ANÁLISIS DE LAS ÚLTIMAS SENTENCIAS RELATIVAS A LA CLÁUSULA DE GASTOS Y ANEXO JURISPRUDENCIAL[*]

Alicia Agüero Ortiz[**]
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 14 de junio de 2017

Ya hemos tenido ocasión de pronunciarnos acerca de la abusividad de la cláusula que repercute al consumidor todos los gastos de constitución del préstamo hipotecario[1]. En este sentido, debemos recordar que la declaración de abusividad realizada en la STS de 23 de diciembre de 2015 no provenía de su generalidad o falta de transparencia, sino que las cláusula de gastos de constitución del préstamo hipotecario fue declarada abusiva por tratarse "*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. 89.3 TRLGDCU)*", habida cuenta que "*la garantía se adopta en beneficio del prestamista*". En otras palabras, la cláusula es abusiva por comportar un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor (art. 82 TRLGDCU) y, adicionalmente, porque constituye una de las cláusulas abusivas específicamente recogidas en el art. 89.3 TRLGDCU. Por lo que, incluso cuando no

[*] Trabajo realizado en el marco de la ayuda para la Formación de Profesorado Universitario del Ministerio de Educación Cultura y Deporte (Ref. FPU014/04016); y de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera, de la UCLM, ref. DER2014-56016-P.
[**] ORCID ID: 0000-0003-2794-9200; alicia.aortiz@uclm.es.
[1] AGÜERO ORTIZ, A.: "Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: no son sólo abusivos los gastos comprendidos en la STS de 23 de diciembre de 2015 (Gastos, efectos y plazos)" CESCO, disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/gastos.pdf. "Nulidad cláusula de gastos II: ¿a quién corresponde cada gasto en virtud del derecho supletorio?" CESCO, disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/artics6mz/Nulidad-clausula-de-gastos.pdf. "Nulidad cláusula de gastos III: actuación del notariado" CESCO, disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Nulidad_clausula_de_gastos_III.pdf. "Obligaciones informativas para pactar el traslado de los gastos de tasación al consumidor", CESCO, disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Tasacion_vivienda.pdf. "Efectos y Alcance de la nulidad de las cláusulas de gastos en préstamos hipotecarios con consumidores. Especial referencia al IAJD y los gastos de tasación". Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal, ISSN 2174-1840, Nº. 2, 2017, págs. 89-122.

resultara de aplicación el art. 89.3 TRLDCU por razones cronológicas, o por no verse regulado alguno de estos gastos por norma con rango legal, ello no excluiría su abusividad, pues merece tal sanción por vulneración del art. 82 TRLGDCU[2].

Asimismo, consideramos que no sólo debía reputarse abusiva la repercusión al consumidor de los gastos de notaría, registro e IAJD, sino también los gastos de tasación y gestoría, por constituir servicios accesorios no solicitados por el cliente (art. 89.4 y 89.5 TRLGDCU[3]).

Sin embargo, la doctrina del TS ha sido asumida de forma heterogénea entre nuestros jueces y tribunales. A lo largo de este artículo, analizaremos los últimos pronunciamientos en la materia (de enero a junio de 2017). Asimismo, incluiremos un Anexo con la gran mayoría de las resoluciones recaídas en la materia y una breve referencia a la regulación del Impuesto del Timbre.

1. Nulidad de la cláusula de gastos: ¿qué sucede con la restitución?

La divergencia jurisprudencial relativa a la cláusula de gastos de constitución del préstamo hipotecario no se limita exclusivamente a la apreciación o no de su abusividad. Existe un sector que se inclina por declarar la nulidad por abusiva de la cláusula pero improcedente la restitución de las prestaciones habidas en aplicación de la misma, en unas ocasiones, por concebir que quién debía asumir los gastos era el prestatario; y en otras, por no haberse ejercitado expresamente acción restitutoria[4]. Ello, incluso cuando el TS ha reiterado que "*la obligación de devolver que no nace del contrato anulado, sino de la Ley que la establece en este contrato [S. 10-6-1952 (RJ 1952\1255)], por lo cual no necesita de petición expresa de la parte pudiendo ser declarada por el Juez en cumplimiento del principio «iura novit curia», sin que ello suponga alterar la armonía entre lo pedido y lo concedido, y con la finalidad de evitar, sin necesidad de acudir a un nuevo pleito*"[5]. No sólo eso, en otras ocasiones se declara la nulidad de la cláusula

[2] Y, en su caso, los arts. Décimo 1 c LGDCU 26/1984, y art. 10 bis tras su modificación por la LCGC.
[3] Art. décimo, c) 5 y 12 LGDCU (1984); DA primera LGDCU (introducida por la LCGC) apartado V. 23.
[4] Probablemente, para eludir posibles excepciones de prescripción de la acción.
[5] En palabras de CORDÓN MORENO, F.: "*No obstante, cuando se ejercitan las acciones individuales de nulidad o no incorporación la necesidad del ejercicio de esta acción reparadora, de manera independiente o acumulada a aquéllas, me parece evidente; por lo menos cuando se pretenda una indemnización por los daños y perjuicios causados, porque la devolución de las cantidades indebidamente percibidas puede considerarse un efecto inherente a la sentencia que declara la nulidad (cfr. art. 1303 CC) y que, por tanto, no precisa ser pedido. (...) como decía antes al hablar de las acciones individuales, declarada la nulidad, los contratantes deben restituirse las cosas que hubiesen sido materia del contrato (art. 1303 CC) y tal restitución es un efecto inherente a la declaración de nulidad que no precisa ser pedida para que el Juez la ordene en la sentencia*". En "La protección de los derechos de los consumidores a partir de la Ley General de la Defensa de los Consumidores y Usuarios: la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. II, 1999 (BIB

concediendo sólo la restitución de un porcentaje de los gastos, moderando así los efectos de la nulidad. A continuación analizaremos las tres corrientes, a saber, la que niega la restitución, la que la concede completamente, y la que procede a su moderación.

1.1. Sin restitución

La AP de A Coruña[6] confirmó la declaración de abusividad realizada en la instancia respecto a la repercusión de los gastos de notaría, registro y AJD, siguiendo el criterio del TS, concluyendo que "*en ausencia de la cláusula nula, los gastos e impuestos se asignen según ley o norma aplicable a cada uno de ellos, es decir, a las normas que la cláusula abusiva ilícitamente altera en beneficio del empresario y en perjuicio del consumidor*". Por su parte, la AP de Zamora en su sentencia de 30 de marzo de 2017[7] reiteró el criterio mantenido por el TS declarando la nulidad de la repercusión de los gastos de formalización de la escritura pública y su inscripción, pues quien tiene interés en estos servicios es el prestamista (no se solicitó la declaración de nulidad de la traslación del IAJD, por lo que no hay pronunciamiento al respecto). Con todo, no se condena a la restitución de los gastos abonados indebidamente pues en la demanda solo se instó la declaración de nulidad.

La AP de Asturias (sección 6ª) en su sentencia de 27 de enero de 2017[8], tras revocar el pronunciamiento de instancia según el cual la acción de nulidad de la cláusula de gastos había precluido por haberse podido interesar en una demanda anterior relativa a la nulidad de la cláusula suelo[9], declaró la nulidad de la cláusula de gastos pero improcedente la restitución de los gastos abonados por su aplicación en seno de una subrogación con ampliación de capital. En concreto, sostuvo que "*en este caso examinados los concretos gastos asumidos por la actora y cuyo reintegro se*

1999\2021). En el mismo sentido, RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: "Gastos de documentación, inscripción y gestión de hipoteca y obligaciones tributarias", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2017 (BIB 2017\2010); y RIBÓN SEISDEDOS, E.: "Cláusula suelo y reclamación de gastos hipotecarios", Ed. Sepin, disponible en: https://www.sepin.es/biblioteca-online/verEdicion.asp?cde=47&id=37489

[6] SAP de 26 de enero de 2017 (JUR 2017\65488).

[7] JUR 2017\123738.

[8] JUR 2017\54580.

[9] Con cita a la STS de 21 de julio de 2016 según la cual ""... no puede apreciarse la existencia de cosa juzgada sobre la pretensión ahora formulada que no lo fue en el anterior proceso ni tenía el demandante la obligación de hacerlo, como se desprende de lo dispuesto por la propia norma invocada: el artículo 400 LEC. En cuanto, tras transcribir el citado art. se concluye por el Alto Tribunal que " ... la ley establece una verdadera preclusión en la alegación de hechos y fundamentos jurídicos que apoyan la acción, pero en forma alguna determina el objeto de la pretensión sobre la que ha de decidir exclusivamente el demandante. Extiende por ello la cosa juzgada material a todas las posibles «causas de pedir» con que pudiera contar el demandante en el momento de formular su demanda pero únicamente respecto de la concreta pretensión que formula". Señalando que en ese mismo sentido de que " El art. 400 LEC no supone que el litigante tenga obligación de formular en una misma demanda todas las pretensiones que en relación a unos mismos hechos tenga contra el demandado" ya se había pronunciado el propio TS con cita de precedentes, en su sentencia de fecha 19 de noviembre de 2014.

pretende, no puede estimarse acreditado que los mismos no le fueran exigibles, conforme a la normativa que regula los mismos y a los pactos asumidos de gastos de gestión con tercero". Respecto al IAJD matizó que no quedaba claro el concepto por el que se devengó (aunque es evidente que no fue por la subrogación pues es una operación exenta, por lo que es obvio que el IAJD se devengó por la escritura de compraventa[10]). En relación con los gastos notariales y registrales, declaró la improcedencia de la restitución pues "*lo cierto es que en las facturas giradas por Notaria y Registro, no se detalla el mismo ni es por ello posible su determinación y concreta cuantificación. (...) Lo cierto es que la factura notarial, fechada el 18 de julio de 2006, (doc. 2 al folio 51) fue girada contra la prestataria actora, como también los gastos de registro (f. 52vto), documentos que junto al de abono del impuesto fueron recibidos por la misma, y los gastos soportados sin objeción durante más de 9 años, lo que constituye un poderoso indicio de su conocimiento y conformidad con la asunción contractual de todos ellos, y avala aún más la procedencia del rechazo de su reintegro. Reintegro que tampoco procede en relación al gastos de gestoría para el otorgamiento de la escritura, inscripción registral y pago del impuesto, en cuanto esa gestión no fue realizada por la entidad financiera demandada, sino por una gestoría ajena a la misma, que no consta fuera impuesta por la citada, y en todo caso se trata de un gasto que deriva de un encargo que realizo la propia actora a cuyo nombre fue expedida la factura correspondiente en fecha 28 de septiembre de 2006*".

Al tratarse de una subrogación, habría bastado decir que ésta se produce en el contrato de compraventa y que la distribución de los gastos se efectúa en el art. 1455 CC. Siendo además el interesado en inscribir en el Registro de la Propiedad la compraventa el comprador siendo aquél en cuyo favor se inscribe el derecho. Ahora bien, respecto a la ampliación de capital, si fue acompañada de una ampliación de responsabilidad hipotecaria, ésta se inscribe en el RP en beneficio del prestamista, debiendo asumir éste el gasto devengado por su inscripción.

Con todo, resulta curioso que, en este caso, la oscuridad de las facturas notariales y registrales perjudique al consumidor. Más curioso resulta que se asuma que el obligado al pago es el consumidor, sin más, porque la facturas se giraron a su nombre (precisamente se está instando la nulidad de ello). Pero no queda ahí la valoración de la AP, como si de una acción de error en el consentimiento se tratara, toma en consideración la no discrepancia del consumidor con la cláusula durante 9 años…pero no estamos ante una acción de nulidad relativa que pueda ser sanada o

[10] *Vid.* "Nulidad cláusula de gastos II: ¿a quién corresponde cada gasto en virtud del derecho supletorio?" CESCO, disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/artics6mz/Nulidad-clausula-de-gastos.pdf.

convalidada, sino ante una nulidad de pleno derecho que no puede ser subsanada si quiera por la actitud correctora del empresario (STJUE 26 de enero 2017[11]), menos aún por lo actos propios del consumidor. Respecto a los gastos de gestoría, se llega a la misma conclusión por reducción al absurdo "como la factura se giró a nombre del consumidor, el consumidor era el obligado al pago". Además, sostuvo que "no consta que fuera impuesta", invirtiendo así la carga de la prueba, en lugar de pesar ésta sobre el empresario debiendo probar que se negoció individualmente o que se ofreció la posibilidad al consumidor de concluir la transacción con o sin gestoría, se impone al consumidor. ¿Cómo podrá probar el consumidor que no tuvo opción de escapar a la contratación de la gestoría? Con criterios de certeza, no puede hacerlo, todo lo más que podrá hacer es evidenciar que se integraron esos cargos en la provisión de fondos, que autorizó a la entidad para que se encargará de la gestión o se la asignara a un tercero, etc., meros indicios que nada pueden rebatir al explosivo argumento de la AP "si la factura está a su nombre, él solicitó el servicio y él debe pagarlo". Para evitar esta circunstancia de imposibilidad probatoria (principio de efectividad del DUE), en las contrataciones de consumo se invierte la carga de la prueba para proteger a los consumidores y por la lógica de la facilidad probatoria. Principios que quedan dilapidados en sentencias como la expuesta.

