien establece que: "Se modifica el artículo 29, que queda redactado como sigue: Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan. Cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista"; NO establece carácter retroactivo alguno, por lo que de conformidad con el artículo 2-2 del Código Civil, que establece que: "Las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario.", el mismo solo es aplicables a las Escrituras Públicas de Préstamo con garantía hipotecaria que se otorguen a partir del 10-11-2018.

Véase en este mismo sentido las **SSTS de 23 de enero de 2019:**

"Los criterios aplicables a la resolución de esta cuestión deben ser los que resulten del ordenamiento jurídico vigente en el momento relevante, que en este caso es la firma de la escritura de préstamo hipotecario. El legislador puede modificar la normativa aplicable y establecer otros criterios de atribución del pago de estos gastos, por razones de política legislativa, como parece probable que lleve a cabo el proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario que se tramita en las Cortes. Pero esas nuevas normas no pueden ser aplicadas con carácter retroactivo, salvo que en ellas se disponga lo contrario (art. 2.3 del Código Civil)."

- **En cuanto a los gastos de tasación.**-

El Tribunal Supremo no se ha pronunciado al respecto, y las Audiencias Provinciales tampoco han seguido un criterio uniforme, pues mientras algunas consideraban que este gasto correspondía al prestatario,

[REDACTED]

otras consideraban que al prestamista, y un tercer sector entendía que por mitad.

Consideran que es un gasto que corresponde al prestatario:

La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, Sentencia 225/2016, de 17 de octubre (rec. 114/2015) (ECLI:ES:APB:2016:9192): "En cuanto a la imputación al consumidor de los gastos de tasación de la finca hipotecaria, único contenido de la cláusula que la resolución recurrida ha considerado impugnado, 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".

En parecidos términos: Sentencias de las AA. PP. La Rioja 131/2016, de 16 de junio; Baleares, Sección 5.ª, de 19 de abril de 2016; Alicante, Sección 8.ª, de 4 de noviembre de 2016; Ávila, Sección 1.ª, 50/2017, de 3 de marzo; Asturias, Oviedo, Sección 6.ª, 181/2017, de 19 de mayo (rec. 153/2017); Asturias, Oviedo, Sección 6.ª, 197/2017, de 2 de junio (rec. 178/2017); Asturias, Oviedo, Sección 6.ª, 222/2017, de 23 de junio (rec. 204/2017); Vizcaya, Sección 3.ª, 311/2017, de 13 de julio (rec. 272/2017); Asturias, Oviedo, Sección 6.ª, 295/2017, de 29 de septiembre (rec. 280/2017); Soria, Sec. 1.ª, 54/2018, de 16 de abril, Recurso 48/2018 (SP/SENT/958307); Ourense, Sec. 1.ª, 1/2019, de 8 de enero, Recurso 242/2018 (SP/SENT/989891); La Rioja, Sec. 1.ª, 447/2019, de 31 de octubre, Recurso 866/2018. (SP/SENT/1031035); Barcelona, Sec. 15.ª, 366/2020, de 19 de febrero, Recurso 1193/2019 (SP/SENT/104058).

En el mismo sentido: criterios unificadores del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 50 de Barcelona en materia de cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios de fecha 8 de enero de 2018.

Consideran que es un gasto que corresponde a la entidad financiera prestamista:

Sentencias de las AA. PP. Girona, Sección 1.ª, 55/2016, de 10 de marzo (rec. 589/2015); Palencia, Sección 1.ª, 259/2017, de 16 de octubre (rec. 85/2017) (SP/SENT/925071); Asturias, Sección 5.ª, 32/2017, de 1 de febrero (rec. 525/2016) (ECLI:ES:APO:2017:399), 261/2017, de 6 de julio (rec. 262/2017) (ECLI:ES:APO:2017:2084); 280/2017, de 17 de julio (rec. 288/2017) (ECLI:ES:APO:2017:2162); Vizcaya, Sección 4.ª, 176/2018, de 22 de marzo (rec. 796/2017); Murcia, Sec. 4.ª, 249/2018, de 19 de abril, Recurso 283/2018 (SP/SENT/960471); Teruel, Sec. 1.ª, 78/2019, de 20 de

[REDACTED]

marzo (Recurso 370/2018) (SP/SENT/1010693); Palencia, Sec. 1.ª, 380/2019, de 8 de noviembre, Recurso 301/2019 (SP/SENT/1034568); Palencia, Sec. 1.ª, 62/2020, de 26 de febrero, Recurso 476/2019 (SP/SENT/1046866).

