



**UNIVERSIDAD DE OVIEDO**

**Facultad de Derecho**

**MÁSTER EN ABOGACÍA**

**TRABAJO FIN DE MÁSTER**

**LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS BANCARIOS.  
ESPECIAL ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA ENTIDAD FINANCIERA**

Isabel Álvarez García

## **Resumen**

Este trabajo tiene el objeto de acercarnos a las cláusulas abusivas desde el punto de vista de la entidad financiera y su inclusión tanto en los contratos bancarios como su prolífica impugnación ante los Tribunales. Estudiaremos algunas de las diferentes cláusulas haciendo un detallado análisis de las mismas y su aplicación práctica.

Profundizaremos en la cláusula gastos de formalización y en la comisión de apertura; la prescripción en la acción de restitución de cantidades provenientes de cláusulas declaradas nulas y en las costas procesales derivadas de estos procedimientos. Analizaremos las distintas posiciones de las Audiencias Provinciales respecto a los mismos conceptos, la evolución discrepante entre ellas. Análisis tras la Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020

Actualmente están llegando a los tribunales reclamaciones frente a cláusulas recogidas en contratos bancarios, cuya reclamación de nulidad no parece tener ningún sentido por cuanto no tienen ningún efecto económico que justifique su reclamación judicial. Sin embargo, es un hecho que esto está ocurriendo y frente a ello, las entidades financieras se ven obligadas a desplegar diferentes líneas de defensa así como modificaciones en los contratos bancarios.

**Palabras clave:** cláusulas abusivas, contrato bancario, cláusula gastos, comisión de apertura, prescripción, consumidor, costas procesales

## **Abstract**

*This paper has the purpose of approaching abusive clauses from the point of view of the financial institution and their prolific inclusion both in bank contracts and their challenge before the Courts. We will study some of the different clauses making a detailed analysis of them and their practical application.*

*We will delve into the formalization expenses clause and the opening commission; the prescription in the action for the restitution of amounts from clauses declared void. We will investigate the different positions of the Provincial Courts regarding the same concepts, the existence of disparity of criteria regarding legal figures that seemed consolidated and similar, and how the different Courts pronounce themselves. What has changed after the CJEU Judgment of 16 July 2020?*

*Currently, claims against clauses contained in banking contracts are coming to court, whose claim for nullity does not seem to make any sense since they do not have any economic effect that justifies their judicial claim. However, it is a fact that this is happening and faced with this, financial institutions are forced to deploy different lines of defense as well as modifications in banking contracts.*

**Keywords:** *abusive clauses, bank contract, expenses clause, opening commission, prescription, consumer, procedural costs.*

# Sumario

Abreviaturas .....	4
Introducción .....	5
<b>1. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS BANCARIOS CELEBRADOS CON CONSUMIDORES Y USUARIOS .....</b>	<b>5</b>
<b>1.1. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR CONSUMIDOR? REGULACIÓN.....</b>	<b>5</b>
<b>1.2. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN GENERAL .....</b>	<b>9</b>
<b>1.3. LAS ENTIDADES FINANCIERAS Y LA ADAPTACION DE SUS CONTRATOS A LA     ACTUAL REGULACIÓN.....</b>	<b>10</b>
<b>1.4. ANALISIS DE LA CLÁUSULA GASTOS DE FORMALIZACIÓN HIPOTECARIOS ...</b>	<b>12</b>
1.3.1. GASTOS NOTARIALES Y REGISTRALES.....	14
1.3.2. GASTOS REGISTRALES.....	17
1.3.3. GASTOS DERIVADOS DE TRIBUTOS. ESPECIAL MENCIÓN AL IMPUESTO SOBRE ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS (IAJD).....	17
1.3.4. GASTOS DE GESTORIA.....	20
1.3.5. GASTOS DE TASACION .....	23
<b>1.5. ANALISIS DE LA CLÁUSULA DE COMISIÓN DE APERTURA ESPECIAL ANALISIS     TAS LA SENTENCIA DEL TJUE DE 16 DE JULIO DE 2020. POSICION DEL TS EN     SU SENTENCIA 457/2020 DE 24 DE JULIO .....</b>	<b>26</b>
<b>2. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCION DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE ABONADAS POR CLÁUSULAS DECLARADAS NULAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA CLÁUSULA GASTOS. ....</b>	<b>34</b>
<b>3. LAS COSTAS PROCESALES Y SU EVOLUCIÓN .....</b>	<b>43</b>
<b>4. CONCLUSIONES.....</b>	<b>46</b>
<b>FUENTES JURISPRUDENCIALES .....</b>	<b>48</b>
<b>FUENTES BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>50</b>
<b>OTRAS FUENTES .....</b>	<b>50</b>

## Abreviaturas

AJD	Actos Jurídicos Documentados
BBVA	Banco Bilbao Vizcaya Argentaria
CC	Código Civil
Cfr.	<i>Cónfer</i> , comparar, confrontar
EHA	Economía y Hacienda
ITPAJD	Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGDCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LH	Ley Hipotecaria
LITPAJD	Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
Núm.	Número
Pág.	Página
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TAE	Tasa Anual Equivalente
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
Vid.	<i>Vide</i> , ver, véase
Vol.	Volumen

## Introducción

Es evidente que hoy en día es prolífica la contratación de productos bancarios por parte de los particulares. En dichos contratos se incluyen, entre su clausulado, estipulaciones contractuales o cláusulas, no negociadas entre las partes, que hacen evidente una posición de superioridad de una parte frente a la otra, de la entidad financiera frente al consumidor.

Entendemos que gran parte de los consumidores, pero sobre todo sus abogados, están absolutamente especializados en estos asuntos, y saben con certeza qué cláusulas impugnar y cuáles no. Hasta el punto de que a sabiendas que las entidades financieras no aplican por ejemplo, unos intereses abusivos en las demoras a los contratos de préstamo, y aun así los impugnan. Otro ejemplo sería, la reclamación que se hace en los Tribunales de la cláusula de vencimiento anticipado de un contrato cancelado. Ningún sentido económico ni ningún interés para los prestatarios tienen su declaración de nulidad. **Hacemos hincapié en el consagrado carácter instrumental de la declaración de nulidad de la cláusula con respecto a la recuperación de cantidades por el consumidor.**

Es por ello que estamos ante un fenómeno digno de estudiar y analizar desde un punto de vista crítico, poniendo el enfoque desde la perspectiva de la entidad financiera y los problemas que puedan suscitar en nuestro ordenamiento.

¿Qué protección se ofrece al consumidor desde nuestro ordenamiento jurídico? ¿Quizá existe una sobreprotección? ¿Olvidamos con frecuencia que las entidades bancarias son empresas con ánimo de lucro que prestan servicios remunerados? Tratemos de analizar en profundidad tanto la figura del consumidor como de la entidad financiera y las cláusulas abusivas insertas en los contratos bancarios.

## 1. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS BANCARIOS CELEBRADOS CON CONSUMIDORES Y USUARIOS<sup>1</sup>

### 1.1. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR CONSUMIDOR? REGULACIÓN

El concepto de consumidor ha sido delimitado a nivel de la comunidad europea y nacional.

---

<sup>1</sup> Analizaremos únicamente las cláusulas que han generado polémicas en la práctica, obviando que dentro del clausulado existen muchas otras cláusulas como *plazo, cuantía del préstamo, responsabilidades...*etc, que no serán objeto de análisis en este trabajo.

Los **consumidores y usuarios** son aquellas personas tanto físicas como jurídicas, que realizan actividades, servicios o adquieren productos con fines ajenos a su propia actividad empresarial o profesional. Son los destinatarios finales de dichas actividades, **interviniendo en las relaciones de consumo con fines privados**.

La **Carta Europea de protección de los consumidores** es aprobada por Asamblea Consultiva del Consejo de Europa **en 1973**, posicionándose en el primer documento que reconoció los derechos de los consumidores.

A esta le siguió el **Programa Preliminar de la Comunidad Económica de Protección al Consumidor**<sup>2</sup> en **1975**, donde se le atribuyen cinco derechos básicos al consumidor: a) derecho a la protección de su salud y su seguridad; b) derecho a la protección de sus intereses económicos; c) derecho a la reparación de los daños; d) derecho a la información y la educación; e) derecho a la representación. Dicho programa ha tenido una gran influencia en los posteriores tratados y acuerdos que reconocerían una mayor protección al consumidor en el ámbito comunitario

El **Acta Única Europea en 1986**<sup>3</sup> y el **Tratado de la Unión Europea**<sup>4</sup> (Tratado de *Maastricht*) en 1992, siguieron mejorando la protección del consumidor en el ámbito europeo. Cinco años después el **Tratado de Ámsterdam**<sup>5</sup> modificó varios aspectos sustanciales en materia de protección al consumidor, incluyendo nuevos derechos y fortaleciendo dicha figura.

Para sintetizar ese marco de protección al consumidor la UE ha promulgado varias Directivas y Reglamentos, con el fin de ofrecer seguridad jurídica a la figura del consumidor.