Retoma este criterio la AP de Asturias (Sección 4ª) en su sentencia de 24 de marzo de 2017[12], ahora sí, en el contexto de una constitución de préstamo hipotecario. La cláusula litigiosa versaba "*b) serán de cuenta del prestatario todos los gastos futuros, o pendientes de pago por aranceles notariales y registrales relativos a la constitución (incluidos los de la primera copia de la presente escritura para la prestamista y en su caso los derivados de los documentos acreditativos de las disposiciones), modificación o cancelación de la hipoteca, incluidas las comisiones y gastos del otorgamiento de la carta de pago; c) los impuesto de esta operación; d) serán de cuenta del prestatario todos los gastos futuros, o pendientes de pago por gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad*". En primer lugar, resaltó que la cláusula litigiosa no adolecía de la generalidad de la cláusula declarada abusiva por el TS, dado que se particularizaban los aranceles notariales y registrales, los impuestos, y los gastos de gestoría (sin que ningún peso tenga el "todos los gastos futuros, o pendientes de pago"). Con todo, debemos insistir y reiterar en que el TS no declaró la abusividad de la cláusula por su falta de particularización o transparencia, sino por vulneración de los arts. 82 y 83.3 TRLGDCU, en concreto, porque "c*onlleva que* ***se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera***

[11] TJCE 2017\31.
[12] JUR 2017\99171.

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)*". Por lo tanto, por más que los gastos que se repercutan al consumidor estén claramente identificados, incluso con cuantías, esto no convierte en válida a la cláusula, pues más o menos especificada comporta un desequilibrio en los derechos del consumidor, trasladándole gastos que correspondían al prestamista.

Respecto a los gastos notariales, realizó la siguiente reflexión: "*En los contratos de préstamo es usual que el prestamista pida garantías para asegurar el buen fin de la operación, bien sean avales, hipotecas o cualquier otra. Quien está interesado en que se celebre el contrato es el prestatario, que es quien acude al Banco o al prestamista de otra clase a fin de obtener al numerario que precisa. Éste es el beneficiario del préstamo, como ya indica la sentencia de 23 de diciembre de 2015. Es cierto que la garantía revierte en beneficio de quien concede el crédito. Pero en el préstamo con garantía ésta es sólo accesoria de aquél, de tal modo que no es posible siquiera concebirla de modo autónomo, sin la existencia de una obligación principal. No cabe por ello disociar el tratamiento que, a los efectos de formalización, merezcan los gastos que generen una y otra, pues es un todo único. (…) con la particularidad de que precisan para su válida constitución de escritura pública e inscripción en el Registro (art. 1875 C.C. y 145 Ley Hipotecaria). Los gastos que conlleven esas actuaciones notariales y registrales serán de cargo, en consecuencia del prestatario-hipotecante, que es, en definitiva, el instante y beneficiario de la operación en su conjunto, el préstamo hipotecario, y, por ello el solicitante del servicio de dichos profesionales*". Finalmente, reitera el destornillante criterio según el cual, como las facturas se giraron a nombre del consumidor es que el obligado al pago era el consumidor.

Sin embargo, hipoteca y préstamo no son un todo único, por más que la hipoteca sea un derecho real de garantía accesorio de la obligación principal. Prueba de ello es, sin ir más lejos, la existencia de las hipotecas unilaterales[13] (art. 141 LH) constituidas con posterioridad a la formalización consensual del préstamo. Única y exclusivamente la constitución de la hipoteca exige intervención notarial y registral, pues como reiteramos, el contrato de préstamo se puede perfeccionar por el mero consentimiento. Por lo tanto, si bien las afirmaciones de la AP podrían tener sentido fuera de las contrataciones de consumo, la especialidad de la normativa de consumo y su finalidad tuitiva de los intereses de los consumidores, impide que se puedan imponer a los consumidores cláusulas que no hubieran admitido en el seno de una

[13] Como son, por ejemplo, buena parte de las hipotecas de BBVA.

negociación individual y, especialmente, la imposición de gastos que correspondieran al prestamista, así como gastos por servicios accesorios no solicitados. Y lo cierto es que las normas que atribuyen estos gastos se las imponen al acreedor garantizado[14].

Sorprendentemente, finaliza aseverando que "*No se explica el porqué debe el consumidor correr con los gastos de la expedición de una primera copia de la escritura para el prestamista. Es obvio que esta actuación sólo beneficia al Banco, que obtiene un título ejecutivo (art. 517 LEC), y en nada al consumidor*". Pero…¿no sostenía que nada importa a quién beneficie la operación?, ¿que el único interesado en toda la transacción es el consumidor necesitado de financiación? Si se siguiera la lógica mantenida hasta el momento, la AP debía haber declarado la validez de toda la cláusula, pues venía asegurando que por más consumidor que se sea, el hecho de estar necesitado de financiación permite un "todo vale", pudiéndosele cargar todos los gastos de la operación, pues, en última instancia de otra forma no le concederán la financiación. ¿Ahora sí importa en beneficio de quién se realice el servicio? Pues bien, toda la intervención notarial, registral, de gestoría y tasación se realiza en beneficio del acreedor garantizado, pues sin lo anterior no obtiene el derecho real de garantía (notaría y registro), ni la seguridad de la correcta inscripción en el RP (gestoría), ni la posibilidad de movilizar los préstamos hipotecarios y acceder a los procedimientos ejecutivos (tasación).

En este sector jurisprudencial favorable a la no restitución de los gastos abonados indebidamente por el consumidor, debemos incluir a la AP de Pontevedra que, pese a ser una de las pioneras en la declaración de nulidad de la cláusula de gastos, ha modificado su criterio negando la procedencia de la restitución. Ahora bien, los vaivenes en su doctrina merecen un análisis específico, que realizaremos en el apartado 1.4 de este trabajo.

1.2. Con restitución

El JPI nº 3 de Jaén[15] declaró la abusividad de la cláusula de gastos estimando idénticamente la petición de restitución de las cantidades abonadas indebidamente (incluyendo el IAJD), incrementadas con el interés legal del dinero desde su abono por el consumidor. Del mismo modo, la AP de Ávila[16] confirmó el pronunciamiento de instancia en el que se declaraba abusiva la cláusula de repercusión de gastos al consumidor (con exclusión de los gastos de tasación), por el que se condenaba a la

[14] *Vid.* "Nulidad cláusula de gastos II…" y "Nulidad cláusula de gastos III…" *op. cit.*
[15] Sentencia de 10 enero 2017. JUR 2017\46769.
[16] Sentencia núm. 50/2017 de 3 marzo. JUR 2017\111325

demandada a la devolución al prestatario de las cantidades que hubiese cobrado en virtud de las condiciones declaradas nulas. En el mismo sentido, la sentencia del JPI nº 4 de Cáceres de 25 de abril de 2017[17], condena a la restitución de los gastos de notaría, registro e IAJD (solicitado expresamente en el escrito de demanda). También se ha anunciado en prensa que una sentencia de un juzgado de Sevilla ha condenado a la restitución de los gastos de constitución del préstamo hipotecario (con inclusión del IAJD)[18], así como un juzgado de Alicante (sin inclusión del IAJD)[19], sin embargo, no hemos tenido acceso a dichas sentencias.

Por su parte, la AP de Asturias (Sección 5ª) de 1 de febrero de 2017[20] revocó la sentencia de instancia en la que se negaba la abusividad de la cláusula de gastos, por no haber repercutido al consumidor gastos que no viniera obligado a asumir, excepción hecha al IAJD, como estudiaremos en el apartado destinado a este específico gasto. Debe señalarse que en este caso la demanda pedía la declaración del carácter abusivo de la cláusula de gastos de una hipoteca suscrita en el año 2.000[21], así como la aplicación de las consecuencias oportunas derivadas de la nulidad (sin ejercitar acción de restitución específica), concretando las cantidades en la documental aportada. Asimismo, se argumentaba que la estipulación no se había consumado totalmente pues hacía referencia a gastos futuros, como los de cancelación de la hipoteca o defensa del crédito. Pues bien, por lo que respecta a los gastos de registro, la AP manifestó con rotundidad que "*Es claro que es a la entidad bancaria a cuyo favor se realiza la inscripción y a quién beneficia, así como la parte interesada en la misma. Por ello no cabe duda de la abusividad de la cláusula en cuestión como queda dicho*" (en relación con la norma octava del Anexo II del RDARP). En relación con el arancel notarial, partió de la asunción de que quien solicita la intervención notarial es el prestamista, al afirmar "*siendo, como se dijo anteriormente, la entidad bancaria la que gestiona la formalización del contrato y solicita la intervención del fedatario público, siendo también la persona jurídica a favor de la que se inscribe el mismo*". Matizando acto seguido que "*no cabe desconocer que el fedatario también puede realizar alguna actuación susceptible de generar abono de aranceles a instancia del prestatario, como podría ser por ejemplo la expedición de copias simples. Ello ha de llevar en consecuencia a la necesidad de una previa negociación individual en la que se habrían de determinar qué gastos*

[17] https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-civil-n-128-2017-jpii-caceres-sec-4-rec-17-2017-25-04-2017-47712657

[18] http://www.diariosur.es/agencias/andalucia/201705/29/obligan-banco-devolver-gastos-975019.html

[19] http://www.diarioinformacion.com/economia/2017/04/24/primera-sentencia-obliga-devolver-gastos/1886581.html

[20] JUR 2017\75770.

[21] Por lo que, si concibiéramos que la acción de restitución prescribe a los 15 años desde que se efectuaron los pagos indebidos (arts. 1964 y 1969 CC) la acción habría prescrito, sin que la AP la declarara prescrita.

corresponderían a uno y otro contratante. De no ser así, y como en el caso examinado ha existido una imposición al consumidor de la totalidad de los gastos, sin discriminación alguna ni negociación individual, prueba ésta que compete al empresario (art. 82-2 TRLGCU), la consecuencia no puede ser sino que dicha estipulación ha de considerarse abusiva, y por tanto nula, ya que ha causado un desequilibrio en el consumidor, tal y como se afirmó en la citada sentencia del TS". Adicionalmente, comprendió que la repercusión de los gastos de tasación podría reputarse abusiva, como veremos, sin llegar a anularla por no haberse solicitado en la demanda; y declaró la nulidad de la repercusión de los gastos de cancelación, pues "*Conforme al art. 82-3 de la LH, la cancelación de la escritura pública en virtud de la que se constituyó la inscripción requiere el consentimiento del beneficiario (como queda dicho, la entidad bancaria) y, en su defecto, por sentencia en juicio ordinario (en este caso a solicitud del hipotecante). Ha de inferirse de ello, que en cualquier caso los gastos derivados del otorgamiento de la escritura serían de cargo del prestamista, pudiendo corresponder al prestatario discutirse o negociar otros gastos derivados de tal actuación*". Finalmente, concluyó que la consecuencia de la declaración de nulidad no puede ser otra que su expurgación, por virtud del principio de efectividad consagrado en la Directiva 93/13/CEE, condenado a la demanda a restituir los pagos efectuados por el demandante a la notaría y registro.

Con similar criterio, la SAP de Asturias de 17 de febrero de 2017[22] declaró la nulidad de la repercusión de los gastos de formalización de dos préstamos hipotecarios. En el primer caso, se trataba de los gastos de constitución del préstamo hipotecario en el que se subrogaron los actores en el año 2006, concertado previamente entre el promotor y la entidad de crédito (es decir, se trasladaban los gastos no de titulación e inscripción de la compraventa con subrogación, sino de los gastos de constitución del préstamo ya concertado hacía años). En el segundo, se trataba de un préstamo constituido por los actores con otra entidad en el año 2013, si bien constaba que sólo uno de los codeudores abonó dichos importes. En este sentido, el JPI estimó la falta de legitimación activa del actor (el codeudor que no había pagado los gastos), revocando este pronunciamiento la AP en relación con la acción declarativa de nulidad, comprendiendo que cualquier codeudor podía interesarla, no así la pretensión restitutoria. Siguiendo el criterio adoptado en la SAP de 1 de febrero de 2017, declaró la nulidad de ambas cláusulas (con excepción del IAJD) declarando la procedencia de la restitución sólo en el primer caso, pues en el segundo el actor carecía de legitimación activa para instar la restitución por no haber sido el comunero que abonó los gastos. Respecto a la restitución, en la demanda se solicitaba la restitución de los importes entregados para la constitución de la provisión de fondos

[22] JUR 2017\94723.