Consideran que es un gasto que corresponde por mitad a prestatario y a la entidad financiera prestamista:

En este sentido, se pronuncian las Sentencias de las AA. PP. Madrid, Sección 14.ª, 195/2018, de 11 de junio (rec. 770/2017) (SP/SENT/967727); Álava, Sec. 1.ª, 706/2018, de 10 de diciembre, Recurso 575/2018 (SP/SENT/992453); Zaragoza, Sec. 5.ª, 307/2019, de 10 de abril, Recurso 1226/2018 (SP/SENT/1004169); Jaén, Sec. 1.ª, 770/2019, de 10 de julio, Recurso 1002/2018 (SP/SENT/1032392); Vizcaya, Sec. 4.ª, 1282/2019, de 17 de julio, Recurso 1132/2018 (SP/SENT/1022195); Burgos, Sec. 3.ª, 390/2019, de 30 de julio (Recurso 261/2019) (SP/SENT/1017405); Burgos, Sec. 3.ª, 515/2019, de 31 de octubre, Recurso 343/2019 (SP/SENT/1031125); Tarragona, Sec. 1.ª, 31/2020, de 15 de enero, Recurso 113/2018 (SP/SENT/1037125); Ciudad Real, Sec. 2.ª, 36/2020, de 27 de enero, Recurso 413/2018 (SP/SENT/1046974); Tarragona, Sec. 1.ª, 103/2020, de 12 de febrero, Recurso 761/2018 (SP/SENT/1041986); Asturias, Oviedo, Sec. 1.ª, 535/2020, de 28 de febrero (Recurso 41/2019) (SP/SENT/1047356); Asturias, Oviedo, Sec. 1.ª, 630/2020, de 10 de marzo (Recurso 308/2019) (SP/SENT/1050872).

La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en vigor desde el día: 16/06/2019, para los contratos sometidos a su ámbito de aplicación establece en su art. 14.1 e) apartado i) que: "Los gastos de tasación del inmueble corresponderán a prestatario y los de gestoría al prestamista."

La STJUE de 16 de julio de 2020, en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, establece que:

El artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, 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.

Tras esta STJUE de 16 de julio de 2016 debe entenderse que se ha de devolver al deudor todo lo abonado por este concepto, ya que salvo para las

[REDACTED]

hipotecas sometidas a la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, ninguna norma carga al mismo con este gasto.

En este mismo sentido, se ha pronunciado la Comisión Europea, en las Observaciones formuladas con ocasión de las cuestiones prejudiciales que dieron lugar a la sentencia de 16 de julio de 2020, en que considera que un criterio jurisprudencial que, a pesar de declarar la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios, atribuya íntegramente al consumidor los gastos de tasación supone, de facto, una subsanación de la cláusula, lo cual es contrario a lo dispuesto por el art. 6, apartado 1 de la Directiva 93/13y por la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Asimismo, entiende que el razonamiento por el cual, al ser el consumidor el beneficiario del préstamo, sobre él recae la obligación de acreditar la suficiencia de la garantía real hipotecaria y, por lo tanto, de correr con los gastos de la tasación, es discutible por incompleto, ya que si bien no cabe duda de que el consumidor es beneficiario del préstamo (sin olvidamos de que la entidad de crédito se lucra con la operación), no es menos cierto que la entidad de crédito tiene un interés evidente en que la tasación sea correcta y de que la garantía hipotecaria efectivamente cubra su crédito frente al consumidor en caso de ejecución forzosa.

En consecuencia, a la vista de la STJUE de 16 de julio de 2020, se estima que los gastos de tasación del inmueble objeto de hipoteca, salvo para las hipotecas sometidas a la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, corresponde ser abonados por la entidad financiera prestamista.