En resumen y por importancia, hacemos mención a la **Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas**<sup>6</sup>. Esta Directiva como viene explicado en su Exposición de Motivos, tiene como finalidad evitar “*cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por un profesional, y que, si a pesar de ello figuraran tales cláusulas, éstas no obligarían al consumidor y el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten su existencia*”. La cláusula abusiva se define en

---

<sup>2</sup> Vid. Texto completo del Programa Preliminar, en Diario oficial de las Comunidades Europeas (en adelante DOCE), núm. C 092, de 25-IV-1975

<sup>3</sup> Vid. Texto completo del Acta Única Europea (DOCE núm. L 169, de 29-VI-1987).

<sup>4</sup> Vid. Texto completo del *Tratado de la Unión Europea* (DOCE núm. C 224, de 31-VIII-1992)

<sup>5</sup> Vid. El Tratado de la Unión Europea (TUE), firmado en la ciudad *neerlandesa* de Maastricht el 7 de febrero de 1992, entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. DOCE núm. C 325, de 12-XII-2002, versión consolidada.

<sup>6</sup> DO L 121 de 15.5.1993, pág. 1.

el artículo 3 de esta norma<sup>7</sup>.

La transposición de esta Directiva al ordenamiento jurídico español se realizó a través de la **Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC)**.

Pero anteriormente, en España la **Ley 26/1984, del 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU)**, hoy ya derogada, en su artículo 1.2, ya definía al consumidor y dejaba establecido: *“A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”*. Dicha ley está desarrollando el **art. 51 CE**. Esto supone que la legislación española de consumidores y usuarios está basada en el artículo 51 de la Constitución, según el cual *“los poderes públicos garantizarán la defensa de los **consumidores** y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.”*

Esta definición fue sustituida por el artículo tercero de **Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios** y otras leyes complementarias, que establece que *“son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a una actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”* Esta ley fue modificada por medio de la **Ley 3/2014, de 27 de marzo (TRLGDCU)**, que es la actualmente vigente.

En contraposición, a efectos de clarificar el concepto de consumidor, dicha LGDCU define la figura del **empresario**, como *“toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.”* (Art. 4 LGDCU 2007)

En el artículo 10 de la LGDCU se recogen todos los derechos básicos de los consumidores

---

<sup>7</sup> Artículo 3 Directiva 93/13/CEE: “1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. 2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente cuando haya sido redactada no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba”. 3. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas”.

de **carácter irrenunciable**. Las actuaciones por las que se renuncien a esos derechos que tiene legalmente reconocidos se sancionan con la **nulidad de pleno derecho**. De ahí las múltiples reclamaciones que ha habido a lo largo de los años instando la nulidad de muchas cláusulas consideradas abusivas en los contratos.<sup>8</sup>

Tras diversas sentencias de Tribunales menores todo ello, el concepto de consumidor se concreta y aclara en la sentencia del TS que marca las pautas concretando quiénes pueden impugnar las cláusulas abusivas al delimitar la figura del consumidor. Así, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015** (Fundamento de Derecho 3º, punto 4) establece que: "*conforme al art. 2. b de la Directiva 1993/13/CEE, ha de entenderse por consumidor toda persona física que, en los contratos regulados por la Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional. Añade además que "la LGDCU (...), considera consumidores a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión y a las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial"*.<sup>9</sup> ***La condición de consumidor será requisito imprescindible para poder reclamar al empresario por condiciones generales de la contratación. Y esto se debe a la protección que el ordenamiento jurídico otorga a los consumidores precisamente para poder evitar las situaciones de superioridad que los empresarios pueden ostentar en situaciones como la que estamos analizando. Tal protección se deriva del artículo 8 del RDL 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Y en estos casos, es la propia finalidad del préstamo la que determina si el prestatario es consumidor o profesional, dependiendo de si se pide para un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial u oficio, o no***<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> CARBALLO FIDALGO, M., La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente, Bosch, Barcelona, 2013

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 265/2015, de 22 de abril de 2015. Ponente Sr. Sarazá Jimena.

<sup>10</sup> .Vid. PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, 2017, págs. 120 y 121. Así también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3ª, Nº 205/2016, de 5 de octubre de 2016, o la Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 594/2017, de 7 de noviembre, entre otras: "*Ahora bien, la nota esencial que diferencia a un profesional y a un consumidor es la ajeneidad a la actividad profesional. Así, el artículo 3 del Código de Consumidor (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), en la redacción vigente al tiempo de suscripción del contrato litigioso, tenía por consumidores o usuarios a las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.*"



Esta cuestión desarrollada en la anterior sentencia es precisamente lo que hace que las entidades financieras se hallen en situaciones de superioridad frente al consumidor. Esto es, el hecho de imponer las condiciones del contrato, hace que nos encontremos ante condiciones generales de la contratación no negociadas por ambas partes, y por tanto causan un perjuicio a los consumidores. Ahora bien, no cualquier cláusula es una condición general de la contratación, sino que habrá de reunir unas características, tales como *“predisposición, la imposición y que tengan la finalidad de ser incluidas en una generalidad de contratos”*<sup>11</sup>

Pasamos a ver qué se entiende por CLÁUSULAS ABUSIVAS y qué relación tienen estas con los consumidores.

## 1.2. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN GENERAL

Las cláusulas abusivas son definidas por el **Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios**, como *“estipulaciones no negociadas de forma individual que sean contrarias a la buena fe y que perjudiquen al consumidor, causando un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que las partes tengan en virtud del contrato. Dichas obligaciones son nulas de pleno derecho, y se tendrán por no puestas”*.

Por lo tanto, debemos entender que las cláusulas abusivas son todas aquellas no negociadas individualmente, ni consentidas expresamente que causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio relevante en los derechos y obligaciones que se deriven del contrato y que sean contrarias a la buena fe.<sup>12</sup>

Las cláusulas abusivas son **nulas de pleno derecho**, teniéndose por no puestas en los contratos. Dicha nulidad será declarada por el juez y los contratos bancarios seguirán siendo efectivos y obligatorios para ambas partes, es decir, subsistirán sin dichas cláusulas.

La LGDCU 1/2007 de 16 de noviembre, la LCGC 7/1998 de 13 de abril y la Directiva 93/13/CEE son las principales normas que regulan y limitan el concepto de cláusula abusiva en la contratación con consumidores y usuarios.

---

<sup>11</sup> Vid. MORENO GARCÍA, L., *Cláusulas suelo y control de transparencia. Tratamiento sustantivo y procesal*, Marcial Pons, 2015, pág. 59. Del mismo modo, sobre los requisitos de las condiciones generales de la contratación.

<sup>12</sup> Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas, 1991, págs. 62 y 63

**El texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios en su artículo 82** agrupa en categorías los supuestos de cláusulas abusivas, entre las que encontramos por ejemplo, aquellas así denominadas por vincular el contrato a la voluntad del empresario, por establecer límites a los derechos esenciales de los consumidores, por falta de reciprocidad y correspondencia; por imponer compromisos y obligaciones a los consumidores aunque el empresario contratante no cumpla con los suyos, por imponer garantías excesivas al riesgo asumido... etc.

De tal modo, muchas de las cláusulas no negociadas y por tanto impuestas por las entidades bancarias, generan una situación de superioridad frente a los consumidores quienes “no comprenden” lo que suponen las mismas a la hora de firmar el contrato.<sup>13</sup> Así se está a lo dispuesto en el **artículo 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación**, donde en su segundo apartado recoge: *“En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.”*<sup>10</sup> Esta concreta ley, se derogó con la entrada en vigor del RDL 1/2007 de 16 de noviembre, a través del cual fue aprobado el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, así que habrá que atender a los artículos 83, 85 y 86 de la misma.<sup>14</sup>

De un tiempo a esta parte, como venimos manifestando han sido muy habituales las reclamaciones de cláusulas abusivas tales como la comisión de apertura, reclamaciones por la cláusula de gastos hipotecarios...etc.

### **1.3. LAS ENTIDADES FINANCIERAS Y LA ADAPTACION DE SUS CONTRATOS A LA ACTUAL REGULACIÓN**

Las entidades bancarias han debido adaptar el clausulado de sus contratos a golpe de jurisprudencia, bien eliminándolas o bien modificándolas en consonancia a las actuales

---

<sup>13</sup> MARÍN LOPEZ, J.J., El ámbito de aplicación de la Ley de condiciones Generales de la contratación y cláusulas abusivas, Lex Nova, Valladolid, 2000

<sup>14</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., Comentario a la disposición adicional 1ª.3, Comentarios sobre la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, Madrid, 2002

doctrinas. Así por ejemplo, actualmente la cláusula suelo se ha ido progresivamente eliminando de las escrituras de préstamo hipotecario desde que fue declarada nula por nuestro TS en 2013.<sup>15</sup>

Sin embargo el mayor cambio legislativo lo ha supuesto la nueva ley **5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario**. Y es que, en virtud de lo ocurrido en los últimos años sobre la abusividad de las cláusulas que conforman los préstamos hipotecarios y los cambios continuos de parecer e interpretación por parte de los Tribunales, se hacía necesaria la modificación o inclusión en el ordenamiento jurídico de un texto legal que definiese concretamente las directrices legales a seguir a la hora de perfeccionar los préstamos hipotecarios. Todo esto dio lugar a promulgación de dicha ley que introdujo cambios en lo referente a la contratación de dichos préstamos y aclaró cuestiones que han suscitado muchísimas dudas a lo largo de los años. Con ella se transpone la directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 2014 (Directiva 2014/17/UE), que establece un régimen específico de protección de los consumidores que tengan la condición de prestatarios con garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles de uso residencial.