(probablemente por no contar con las facturas de cada uno de los gastos). Sin embargo, la entidad de crédito probó que había restituido la parte de la provisión de fondos que excedía de los gastos finalmente habidos, por lo que la AP condenó a la restitución de los gastos efectivamente abonados en concepto de gastos de notaría, registro y gestoría, subsanado el error en la petición.

1.3. Con restitución parcial

Por más que el TJUE venga reiterando que no pueden moderarse los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula[23], parece que el impulso a la integración es irrefrenable.

En este sentido, la SJPI núm. 2 de Barakaldo de 27 marzo 2017[24], tras declarar la nulidad de la cláusula por atribuir al consumidor los gastos de preparación de titulización que correspondían al prestamista (art. 89.3 TRLGDCU), condenó a la entidad a restituir el 100% del arancel del registrador, y el 50% de los gastos de gestoría y notaría. En concreto, matizó que "*Esa nulidad implica que el consumidor no debe hacer frente a todos los gastos que se estipulan en dicha cláusula, pero eso no significa automáticamente que sea la entidad demandada la que tenga que cargar con tales gastos en su totalidad* (…) *de forma que la demandada estará obligada a abonar al demandante aquellas cantidades que debió abonar y no abonó en su día amparándose en una cláusula abusiva, sin que esta circunstancia implique, como ya he señalado, que la entidad bancaria deba abonar el total de esas cantidades, puesto que en ese caso, se estaría generando un enriquecimiento injusto a la parte prestataria*". Hasta aquí, todo es correcto, ciertamente, el consumidor deberá abonar los gastos que le correspondan en virtud del derecho supletorio (esto es, las certificaciones que haya solicitado al RP y las copias simples que en su interés se han emitido, es decir, las que ha recibido). Sin embargo, sigue "*la parte prestataria, quien también tiene un interés en la formalización en escritura pública y la inscripción de la hipoteca en el Registro, cuando menos por seguridad jurídica, sin perjuicio de que el interés principal a la hora de cancelar la hipoteca una vez amortizado el préstamo, es del titular del bien hipotecado*". En otras palabras, la parte prestataria tiene interés en que se grave su vivienda y se formalice a favor del prestamista la hipoteca porque ¿así podrá cancelarla llegado el momento? ¿Cómo va a ser su interés principal

[23] SSTJUE de 14 de junio 2012 (TJCE 2012\143); de 30 de abril de 2014 (TJCE 2014\105); de 21 de enero de 2015 (TJCE 2015\4); de 21 de diciembre de 2016 (TJCE 2016\309); AATJUE de 11 de junio de 2015 (TJCE 2015\224); de 8 de julio de 2015 (TJCE 2015\280). Reiterando que "el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se opone a una norma de Derecho nacional que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva".
[24] JUR 2017\73051.

cancelar el gravamen sobre su inmueble (que lo es) y al mismo tiempo que se cree dicho gravamen?

Al analizar gasto por gasto, llega a la conclusión de que el arancel del registrador debe satisfacerse por entero por el acreedor porque es aquél en a cuyo favor se inscribe el derecho. Sin embargo, respecto a los gastos de notaría y gestoría comprendió, sin referencia al solicitante del servicio, que "*Ya he señalado anteriormente que la intervención de notario interesa a ambas partes, ya que ambas partes obtienen copias de las escrituras, con el correspondiente tributo que conlleva el documento notarial, y en concreto el prestatario ve fijado el importe máximo del préstamo en la escritura, y otras cuantías, que no pueden ser rebasadas en el caso de una eventual ejecución*". Dos matices: el prestatario podría ver su préstamo constituido igualmente en un documento privado (el contrato de préstamo se perfecciona por el mero consentimiento), el único contrato que requiere su formalización en escritura pública es el de hipoteca como requisito para acceder al registro de la propiedad y así ser constituido válidamente; por otro lado, si no se documentara el contrato en escritura pública (inscrita posteriormente en el RP) no cabría ejecución hipotecaria, sino resolución tradicional vía art. 1124 CC sin privilegio en el crédito, por lo que seguimos sin ver cómo le puede interesar al consumidor asegurar que su inmueble podrá ser ejecutado por una cuantía determinada. Prosigue, "*Así, es de mayor justicia que las partes asuman los gasto notariales al 50%. Este anterior argumento es aplicable a los gastos de gestión, entre los cuales se engloban diversos conceptos que pueden redundar en beneficio de ambas partes*".

El primer lugar, los gastos de gestoría son abusivos por comportar un servicio accesorio no solicitado por el consumidor (art. 89.4 TRLGDCU), por lo que no cabe recurrir a criterios como quién sea el interesado en su intervención para determinar quién era el obligado al pago. Probado que el servicio accesorio (y es accesorio ya que no es necesaria en ningún caso la intervención de una gestoría para llevar a cabo la operación) no fue solicita por el cliente (la prueba corresponde al prestamista profesional), procede la restitución del importe por completo, sin más. En cualquier caso, para dilucidar quién es el interesado en la intervención de la gestoría, no hace falta más que evaluar quién tiene interés en que se constituya válidamente el derecho real de garantía. Si la inferencia no parece sencilla, el Servicio de Reclamaciones del BdE se ha encargado de facilitarla: "*dado la inscripción registral de la escritura de hipoteca tiene carácter constitutivo, es práctica bancaria general realizar la gestión a través de una gestoría de confianza para evitar riesgos…*", riesgos del acreedor, riesgos derivados de dejar en manos del consumidor la válida constitución de la garantía, por lo tanto, el único interesado en este servicio es el prestamista.

En segundo, respecto a los gastos de notaría, la consideración respecto a lo que era o no de mayor justicia debía haberse efectuado en la contratación por el predisponente, no habiéndose verificado esto (en términos de la STS de 23 de diciembre de 2015, no habiéndose producido si quiera una distribución de equitativa de los gastos de notaría, que son los únicos respecto a los que cabe tal distribución por no regularse en norma de rango legal) y, consecuentemente, habiéndose declarado abusiva la cláusula, la consecuencia sólo puede ser la expulsión de la misma del contrato y la aplicación del derecho supletorio, sin que el JPI pueda moderar la cláusula, eliminando el efecto disuasorio del art. 7 Directiva 93/13/CEE. En virtud del derecho supletorio el consumidor no tiene más obligación que la de abonar el importe de las copias simples que recibió[25], por lo que el resto del arancel debió haberle sido restituido.

Respecto a los gastos de tasación, declaró que "*el artículo 682 LEC fija la necesidad de efectuar una tasación del bien para poder despachar a posteriori una ejecución hipotecaria, pero al mismo tiempo es requisito indispensable, de conformidad a la Ley 2/1981 (RCL 1981, 900) , para que se pueda llegar a conceder un préstamo hipotecario para la adquisición de una vivienda; por lo que volvemos a encontrarnos con intereses de ambas partes en la realización de la tasación, de forma que la misma deberá abonarse al 50%*". Como sucediera con los gastos de gestoría, la tasación es servicio accesorio que si no fue solicitado por el cliente debe reputarse abusivo, sin evaluación respecto a quién interesa o no. Con todo, debe matizarse que no cierto en absoluto que la Ley 2/1981 imponga la realización de una tasación para conceder préstamos hipotecarios. Como hemos reiterado[26], esta ley impone la obligación de esta tasación previa para que las entidades de crédito puedan titulizar o movilizar los préstamos hipotecarios, es decir, convertirlos en bonos hipotecarios, por ejemplo, como expondremos en detalle en el apartado 4 de este trabajo.

Con similar criterio se pronuncia la SJPI nº 1 de Bilbao de 29 de marzo de 2017[27] que ordena la restitución del total del arancel registral, el 50 % de los gastos de notaría y gestoría y el 70% de los gastos de tasación; o la SJPI n. 10 de Bilbao de 5 abril 2017[28] que condena a restituir el 100% de los gastos de registro y el 50% de los gastos de notaría. Debe apreciarse que en estas sentencias no se instaba la devolución del IAJD ya que es una operación exenta en Bizkaia en caso de préstamos hipotecarios para la adquisición de la vivienda habitual.

De forma similar, la SJPI de Zaragoza de 22 de mayo de 2017 condenó a la devolución del 50% de los gastos de notaría, registro y gestoría; y a la totalidad del importe del

[25] *Vid.* "Nulidad cláusula de gastos II…" y "Nulidad cláusula de gastos III…" *op. cit.*
[26] "Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: no son sólo abusivos…" y "Efectos y alcance de la nulidad de las cláusulas de gastos …" *op. cit.*
[27] JUR 2017\90439.
[28] JUR 2017\96019.

IAJD al comprender con acierto, que en virtud del hecho imponible del impuesto (la emisión de la primera copia de un negocio jurídico con acceso al registro de la propiedad) y la base imponible (el importe de responsabilidad hipotecaria) el único sujeto pasivo que cabe es el acreedor garantizado de conformidad con el art. 29 TRLITP y AJD, sin que pueda resultar de aplicación el art. 68.II RITP y AJD. Respecto a la moderación de la restitución del resto de gastos, se insiste en que ello se considera lo más idóneo, sin embargo, insistimos, declara nula la cláusula el consumidor deberá ver restituido todos los importes que no le correspondía abonar en virtud del derecho supletorio. Esa evaluación de idoneidad no es más que una moderación o integración de cláusula, destinada a corregir la acción abusiva (contraria a la buena fe) del prestamista, lo que está vetado a jueces y tribunales como viene repitiendo el TJUE.

1.4. El "curioso" caso de la AP de Pontevedra

En su sentencia de 14 de mayo de 2014[29] declaró la nulidad de la repercusión al consumidor de los gastos de notaría, registro, e IAJD, excluyendo de tal declaración tanto los gastos de tasación como de emisión de certificaciones de comprobación de la situación registral del inmueble, considerando que ambos son gastos que "*precontractuales que normalmente asume el que comprador en tanto que obligado a poner a disposición del prestamista los datos necesarios para la elaboración de la oferta correspondiente*". Respecto a los gastos de notaría y registro afirmaba que "*Los mencionadas normas atribuyen la responsabilidad del pago al solicitante del servicio de que se trate (sea la prestación de una función o la expedición de una copia) o a cuyo favor de inscriba el derecho o solicite una certificación.* ***En la generalidad de los casos la que gestiona la formalización del contrato y solicita la intervención del fedatario público es la entidad financiera****,* ***que también es la persona jurídica a favor de la que se inscribe el mismo***". En relación con el IAJD, sostuvo su nulidad en base al art. 28 TRLITP y AJD sin mencionar el art. 68.II del RITP y AJD.

Por lo que afecta a la restitución de los importes abonados por el consumidor indebidamente, concluía que "*Con arreglo al art. 6.1 de la Directiva 93/13 y del art. 82.1 TRLCU, la apreciación del carácter abusivo de una cláusula comporta su nulidad de pleno derecho, y, por tanto, su expulsión del contrato de préstamo, sin que proceda moderación ni integración de ninguna clase, de manera que bajo ningún concepto pueda vincular al deudor*". En definitiva, "*las clausulas declaradas*

[29] (Sección 1ª), JUR 2014\145294. Esta sentencia fue recurrida por NGC banco ante el TS, que admitió a trámite el recurso en su Auto de 23 septiembre 2015 (JUR 2015\230321), por lo que esperamos que brevemente se confirme si se mantendrá o no esta doctrina.

nulas se tendrán por no puestas, con el efecto de que, respecto de la atributiva de los gastos, se estará a lo previsto en las Leyes en defecto de pago". Por lo tanto, correspondía la restitución de los gastos que, en virtud del derecho supletorio, hubiera correspondido abonar a la entidad prestamista. Este criterio fue reiterado en sus SSAP Pontevedra de 6 de febrero de 2015[30], y de 11 de mayo de 2015[31], aclarando nuevamente en esta última que "*Se trata, pues, de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante y que no cabe pensar que aquél hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada, apareciendo expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRFCU), por lo que debe ser declarada nula*". En relación con el IAJD, rechazó el alegato de la demanda en virtud del cual el sujeto pasivo del impuesto es el prestatario, insistiendo en que la persona en cuyo favor se expiden los documentos notariales que ocasionan su devengo se emiten en interés del prestamista, por lo tanto "*forzoso es declarar la nulidad de la cláusula analizada, tanto por vulnerar normas de carácter imperativo como ser palmariamente abusiva al descargar toda la carga tributaria, con independencia del hecho desencadenante del impuesto y de la identidad del beneficiado por dicho hecho, sobre una de las partes del contrato*".