- En cuanto a los Gastos Notariales:

Las SSTS N° 44, 46, 47, 48 y 49 de 23 de enero de 2019, establece en cuanto al pago de los Gastos de Notario, que:

" (...) Decretada la nulidad de la cláusula y acordada su expulsión del contrato habrá de actuarse como si tal cláusula nunca se hubiera incluido, y el pago de los gastos discutidos deberá ser afrontada por la parte a la que corresponde, según preveía el ordenamiento jurídico en el momento de la firma del contrato.

El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva y previsto en el art. 1303 del Código Civil no es directamente aplicable, en tanto que no son pagos hechos por el consumidor al banco que este deba restituir, sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva.

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

[REDACTED]

[REDACTED]

encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, debe imponerse a la entidad prestamista el pago al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubiera correspondido pagar de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas.

Como dice la STJUE de 31 de mayo de 2018, asunto C-483/2016, caso Zsolt Sziber y ERSTE Bank Hungary Zrt :

"34. [...] la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva".

7.- Aunque en nuestro Derecho interno no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, descartada la aplicación del art. 1303 del Código Civil por las razones expuestas, nos encontraríamos ante una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Así lo hemos declarado en la sentencia 725/2018, de 19 de diciembre.

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

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

[REDACTED]

ante las reclamaciones individuales de los consumidores, cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación.

Eso es lo que corresponde hacer en esta resolución

9.- En las sentencias 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo, declaramos con relación al pago del derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, lo siguiente:

"Como el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor -por la obtención del préstamo-, como el prestamista -por la hipoteca-, es razonable distribuir por mitad el pago del impuesto (solución que, respecto de los gastos notariales y registrales, apunta la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 2016)".

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

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

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

12.- A su vez, la norma Sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone:

"La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las funciones o los servicios del

[REDACTED]

Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente".

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

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

El consumidor puede recuperar la mitad de los gastos notariales de la matriz de la escritura de constitución de la hipoteca y de modificación de la misma aunque respecto a la escritura de cancelación de la hipoteca, como el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, a él le corresponde este gasto. Y en lo que respecta a 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.

El TS, en su reciente sentencia 457/2020 de 24 Jul. 2020 (Rec. 1053/2018), ha confirmado respecto de los gastos notariales su jurisprudencia anterior (Sentencias 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero) a pesar de que alguna sentencia, tras el pronunciamiento de la Corte de Luxemburgo, había considerado que estos gastos correspondían por completo a la entidad bancaria (SAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 4ª, de fecha 21 de julio de 2020, N° de Recurso: 1079/2019).

A nuestro juicio, la decisión del TS resulta acertada, pues como establece la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, la declaración judicial del carácter abusivo de la cláusula de gastos debe tener como consecuencia el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haberse impuesto dicha cláusula, es decir, debe actuarse como si nunca hubiera existido y, en su caso,

[REDACTED]

acudir a las disposiciones de Derecho nacional que establezcan a quién le corresponde el pago de dicho gasto.

En caso de los gastos notariales estas disposiciones hacen recaer sobre el prestatario una parte de su abono, en tanto que también resulta interesado en la operación (art. 63 Reglamento Notarial y norma sexta del Anexo II del RD 1426/1989, de 17 de noviembre), por lo que ni el art. 6, apartado 1, ni el art. 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponen a que se niegue al consumidor la restitución de la parte del pago que él debió soportar.

En el mismo sentido, la Comisión Europea en las Observaciones formuladas con ocasión de las cuestiones prejudiciales que dieron lugar a la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, **consideró que el reparto de los gastos notariales de la escritura matriz de hipoteca por igual entre ambas partes no se debe tanto a una moderación de la cláusula como a la interpretación y a la aplicación de la normativa notarial.**

Asimismo, respecto de la cancelación de la hipoteca, considera que no existe óbice para que dichos gastos correspondan al prestatario dado que por aplicación de las disposiciones legales deben abonarse por el interesado.

- En cuanto a los Gastos registrales:

Las SSTS N° 44, 46, 47, 48 y 49 de 23 de enero de 2019, establece en cuanto al pago de los Gastos de Registro de la Propiedad, que:

"15.- En lo que atañe a los gastos del registro de la propiedad, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1.º, que: Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado.