Esta ley potencia la seguridad jurídica, la transparencia y comprensión de los contratos y de las cláusulas que los componen, así como el justo equilibrio entre las partes, permitiendo que los bancos concedan préstamos hipotecarios sin el temor a que en el caso de incumplimientos, no puedan reclamar a través del procedimiento de ejecución hipotecaria. Lo que estaba limitando la concesión de este tipo de préstamos que al final perjudican al propio consumidor.<sup>16</sup>

En lo referente a la **cláusula de vencimiento anticipado** del préstamo y ejecución de la vivienda se establecen 12 mensualidades del préstamo impagadas o una cuantía que suponga el 3% del capital, si nos encontramos en la primera mitad de la vida del préstamo. Si nos encontramos en la segunda mitad de la vida del préstamo, el plazo se amplía a 15 mensualidades o que representen el 7% del capital total.<sup>17</sup>

Respecto de los **intereses de demora** se abaratarán hasta el interés legal del dinero, más tres puntos básicos.

---

<sup>15</sup> Nulidad cláusulas suelo. Irretroactividad. Sentencia Tribunal Supremo, Nº 241/2013, Sala de lo Civil, Rec 485/2012, 09/05/2013

<sup>16</sup> MIRANDA SERRANO, L.M., “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria”, InDret, abril 2018

<sup>17</sup> DÍAZ FRAILE, J.M., “Jurisprudencia previa a la regulación de la cláusula de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios en el proyecto de ley de contratos de crédito inmobiliario”, web <https://www.notariosyregistradores.com>, 2018

La nueva Ley del crédito inmobiliario, dilucida las principales cuestiones que suscitaban dudas sobre la transparencia y las buenas prácticas comerciales que imponían los bancos a los consumidores respecto de los créditos hipotecarios. Con ella los futuros hipotecados/consumidores obtienen unas mayores garantías al introducir también la obligatoriedad por parte de los notarios de no autorizar los contratos que contengan cláusulas abusivas, con lo que la seguridad y la protección ganan terreno en la contratación con consumidores por parte del sector financiero.

#### **1.4. ANALISIS DE LA CLÁUSULA GASTOS DE FORMALIZACIÓN HIPOTECARIOS**

La cláusula gastos en un contrato de préstamo hipotecario es aquella que atribuye al prestatario indiscriminadamente el pago de todos los gastos e impuestos derivados del otorgamiento de dicho préstamo. El prestatario, según cómo estaba redactada la cláusula gastos, debería asumir los costes de la formalización, tramitación e inscripción del contrato de préstamo hipotecario.

Es evidente que esta actuación unilateral, vulneraba la buena fe y la proporcionalidad que se exigen a la entidad financiera en sus actuaciones: requisitos de conducta exigidos en los textos normativos internos y comunitarios, a la entidad financiera para actuar de forma correcta.

Efectivamente, la contratación de un préstamo hipotecario lleva ligada una serie de gastos, por ejemplo con motivo de estudios previos, gastos derivados de la constitución; gastos de honorarios de notaría; gastos derivados de la inscripción en el Registro de la Propiedad; tasación e incluso el pago de tributos, como es el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

La legitimidad de esta cláusula nunca había sido cuestionada hasta el auge de la revisión por parte de nuestros tribunales de la abusividad de otras, como la cláusula suelo.

Y fue cuando nuestro **Tribunal Supremo** en la **Sentencia nº 705/2015, Sala Primera, de lo Civil, de 23 de diciembre de 2015**, declaró la abusividad (parcial, ya que consideró válida la cláusula de gastos en el punto relativo a los derivados por la contratación del seguro de daños) de la cláusula de gastos del contrato de préstamo hipotecario del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) al entender que la cláusula hacía al consumidor abonar cantidades concretas derivadas de gastos que habrían de ser abonados por la entidad financiera como prestamista, y también entendía que restringía los derechos de los prestatarios como consumidores ya que se le imputaban, de manera indiscriminada, la totalidad de los gastos derivados de la constitución del

préstamo hipotecario.<sup>18</sup>

Una **cláusula “tipo”** de gastos de una entidad financiera era esta:

*“Serán de cuenta de la parte prestataria todos los gastos derivados de esta escritura y los que produzcan, en su caso, por cancelación, modificación y ejecución de hipoteca, así como los gastos extrajudiciales y costas judiciales ocasionados a la Caja.... Es decir correrán por cuenta de la parte prestataria los gastos derivados de los siguientes conceptos:*

- a) Tasación del inmueble y de comprobación registral de la finca.*
- b) Aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca, incluidos los impuestos y los de primera copia de la presente escritura...*
- c) Gastos de tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la Oficina Liquidadora de Impuestos...””*

Tras el pronunciamiento del Supremo en 2015 se produjeron un **aluvión de demandas** reclamando la devolución de las cantidades indebidamente pagadas en concepto de gastos hipotecarios. Esto provocó que nuestros juzgados, a pesar de la sentencia del Tribunal Supremo, matizaran qué cantidades o conceptos habían de ser abonados por los bancos, cuáles por el cliente y cuáles entre ambos, resolviéndose de forma diferente entre los distintos juzgados. Incluso se crearon tribunales especializados para gestionar estos asuntos.<sup>19</sup>

La desproporción en la asunción de todos los gastos de formalización de los préstamos hipotecarios no fue corregida por el **Tribunal Supremo hasta el 23 de enero de 2019** fijando a través de cinco sentencias, doctrina legal expresa sobre estas cuestiones, en las que se determina a quién corresponde asumir el gasto de cada uno de los conceptos derivados de la formalización de los préstamos hipotecarios.<sup>20</sup>

Y es que efectivamente, en cuanto a los gastos de formalización y, conforme al más reciente criterio del Pleno del T.S. conocido a través del Gabinete técnico de la Sala de lo Civil respecto a la doctrina jurisprudencial publicado en fecha 24 de enero de 2019, sobre cláusulas abusivas, Sentencias 44, 46,47, 48 y 49/2019 de 23 de enero de 2019, en virtud de dicha doctrina jurisprudencial, las entidades bancarias estarían obligadas a abonar los gastos registrales de inscripción de la constitución y modificación, la mitad de los gastos de notaría y

---

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm 705/2015, de 23 de diciembre de 2015. Ponente Sr. Vela Torres.

<sup>19</sup> GÓMARA HERNANDEZ, J.L., Cláusula suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas: soluciones judiciales y extrajudiciales, Francis Lefebvre-el Derecho, 2017

<sup>20</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 46/2019, de 23 de enero de 2019. Ponente Sr. Vela Torres

la mitad de los gastos derivados de la gestoría de los préstamos hipotecarios;<sup>21</sup>

Con la nueva ley de crédito inmobiliario el reparto de los gastos de las hipotecas sufre algunos cambios que favorecen al cliente. En concreto, la normativa –que entró en vigor en junio de 2019- determina que al cliente solo le corresponderá asumir los gastos de **tasación** y, en el único caso de que solicite una copia de la escritura, los aranceles notariales correspondientes.

La nueva ley del crédito inmobiliario establece que el grueso de los gastos de las hipotecas corresponden al banco: los gastos de **gestoría**, los **aranceles notariales**, el **registro** y el **impuesto de Actos Jurídicos Documentados**.

### 1.3.1. GASTOS NOTARIALES Y REGISTRALES

Siguiendo la reciente doctrina del **TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil PLENO Sentencia núm. 46/2019**:

*“En lo que respecta a los gastos de notaría, el art. 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en Arancel.*

*En primer lugar, la diversidad de negocios jurídicos –préstamo e hipoteca- plasmados en la escritura pública no se traduce arancelariamente en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado; sino que, en armonía con lo antes razonado, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario.*

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

*«La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente».*

*Desde este punto de vista, **la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz deben distribuirse por mitad.** El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4ª LEC), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria, a un interés generalmente*

---

<sup>21</sup> Sentencias del Tribunal Supremo núm. 44, 46,47, 48 y 49/2019, Sala de lo Civil, de 23 de enero de 2019. Ponente: Sr. Saraza Jimena

inferior al que obtendría en un préstamo sin dicha garantía.

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

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

*3.- En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto.*

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

Ya la Sentencia del Tribunal Supremo nº 705/2015, había planteado la posibilidad de establecer un reparto equitativo de los gastos derivados de aranceles notariales y registrales, siempre que “*exista una mínima reciprocidad y equilibrio entre las obligaciones de las partes, entendiendo que, si bien la entidad bancaria ostenta el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, por ser el prestamista el que obtiene un título ejecutivo (art. 517 de la Ley Enjuiciamiento Civil), constituye la garantía real (arts. 1875 del Código Civil y 2 de la Ley Hipotecaria) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 de la LEC), el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como principal frente a la constitución de la hipoteca.*”<sup>22</sup>. Por ejemplo respecto de la matriz en los aranceles notariales, se declaró que habrían de abonarla por mitades prestamista y prestatario.