El cambio de criterio empezó a producirse a partir de su sentencia de 23 de diciembre de 2015[32] cuando, tras declarar la nulidad de la cláusula (ahora) porque su "generalidad" produce un desequilibrio que el consumidor no habría aceptado en una negociación individual, sostuvo que "*expulsar la estipulación nula del contrato no significa atribuir necesariamente al predisponente el pago de los concretos gastos reclamados en el presente litigio, pues ello dependerá bien de la exigencia de una norma imperativa, bien de norma que regula el concreto gasto en que el acreedor es un tercero ajeno al contrato, o bien del concreto pacto contractual concertado con pleno conocimiento de sus consecuencias, como producto de la negociación individual*". Continúa: "*Resulta posible que en el caso concreto, al margen de las estipulaciones abstractas de la estipulación contractual, las partes hayan convenido que el adherente consumidor soporte el pago del arancel notarial devengado por el otorgamiento de la escritura, o de la inscripción en el Registro de la Propiedad. Y este pacto en concreto, (…) que individualiza una obligación derivada del contrato, no necesariamente ha de resultar nulo si no causa desequilibrio ni sorprende la buena fe del consumidor, de forma que respete el control de transparencia y el control de incorporación*". De esta forma, comienza la concatenación de errores: si

[30] JUR 2015\79020. También recurrida en casación por NGC Banco, admitida a trámite por ATS de 22 febrero 2017. JUR 2017\43127.
[31] JUR 2015\142553.
[32] (Sección 1ª) AC 2016\215.

en una negociación individualizada el consumidor hubiera aceptado asumir dichos gastos, no resultaría de aplicación ni el control de incorporación, ni el de transparencia, ni el de abusividad, reservados a cláusulas no negociadas individualmente. Si líneas antes se había declarado la nulidad de la cláusula, ello debió realizarse sobre la asunción de que no había sido negociada individualmente, por lo que carece de justificación recurrir a la eventual negociación individualizada para evaluar la prosperabilidad de la restitución que deriva de la nulidad.

Tras ello, invirtió la carga de la prueba de la negociación individualizada al afirmar que "*Falta toda prueba y todo razonamiento sobre tal cuestión, que consideramos esencial para el éxito de la pretensión de reintegración de aquellos pagos*", añadiendo que, el hecho de que el consumidor no hubiera manifestado queja durante cinco años a este respecto "*constituye un poderoso indicio en contra de la posición de los demandantes*", como si la nulidad de pleno derecho pudiera convalidarse por los actos propios del perjudicado. Aparte de lo anterior, parece olvidar la AP de Pontevedra que el art. 82.2.II TRLGDCU establece nítidamente que "*El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba*". No sólo eso, declaró que "*La automaticidad que la demanda predica de la nulidad de la estipulación abstracta proyectada sobre el pacto concreto relativo a un concreto pago no resulta conforme con el control de contenido o de incorporación propio del derecho de condiciones generales en contratos concertados con consumidores*". Todo lo contrario. El TJUE ya había declarado en su Auto de 11 de junio de 2015[33] que "*a fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una «cláusula abusiva», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden estar supeditadas a que la cláusula abusiva se aplique o no en la práctica*". Es decir, que el automatismo que denuncia la AP de Pontevedra, es precisamente el que exige el TJUE, si la cláusula en su literalidad era abusiva, corresponde derivar todas las consecuencias de dicha abusividad, sin que quepa analizar la eventual actitud correctora posterior del acreedor y, menos aún, la eventual negociación individualizada de la cláusula posterior a la declaración de abusividad y ajena al contrato. Especialmente, cuando ni siquiera ha sido alegada por la parte demandada, pues "*No se ha discutido ni el carácter de condición general de la contratación de la cláusula transcrita, ni la condición de consumidores de los prestatarios ahora demandantes. Sin embargo, la peculiaridad del presente litigio radica en que no sólo se pretende un control abstracto de la cláusula en cuestión, desde la perspectiva de su posible nulidad como condición general de la contratación, sino también la consecuencia de la*

[33] TJCE 2015\224.

declaración de la nulidad en forma de restitución de las cantidades percibidas por el predisponente en aplicación de la cláusula". No apreciamos peculiaridad en el litigio, si la evaluación de abusividad debe realizarse en abstracto, como señala el ATJUE de 11 de junio de 2015 y se reitera en la STJUE de 26 de enero de 2017[34], las consecuencias derivadas de la nulidad operan automáticamente, sin posibilidad de moderación, en virtud del art. 6.1 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, como ha reiterado, una vez más, la STJUE de 21 de diciembre de 2016: "***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***".

En su sentencia de 19 de enero de 2016[35], reforzó su criterio de improcedencia de la restitución tras la declaración de abusividad de la cláusula añadiendo los siguientes argumentos. En primer lugar, "*en lo que concierne a los gastos arancelarios por los servicios de notario y registrador, la ausencia de pacto alguno comportaría, en principio, la necesidad de discriminar si el destinatario y obligado al pago es una u otra parte o, en su caso, ambas, a falta de designación expresa o si se entiende que el acto se realiza en interés de las dos (véase, por ejemplo, la expedición de copias; en la factura se indica que se expidieron tres, de las que alguna o algunas serían entregadas al prestatario...). Tal aclaración no consta, ni siquiera se ha intentado*". Comprendemos que puede asistir razón a este respecto a la AP, en la demanda deberían aclararse los importes cuya restitución se solicita y el motivo, esto es, la atribución que de cada gasto efectúa el derecho supletorio. Ahora bien, esto es incoherente con su propia SAP de 28 de marzo de 2017[36], en la que declara la procedencia de la restitución de los gastos registrales, incluso cuando se había solicitado la restitución de todos los gastos. En este sentido, como apuntamos, entendemos que se debería solicitar la restitución de todos los gastos detrayendo de los gastos notariales los importes relativos a las copias simples percibidas por el consumidor, y de los gastos registrales, las notas simples o certificaciones que hubiera solicitado.

En segundo lugar, introduce un criterio irrisorio: no puede producirse la restitución puesto que el pago se ha realizado a un tercero que no es parte en el contrato, cuestionándose "*¿podría la entidad de crédito reclamar al profesional el reembolso de la parte que le incumbía satisfacer?*". Y nosotros nos preguntamos ¿por qué

[34] TJCE 2017\31.
[35] Sección 1ª, AC 2016\1033.
[36] JUR 2017\94899

querría la entidad de crédito instar la restitución al notario, por ejemplo, es que no prestó el servicio? Como puede observarse, a simple vista el criterio es irracional. Con todo, jurídicamente también resulta incorrecto, por un lado, porque el pacto de atribución de los gastos se realiza inter partes, por lo que habiéndose declarada nula la cláusula en la que se contenía, procede la devolución del consumidor a la situación en que se hubiera encontrado de no haber existido (art. 6.1 Directiva 93/13/CEE), es decir, procede inter partes, la restitución de los pagos indebidos que generaron un enriquecimiento injusto al acreedor, y un empobrecimiento injustificado del consumidor (*condictio indebiti*). En otras palabras, procede la restitución de los pagos indebidos del prestamista al consumidor sin que ninguna afección, interés, o participación ostente el profesional en este contexto. El notario ya cobró sus honorarios, las consecuencias que se deriven de la nulidad de las cláusulas contractuales única y exclusivamente afecta a las partes contratantes. Por otro lado, porque en virtud del art. 1158 CC el consumidor que pagó una deuda ajena se subroga en la posición del acreedor (es decir, en la posición del tercero profesional), por lo que manifiestamente puede instar el pago de efectuado al acreedor que venía obligado al mismo.

Estos criterios relativos a la diferencia entre la acción de nulidad y la de restitución, se han ido reiterando en sus sentencias posteriores[37]. Con todo, en su SAP de 14 de noviembre de 2016[38] desestimó íntegramente el recurso de apelación de la entidad demandada, confirmando la sentencia de instancia en la que se condenaba al prestamista a reintegrar los gastos de notaría, registro e IAJD, incrementados con los intereses legales oportunos. En este caso, tras analizar el art. 68.II RITP y AJD, concluyó que lo cierto es que la STS de 23 de diciembre de 2015 había declarado que atribuir dicho impuesto al consumidor era abusivo, por lo que procedía mantener su abusividad y los consecuentes efectos restitutorios.

Sin embargo, en su sentencia de 9 de marzo de 2017[39] confirmó el pronunciamiento de instancia en el que se declaraba la nulidad de la cláusula de gastos sin derecho a restitución. Ahora bien, en la SAP de Pontevedra de 15 de marzo de 2017[40] sí efectuó un nuevo salto cualitativo para justificar, ahora, la validez de la cláusula. En este caso, la sentencia de instancia había estimado la prescripción de la acción pues el abono de los gastos se produjo el 25/09/1998, lo que fue rechazado por la AP comprendiendo que la acción de nulidad de pleno derecho es imprescriptible, siendo

[37] SSAP de Pontevedra 31 de marzo 2016, JUR 2016\89173; 31 de marzo 2016, JUR 2016\88691; de 7 abril de 2016, AC 2016\943, de 7 de abril de 2016, JUR 2016\98529; de 9 de junio de 2016, JUR 2016\173974;
[38] JUR 2016\268699.
[39] JUR 2017\110774.
[40] JUR 2017\106794.

la acción restitutoria una acción derivada de la nulidad de pleno derecho y, por ende, imprescriptible. Con todo, declaró que habida cuenta de que la demanda instaba la nulidad por la no superación del control de transparencia, no procedía declarar abusiva la cláusula pues en la oferta vinculante ya se advertía a los consumidores de que deberían abonar dichos gastos, firmaron la provisión la provisión de fondos, por lo que "*racionalmente no puede desprenderse la imposición de la controvertida cláusula, al contrario, tales hechos evidencian que la misma no pasó inadvertida para los consumidores accionantes*". Así pues, omite la AP su obligación de realizar el control de abusividad de oficio[41] y aprovecha el error en el planteamiento de la demanda para declarar la validez de la cláusula.

Finalmente, en su sentencia de 28 de marzo de 2017[42], tras declarar la abusividad de la cláusula, sostuvo que "*El problema surgirá al analizar las consecuencias de la declaración de nulidad (la "no vinculación" a la estipulación nula, en la expresión del art. 6.1 de la Directiva 93/13 CEE). Como se razonará a continuación, en atención a los argumentos de las partes, a las peculiaridades del caso y a la evolución apreciada en la doctrina y jurisprudencia recientes sobre las consecuencias de la nulidad de las cláusulas abusivas, esta Sala de apelación matizará pronunciamientos anteriores, lo que llevará a la estimación parcial del recurso*". Así las cosas, en primer lugar, comprendió que no procedía restitución del IAJD toda vez que se había pagado por quien según la norma que rige el impuesto correspondía (art. 68. II RITP y AJD), y ello, comprende, sin ser incoherente con la declaración de nulidad. Respecto al arancel notarial, sin mencionar el art. 63 RN, manifestó no compartir el criterio del TS según el cual el interesado en la emisión de la escritura es el prestamista (criterio que, por lo demás, copió el TS de la propia SAP de Pontevedra de 14 de mayo de 2014), pues "*la documentación pública interesa y conviene a ambas partes como concierto de voluntades que contiene: el prestamista se ve protegido en caso de incumplimiento por el prestatario (pago de las cuotas, por ej.) y éste en caso de incumplimiento de la entidad de crédito (plazo, tipo de interés…por ej.), además de las exigencias de legalidad e imparcialidad a que se contrae el art. 147 del RN*". El criterio se desvanece por sí solo, el consumidor quedaría igualmente protegido ante el incumplimiento de la entidad de crédito si el

[41] SSTJUE de 4 junio 2009. JUR 2017\88970; de 6 octubre 2009. JUR 2017\88971; 9 noviembre 2010. TJCE 2010\335; de 14 junio 2012. TJCE 2012\143; de 21 febrero 2013. TJCE 2013\46; de 14 marzo 2013. TJCE 2013\89; de 30 mayo 2013. TJCE 2013\145; de 30 mayo 2013. TJCE 2013\194; de 27 febrero 2014. TJCE 2014\78; de 30 abril 2014. TJCE 2014\165; de 17 julio 2014. TJCE 2014\106; de 1 octubre 2015. JUR 2015\234817; de 29 octubre 2015. TJCE 2015\453; de 14 abril 2016. TJCE 2016\138; de 21 abril 2016. TJCE 2016\95; de 28 julio 2016. TJCE 2016\304; de 21 diciembre 2016. TJCE 2016\309; de 26 enero 2017. TJCE 2017\31; de 16 febrero 2017. JUR 2017\49666.

[42] JUR 2017\94899.

préstamo (que es lo que le interesa, no crear un gravamen su vivienda) se hubiera documentado en un contrato privado.

Continúa sosteniendo que "*La formalización de la escritura de compraventa la solicitan e instan las partes contratantes en la misma, quienes presentan en Notaría los títulos correspondientes, advirtiendo que para el pago del precio se otorgará un préstamo hipotecario que gravará la finca adquirida. No obstante, la garantía se constituye en interés del banco*". Esto, sencillamente, no es verdad. Salvo el caso en que la compraventa se produzca entre particulares sin intermediación de agencia, lo cierto es que será el promotor o la agencia la que contacten con el notario y acuerden la cita, pudiendo existir o no necesidad de financiación. En relación con el préstamo hipotecario, lo cierto y verdad es que en la práctica generalidad de los casos es la entidad de crédito[43] la que días antes solicita los servicios notariales remitiendo la minuta conforme a la cuál redactará la escritura del mismo, lo que además debe constar en la propia escritura en virtud del art. 147 RN.