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

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

[REDACTED]

17.- Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a este al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción de la hipoteca."

- En cuanto a los Gastos de Gestoría:

Las SSTS N° 44, 46, 47, 48 y 49 de 23 de enero de 2019, establecían en cuanto al pago de los Gastos de Gestoría, que:

"1.- En cuanto a los gastos de gestoría o gestión, (...) se trata de pagos que han de realizarse a terceros por su intervención profesional relacionada con el préstamo hipotecario.

2.- En el caso de los gastos de gestoría, no existe norma legal o reglamentaria que atribuya su pago al prestamista o al prestatario. En la práctica, se trata una serie de gestiones derivadas de la formalización del préstamo hipotecario: la llevanza al notario de la documentación para la confección de la escritura, su presentación en el registro de la propiedad o su presentación ante la Agencia Tributaria para el pago del impuesto de actos jurídicos documentados.

3.- Estas gestiones no necesitan el nombramiento de un gestor profesional, ya que podrían llevarse a cabo por el banco o por el cliente. Sin embargo, el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, da por supuesta la prestación de este servicio en su art. 40, que establece la obligación de ponerse de acuerdo en el nombramiento del gestor y considera el incumplimiento de esta obligación como una infracción de lo preceptuado en el párrafo segundo del art. 48 de la Ley 26/ 1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito.

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

No obstante ello, la reciente STS N° 555/2020, Sala de lo Civil, Rec. 474/2018 de fecha 26 de octubre de 2020, señala que: "Respecto de los gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora del impuesto, en la sentencia 49/2019, de 23 de enero, entendimos que como "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". Este criterio no se acomoda bien a doctrina contenida en la STJUE de 16 de julio de 2020, porque con anterioridad a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario, no existía ninguna previsión normativa sobre cómo debían abonarse esos gastos de

gestoría. En esa situación, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabía negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva. Razón por la cual, estimamos también en este extremo el recurso de casación."

Por lo tanto corresponde a la entidad financiera el abono del 100% de los gastos de gestión, pues ha sido esta la que ha acudido a los servicios profesionales de un gestor de su confianza por ella elegido, para la competencia y debida formalización del préstamo; cuando dichas gestiones se podrían haber llevado a cabo por el banco o por el cliente.

En consecuencia, de conformidad con lo establecido en los artículos: 1.158 párrafo segundo, 1.145, 1.303 y 1.895 y ss., del Código Civil, y aplicando la citada jurisprudencia examinada, procede condenar a la Parte Demandada a que le haga devolución a la Parte Demandante, de las sumas abonadas indebidamente, en todo o en parte, que ascienden a: **1117,72 €**, y se desglosan detalladamente a continuación:

	Fueron indebidamente abonados al 100% por la Parte Demandante	Debieron ser abonado por la Parte Demandada en las proporciones indicadas
Gastos de tasación del inmueble (Debió abonar el 100% la Entidad financiera)	€	€
Gastos notariales de Escritura de Préstamo Hipotecario (Debieron abonarse al 50% por cada parte)	438 euros (subrogación) y 452 euros (ampliación)	219 euros (subrogación) y 226 euros (ampliación)
Gastos de Inscripción registral de la Hipoteca (Debió abonar el 100% la Entidad financiera)	70,97 euros (subrogación) y 99,19 euros (ampliación)	70,97 euros (subrogación) y 99,19 euros (ampliación)
Gastos de gestión (Debió abonar el 100% la Entidad financiera)	258,87 euros (subrogación) y 243,69 euros (novación)	258,87 euros (subrogación) y 243,69 euros (novación)
Importe que debe abonar la Parte Demandada a la Parte Demandante:		1117,72 €

más sus intereses legales devengados desde la fecha de cada uno de los abonos indebidos realizados, hasta la fecha de la presente resolución, y con más los intereses legales por mora procesal del artículo 576 de la LEC, devengados por dichas sumas desde la fecha de la presente resolución, hasta la fecha en que se realice efectivamente el pago de las mismas.