---

<sup>22</sup> Vid. CASTILLO MARTÍNEZ C.C., “Sobre la nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios con consumidores”, *Actualidad Civil*, Nº 9, Septiembre de 2017. Pág. 68. En la jurisprudencia menor, véase SAP de Oviedo, Secc. 5ª, nº 63/2017, de 17 de febrero, recurso nº 8/2017. Ponente: Sr. Álvarez Seijo. Desde esta consideración la SAP de Oviedo, Sección 6ª, nº 43/2017, de 27 de enero, recurso nº 240/2016. (Ponente: Sra. Gutiérrez García) declara la validez de la repercusión de los gastos de gestoría al consumidor, precisando que «*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 realizó la propia actora a cuyo nombre fue expedida la factura correspondiente en fecha 28 de septiembre de 2006.*»

Respecto de dichos gastos, el Tribunal Supremo considera abusivo imputar al consumidor la obligación de asumir los gastos que se derivan de la labor del notario y del Registrador de la Propiedad.

Como se ha dicho con acierto *“la abusividad declarada se predica con fundamento tanto en la circunstancia de la repercusión al consumidor de gastos que no le resultan imputables legalmente — por aplicación de la disposición contenida en el art. 89.2 del RD Legislativo 1/2007— como por la razón de que dicha cláusula atribuye al consumidor gastos que se generan por la preparación de la titulación necesaria para la perfección del préstamo hipotecario y que por naturaleza incumben a la entidad bancaria prestamista — cfr. art. 89.3 a) del RD Legislativo 1/2007—, pues tanto el arancel notarial como el que regula los honorarios del Registrador de la Propiedad disponen la obligación de su pago al solicitante del servicio o a aquél a cuyo favor resulte inscrito el derecho o se interese una certificación.”*<sup>23</sup>

El **arancel notarial** (norma 6ª del Anexo II del RD 1426/1989) establece con claridad que la obligación de pago de los derechos notariales corresponde (i) **a quien requiere la prestación de los servicios del notario** y (ii) **en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales**. Se establecen, por tanto, dos supuestos de hecho distintos para determinar la obligación de pago: uno imputa dicha obligación a quien haya requerido los servicios del fedatario público y el otro la atribuye a los interesados, especificando claramente que esos interesados habrán de serlo de acuerdo con lo establecido en normas sustantivas y fiscales y, por tanto, no en normas procesales o registrales.

**Con la nueva Ley de crédito inmobiliario se establece que “el prestamista asumirá el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario y los de las copias los asumirá quien las solicite.” Art. 14.1**

Como esta norma es de reciente creación, se está aplicando sólo a los contratos celebrados a partir de junio de 2019. Los tribunales actualmente siguen el criterio de reparto de este gasto entre entidad bancaria y cliente prestatario. Es decir, los tribunales a fecha actual aplican el criterio del TS de 23 de enero de 2019

---

<sup>23</sup> Vid. CASTILLO MARTÍNEZ C.C., “Sobre la nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios con consumidores”, *Actualidad Civil*, Nº 9, Septiembre de 2017. Págs. 64-87, pág. 64



### 1.3.2. GASTOS REGISTRALES

“En lo que atañe a **los gastos del registro de la propiedad**, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1º, que:

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

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

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

Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario.

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

**El banco seguirá asumiendo el gasto de inscripción en el Registro tras la nueva Ley de crédito inmobiliario.**

Esta imputación del gasto registral a la entidad financiera se mantiene pacífica y el banco sigue siendo el responsable de asumir este concreto gasto.

### 1.3.3. GASTOS DERIVADOS DE TRIBUTOS. ESPECIAL MENCIÓN AL IMPUESTO SOBRE ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS (IAJD)

Como es bien sabido, la constitución de un préstamo hipotecario tributa en la modalidad de actos jurídicos documentados (AJD) al deber de constituirse el mismo en escritura pública ante notario.

El IAJD es un tributo de naturaleza indirecta que grava las transmisiones patrimoniales onerosas,

las operaciones societarias y los actos jurídicos documentados. También se le conoce como el impuesto de las hipotecas que se calcula sobre la escritura elevada pública ante notario y que se aplica a la legalización de todo tipo de documentos notariales, mercantiles y administrativos.

El IAJD está **regulado en el Real Decreto Legislativo 1/1993 de 24 de septiembre** por el que se aprobó el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Actualmente es un tributo cedido a las Comunidades Autónomas.

### **Evolución del sujeto pasivo del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados en las escrituras notariales de préstamo hipotecario:**

Durante los últimos años se ha debatido intensamente acerca de quién debería pagar el impuesto de Actos Jurídicos Documentados: ¿la persona que solicita el préstamo hipotecario? ¿La entidad financiera que concede el crédito? ¿Ambos por mitad?

Hasta octubre de 2018, el Reglamento del ITPAJD señalaba como sujeto pasivo del pago de este impuesto al cliente interesado en el préstamo de una hipoteca. Pero en octubre y noviembre de ese año se sucedieron diversos pronunciamientos contradictorios de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y, el día 18 de octubre de 2018, el **Tribunal Supremo dictó la Sentencia 1505/2018** en la que esclareció que, quien ha de abonar el impuesto, es el Banco, anulando en consecuencia la norma reglamentaria. La problemática se suscitó en el impacto económico que pudiera tener tal decisión, así como en la retroactividad de la misma, que si bien solo sería aplicable a los últimos 4 años al tratarse de un tributo, dejaba otras vías abiertas sobre la nulidad del art. 68.2 del Reglamento, el cual, de devenir nulo, causaría la nulidad íntegra de la cláusula de gastos hipotecarios.<sup>24</sup>

Los meses siguientes de 2018 no fueron sencillos para nuestro más alto Tribunal. Tras la sentencia citada de 18 de octubre, el presidente de la Sala III de lo contencioso-administrativo Luis María Díez- Picazo, en Pleno dilucidó sobre la cuestión y fallo de tal resolución. El motivo era poder someter la sentencia al criterio de los 31 magistrados que conforman el Pleno de la Sala, para ver si debían volver a pronunciarse o no, ante la repercusión económica que tendría la Sentencia.

Tras dos días de deliberaciones, el Supremo falló a favor de la Banca estableciendo (por 15 votos frente a 13) que quien había de asumir el pago del impuesto es el **prestatario** y no la

---

<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1505/2018, Sala de lo Contencioso- Administrativo, sección 2ª, de 18 de octubre de 2018. Ponente Sr. Cudero Blas.

banca como establecía la sentencia de 18 de octubre. Es decir, retomando la interpretación tradicional, según la cual **el prestatario es el único sujeto pasivo del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados.**

Por lo tanto, siguió siendo plenamente aplicable el criterio que había fijado **la Sala Primera del Tribunal Supremo** (a la postre, la única competente para dirimir cuestiones de índole Civil), en sus Sentencias de Pleno de 15 marzo de 2018, dictadas en los recursos de casación con número 1211/2017 y 1518/2017.<sup>25</sup>

Estos vaivenes jurisprudenciales, que generaron un notable revuelo mediático y social, tuvieron como colofón el trasvase de la condición de sujeto pasivo al prestamista ordenado por el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Debemos además remarcar que la anulación del art. 68 del Reglamento **no anula los arts. 15 y 29 de la LITPAJD**, que son **precisamente los que invoca el TS en sus Sentencias de Pleno, de 15 marzo, para aseverar que el pago del IAJD debe asumirlo el prestatario tras la anulación de la cláusula de gastos.**<sup>26</sup>

Disponía la LITPAJD (Art 15) es que *"en la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo."* y (art 29) que el sujeto pasivo en los contratos de préstamo es 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."*<sup>27</sup>

Y ello por cuanto que la modificación que el Gobierno aprobó el día ocho de noviembre de 2018, sustituyendo la redacción del artículo 29 de la LIAJD y fijando (**con efectos desde el día 10/11/2018**) como nuevo sujeto pasivo a la Entidad, **tampoco puede afectar a lo que estamos dilucidando, pues la abusividad de una condición general se debe juzgar en "el momento de la contratación"** (art. 4 Directiva 93/13 y STJUE Banca Romanesca 20.09.2017 y Bucura 9.07.2015.): *"(53) el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, para apreciar si una cláusula contractual debe considerarse abusiva, el juez nacional deberá tener en cuenta,*

---

<sup>25</sup> JUÁREZ GONZÁLEZ, J.M., "AJD en los préstamos hipotecarios y cláusulas abusivas: notas de urgencia a las sentencias del tribunal supremo de 28 de febrero de 2018, sala de lo civil", web <https://www.notariosyregistradores.com>, 2018

<sup>26</sup> Sentencias del Tribunal Supremo núm. 44, 46,47, 48 y 49/2019, Sala de lo Civil, de 23 de enero de 2019. Ponente: Sr. Saraza Jimena

<sup>27</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 147/2018, Sala de lo Civil, de 15 marzo de 2018, Ponente Sr. Vela Torres.

como indica el artículo 4 de la Directiva 93/13, la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, considerando «en el momento de la celebración del mismo» todas las circunstancias que concurran en su celebración (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de julio de 2015, Bucura, C-348/14, no publicada, EU:C:2015:447, apartado 48 y jurisprudencia citada)».