En coherencia con lo anterior, sostiene que "*Como vemos, no tenemos elementos de juicio en el procedimiento para valorar el primer elemento que señala el Arancel del 89 para indicar de quien se obtendrá la satisfacción de los honorarios, - " a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario"- , por lo menos, con la seguridad de dar una respuesta a los litigantes por parte del Tribunal"*, sin referencia si quiera a si en aquél caso se redactó conforme a minuta.

Lo curioso es que, tras descartar el primer criterio de atribución de la obligación de abono del arancel, salta al tercero[44], esto es, al obligado fiscalmente, omitiendo toda referencia al segundo criterio, a saber, los interesados según las normas sustantivas (siendo patente que el único interesado según las normas sustantivas es el acreedor garantizado). Así concluye que el obligado al pago del arancel es el prestatario, pues era el obligado al pago del IAJD. Si esto es así, lo que no se comprende es por qué declaró abusiva la cláusula.

[43] Como sostiene ZEJALBO MARTÍN: "*en la práctica, que conocemos, tratándose de préstamos hipotecarios, lo habitual es que se encargue formalmente la escritura por la entidad de crédito*". En "El sujeto pasivo en actos jurídicos documentados de los préstamos hipotecarios", disponible en: http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/fiscal/articulos-fiscal/el-sujetopasivo-en-ajd-de-los-prestamos-hipotecarios/.

[44] Norma sexta del Anexo II del RDAR: "La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente".

Finalmente, respecto al arancel de los registradores, concluyó[45] que "*la supresión o expulsión de la cláusula del contrato determina la aplicación de la norma reguladora, el RD de 1989 citado, y por tanto, que los pagos de los gastos registrales se abonen por la parte a cuyo favor se inscriba el derecho, esto es, el Banco, no existiendo constancia expresa de que por parte de los prestatarios se hubiera asumido el pago de este arancel fruto de una negociación individual, por lo que en este caso se impone la condena a su devolución por importe de 150,56€*".

2. Validez de la repercusión del IAJD al consumidor por aplicación del art. 68.II RITP y AJD

Este ha sido el criterio adoptado por la AP de Asturias en sus sentencias de 1 de febrero de 2017[46], de 17 de febrero de 2017[47], y de 24 de marzo de 2017[48]. Comprende la AP que no puede estimarse vulnerado el art. 89.3.c) TRLGDCU debido a que el art. 68.II RITP y AJD establece que el sujeto pasivo del impuesto en la constitución de préstamos hipotecarios es el prestatario. Para apoyar su criterio, cita la jurisprudencia de la Sala Tercera del TS en la materia, quien comprende que "*la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible es el prestatario, de conformidad con lo establecido en el art. 8º.d), en relación con el 15.1 del Texto Refundido ITP y AJD , y en relación, asimismo, con el art.18 del Reglamento de 1.981, hoy art. 25 del vigente de 29 de Mayo de 1995*". En virtud de los arts. 8 y 15 del TRLITP y AJD los préstamos hipotecarios sólo tributarán por el concepto de préstamo. Sin embargo, dichos preceptos versan sobre el impuesto de transmisiones patrimoniales, y no sobre el impuesto sobre actos jurídicos documentados que se regula en el título III, arts. 27 a 44 TRLITP y AJD. Por lo tanto, esta unidad de hecho imponible derivada de los arts. 8 y 15 del TRLITP y AJD refiere exclusivamente al impuesto de transmisiones patrimoniales. El hecho imponible del impuesto de actos jurídicos documentados es

[45] No sin manifestar dudas al respecto, sosteniendo que "Si bien cabe defender que la inscripción en el Registro y la gestión que corresponda pudieran ser de cargo del Banco acreedor aunque, desde otros puntos de vista se apunte que es una cuestión compleja, pues la hipoteca inscrita es una garantía que el comprador ofrece al Banco para conseguir la deseada financiación, la inscripción de la hipoteca es imposible si no es el dueño el que intenta procurarla consintiéndola; y, es difícil que el Banco entregue el dinero para el pago del precio si no puede cerciorarse de la inscripción de la garantía a su favor mediante la gestión de todo el proceso de inscripción de compraventa e hipoteca. Por otra parte, es obvio que la existencia de la hipoteca beneficia al prestatario en cuanto que la misma disminuye el coste de financiación, permite unos tipos de interés menores, así como la dotación de las provisiones por insolvencia a la entidad que es menor cuando hay garantía hipotecaria que cuando no la hay".
[46] JUR 2017\75770.
[47] JUR 2017\94723.
[48] JUR 2017\99171.

la emisión de escrituras, en concreto, la emisión de las primeras copias de escrituras (la que recibe el prestamista por ser su título ejecutivo) que contengan actos o contratos inscribibles en el Registro de la Propiedad, siendo la base imponible el valor declarado a este respecto, es decir, el importe de responsabilidad hipotecaria puesto que el único contrato inscribible en el Registro de la Propiedad es el contrato de hipoteca, y no el de préstamo (arts. 28, 30.1 y 31.2 TRLITP y AJD). Como puede observarse, no hay unidad de hecho impositivo alguno pues aquí no se grava la trasmisión patrimonial (que abarcaría el préstamo) sino la emisión de la primera copia de una escritura que contenga un contrato inscribible en el RP, es decir, única y exclusivamente el contrato de hipoteca. A mayor abundamiento, el art. 31.1 TRLITP y AJD aclara que las copias simples (lo único que recibe el prestatario) no están sujetas al impuesto.

Adicionalmente, en la SAP de Asturias de 24 de marzo de 2017[49] señala que no es de recibo la alusión del demandante relativa a la preferencia de la STS (Sala de lo Civil) de 23 de diciembre de 2015 frente a las dictadas en el ámbito de lo contencioso-administrativo, incluso cuando la jurisprudencia sentada en un orden jurisdiccional no tiene efecto vinculante en otro distinto. Añadiendo que una sola sentencia del TS resulta insuficiente para generar jurisprudencia por no tratarse de un criterio reiterado (art. 1.6 CC). Además, matiza que aquella sentencia se dictaba en el seno de una acción colectiva y que la cláusula enjuiciada era mucho más omnicomprensiva.

En efecto, la STS de 26 de mayo de 1994[50] declaró que "*la existencia de diferentes órdenes dentro de la misma impide que la doctrina legal sentada en los de otra naturaleza pueda alegarse en el orden jurisdiccional civil, regido por diferentes principios*". Por lo que, no se trata de determinar quién era el sujeto pasivo del impuesto, sino de evaluar si en el específico caso de la contratación con consumidores, la repercusión de dicho gasto comporta un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor en contra de las exigencias de la buena fe, es decir, si en el seno de una negociación individual podía esperarse que el consumidor hubiera aceptado pagar un impuesto que únicamente se devenga por la emisión de una primera copia emitida para y en beneficio del empresario-prestamista. Es más, el art. 89.3.c TRLGDCU que por vulneración del cual el TS declaró la nulidad de la cláusula, se refiere a gastos que por ley[51]

[49] JUR 2017\99171.
[50] RJ 1994\3749.
[51] Motivo por el cual, para declarar la nulidad de la repercusión de los gastos de notaría y registro el TS no fundamenta su declaración de nulidad exclusivamente en el art. 89.3 TRLGDCU, sino también en el art. 82: "*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*

correspondan al empresario, y lo cierto es que del art. 29 TRLITP y AJD[52], no puede desprenderse más que el único sujeto pasivo del impuesto es el acreedor garantizado, sin que una norma reglamentaria pueda vulnerar el principio del legalidad (art. 6 LOPJ). En palabras del Tribunal Constitucional[53], "*La independencia del poder judicial, que se predica de todos y cada uno de los Jueces y Magistrados en cuanto ejercen la función jurisdiccional, implica que, en el ejercicio de esta función, están sujetos única y exclusivamente al imperio de la ley, e incluso que los órganos judiciales de grado inferior no están necesariamente vinculados por la doctrina de los Tribunales superiores en grado, ni aun siquiera por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (…). [L]a independencia judicial (art. 117.1 CE) permite que los órganos judiciales inferiores en grado discrepen, mediante un razonamiento fundado en Derecho*".

En cualquier caso, efectivamente, la jurisdicción competente para interpretar quien es o no el sujeto pasivo de un impuesto es la jurisdicción de lo contencioso administrativo; pero la única jurisdicción competente para determinar cuándo una cláusula no negociada individualmente ocasiona un desequilibrio contrario a la buena fe en perjuicio del consumidor (*lex specialis derogat generali*) es la jurisdicción de lo civil.

Tampoco es cierto que una sola sentencia del TS no pueda crear jurisprudencia. Las STS de 18 de mayo de 2009[54], de 9 de mayo de 2011[55] y de 11 de julio de 2011[56] reiteran que "*hay que decir que una sola sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo (sea o no del Pleno de dicha Sala) puede tener valor vinculante como doctrina jurisprudencial para el propio Tribunal y para los demás tribunales civiles*". En cualquier caso, incluso cuando la STS de 23 de diciembre 2015 no creara jurisprudencia, continuamos considerando firmemente que, el hecho de que la Sala Tercera del TS reitere que el sujeto pasivo del impuesto (cuando el préstamo y la

(art. 89.2 TRLGCU)". Y, en ningún caso, por su omnicomprensividad o falta de transparencia, como puede apreciarse.

[52] "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". Aquél en cuyo interés se expide la primera copia de la escritura (hecho imponible, art. 28 en relación con el 31.2 TRLITP y AJD al que remite) es el acreedor garantizado, que es quien la recibe y adquiere con ella el título ejecutivo; y el adquirente del derecho que requiere formalización en escritura pública y que contiene un contrato incribible en el Registro de la Propiedad (de nuevo, hecho imponible), es decir, la hipoteca, es el acreedor garantizado; y la capacidad económica que se grava es la del adquirente del derecho de hipoteca (el prestamista) toda vez que la base imponible es el importe de la responsabilidad hipotecaria y no el importe del préstamo (que es lo que recibe el consumidor y es mucho menor que el importe de responsabilidad hipotecaria).

[53] STC 37/2012, de 19 de marzo (RTC 2012, 37).

[54] RJ 2009\3178.

[55] RJ 2011\3850.

[56] RJ 2011\5971.

hipoteca se documentan en la misma escritura, no así en la constitución de hipotecas unilaterales[57]) es el prestatario, no debe impedir la declaración de abusividad de la repercusión de este gasto al consumidor.

Tesis que se ve reforzada tras la STS de 8 de junio de 2017[58] en la que el TS reconoce que la función tuitiva de los consumidores que tiene la acción colectiva, reconocida en el art. 7 Directiva 93/13/CEE, se vería frustrada si el éxito de una acción colectiva careciera de trascendencia en los procesos pendientes o futuros en los que se ejercitara una acción individual respecto de la cláusula declara abusiva en el litigio colectivo. Por el contrario, "*está presente un interés ajeno que exige la extensión de sus efectos ultra partes, como instrumento para alcanzar el objetivo diseñado en el art. 7.1 de la Directiva 93/13/CEE de que cese el uso de las cláusulas abusivas y, consecuentemente, la expulsión del sistema de las cláusulas declaradas nulas por sentencia firme*". Adicionalmente, se citaba la STJUE de 26 de abril de 2012 (asunto C-472/10), según la cual, cuando en el seno de un proceso colectivo se hubiera declarado la abusividad de una cláusula "*los órganos jurisdiccionales* ***deberán aplicar de oficio****, también en el futuro,* ***todas las consecuencias previstas por el Derecho nacional, para que los consumidores*** *que hayan* ***celebrado*** *con el profesional de que se trate un* ***contrato*** *al cual le sean de aplicación* ***las mismas condiciones generales no resulten vinculados por dicha cláusula***". Así pues, concluyó que, "*el juez sólo podrá resolver en un sentido diferente, esto es, solo podrá negar el carácter abusivo de la cláusula, cuando consten en el litigio circunstancias excepcionales*".

Por su parte, la AP de Pontevedra modificó su criterio según el cual la cláusula al completo resultaba abusiva (generalmente sin recocer el derecho a restitución) en su sentencia de 28 de marzo de 2017[59], aclarando específicamente que no procedía la restitución de dicho gasto pues el art. 68.II RITP y AJD atribuía la condición de sujeto pasivo al prestatario.