En cuanto a la alegación de no haber aportado el demandante la escritura de novación, también la demandada disponía de dicha escritura e incluso puede considerarse de más fácil aportación para la demandada, lo que unido a que la demandada no se opone a que en la misma se incluyan los gastos ahora reclamados de dicha escritura sino a la falta de aportación de la misma, no siendo controvertido el hecho de la novación ni el quantum de las cifras que por dicha escritura reclama el actor, disponiendo la

[REDACTED]

demandada de la referida escritura, lo antes expuesto debe necesariamente llevar a desestimar la alegación de defecto en el modo de proponer la demanda por falta de prueba por no aportar la escritura de novación.

- Cláusula sobre comisión de subrogación.-

Respecto de la nulidad o no, por su carácter abusivo, de la cláusula que establecía una comisión por subrogación, si bien ciertamente la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020 no se refirió expresamente a dichas comisiones, sino a la comisión de apertura, lo cierto es que los razonamientos que se realizan en la mencionada sentencia deben ser aplicados igualmente a las comisiones antes indicadas, a tenor de los criterios fijados por la Sala Primera del Tribunal Supremo en su STS nº 44/2019, de 23 de enero.

En relación con la cláusula sobre la comisión por subrogación, no se ha aportado a las actuaciones documentación alguna que permita tener por acreditado que la entidad demandada informara suficientemente a la parte ahora demandante de la función del pacto reseñado, inserto entre un elenco de diversas y plurales comisiones, ni se identifica el servicio efectivamente prestado que justificase el cobro de dicha comisión, en contra de las exigencias señaladas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo que conduce necesariamente a la declaración de nulidad de la misma, por abusiva, pues establece una comisión a cargo de la parte prestataria de la que no se ha acreditado, por la parte que venía obligada a ello, la efectiva realización de servicios o gestiones que pudieran dar lugar al devengo de esa comisión.

Es por ello que dicha cláusula (comisión por subrogación) es NULA POR ABUSIVA, y en consecuencia debe tenerse por NO PUESTA, con todos los efectos legales y jurisprudenciales actuales inherentes a dicha declaración de nulidad de pleno derecho.

TERCERO.- Costas Procesales.- De conformidad con lo establecido en el artículo 394-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al haberse **Estimado sustancialmente** la demanda, procede condenar a la Parte demandada: **ING NV SUCURSAL EN ESPAÑA** al pago de todas las costas procesales causadas en este procedimiento.

- En cuanto a las Costas procesales, la **STJUE de fecha 16 de julio de 2020**, dictada en los Asuntos acumulados: C-224/19 y 259/19, establece que: "5) El artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como el principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que **se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las**

cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo, dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales".

En este sentido la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo N° 472/2020, de fecha 17 de septiembre de 2020. Recurso (CAS) 5170/2018, establece que: "La cuestión objeto del recurso se centra en decidir si, en los litigios sobre cláusulas abusivas, cuando la sentencia estima la demanda y declara el carácter abusivo de la cláusula, la aplicación de la excepción al principio de vencimiento objetivo por la concurrencia de serias dudas de derecho (art. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), hace imposible o dificulta en exceso la efectividad del Derecho de la UE, pues trae como consecuencia que el consumidor, pese a obtener la declaración de que la cláusula es abusiva y que no queda vinculado a la misma, deba cargar con parte de las costas procesales, concretamente, las causadas a su instancia y las comunes por mitad. 4.- La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 419/2017, de 4 de julio, aplicó el principio de efectividad del Derecho de la UE, y en concreto, de la Directiva 93/13/CEE, para excluir la aplicación de la excepción, basada en la existencia de serias dudas de derecho, al principio del vencimiento objetivo en materia de costas en los litigios sobre cláusulas abusivas en que la demanda del consumidor resultaba estimada. 5.- Declaramos en esa sentencia que, en los litigios sobre cláusulas abusivas, si en virtud de la excepción a la regla general del vencimiento por la existencia de serias dudas de hecho o de derecho, el consumidor, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación, no se restablecería la situación de hecho y de derecho que se habría dado si no hubiera existido la cláusula abusiva y, por tanto, el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos. En suma, se produciría un efecto disuasorio inverso, pues no se disuadiría a los bancos de incluir las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, sino que se disuadiría a los consumidores de promover litigios por cantidades moderadas. Concluimos en esa sentencia que la regla general del vencimiento en materia de costas procesales favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión y, en cambio, la salvedad a dicha regla general supone un obstáculo para la aplicación de ese mismo principio. 6.- En el presente caso, la resolución recurrida ha dispuesto que el consumidor, pese a ver estimada su demanda, cargue con parte de las costas devengadas en la primera instancia, al aplicar la excepción al