Y, como estamos analizando, **en el momento de la contratación las normas imperativas, vinculantes e indisponibles** preveían de manera expresa que el sujeto pasivo del AJD (Art. 15 LITPAJD; Art. 29 RDL 1/1993, de 24 septiembre y 68.2 RD 828/1995, de 29 mayo) **era el prestatario, no la Entidad.**

**Por todo ello, la eventual anulación de la cláusula de gastos nunca comportaría la devolución del IAJD que en su momento pagó quien estaba legal y reglamentariamente obligado a ello; el prestatario.**

La entidad bancaria siempre se ha posicionado totalmente en contra de asumir dicho tributo, oponiéndose en los tribunales en todos los casos en que era objeto de condena al mismo.

#### **1.3.4. GASTOS DE GESTORIA**

Los gastos de gestoría hacen referencia a aquellos que se generan por los **honorarios de la entidad gestora la cual se encarga de tramitar el préstamo hipotecario.** La nulidad de la misma devino por la imposición al prestatario de asumir dichos gastos.

Si estos servicios son a cuenta y por interés del prestatario y prestamista, su tramitación debería igualmente y por la misma razón ser de a cuenta de ambas partes, así lo ratifica la mencionada sentencia del **Tribunal Supremo de 46/2019 del Pleno de la Sala de lo Civil de 23 de enero de 2019:**

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

*Estas gestiones no necesitan el nombramiento de un gestor profesional, ya que podrían llevarse a cabo por el propio banco o por el propio cliente. Sin embargo, el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en*

*Mercados de Bienes y Servicios da por supuesta la prestación de este servicio en su art. 40, que establece la obligación de ponerse acuerdo en el nombramiento del gestor y considera el incumplimiento de esta obligación como una infracción de lo preceptuado en el párrafo segundo del art. 48 de la Ley 26/ 1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito.*

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

En su momento el argumento utilizado por la entidad para entender que el prestatario sería quien debe asumir tal gasto se basaba en que los servicios prestados por la gestora lo eran en claro interés y beneficio de los prestatarios, quienes además de ser los **fiscalmente obligados a la liquidación y pago del impuesto** en su condición de sujetos pasivos del mismo, también son los **principales interesados en disponer inmediatamente del capital prestado;** disposición dineraria inmediata (como así consta en la Estipulación Primera de la escritura) que, obviamente, no se produciría si la liquidación tributaria y subsiguiente inscripción registral de la hipoteca no fuera gestionada en un ámbito profesional por quien se dedica a tales actividades.

Así lo expresa el Banco de España: “*Los préstamos hipotecarios tienen una **peculiaridad** adicional: ya que la inscripción registral de la escritura de hipoteca tiene carácter constitutivo, «es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad» (artículo 1875 del Código Civil), por lo que, en tanto aquella no conste inscrita, la entidad no puede ejercitar todos los derechos generados de la garantía con la que pretende asegurar el reembolso del préstamo. Paralelamente, de estar gravado el inmueble con una carga previa, la entidad pretenderá asegurar la cancelación registral existente a favor de la parte vendedora, para lo cual, y con independencia de si el vendedor estuviera obligado contractualmente a ello, la entidad puede solicitar a su cliente —comprador— que haga frente a ella.*

*Amparado en ese interés de la entidad prestamista, y aunque la normativa aplicable reconoce expresamente el derecho del prestatario a designar quién va a realizar la gestión*

*administrativa de la operación, es una práctica bancaria generalmente admitida el encargar la tramitación de las escrituras de préstamo hipotecario a una gestoría de la confianza de la entidad de crédito, para que esta pueda correr el riesgo que supone entregar el importe del préstamo antes de llevar a efecto dichos trámites. Así las cosas, si el cliente no aceptara la gestoría propuesta por la entidad, entraría dentro de lo razonable que la entidad acreedora no facilitara la disposición del préstamo hasta tanto la hipoteca no hubiera sido inscrita en el Registro de la Propiedad<sup>28</sup>”*

Similar planteamiento lo encontrábamos en la SAP Oviedo (4ª) de 24/03/2017, nº 126/2017. “*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.*”

Todo ello constituía un poderoso indicio de que existía un acuerdo contractual respetuoso con la buena fe y el equilibrio de las prestaciones.

**Sin embargo, tras la nueva Ley de Crédito inmobiliario es la entidad la que debe asumir este determinado gasto.** Art. 14.1 e i Ley de Crédito Hipotecario 5/2019.

Actualmente las entidades financieras siguen defendiendo que este gasto debe asumirse por mitad entre ambos. Sin embargo, tras la reciente sentencia dictada por el **TS núm 555/2020 de 26 de octubre de 2020**, en las demandas de gastos en las que el cliente reclame el **100% de los gastos de gestoría, siempre que justifique de forma fehaciente que hizo frente a los mismos, el criterio de algunas entidades es allanarse a dicha petición de la demanda.**<sup>29</sup>

**Y es que en esta reciente sentencia se establece:** “*Respecto de los gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora del impuesto, en la sentencia 49/2019, de 23 de enero, entendimos que como «cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de*

---

<sup>28</sup> Memoria del Servicio Reclamaciones del Banco de España de 2013, pág. 100.

<sup>29</sup> Sentencia del el Tribunal Supremo núm. 555/2020, Sala de lo Civil, de 26 de octubre de 2020. Ponente Sancho Gargallo.

*ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad».*

*Este criterio no se acomoda bien a doctrina contenida en la STJUE de 16 de julio de 2020, porque con anterioridad a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario, no existía ninguna previsión normativa sobre cómo debían abonarse esos gastos de gestoría. En esa situación, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabía negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva. Razón por la cual, estimamos también en este extremo el recurso de casación.”<sup>30</sup>*

### **1.3.5. GASTOS DE TASACION**

Sobre los gastos de tasación no se ha pronunciado expresamente la sala primera del Tribunal Supremo en la doctrina jurisprudencial establecida en sus sentencias nº 44, 46, 47, 48 y 49/2019 de 23 de enero.

Considerada la **tasación** como un gasto precontractual, necesario para la valoración y estudio por parte de la entidad bancaria de la concesión del préstamo hipotecario, exigido por Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, faculta al prestatario para la designación de empresa tasadora homologada.

**En este sentido, la Ley de Crédito Inmobiliario de 2019 recoge este criterio, estableciendo que es el prestatario el obligado a asumir este gasto.**

Y es que es el cliente el interesado en la tasación del bien, por cuanto es él quien ofrece el bien al banco en garantía o aval del préstamo solicitado, logrando en su caso, mediante la acreditación de su valor real, la concesión del citado préstamo y la elaboración por parte del banco de las condiciones que le van a ser ofertadas en función de dicha tasación en cuanto a capital, plazos, tipo de interés, etc.

El valor otorgado en la tasación al inmueble es el que va a determinar el tipo de subasta que se establezca en la escritura de préstamo hipotecario. Es por ello que el consumidor es el interesado principal en la tasación.

Como dice **la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Asturias en sus reiteradas**

---

<sup>30</sup> AGÜERO ORTIZ, A., “Análisis crítico de las últimas Sentencias relativas a la cláusula de gastos y anexo jurisprudencial”, CESCO, núm. 22, 2017

**Sentencias, la última de 17 de mayo de 2018<sup>31</sup>**, citando a su vez el criterio de la Sección Sexta:

*“...el ofrecimiento de garantía real inmobiliaria es requisito legal imprescindible para la obtención del tipo de préstamo que nos ocupa, pues así resulta del artículo 5 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, tras la reforma operada en 2007, que reza como sigue: "El préstamo o crédito garantizado con esta hipoteca no podrá exceder del 60 por ciento del valor de tasación del bien hipotecado. Cuando se financie la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo o crédito podrá alcanzar el 80 por ciento del valor de tasación, sin perjuicio de las excepciones que prevé esta Ley".*

De ello se infiere que quien elige contratar un préstamo hipotecario es quien debe acreditar la suficiencia de la garantía ofrecida a la entidad financiera y por tanto ninguna lesión se deriva de la atribución de ese gasto; a mayor abundamiento no se prejuzga si la tasación se efectuará por servicio propio de la entidad financiera o por profesional debidamente habilitado designado por el cliente, como permite el artículo 3 bis I) de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, antes mentada cuando 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.”* Y aunque la entidad de crédito podrá realizar las comprobaciones que estime convenientes de la tasación presentada por el cliente, no podrá imputarle ningún gasto o coste por dichas comprobaciones." La condición controvertida no limita la autonomía del consumidor para elegir el tasador que repute más conveniente”.

Nos obstante a lo anterior, las entidades financieras en muchos casos, vienen defendiendo que es un gasto que debería asumirse por mitad a prestamista y prestatario. Así, el TS, como he dicho, no ha formado aún doctrina al respecto, existiendo argumentos para considerar, al igual que ocurre con los gastos de Gestoría, gasto en el podrían estar interesadas ambas partes por igual.