3. Gastos de gestoría

La AP de Asturias, como comentamos, en su SAP de 27 de enero de 2017[60] declaró la validad de la repercusión de este gasto al consumidor (recordemos, en seno de una

[57] Lo que manifiestamente vulnera el art. 14 CE.
[58] Disponible en: http://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNAL%20SUPREMO/DOCUMENTOS%20DE%20INTER%C3%89S/TS%20Civil%208%20junio%202017.pdf
[59] JUR 2017\94899.
[60] Sección 6ª, JUR 2017\54580.

subrogación hipotecaria producida en el contrato de compraventa) pues "*esa gestión no fue realizada por la entidad financiera demandada, sino por una gestoría ajena a la misma, que no consta fuera impuesta por la citada, y en todo caso se trata de un gasto que deriva de un encargo que realizo la propia actora a cuyo nombre fue expedida la factura correspondiente en fecha 28 de septiembre de 2006*". En el mismo sentido, la SAP de Asturias de 24 de marzo de 2017[61] revocó el pronunciamiento de instancia que declaró abusiva la cláusula por constituir un servicio accesorio no solicitado por el cliente, comprendiendo que "*Se trata de una cláusula habitual en los préstamos hipotecarios que responde, por una parte, a* ***asegurar la debida inscripción en el Registro, necesaria como se ha dicho para la válida constitución de la hipoteca****,* ***evitando el riesgo que supone la entrega del importe del préstamo antes de que se lleve a cabo esa inscripción****; y, por otra, a* ***facilitar al prestatario-hipotecante la realización de esos trámites****, que pueden abarcar otros como sucede en este caso. Es decir, su inclusión obedece a los intereses de ambas partes y a ambas beneficia.* ***El que deba considerarse accesoria respecto a unas actuaciones que, como se ha razonado, son de cargo del consumidor****; y que éste hubiera utilizado esa misma gestoría para otros trámites propios anteriores, avala en este caso que se está ante un pacto lícito*". Esto incluso cuando la "*la cláusula vigésima de la misma escritura se decía que el prestatario confería poder a favor de una determinada gestora, a fin de llevar a cabo esas actuaciones*". Pero nótese que si la gestora no hubiera sido designada por la entidad no aparecería en la escritura confeccionada conforme a minuta, sino que habría sido contratada particularmente en por el consumidor. Por lo demás, que el obligado a realizar las gestiones sea el consumidor, lejos de probar que la utilización de la gestoría no es accesoria, corrobora que lo es. Si el consumidor puede realizar los trámites personalmente, sólo a su solicitud (como todo servicio accesorio) podría contratarse los servicios de la gestoría, de forma que el consumidor tenga la opción de elegir si prefiere realizar las gestiones personalmente o prefiere encargárselas a un tercero (a cualquiera, no al seleccionado por la entidad de crédito). Ahora bien, es evidente que a la entidad de crédito le interesa imponer la intervención de una gestoría para "*asegurar la debida inscripción en el Registro, necesaria como se ha dicho para la válida constitución de la hipoteca, evitando el riesgo que supone la entrega del importe del préstamo antes de que se lleve a cabo esa inscripción"*. Es decir, para evitar correr el riesgo de que el consumidor se demore en inscribir su derecho, o lo haga erróneamente. Por ello, es más que evidente, que si a quien interesa la intervención es a la entidad –y esto es innegable-, se trata de un servicio accesorio para el cliente que sólo voluntariamente puede decidir contratar (art. 89.4 TRLGDCU), y si decidiendo no hacerlo, la entidad continúa preocupada por el cumplimiento defectuoso de la obligación de inscripción

[61] Sección 4ª, JUR 2017\99171.

del consumidor, entonces será ésta quien deba contratar estos servicios. Si tampoco desea hacerlo, deberá correr el riesgo o retrasar la entrega del principal hasta la oportuna inscripción por parte del consumidor.

Por el contrario, la SAP de Asturias de 17 de febrero de 2017[62] declaró la abusividad de la repercusión de los honorarios de tramitación (gestoría) y condenó a su restitución, aunque no se realizó un análisis individualizado de la nulidad de este gasto. También la SJPI de Barakaldo de 27 de marzo de 2017[63] y las SSJPI de Bilbao de 29 de marzo de 2017[64] y 5 de abril de 2017[65] declararon la abusividad de la repercusión de los gastos de gestoría, ahora bien, moderando el importe de restitución al 50%. En opinión del JPI de Barakaldo, esta moderación tiene su razón de ser en que la parte prestataria "*también tiene un interés en la formalización en escritura pública y la inscripción de la hipoteca en el Registro, cuando menos por seguridad jurídica, sin perjuicio de que el interés principal a la hora de cancelar la hipoteca una vez amortizado el préstamo, es del titular del bien hipotecado*", criterio compartido por el JPI Bilbao. Como venimos señalando, no comprendemos cuál es el interés del consumidor a este respecto y, en cualquier caso, declarada la nulidad de la cláusula por imponer un servicio accesorio no solicitado (art. 89.4 TRLDCU) su consecuencia debe ser la restitución íntegra sin posibilidad de moderación.

4. Gastos de tasación

En relación con los gastos de tasación, tanto la SAP de Ávila de 3 de marzo de 2017[66] como la SAP de Pontevedra de 9 de marzo de 2017[67], han comprendido que su repercusión no suscita dudas de legalidad ya que es un dato necesario para formular la oferta de préstamo. Sin embargo, como hemos reiterado[68], el informe de tasación no constituye un dato necesario para formular la oferta, es una obligación impuesta a las entidades de crédito para que puedan movilizar los préstamos hipotecarios, es decir, venderlos en el mercado como bonos hipotecarios, participaciones hipotecarias, cédulas hipotecarias, etc[69]. Además, la identificación del valor de tasación en la escritura del préstamo hipotecario es necesaria para poder fijar el tipo de subasta en caso de ejecución, es decir, es un requisito para que el acreedor pueda acceder a los

[62] JUR 2017\94723.
[63] JUR 2017\73051.
[64] JUR 2017\90439.
[65] JUR 2017\96019.
[66] JUR 2017\111325.
[67] JUR 2017\110774.
[68] *Vid.* "Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: no son sólo …"; "Obligaciones informativas para pactar…"; "Efectos y alcance de la nulidad…" *op. cit*.
[69] Art. 7 LMH, arts. 3, 5, 8 RMH.

procedimientos ejecutivos[70]. Por otra parte, existe norma que limite los importes que pueden ser prestados en relación con el valor del inmueble. Nótese que los límites porcentuales fijados en el art. 5 RMH lo son para que el crédito sea elegible a efectos de servir de cobertura a las emisiones de bonos hipotecarios, de ser objeto de participaciones hipotecarias o de servir para el cálculo del límite de emisión de las cédulas hipotecarias, los préstamos y créditos hipotecarios concedidos por las entidades de crédito (en relación con el art. 3 RMH), y no para confeccionar la oferta de crédito.

Se trata pues de un servicio accesorio cuyo coste no puede ser impuesto al consumidor (arts. 89.4 y 89.5 TRLGDCU). Así lo califica el art. 15 de la Ley 2/2009 ("tasación y otros servicios accesorios") y el art. 4 de la antigua Orden de 5 de mayo de 1994 ("gastos y servicios accesorios"). En virtud de estas normas, la repercusión de este gasto al consumidor, podrá realizarse sin perjuicio de la normativa de consumo, es decir, sin posibilidad de imposición o en virtud de una negociación individualizada. Requiriendo, además, el cumplimiento de unas obligaciones de información previa, en concreto, la identidad de los profesionales seleccionados al efecto y las tarifas aplicables, debiendo entregar con posterioridad el informe de tasación o una copia del mismo[71].

A mayor abundamiento, el art. 3 bis I de la LMH introducido por la Ley 41/2007, impone a las entidades las obligación de admitir la tasación del bien aportada por el cliente, siempre que no esté caducada y provenga de un tasador homologado, por lo que la privación al consumidor de este derecho vulnerará adicionalmente el art. 86 TRLGDCU, de forma tal que la cláusula que traslade estos gastos al consumidor sin contener dicha previsión, será abusiva no sólo por constituir un servicio accesorio no solicitado por el cliente (de no haberlo sido), sino también por limitar o privar al consumidor de sus derechos reconocidos por las normas dispositivas o imperativas. Debemos insistir, a este respecto, en que la evaluación de abusividad de la cláusula debe efectuarse en abstracto (ATJUE 11 de junio de 2015 y STJUE de 26 de enero de 2017).

Este último ha sido el criterio mantenido por la SAP de Asturias de 1 de febrero de 2017[72]. En concreto, sostuvo la AP que "*Respecto de los gastos de tasación del inmueble, ciertamente no se aprecia la existencia de norma o disposición legal que señale a quién ha de corresponder su abono. Ahora bien, como en el supuesto anterior, podría estimarse abusiva, y por ello nula, en el caso de producir un*

[70] Art. 682.2.1º de la LEC; art. 129.2 LH y art. 234 del RH.
[71] AGÜERO ORTIZ, A.: "Obligaciones informativas para pactar…" *op. cit.*
[72] JUR 2017\75770.

desequilibrio entre las partes contratantes (art. 82-1 TRLGCU) y, como en el caso que antecede, puede afirmarse que el mismo existe cuando el trato que dispensa el empresario al consumidor no lo querría para sí. Ello, por tanto, nos lleva al hecho concreto y ahora enjuiciado, siendo la realidad que el tenor de la estipulación en cuestión ("el hipotecante asume el pago de la tasación") sin dar opción al consumidor fija una asunción de dicho gasto en todo caso y sin posibilidad de negociación. (...) La Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, tras la reforma operada en 2.007, dispone que las entidades de crédito, incluso aquéllas que dispongan de servicios propios de tasación, deberán aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en dicha Ley y no esté caducada".

Por su parte, el JPI de Barakaldo[73] declaró que "*respecto de la tasación, el artículo 682 LEC fija la necesidad de efectuar una tasación del bien para poder despachar a posteriori una ejecución hipotecaria, pero al mismo tiempo es requisito indispensable, de conformidad a la Ley 2/1981 (RCL 1981, 900) , para que se pueda llegar a conceder un préstamo hipotecario para la adquisición de una vivienda; por lo que volvemos a encontrarnos con intereses de ambas partes en la realización de la tasación, de forma que la misma deberá abonarse al 50%*". Insistimos en el matiz de que la LMH no regula la concesión de préstamos, sino la titulación de éstos, y como señala la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, la finalidad no es la de proteger a los consumidores que soliciten préstamos hipotecarios, sino que "*el objetivo último de proteger más y mejor los intereses de terceros en su condición de inversores o asegurados*", es decir, de proteger a los que inversores que compren, por ejemplo, los bonos hipotecarios. En cualquier caso, siendo un servicio accesorio no solicitado por el cliente, la consecuencia de la nulidad debía ser la restitución total sin posibilidad de moderación.

Finalmente, el JPI de Bilbao[74] declaró la abusividad de la repercusión de este gasto al consumidor, sosteniendo que "*la cláusula que impone al consumidor la asunción de los gastos de tasación es también abusiva ya que conforma un gasto de tramitación que por naturaleza corresponde al prestamista, dado que la existencia de una tasación previa constituye requisito para la constitución del préstamo con garantía hipotecaria y el acceso a los procedimientos de ejecución hipotecaria judicial y extrajudicial (art. 89.2 , y 89.3 a) TRLGDCU]. Además de suponer un desequilibro grave en los derechos y obligaciones de las partes en contra de las exigencias de la buena fe (art. 82.1 TRLGDCU), en el sentido de que, en el seno de una negociación*

[73] Sentencia de 27 de marzo de 2017, JUR 2017\73051.
[74] Sentencia de 29 de marzo de 2017, JUR 2017\90439.

individual, el consumidor que conociera que ésta es la finalidad real de la tasación del inmueble, no aceptaría el abono de la misma. (…) Por lo que hace a la tasación de la finca, el artículo 682 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) consigna la obligación de efectuar una tasación del bien para poder despachar a posteriori una ejecución hipotecaria, pero también es requisito indispensable, para que se pueda llegar a conceder un préstamo hipotecario para la adquisición de una vivienda, por lo que ambas partes tienen interés en la realización de la tasación, de forma que la misma deberá abonarse al 70% dado que el mayor interesado en la realización es la entidad bancaria , especialmente a los efectos de una posterior ejecución hipotecaria". Moderación que merece la misma crítica negativa que venimos efectuando.