[REDACTED]

principio del vencimiento objetivo en la imposición de costas por la existencia de serias dudas de derecho. 7.- Al resolver así, la resolución no respetó las exigencias derivadas de los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE y del principio de efectividad del Derecho de la UE, en los términos en que han sido interpretadas por nuestra sentencia 419/2017, de 4 de julio, cuyos principales argumentos han sido expuestos en párrafos anteriores, y, más recientemente, por la STJUE sentencia de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, por lo que infringió las normas invocadas en el recurso. Por tal razón, debemos revocar el pronunciamiento sobre costas de primera instancia contenido en la sentencia de la Audiencia Provincial y sustituirlo por el de la condena al banco demandado al pago de tales costas procesales.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Alicante establece que: "Con relación a las costas de la primera instancia, el criterio que ha adoptado este Tribunal en supuestos como el que ahora nos ocupa (solicitud de declaración de nulidad de varias cláusulas), en que se accede a la totalidad de las pretensiones declarativas de nulidad y, con relación a la nulidad de la cláusula de gastos, se divide entre las partes los que cada una debe sufragar conforme a la jurisprudencia dimanante de las sentencias del Tribunal Supremo de sobra conocidas, es que se ha producido una estimación sustancial de la demanda, con lo que las costas habrán de imponerse a la parte demandada, pues, decimos, lo relevante es que se ha declarado la nulidad de la totalidad de las cláusulas señaladas en la demanda, pretensión a la que se opuso, con extensos razonamientos, la entidad bancaria demandada y que ha constituido realmente el núcleo del objeto litigioso. Como recuerda la reciente STS de 31 de enero de 2018 (que cita la sentencia 715/2015, de 14 de diciembre), que el fallo se desvíe de lo pedido en aspectos accesorios sería contrario a la equidad; de ahí que el principio del vencimiento, en materia de costas, se haya de complementar con la denominada doctrina de la "estimación sustancial" de la demanda (que podría llamarse "cuasi-vencimiento"), de aplicación cuando haya una leve diferencia entre lo pedido y lo obtenido. En este sentido, téngase en cuenta que, durante la sustanciación del litigio, han recaído relevantes resoluciones, del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que han tenido determinante influencia en la resolución del pleito, tanto en lo que se refiere al carácter abusivo de ciertas cláusulas cuanto a los efectos derivados de la nulidad. Lo que implica la gran incertidumbre que existía al respecto a la fecha de presentación de la demanda en cuanto a las cantidades concretas que deberían ser abonadas a consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos. En el caso que nos ocupa, y como decimos, la pretensión ha sido estimada íntegramente en su aspecto cualitativo y, relevantemente, en su vertiente

[REDACTED]

[REDACTED]

cuantitativa, razón por la que mantendremos que la demanda ha sido sustancialmente estimada." (Véase: SAP de Alicante. Sección 8ª del 30 de junio de 2020 - ROJ: SAP A 1149/2020 - ECLI:ES:APA:2020:1149. SAP de Alicante. Sección 8ª del 30 de junio de 2020 - ROJ: SAP A 1151/2020 - ECLI:ES:APA:2020:1151. SAP de Alicante. Sección 8ª del 30 de junio de 2020 - ROJ: SAP A 1148/2020 - ECLI:ES:APA:2020:1148).