Así, en relación al interés del prestamista, es evidente su interés en la tasación del bien gravado, pues de lo contrario quedaría privada la entidad de la posibilidad de acudir al procedimiento de ejecución de bienes hipotecados de **los artículos 681 y ss. LEC**, por cuanto

---

<sup>31</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, núm. 237/2018 de 17 de mayo de 2018. Ponente María Piedad Liébana Rodríguez.



este primer precepto, al determinar el ámbito de aplicación de las normas de dicho Capítulo de la LEC destaca que:

*“1. Las normas del presente Capítulo sólo serán aplicables cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes pignorados o hipotecados en garantía de la deuda por la que se proceda.*

*2. Cuando se persigan bienes hipotecados, las disposiciones del presente capítulo se aplicarán siempre que, además de lo dispuesto en el apartado anterior, se cumplan los requisitos siguientes:*

*1. ° Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.”.*

Por tanto, y dado que el ejecutante no puede fijar un tipo en la eventual subasta que sea inferior al 75 por ciento de la tasación y estando previsto, art. 692.1 in fine LEC, que *“cuando el propietario del bien hipotecado fuera el propio deudor, el precio del remate, en la cuantía que exceda del límite de la cobertura hipotecaria, se destinará al pago de la totalidad de lo que se deba al ejecutante por el crédito que sea objeto de la ejecución”*, así como la adjudicación de los bienes al acreedor en los supuestos de los artículos 670 y 671 LEC, por un mínimo del 70% o 60% del valor de tasación, reiteramos, existe un evidente interés del prestamista en la realización de las labores de Tasación.

Existen igualmente argumentos para defender el interés del prestatario en la Tasación, como han argumentado varias Audiencias Provinciales, entre ellas la **Audiencia Provincial de Vizcaya, en Sentencia de 19 de octubre de 2016**, que defiende en su fundamentación que se trata de un acto en interés del mismo, indudablemente interesado en la obtención del préstamo, quien debe ofrecer la garantía real para obtener el préstamo y por ende debe justificar que la misma es suficiente.

La mencionada sentencia expone que: *“En el presente caso, la imputación al comprador hipotecante de los gastos de tasación del inmueble y los de comprobación de su situación registral no suscita dudas de legalidad. Se trata de gastos precontractuales que normalmente asume el comprador en tanto que obligado a poner a disposición del prestamista los datos necesarios para la elaboración de la oferta correspondiente, tanto en cuanto al principal*

como, en su caso, las condiciones en que se establece la hipoteca”.<sup>32</sup>

Esto mismo es lo establecido por otras Audiencias Provinciales, entre las que se encuentran la de Ávila, en Sentencia de la AP de 3 de marzo de 2017 (JUR 2017/111325); la de Pontevedra, en Sentencia nº 152/2016, de 28 de marzo; la de Barcelona, en Sentencia nº 225/2016, de 17 de Octubre (JUR 2016/240432); la de Málaga, en Sentencia nº 489/2016, de 5 de julio (JUR 2016/268365). En ellas se establece que este **gasto es precontractual y que tiene por objeto la fijación del precio del inmueble que va a ofrecerse en garantía con el fin de garantizar que su valor evidencia y justifica la concesión del préstamo, por lo que su abono debe corresponderle al prestatario.**

Como hemos expuesto anteriormente el banco venía defendiendo que es un gasto que se debe sufragar en todo caso por mitad entre prestamista y prestatario. No existe unanimidad de criterios entre las Audiencias Provinciales. Algunas atribuyen el 100% del gasto a la entidad otras el 50% y otras, al igual que la nueva Ley de Crédito Inmobiliario consideran que debe asumirlo íntegro el prestatario.

### **1.5. ANALISIS DE LA CLÁUSULA DE COMISIÓN DE APERTURA ESPECIAL ANALISIS TAS LA SENTENCIA DEL TJUE DE 16 DE JULIO DE 2020. POSICION DEL TS EN SU SENTENCIA 457/2020 DE 24 DE JULIO**

Entre la variedad de gastos que se deben asumir a la hora de formalizar un préstamo hipotecario, está la comisión de apertura. La misma corresponde a un porcentaje mínimo añadido sobre el importe del préstamo por el estudio y la tramitación del mismo, estudios sobre la solvencia, el esfuerzo y la capacidad de poder devolver el préstamo del futuro cliente. Se cobra una sola vez.

La comisión de apertura ha sido regulada por dos normas españolas con rango de ley:

- **La Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.**

---

<sup>32</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, núm. 398/2016, de 19 de octubre de 2016. Ponente Sra. Marco Cacho

Dispone lo siguiente: Art. 5.2. b) *En los préstamos o créditos hipotecarios sobre viviendas, la comisión de apertura, que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito. En el caso de préstamos o créditos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo o crédito.*

*Artículo 11.- Obligación de evaluar la solvencia del potencial prestatario*

*1. Los prestamistas deberán evaluar en profundidad la solvencia del potencial prestatario, fiador o garante antes de celebrar un contrato de préstamo. Dicha evaluación tendrá debidamente en cuenta los factores pertinentes para **verificar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del préstamo, entre otros la situación de empleo, los ingresos presentes, los previsibles durante la vida del préstamo, los activos en propiedad, el ahorro, los gastos fijos y los compromisos ya asumidos.** Asimismo, se valorará el nivel previsible de ingresos a percibir tras la jubilación, en el caso de que se prevea que una parte sustancial del crédito o préstamo se continúe reembolsando una vez finalizada la vida laboral.*

*2. A estos efectos, los prestamistas deberán contar con **procedimientos internos específicamente desarrollados para llevar a cabo la evaluación de solvencia** mencionada en el apartado anterior. Estos procedimientos, cuyo coste en ningún caso podrá repercutirse al potencial prestatario, serán revisados periódicamente por los propios prestamistas, que mantendrán registros actualizados de dichas revisiones. La revisión de estos protocolos se supervisará por el Banco de España o autoridades competentes, conforme al artículo 43.*

*3. En el supuesto de préstamos con garantía real, la evaluación de la solvencia no se basará predominantemente en el valor de la garantía que exceda del importe del préstamo o en la hipótesis de que el valor de dicha garantía aumentará, a menos que la finalidad del contrato de préstamo sea la construcción o renovación de bienes inmuebles de uso residencial.*

*4.....*

*5. El prestamista solo pondrá el préstamo a disposición del prestatario si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de préstamo se cumplan según lo establecido en dicho contrato.*

- La **Ley de contratos de crédito inmobiliario** de 2019 (LCCI).

Dichas leyes permiten expresamente a las entidades bancarias prestamistas cobrar la comisión de apertura como retribución por los servicios (costes internos) que la misma ley determina.

Así mismo la comisión de apertura se encuentra imperativamente regulada por normativa sectorial:

- **El artículo 18 (evaluación de la solvencia) de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios:**

*1. La entidad de crédito, antes de que se celebre cualquier contrato de crédito o préstamo, deberá evaluar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del mismo, sobre la base de la información suficiente obtenida por medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el propio cliente a solicitud de la entidad.*

*A estos efectos, las entidades deberán contar con procedimientos internos específicamente desarrollados para llevar a cabo la evaluación de solvencia mencionada en el párrafo anterior. Estos procedimientos serán revisados periódicamente por las propias entidades, que mantendrán registros actualizados de dichas previsiones.*

Así, la entidad ha debido consultar tanto sus posiciones como las de los garantes en caso de que hubiera, y los riesgos en la CIRBE. Remitir, por otro lado, los informes internos para análisis del riesgo, hacer una propuesta y resolver sobre ella.

- **Norma sexta, apartado 1 “in fine”, de la Circular del Banco de España 5/2012** que *“en el caso particular de los préstamos, cuando las comisiones o los gastos de estudio, tramitación u otros similares, ocasionados por la concesión de los mismos, no se integren en una única comisión de apertura, deberán detallarse con precisión los diferentes servicios a los que respondan y sus importes”.*

Muchas sentencias la consideran válida, como también existen criterios jurisprudenciales, por ejemplo, la sentencia de la **AP de Madrid (Sección 25ª) núm. 389/2015 de 24 noviembre**, con remisión a la página web del Banco de España, donde se manifiesta que *“la comisión de*

*apertura retribuye a la entidad bancaria por los trámites que debe realizar correspondientes a la formalización y puesta a disposición del cliente de los fondos prestados.”<sup>33</sup>*

Esta es una de las cláusulas que ha supuesto la gran mayoría de las reclamaciones judiciales puesto que, fue considerada nula durante mucho tiempo debido al desequilibrio de prestaciones que suponía y, la creencia en que no se correspondía con un servicio efectivamente prestado ni podía considerarse una parte esencial del precio del préstamo. Las entidades financieras, a pesar de ello, se defendían sosteniendo que dicho importe remuneraba los gastos del estudio de viabilidad para la concesión del préstamo.

**El Tribunal Supremo en su sentencia nº 44/2019, de 23 de enero de 2019**, ha declarado que la cláusula de comisión de apertura es válida, ya que dicha comisión junto el interés remuneratorio constituyen las dos partidas esenciales del precio del préstamo. En esta comisión de apertura se incluye en el cálculo de la TAE, lo que hace que el consumidor conozca el coste real de su préstamo. Siendo ello así, no cabe declarar la nulidad de la cláusula de la comisión de apertura ni debe restituirse cantidad alguna por la aplicación de la misma.