ANEXO. JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA CLÁUSULA DE GASTOS DE CONSTICIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO. RESEÑA NORMATIVA IMPUESTO DEL TIMBRE

1. Nulidad de la cláusula de gastos de constitución del préstamo hipotecario por vulneración del art. 89.3 TRLGDCU (incluido IAJD)

- SJMer Pamplona de 4 abril 2014. JUR 2014\123994
- SJMer Xátiva de 17 abril. JUR 2014\135736;
- SAP de Pontevedra núm. 175/2014 de 14 mayo. JUR 2014\145294; *recurrida ante el TS, recurso admitido por ATS de 23/09/2015*
- SAP de Alicante núm. 126/2014 de 5 junio. AC 2014\1132;
- SAP de Alicante de 12 de junio de 2014 (AC 2014\1136).
- SAP Pontevedra núm. 46/2015 de 6 febrero. JUR 2015\79020; *recurrida ante el TS, recurso admitido por ATS de 22/2/2017*
- AAP Barcelona núm. 326/2014 de 10 octubre. JUR 2015\63681;
- SJMer de Murcia de 5 enero 2015. JUR 2015\61802;
- SJMer de Murcia núm. 99/2015 de 10 abril. JUR 2015\278243;
- SAP Madrid núm. 184/2015 de 27 abril. JUR 2015\181971;
- SAP de Pontevedra núm. 173/2015 de 11 mayo. JUR 2015\142553;
- SJMer Madrid núm. 100/2015 de 29 mayo. JUR 2016\10787;
- SAP de Pontevedra núm. 202/2015 de 4 junio. JUR 2015\164550;
- SAP de Córdoba núm. 260/2015 de 15 junio. JUR 2015\193880;
- SJMer de Murcia núm. 214/2015 de 29 junio. JUR 2015\277807;
- SAP de Córdoba núm. 328/2015 de 20 julio. JUR 2015\273227;
- SJMer Zaragoza núm. 173/2015 de 31 julio. JUR 2015\288102;

- SAP de Barcelona núm. 269/2015 de 18 noviembre. JUR 2016\5194; *NO IAJD, ni tasación*
- SJMer Madrid núm. 203/2015 de 23 noviembre. JUR 2016\110815;
- SAP de Córdoba núm. 17/2015 de 4 diciembre. JUR 2016\46339; *todo nulo salvo tasación*
- SJMer Bilbao núm. 13/2016 de 15 enero. JUR 2016\54633;
- SAP Huelva núm. 103/2016 de 24 febrero. AC 2016\926: *nulidad gestoría, registro e IAJD (no tasación), pero no restitución porque no se ejercita acción restitutoria*
- SAP de Murcia núm. 140/2016 de 25 febrero. AC 2016\489: incluye mención a que los gastos de cancelación corresponden al prestamista
- SAP de Madrid núm. 75/2016 de 29 febrero. JUR 2016\115862
- SJMer San Sebastián núm. 81/2016 de 3 marzo. JUR 2016\120408;
- SAP de Jaén núm. 153/2016 de 7 marzo. JUR 2016\153270;
- SJMer San Sebastián núm. 89/2016 de 8 marzo. JUR 2016\57311;
- SAP de Girona núm. 55/2016 de 10 marzo. JUR 2016\102096: *notaría, registro, IAJD, tasación y gestoría*
- SJMer de Vigo núm. 56/2016 de 11 marzo. JUR 2016\125604;
- SAP de Palma de Mallorca núm. 113/2016 de 22 marzo. JUR 2016\84067;
- SAP Pontevedra SAP 31 de marzo 2016: JUR 2016\89173: *no se ha discutido en esta sede los efectos restitutorios así que se confirma la JMer que condenaba a restituir notaría, registro, e IAJD (es decir, si el banco no impugna la restitución sino sólo la declaración de nulidad, confirma).*
- SAP de Zaragoza de 4 de abril de 2016 (JUR 2016\99906)
- SJMer de Vigo núm. 100/2016 de 11 abril. JUR 2016\125182;
- SAP de Valencia núm. 559/2016 de 25 abril. JUR 2016\155580: *proceso declarativo tras un ejecutivo, nulidad notaría, registro, IAJD, consecuencia: compensación con la deuda remanente*
- SAP de Valencia núm. 578/2016 de 27 abril. JUR 2016\155263
- SAP de Valencia núm. 617/2016 de 4 mayo. JUR 2016\214702
- SAP de Guipúzcoa núm. 132/2016 de 23 mayo. JUR 2016\189066;
- SAP de Tarragona núm. 252/2016 de 1 junio. JUR 2016\199678;
- SAP de Pontevedra núm. 309/2016 de 9 junio. JUR 2016\173974
- SAP de Rioja núm. 131/2016 de 16 junio. JUR 2016\184857: *excepción gastos de tasación y de información registral*
- SAP de Barcelona núm. 234/2016 de 16 junio. JUR 2016\213312
- SJMer de Barcelona núm. 169/2016 de 30 junio. JUR 2016\229196;
- AAP de Granada núm. 136/2016 de 30 junio. JUR 2016\221899
- SAP de Asturias núm. 217/2016 de 11 julio. JUR 2016\19320;
- AAP de Álava núm. 107/2016 de 11 julio. JUR 2016\209305

- SAP de Álava núm. 266/2016 de 1 septiembre. JUR 2016\243691
- SAP de Barcelona núm. 225/2016 de 17 octubre. JUR 2016\240432: *nulidad de notaría, registro, IAJD y gestoría pero sin condena restitutoria "pues a ello no nos obliga la demanda, ya que no existe acción sobre devolución de cantidades".*
- SAP de Pontevedra núm. 524/2016 de 14 noviembre (JUR 2016\268699);
- SJMer de Vigo núm. 174/2015 de 1 diciembre. JUR 2016\79665: *restitución 1303 CC, IAJD, notaría y registro.*
- AAP de Zaragoza (Sección 5ª) núm. 17/2017 de 5 enero. AC 2017\1: *en ejecutivo, sobreseimiento.*
- SJPI núm. 3 de Jaén de 10 enero 2017. JUR 2017\46769
- SAP de A Coruña (Sección 4ª) 26 enero 2017, JUR 2017\65488;
- SAP de Ávila (Sección 1ª) núm. 50/2017 de 3 marzo. JUR 2017\111325; *(salvo tasación).*
- JPI nº 4 de Cáceres de 25 de abril de 2017
- JPI nº 4 de Alicante: http://www.diarioinformacion.com/economia/2017/04/24/primera-sentencia-obliga-devolver-gastos/1886581.html (sin IAJD); (24/4/17)
- "Un" juzgado de Sevilla: http://www.diariosur.es/agencias/andalucia/201705/29/obligan-banco-devolver-gastos-975019.html (29/5/17)

2. Nulidad de la cláusula con restitución parcial:

- SJPI núm. 2 de Barakaldo (Provincia de Vizcaya) de 27 marzo 2017 (JUR 2017\73051): *100% registro, 50% gestoría notaría y tasación. Condena en costas a la parte demandada.*
- SJPI nº 1 de Bilbao de 29 de marzo de 2017 (JUR 2017\90439): *100% Registro, el 50% de los gastos de notaría y gestoría, y el 70 % de los gastos de tasación.*
- SJPI n. 10 de Bilbao de 5 abril 2017 (JUR 2017\96019): *100% registro, 50% notaría.*
- SJPI n. 7 Zaragoza, 161/17 de 22 de mayo de 2017

3. Validez de la cláusula o improcedencia de la restitución:

- AAP Castellón de 27 de mayo de 2015 (JUR 2015\202146).
- SAP Pontevedra 23 de diciembre de 2015 AC 2016\215: *nulidad pero no restitución*
- SAP de Pontevedra núm. 18/2016 de 19 enero. AC 2016\1033: *nulidad pero no restitución (no se puede restituir porque no se pagó al banco)*

- SAP Pontevedra 31 de marzo 2016 (JUR 2016\88691*): nulidad pero no restitución (no se puede restituir porque no se pagó al banco)*
- SAP de Pontevedra núm. 188/2016 de 7 abril. AC 2016\943: *nulidad pero no restitución*
- SAP Pontevedra núm. 187/2016 7 abril de 2016 (JUR 2016\98529): *nulidad pero no restitución*
- SJMer de Vigo núm. 162/2016 de 23 mayo. JUR 2016\161690*: nulidad pero no restitución*
- SAP de Asturias (Sección 6ª) núm. 42/2017 de 27 enero (JUR 2017\54580): SUBROGACIÓN: *una cosa es la nulidad de la cláusula y otra el reintegro, no procede reintegro de ningún gasto.*
- SAP Pontevedra 9 marzo 2017 de 9 marzo. JUR 2017\110774: *nulidad (salvo tasación) pero no restitución*
- SAP Pontevedra 15 de marzo 2017 (JUR 2017\106794): *no pasó inadvertida a los demandantes*
- SAP de Asturias (Sección 4ª) Sentencia núm. 126/2017 de 24 marzo (JUR 2017\99171): *validez IAJD, gastos de registro, notaría (con excepción de la primera copia) y gestoría.*
- SAP de Pontevedra núm. 152/2017 de 28 marzo. JUR 2017\94899: *restitución gastos registrales*

4. Validez de la repercusión IAJD (por aplicación art. 68.II RITP y AJD).

- AP de Barcelona en su sentencia de 18 de noviembre de 2015, JUR 2016\5194
- JPI nº 11 de Oviedo de 9 de diciembre de 2016, JUR 2017\1549
- Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6ª) Sentencia núm. 42/2017 de 27 enero. JUR 2017\54580
- SAP de Asturias núm. 32/2017 de 1 febrero (JUR 2017\75770).
- SAP Asturias 63/2017 de 17 febrero (JUR 2017\94723);
- SAP Asturias (Sección 4ª) núm. 126/2017 de 24 marzo. JUR 2017\99171
- SAP de Pontevedra núm. 152/2017 de 28 marzo. JUR 2017\94899

5. Sala 3ª TS y TC sobre la validez del art. 68. II RITP y AJD

- SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de noviembre de 2001 (RJ 2002\848); de 15 enero 2015. RJ 2015\195; 19 [RJ 2002, 848] y 23 de noviembre de 2001 [RJ 2002, 638], 24 de junio de 2002 [RJ 2002, 8214], 14 de mayo [RJ 2004, 4924] y 27 de octubre de 2004 [RJ 2004, 7777] y 20 de enero de 2006 [RJ 2006, 524].

- AATC (Sala Pleno), núm. 223/2005 de 24 mayo. RTC 2005\223; auto núm. 24/2005 de 18 enero. RTC 2005\24
- Con todo, Consulta D.G.T. de 13 de septiembre de 1999, disponible en: http://www.asesoriayempresas.es/doctrinaadministrativa/JURIDICO/78788/consulta-dgt-de-13-de-septiembre-de-1999-itp-prestamo-hipotecario-sujecion la base imponible es la responsabilidad hipotecaria ya que se determina "en función de la hipoteca que se constituye, que es la que origina la inscripción registral".

6. Sala 3ª TS en hipotecas unilaterales el sujeto pasivo es el acreedor (art. 68.I RITP y AJD)

- STS de 26 septiembre. RJ 2016\4537
- STS de 15 septiembre 2015. RJ 2015\3996
- STS de 16 julio 2015. RJ 2015\3017

7. Regulación histórica IAJD (Impuesto del Timbre)[75]:

- Arts. 95.1 y 3 del Reglamento del Impuesto del Timbre de 22 de junio de 1956 que en los contratos de préstamo, cualquiera que fuera la garantía de la operación, "*el reintegro de las operaciones a que se refiere este artículo se satisfará por las empresas bancarias y de crédito, formalizando los correspondientes contratos en las pólizas timbradas de préstamo y crédito que con ese fin expende el Estado*".

- RTEAC de 7 de octubre de 1952 el impuesto se habría de satisfacer por "*el que adquiere o recobre los bienes o adjudiquen los bienes, créditos o derechos, cualesquiera que sean las estipulaciones en contrario que entre sí establezcan las partes contratantes, y que no se encuentra el presente caso comprendido entre las excepciones que enumera el mismo artículo 59 antes citado, sino expresamente en la regla general, puesto que en los préstamos hipotecarios es el acreedor el que adquiere el derecho real constituido sobre la finca hipotecada*".

- RTEAC 26-septiembre-1950 sobre sujeto pasivo del Impuesto del Timbre: "*[L]a persona a quien interese la posesión del documento ha de estimarse como librado a su favor, y, en consecuencia, como persona obligada al pago".*

[75] CASERO BARRÓN, R.: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004, sección 2ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Recurso 158/2002.Sobre la cuota proporcional de la modalidad de actos jurídicos documentados en los documentos notariales. Especial mención de quien es sujeto pasivo en los préstamos hipotecarios" Revista Quincena Fiscal num.20/2004, Editorial Aranzadi, S.A.U. (BIB 2004\1755).

- RTEAC 18-mayo-1954 sobre sujeto pasivo del Impuesto del Timbre: "*[L]os interesados a quienes se entreguen las primeras copias de las escrituras deberán presentarlas para satisfacer el impuesto a ingresar en metálico, de donde se deriva que sólo tiene acción para reclamar la persona a quien, de modo directo, afecta el acto liquidatorio*".

- Ley 41/1964, de 11 de junio, de Reforma del Sistema Tributario, art. 168 c): sujeto pasivo del IAJD "*los otorgantes de las escrituras y las personas que las suscriban o soliciten o aquellos en cuyo interés se expidan, en cuanto a las actas y demás documentos*".