Es criterio asumido por la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante que. en los casos en los que se solicite la declaración nulidad de dos o más cláusulas y la condena a la restitución dineraria consecuencia de las mismas, si el fallo de la Sentencia estima la petición de nulidad de todas las cláusulas impugnadas y la de restitución es estimada en parte, la estimación ha sido sustancial y procede condenar en costas a la parte demandada. (SAP de Alicante. Sección 8ª del 29 de junio de 2020 - ROJ: SAP A 1125/2020 - ECLI:ES:APA:2020:1125)

En el presente caso, consta además acreditado por la actora, la/s reclamación/es extrajudicial/es efectuada/s a la demandada, que NO fue/ron atendida/s por esta, **ni en todo ni en parte**; obligando con ello a la actora a tener que recabar el auxilio judicial para la defensa de sus derechos e intereses legítimos, con todos los costes y gastos que ello le ha supuesto, de los que debe ser resarcida.

Vistos los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación;

FALLO

Debo **ESTIMAR Y ESTIMO SUSTANCIALMENTE** la demanda formulada por el/la Procurador/a de los Tribunales Sr./a. GUICH GIMENEZ, LORENZO, en nombre y representación procesal de la Parte demandante: [REDACTED] [REDACTED] contra la Parte demandada: **ING NV SUCURSAL EN ESPAÑA**, debo:

1.- DESESTIMAR Y DESESTIMO LAS ALEGACIONES DE FALTA DE PRUEBA DE LA NOVACIÓN Y DE PROCEDENCIA DE LA CLÁUSULA SOBRE COMISIÓN DE SUBROGACIÓN

2.- DECLARAR Y DECLARO LA NULIDAD DE PLENO DERECHO por ABUSIVA/S de la/s siguiente/s Cláusula/s y/o Estipulación/es contenida/s en la/s **escritura notarial de fecha 5 de septiembre de 2006**, que se relaciona/n a continuación, con todos los efectos legales y jurisprudenciales actuales inherentes a dicha declaración de nulidad de pleno derecho:

- La **Cláusula sobre gastos de hipoteca a cargo del prestatario**, en lo que se refiere a la atribución a la parte prestataria del pago de todos los **gastos de tasación, notaría, registro de la propiedad y gestoría**, que se

[REDACTED]

tiene por NO puesta NI incorporada a dicho contrato; con todos los efectos legales y jurisprudenciales actuales, inherentes a esta declaración de nulidad de pleno derecho; debiendo **CONDENAR y CONDENANDO a la Parte demandada a que le haga pago a la Parte demandante, de la suma de: 1117,72 €**, abonada indebidamente por la aplicación de esta Cláusula declarada nula de pleno derecho, más los intereses legales devengados por los importes que la integran a que se hace referencia en el Fundamento de Derecho Segundo de esta resolución, desde la fecha de sus respectivos abonos hasta la fecha de la presente resolución, y con más los intereses legales por mora procesal del artículo 576 de la LEC, desde la fecha de la presente resolución, hasta la fecha en que se haga efectivo pago de dicha suma.

3.- CONDENAR Y CONDENAR a la Parte demandada: **ING NV SUCURSAL EN ESPAÑA**, al pago de todas las costas procesales causadas en este procedimiento.

Dedúzcase testimonio literal de esta sentencia que quedará en estas actuaciones, con inclusión de su original en el Libro de Sentencias Civiles de este Juzgado.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que NO ES FIRME y que contra la misma cabe interponer RECURSO DE APELACION, ante este Juzgado, en el plazo de VEINTE DIAS contados desde el día siguiente a su notificación, exponiendo las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna; para su posterior conocimiento por la ILMA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE.

A tal fin se indica a las partes que la interposición del recurso de apelación precisará de la constitución de un depósito de 50 euros mediante su consignación de dicha suma en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta a nombre del Juzgado o del Tribunal, que deberá ser acreditado al tiempo de su interposición, no admitiéndose a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido.

Si el recurrente hubiera incurrido en defecto, omisión o error en la constitución del depósito, se concederá a la parte el plazo de dos días para la subsanación del defecto, con aportación en su caso de documentación acreditativa.

De no efectuarlo, se dictará auto que ponga fin al trámite del recurso, o que inadmita la demanda, quedando firme la resolución impugnada.

Si se estimare total o parcialmente el recurso, o la revisión o rescisión de sentencia, en la misma resolución se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito.

[REDACTED]