La entidad financiera defiende su validez recordando que es el demandante quien se dirige a la entidad a solicitar la contratación de un préstamo, y que, cuando el prestatario recurre a la entidad financiera, la información sobre el contrato, su clausulado y sobre su operativa, es efectivamente gratuita; No se puede exigir pago por la concesión o administración ordinaria del préstamo; Sin embargo, no excluye la normativa reguladora, una comisión por gestiones previas que se engloban como servicio financiero. En definitiva, no es una comisión por concesión del préstamo, sino por la apertura del expediente para prepararlo, es decir, lo que se pacta es un pago por el servicio financiero del proceso interno que la entidad inicia para resolver sobre la autorización del préstamo y la preparación de la documentación precisa para su ulterior concesión y formalización.

**Así las cosas, la cláusula que fija la comisión de apertura no es nula por abusiva correspondiendo su abono a los prestatarios por las anteriores razones.**

---

<sup>33</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 389/2015 de 24 noviembre. Ponente Sr. Sobrino Blanco

Dicho esto y conocida, por la trascendencia social que tuvo, la **sentencia número 44/19 del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo, de 23 de enero de 2019** DEJA CERRADA LA CUESTIÓN, **LA COMISIÓN DE APERTURA NO ES ABUSIVA**.

**La Sala concluye que LA COMISIÓN DE APERTURA NO ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL DE CONTENIDO, SINO EXCLUSIVAMENTE DE CONTROL DE TRANSPARENCIA, QUE CONSIDERA SUPERADO O CUMPLIDO** porque:

*6.- ... es de **general conocimiento** entre los consumidores interesados el hecho de que, en la gran mayoría de los préstamos hipotecarios, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura además del interés remuneratorio; es uno de los extremos sobre los que la entidad bancaria está obligada a informar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información y, de hecho, suele ser uno de los extremos sobre los que versa la publicidad de las entidades bancarias; se trata de una comisión que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo, lo que hace que el consumidor medio le preste especial atención como parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo; y la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permiten apreciar que constituye un elemento esencial del contrato”.*

Considera el Alto Tribunal que **la comisión de apertura forma parte del precio del negocio o contrato**, como la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, como también la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

Las actuaciones de evaluación de solvencia, verificación de la capacidad del cliente para cumplir sus obligaciones previas a la concesión del préstamo y estudio de la operación son consustanciales a ella y de obligado cumplimiento para el banco. Lo que justifica el cobro de una comisión por ello. En palabras del Tribunal Supremo:

*10.- No estamos propiamente ante la repercusión de un gasto, sino ante **el cobro de una***

*partida del precio que el banco pone a sus servicios. La tesis contraria llevaría al absurdo de que, para que el banco pudiera cobrar por estas actuaciones, las mismas habrían de estar externalizadas en una tercera entidad y solo en ese caso el banco podría repercutir en el cliente el precio cobrado por esa tercera entidad, que muy posiblemente pertenecería a su mismo grupo societario.*

*13.-... La propia naturaleza del préstamo y de las operaciones necesarias para la concesión del mismo (estudio de la solicitud y gestiones relacionadas con la misma, recopilación y análisis de la información sobre la solvencia del solicitante y de su capacidad para pagar el préstamo durante toda su duración, evaluación de las garantías presentadas, preparación del contrato y suscripción del mismo, entrega del dinero prestado mediante su ingreso en la cuenta del prestatario o en la forma que este designe, etc.) muestran que la etapa inicial del préstamo, esto es, su preparación y concesión, exige de la entidad financiera la realización de una serie de actividades que son de una naturaleza distinta al servicio que supone la disposición del dinero por el prestatario durante la duración del préstamo. **Ello justifica que la normativa relativa a esta actividad bancaria prevea la posibilidad de que, además del interés remuneratorio, la entidad financiera pueda cobrar como parte integrante del precio una comisión de apertura**”.*

En cuanto a la **prueba concreta de que el banco haya prestado los servicios que se retribuyen**, dice la Sentencia citada del Tribunal Supremo que:

*18.-...No puede exigirse que la entidad bancaria, para justificar el cobro de esa parte del precio, haya de probar, en cada préstamo, la existencia de esas actuaciones. **La mayoría de estas actuaciones no son prescindibles para el banco porque son exigidas tanto por las normas sobre solvencia bancaria como por las que protegen al consumidor frente al sobreendeudamiento** (actualmente, art. 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo y capítulo 6 de la Directiva 2014/17/UE). Y, en todo caso, **la mayor parte de estas actuaciones son imprescindibles para la concesión del préstamo**”*

Y sigue:

*20.- Exigir que la entidad bancaria pruebe en cada caso que el importe de la comisión de apertura es “proporcionado” al coste que le ha supuesto la concesión del préstamo, además de suponer un control de precios excluido por el art. 4.2 de la Directiva 93/13, implicaría serias dificultades prácticas, sobre todo por la existencia de costes fijos cuya repercusión en cada operación es problemática*

*Además, impediría la fijación de su cuantía por anticipado, de modo que sea posible que el cliente conozca tal importe antes de solicitar la concesión del préstamo. La fijación anticipada del importe de la comisión de apertura es una exigencia ineludible de las normas que regulan la transparencia en este tipo de operaciones bancarias*

Como decíamos, concluye nuestro Tribunal Supremo, en consecuencia, que como componente sustancial del precio del préstamo, la cláusula que establece la comisión de apertura **está excluida del control de contenido y solo puede ser sometida al control de transparencia** (art. 4.2 Directiva 93/13/CEE), el cual es ampliamente superado por ella, respondiendo a un servicio indiscutiblemente prestado.

En los contratos bancarios en general, la cláusula que contempla la comisión de apertura, es clara en su redacción y perfectamente comprensible, por lo que es transparente en el sentido exigido por la jurisprudencia, pues permite conocer sin dificultades la carga económica que supone (**Sentencia T.S. de 14 de marzo de 2019**, entre otras).<sup>34</sup>

**La reciente STJUE de 16 de julio de 2020 ha manifestado respecto a la Comisión de apertura lo siguiente:**

Se ha pronunciado, en los apartados 77 a 79, en los siguientes términos:

*“... debe responderse a la undécima cuestión prejudicial en el asunto C-224/19 que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un*

---

<sup>34</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm.347/2019, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 14 de marzo de 2019. Ponente Requero Ibáñez



*desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional remitente*".<sup>35</sup>

A raíz de este pronunciamiento de la sentencia TJUE de 16 de julio pasado, se ha generado nuevamente una jurisprudencia contradictoria, pues algunos juzgados han considerado nuevamente nula la comisión de apertura, probablemente no quedando muy claro si realmente han entrado a valorar el trabajo efectivo llevado a cabo por la entidad financiera en ese caso concreto, que es lo que exigía la sentencia del TJUE.

Sin embargo la sentencia Tribunal Supremo ratifica sus criterios en la sentencia de 24 de julio, **Sentencia T.S. 457/2020 de 24 de julio**. En ella el Alto Tribunal **ratifica por completo su doctrina** sobre la nulidad por abusivas de la cláusula de gastos, que había plasmado en sus sentencias de enero de 2019.

**EL CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO DEBE PRIMAR SOBRE EL DE CUALQUIER OTRO ÓRGANO JURISDICCIONAL** y lo que ha hecho, en sus sentencias de enero de 2019 y la que citamos del pasado 24 de julio, es precisamente **interpretar el derecho interno (no sólo teniendo en cuenta las normas que regulan los gastos sino también los principios generales de nuestro ordenamiento)**. La decisión del Alto Tribunal no deja el menor resquicio a la duda.<sup>36</sup>

La sentencia que citamos, de 24 de julio, no menciona de forma expresa la comisión de apertura pero es evidente que nuestro Tribunal Supremo al ratificar, de forma rotunda, todos los criterios de imputación de gastos que había fijado con anterioridad en las sentencias de 2019, debe considerarse que también ratifica la validez de la comisión de apertura. Esta sentencia es la que las entidades financieras alegan en los diferentes recursos para mantener la validez de la comisión de apertura frente a numerosas resoluciones están apareciendo de

---

<sup>35</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2020 (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19)

<sup>36</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 457/2020, Sala de lo Civil, de 24 de julio de 2020. Ponente Díaz Fraile.

juzgados en los que nuevamente consideran nula la citada comisión.

Así, citamos la reciente sentencia del **Juzgado de Primera Instancia nº 1 Bis de Toledo, núm. 01621/2020, de trece de octubre de 2020**, por ejemplo, que ha cambiado este criterio e imputa ahora a la entidad la asunción del importe de dicha comisión y su nulidad.

**Nuevamente las entidades financieras se ven abocadas a una nueva defensa partiendo de la sentencia del TS de 24 julio de 2020 pues se considera que no se está cumpliendo la jurisprudencia del TS de obligado cumplimiento para los tribunales.**

## **2. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE ABONADAS POR CLÁUSULAS DECLARADAS NULAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA CLÁUSULA GASTOS.**

La prescripción de las acciones constituye **una forma de extinguir los derechos por la inactividad de su titular. Es decir, es el instrumento jurídico para evitar el ejercicio de determinadas acciones de reivindicación de un derecho por el transcurso del tiempo.**

**Ha cambiado de quince a cinco años el plazo de la prescripción de las acciones personales sin plazo especial. El plazo de prescripción de las acciones personales es uno de los que más utilizados en derecho civil.**<sup>37</sup>

El artículo 1964.2 CC establecía un plazo de prescripción de **QUINCE AÑOS** para las acciones civiles sin embargo y en virtud de la **Ley 42/2015 de 5 de Octubre** queda fijado en **CINCO AÑOS**, ley que acaba de entrar en vigor el pasado 7 de octubre de 2020.