8. Gastos de tasación

8.1. Validez de la repercusión de los gastos de tasación

- SAP de Pontevedra núm. 175/2014 de 14 mayo. JUR 2014\145294;
- SAP de Pontevedra núm. 46/2015 de 6 febrero. JUR 2015\79020;
- SJMer Madrid de 22 diciembre 2014. AC 2015\179;
- SJMer núm. 76/2015 de 2 marzo. JUR 2016\101570;
- SJMer Madrid núm. 100/2015 de 29 mayo. JUR 2016\10787;
- SSAP de Barcelona núm. 269/2015 de 18 noviembre. JUR 2016\5194, de 17 octubre. JUR 2016\240432;
- SAP de Córdoba núm. 17/2015 de 4 diciembre. JUR 2016\46339.
- SAP de Huelva núm. 103/2016 de 24 febrero. AC 2016\926;
- SJMer de San Sebastián núm. 81/2016 de 3 marzo. JUR 2016\120408;
- SAP de Rioja núm. 131/2016 de 16 junio. JUR 2016\184857
- SAP de Málaga núm. 489/2016 de 5 julio. JUR 2016\268365;
- SAP de Barcelona núm. 225/2016 de 17 octubre. JUR 2016\240432;
- SAP de Ávila (Sección 1ª) Sentencia núm. 50/2017 de 3 marzo. JUR 2017\111325
- SAP Pontevedra 9 marzo 2017 de 9 marzo. JUR 2017\110774

8.2. Nulidad de la repercusión de los gastos de tasación

- SAP de Girona núm. 55/2016 de 10 marzo. JUR 2016\102096
- SJMer de Barcelona núm. 169/2016 de 30 junio. JUR 2016\229196: *por permitir realizar posteriores tasaciones a discreción de la entidad.*
- Sentencia AP Asturias núm. 32/2017 de 1 febrero. JUR 2017\75770
- SJPI Barakaldo de 27 marzo 2017. JUR 2017\73051: *50 % tasación*
- SJPI nº 1 de Bilbao de 29 de marzo de 2017 JUR 2017\90439: *70%*

9. Gastos de gestoría:

9.1. Validez de la repercusión de los gastos de gestoría

- SAP Asturias (Sección 6ª) Sentencia núm. 42/2017 de 27 enero. JUR 2017\54580;
- SAP de Asturias (Sección 4ª) núm. 126/2017 de 24 marzo. JUR 2017\99171.

9.2. Nulidad de la repercusión de los gastos de gestoría

- SAP Huelva núm. 103/2016 de 24 febrero. AC 2016\926
- SAP de Girona núm. 55/2016 de 10 marzo. JUR 2016\102096
- SAP de Barcelona núm. 225/2016 de 17 octubre. JUR 2016\240432, *sin condena restitutoria porque no se ejercitó dicha acción*
- JPI nº 11 de Oviedo de 9 de diciembre de 2016, JUR 2017\1549: *2/3 del importe: en lo que se refiere a la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la Notaría, pero no respecto a la gestión ante la oficina liquidadora del impuesto, pues habiendo comprendido que el sujeto pasivo del IAJD era el consumidor.*
- SAP de Asturias de 17 de febrero de 2017 (JUR 2017\94723).
- SJPI núm. 2 de Barakaldo 27 marzo 2017. JUR 2017\73051: 50% *condena en costas demandada*
- SJPI nº 1 de Bilbao de 29 de marzo de 2017, JUR 2017\90439: 50% *condena en costas demandada*
- SJPI n. 10 de Bilbao de 5 abril 2017, JUR 2017\96019: 50%

10. Gastos de cancelación:

- SAP de Murcia núm. 140/2016 de 25 febrero. AC 2016\489: "*E igual ocurre con los gastos de cancelación de hipoteca en la medida en que implica la repercusión en el consumidor, sin distinción alguna, lo cual permite incluir aquellos que por ley o por deberse la cancelación a la propia voluntad, corresponden al prestamista, en contradicción con lo dispuesto en el art 89.3 LGDCU (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372)*".
- SAP Asturias (Sección 5ª) Sentencia núm. 32/2017 de 1 febrero. JUR 2017\75770: *En cuanto a los gastos de cancelación de hipoteca, habida cuenta que, como queda dicho, la garantía se inscribe en beneficio de la entidad financiera para asegurar el cumplimiento de la obligación garantizada, es por lo que una vez cumplida ésta, será dicha entidad a quien corresponde cancelarla; es pues, una consecuencia natural del contrato (art.1.258 CC), ya que una vez*

finalizado el cumplimiento, la natural consecuencia es que aquél a cuyo favor se realizó la inscripción proceda a dejar la misma sin efecto.

11. Una sola sentencia del TS puede crear jurisprudencia y complementar el ordenamiento jurídico

- Acuerdo de 19 de noviembre de 2014, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la composición y funcionamiento de las salas y secciones y asignación de ponencias que deben turnar los magistrados en 2015
- SSTS de 18 de mayo de 2009 (RJ 2009\3178); de 9 de mayo de 2011 (RJ 2011\3850); y de 11 de julio de 2011 (RJ 2011/5971).

12. Efectos de la nulidad: ¿debe ejercitarse acción restitutoria? ¿prescripción?

- ***Debe ejercitarse expresamente acción restitutoria (en materia de c. gastos):***

  - SAP de Huelva núm. 103/2016 de 24 febrero. AC 2016\926;
  - SAP de Barcelona de 30 de junio de 2016 (JUR 2016\196007);
  - SAP Barcelona núm. 210/2016 de 29 septiembre. JUR 2016\240522;
  - SAP de Barcelona núm. 225/2016 de 17 octubre. JUR 2016\240432.

- ***No es necesario, el 1303 CC es la consecuencia legal:***

  - STS 24 febrero 1992. RJ 1992\1513 (con cita de otras anteriores); STS 22 /11/2005 (RJ 2005, 10198): "*la obligación de devolver que no nace del contrato anulado, sino de la Ley que la establece en este contrato [S. 10-6-1952 (RJ 1952\1255)], por lo cual no necesita de petición expresa de la parte pudiendo ser declarada por el Juez en cumplimiento del principio «iura novit curia», sin que ello suponga alterar la armonía entre lo pedido y lo concedido, y con la finalidad de evitar, sin necesidad de acudir a un nuevo pleito*".
  - STS de 26 julio. RJ 2000\9177: "*El art. 1303 CC establece que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses. Y la Jurisprudencia viene declarando que el precepto tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador (sentencia 30 diciembre 1996), de tal modo que cuando el contrato hubiere sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición*

de las cosas al estado que tenían al tiempo de su celebración (SS. 29 octubre 1956, 22 septiembre 1989 [RJ 1989, 6351] y 28 septiembre 1996). Por lo tanto, debe darse lugar a la reposición de las cosas y el reintegro del precio (S. 28 septiembre 1996), devolver el dinero percibido con los intereses (S. 23 junio 1997 [RJ 1997, 4890])".

- SAP de Córdoba núm. 328/2015 de 20 julio. JUR 2015\273227; *sobre cláusula de gastos*
- SSAP de Palencia de 15 noviembre. JUR 2016\260298; de 2 diciembre. JUR 2017\4159; 5 diciembre. AC 2016\2041; 15 diciembre. JUR 2017\3653: "*los efectos de la nulidad es una acción derivada y que no separable de la acción de nulidad, ni puede nacer en un momento posterior a la principal de la que deriva y está vinculada y por lo tanto no es reservable" (en relación con la cláusula suelo, no se puede pretender nulidad y para cuando cambie la jurisprudencia sobre la retroacción ejercitar acción de restitución).*
  - En contra: SAP León de 6 marzo. JUR 2017\103184
- SSAP Guipúzcoa de 12 diciembre. JUR 2014\160969; de 1 abril. JUR 2015\169314
- SSJPI Madrid 8 junio. JUR 2014\220904; de 4 febrero. AC 2013\98; de 25 noviembre. AC 2014\1203; de 30 septiembre. JUR 2015\134045; de 25 julio. JUR 2016\150234
- SAP Santa Cruz de Tenerife de 11 mayo. JUR 2016\153676
- SAP de Barcelona de 10 septiembre. JUR 2015\260707
- SAP de Álava de 21 febrero. JUR 2017\120130
- SAP de Córdoba de 5 diciembre. JUR 2017\45941
- SAP Islas Baleares de 29 noviembre. JUR 2017\5423
- Entre otras

- ***La acción de restitución que deriva de la nulidad radical es imprescriptible***:

  - Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) Sentencia núm. 178/2013 de 25 marzo. RJ 2013\4596: "*En ese caso, en el que es ficticia la propia titularidad resultante del acuerdo de simulación, la restitución de los bienes está sometida al mismo régimen de imprescriptibilidad que la acción declarativa de la simulación, por cuanto nada deriva de la nada - "ex nihilo nihil"*"
  - SAP de Barcelona (17ª) de 4 marzo 2002. JUR 2002\137361: "*Sentada la inaplicación del plazo de cuatro años que establece el art. 1301 CC, tampoco puede acogerse la tesis de que se aplique el de quince para la restitución de las prestaciones, pues si es imprescriptible la acción de*

nulidad, dicha imprescriptibilidad afecta también a las consecuencias derivadas de la declaración nulidad a, que se refiere el art. 1303 CC"

- SJMer San Sebastián de 9 noviembre. AC 2016\777: "*admitida la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, la misma no va referida únicamente a la declaración de la nulidad del contrato, sino también a la acción que pretende remover los efectos ya consumados".* Con cita a STS de 14 de marzo 1974 (no confrontada).
- SAP de Pontevedra de 15 de marzo de 2017 (JUR 2017\106794).

- ***Validez de la existencia de plazos de prescripción*:**

  - STJUE 6/10/2009 (C-40/08): *En efecto, plazos de este tipo no hacen imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de septiembre de 2002, Grundig Italiana, C-255/00, Rec. p. I-8003, apartado 34). (...) dicho plazo para el ejercicio de la acción resulta conforme con el principio de efectividad, en la medida en que no imposibilita ni dificulta excesivamente en la práctica el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a los consumidores.*
  - STJUE 21/12/16 (C-154/15, C-307/15 y C-308/15): *"Del mismo modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión".*

- ***No procede restitución porque se pagó a un tercero***:

  SSAP de Pontevedra núm. 478/2015 de 23 diciembre. AC 2016\215; núm. 18/2016 de 19 enero. AC 2016\1033; núm. 167/2016 de 31 marzo. JUR 2016\88691; núm. 369/2016 de 14 julio. JUR 2016\201114; seguido también en la SJMer de Badajoz núm. 313/2016 de 2 septiembre. JUR 2016\214895.

  - Vs. (en el contexto de la compraventa): AP de Madrid en su sentencia de 9 de noviembre de 1993 (AC 1993\2594): "conforme a lo dispuesto en los arts. 1091, 1101 y 1258 del Código Civil debe restituirles lo incorrectamente cobrado, que es la proporción de gastos repercutidos correspondientes a la parte de hipoteca destinada a financiar la construcción, y que se adecua con lo reclamado en la demanda".
  - SSTS 29 octubre 1956 [RJ 1956, 3421] ; 28 septiembre 1996 [RJ 1996, 6820] ; 18 marzo 2009 [RJ 2009, 1652]: no procede restitución cuando la impugnación de la validez proviene de un tercero, lo que no tiene lugar en estos casos en que la nulidad la solicita una parte contratante.

13. Imposibilidad de plantear la nulidad en procesos ejecutivos

- AAAP de Barcelona (Sección 13ª) núm. 21/2015 de 2 febrero. JUR 2015\115525; núm. 102/2015 de 25 febrero. JUR 2015\120257; núm. 53/2015 de 2 marzo. JUR 2015\118858; núm. 269/2015 de 30 junio. JUR 2015\228203; núm. 315/2015 de 13 octubre. JUR 2015\276896; núm. 329/2015 de 26 octubre. JUR 2016\941; 43/2017 de 26 enero. JUR 2017\79254
- AAP de Valencia núm. 122/2015 de 26 febrero. JUR 2015\124077; 110/2017 de 31 enero. JUR 2017\112797.
- AAP de León núm. 173/2015 de 10 julio. JUR 2015\194017;
- AAP de Sevilla núm. 197/2016 de 21 julio. JUR 2016\225389;
- AAP de Madrid núm. 316/2016 de 26 octubre. JUR 2016\275935; 1/2017 de 12 enero. JUR 2017\60044
- AAAP de Girona núm. 287/2015 de 8 septiembre. JUR 2015\283478; AAP de Girona (Sección 2ª) núm. 140/2016 de 25 mayo. JUR 2016\192593;
- AAP de Madrid (Sección 18ª) núm. 297/2015 de 14 septiembre. JUR 2015\255675;
- AAP de Jaén núm. 275/2015 de 5 noviembre. JUR 2016\29760;
- AAP de Cádiz núm. 128/2016 de 29 abril. JUR 2016\181095.

- Con todo: Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª) Auto núm. 17/2017 de 5 enero. AC 2017\1: nulidad en ejecutivo, sobreseimiento.