Así, el **artículo 1964.2 del Código Civil** ahora dispone que *“el ejercicio de las acciones personales que no tengan señalado expresamente un plazo de prescripción específico para su ejercicio, PRESCRIBIRÁN A LOS CINCO AÑOS desde que se pudiera exigir el cumplimiento de la obligación.”*

Cuando transcurra este plazo se considerará prescrita la correspondiente acción para poder

---

<sup>37</sup> Castillo Jimenez I: “Prescripción de las acciones personales” © *mundojuridico.info*. 13 de noviembre de 2020

exigir el cumplimiento de la obligación.

**El plazo de prescripción de las acciones personales nacidas ANTES del 7 de Octubre de 2015, con plazo de QUINCE AÑOS, sería:**

Todos los actos jurídicos celebrados **entre el 7 de octubre de 2005 y el 7 de octubre de 2015 prescribirán el 7 de octubre de 2020**, fecha prevista para la prescripción de todas las relaciones jurídicas nacidas entre el siete de octubre de 2005 y el siete de octubre de 2015.

Lo que ocurre es que la declaración del estado de alarma por el COVID-19 trajo como consecuencia la suspensión de dichos plazos de prescripción y caducidad hasta que fueron alzados el 4 de junio de 2020. Por lo cual el **PLAZO DE PRESCRIPCIÓN** que finalizaba el 7 de octubre de 2020 **quedó ampliado hasta el 28 DE DICIEMBRE DE 2020**.

Se están interponiendo muchas acciones por cláusulas abusivas de carácter personal de manera extemporánea según los plazos de prescripción que establece el artículo 1964.2 CC.

En el CC se manifiesta que el cómputo del inicio del **PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES PERSONALES** “*cuando no haya disposición especial, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse*” (ART. 1969 Código Civil).

Cuando ejercitas la nulidad de una cláusula, en la mayoría de los casos se ejercita la acción de la restitución de cantidades. La acción de nulidad no está sometida a plazo de prescripción mientras que la acción de restitución de cantidades, como acción personal, conlleva unos plazos de prescripción.

En esta línea, existe **jurisprudencia discordante sobre cuándo se considera el inicio del cómputo del plazo de prescripción** de la acción de reclamación o restitución de cantidades procedentes de cláusulas declaradas nulas.

Que el ejercicio de la acción de nulidad sea imprescriptible implica que se puede ejercitar en cualquier momento; ahora bien, **hacer depender de una acción imprescriptible otra que sí lo es, es falsear el plazo de reclamación de cantidad, obviando el plazo de prescripción de la acción de restitución**.

Se trata de una cuestión de seguridad jurídica, es decir, en la medida que se puede llegar a situaciones de préstamos suscritos hace 30 años y cancelados hace 10 por ejemplo, en los que se inste la nulidad con el único fin de obtener una restitución de cantidades totalmente extemporánea, con un plazo de prescripción “a medida”.

**Expondremos aquí diferentes posiciones para recalcar Y PONER DE MANIFIESTO AÚN HOY las dudas de derecho existentes respecto a la figura de la prescripción:**

**Examen de las distintas tesis sobre el *dies a quo* del plazo de prescripción:**

Se han formulado distintas tesis sobre el *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de condena a la restitución de los gastos indebidamente abonados en virtud de la cláusula de gastos de un préstamo hipotecario, declarada nula por abusiva. Vamos a examinar, a continuación, cada una de estas tesis:

**1) Declaración judicial de la nulidad de la cláusula de gastos.**

Esta tesis hace depender el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de cantidades, a la previa estimación de la acción declarativa de nulidad de la cláusula abusiva. Esta tesis en realidad convierte, en imprescriptible también la acción de condena a la restitución.

Esta tesis conduce a la imprescriptibilidad de la acción de restitución de los gastos, lo que se opone al reconocimiento de la existencia de un plazo de prescripción de la acción de restitución, doctrina reconocida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que proclama, en su sentencia de 16 de julio de 2020, la dualidad de acciones (nulidad - restitución). La tesis que estamos estudiando parte de lo contrario: que la restitución es un mero efecto o consecuencia inherente a la declaración de nulidad.

**2) Extinción del contrato de préstamo por su cancelación.**

Esta tesis relega el inicio del plazo de prescripción al momento de la extinción del préstamo por su cancelación. Esto puede dar lugar a una paradoja y es que, teniendo los préstamos una duración media de más de veinticinco años, si a este plazo le sumamos los 15/5 años del plazo de prescripción, el prestatario tendría de hecho un plazo de más de treinta años para reclamar la devolución, superior incluso al plazo de usucapión extraordinaria (sin justo título ni buena fe) de bienes inmuebles de treinta años prevista en el artículo 1.959 C.c. que es el plazo de mayor duración previsto en el C.c. para la prescripción.

Puesto que otro de los efectos de la acción de restitución es el pago de intereses, si el plazo

para interponerla es tan prolongado (duración del préstamo más 5/15 años) y, atendiendo al criterio establecido en la STS de 19 de diciembre de 2018, que condena a la entidad prestamista al abono del interés legal de las cantidades indebidamente abonadas desde el momento en que se realizó el pago, y no desde la reclamación como venía siendo hasta ese momento, conllevaría que el prestatario percibiera por intereses legales una cantidad notablemente superior al importe del principal de los gastos a devolver favoreciendo así el retraso en el ejercicio de la acción de restitución.

Esta tesis es aceptada por alguno de nuestros juzgados sin embargo no lo es por la doctrina científica (DÍEZ-PICAZO) que mantiene que para que comience a transcurrir la prescripción no es necesario que haya terminado la relación jurídica existente entre las partes. Las acciones que nacen de una relación jurídica prescriben con independencia de la continuación del vínculo jurídico, lo cual puede predicarse, con carácter general, respecto de todas las consecuencias o derechos que derivan de una determinada relación jurídica.

### **3) Consideración del diez a quo desde las SSTS que reconocen al prestatario la acción de condena a la restitución de los gastos abonados indebidamente.**

Según esta tesis, debería empezar el cómputo del plazo a partir del momento en que la jurisprudencia (SSTS de 23 de diciembre de 2015 y 23 de enero de 2019) ha declarado, por primera vez la nulidad por abusiva de la cláusula sobre gastos y ha reconocido al prestatario-consumidor el ejercicio de la acción de condena a la restitución de los pagos indebidos. Solo en esa fecha es cuando los consumidores han conocido la posibilidad del ejercicio de la acción de restitución de los pagos indebidos, de tal manera que el inicio del plazo de prescripción habría que fijarlo a partir de la publicidad de las citadas SSTS.

Las entidades financieras consideran y se oponen esta tesis por las siguientes razones:

En primer lugar, es reiterado el criterio de que las Sentencias de los Tribunales no crean *ex novo* derechos sino que reconocen o declaran derechos previamente existentes. Es decir, carecen de efectos constitutivos de los derechos y solamente producen efectos declarativos. Así lo reconoce la **doctrina del Tribunal de Justicia en la STJUE 13/12/2018** (asunto C-

385/17), perfectamente extrapolable a la jurisprudencia nacional.<sup>38</sup>

En segundo lugar, si nos atenemos al procedimiento que dio origen a la **STS de 23 de diciembre de 2015**, observamos que se inició mediante una acción colectiva presentada en el año 2011, lo que significa que los actores eran conscientes antes de iniciar el litigio de que eran titulares de esos derechos, entre ellos, el derecho de crédito a la restitución de los pagos indebidos y, ante la negativa de la entidad prestamista, promovieron la acción judicial para su reconocimiento por los Tribunales. Ningún inconveniente existía para que los demás prestatarios-consumidores, en idéntica situación, ejercitaran las mismas acciones en defensa de los mismos derechos.

En tercer lugar, de conformidad con lo previsto en el artículo 1.6 C.C., la jurisprudencia no es fuente del Derecho sino que solamente tiene una función de complemento del ordenamiento jurídico, precisamente, a través de la interpretación y aplicación de las verdaderas fuentes del Derecho.

En cuarto lugar, la normativa de los consumidores con carácter general y, su protección frente a las cláusulas abusivas, en particular, formaba parte del artículo 10º de **la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios**. Esto quiere decir que desde entonces ya los prestatarios-consumidores podían interponer acciones judiciales frente a las cláusulas abusivas insertas en los contratos de préstamo hipotecario y, en el caso de declarar su nulidad, exigir la restitución de las atribuciones patrimoniales realizadas en virtud de las referidas cláusulas.

### **3) Conocimiento personal por el prestatario-consumidor del carácter abusivo de la cláusula sobre gastos.**

Esta tesis parte de que el ejercicio de la acción de restitución se hace depender de que cada uno de los consumidores-prestatarios llegue a ser conocedor del carácter abusivo de la cláusula sobre gastos de su respectivo préstamo hipotecario.

Esta tesis podría ampararse en el estricto tenor literal del apartado 91 de la STJUE de 16 de

---

<sup>38</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 13 de diciembre de 2018 (asunto C-385/17)

julio de 2020:

*"Pues bien, la aplicación de un plazo de prescripción de cinco años que comience a correr a partir de la celebración del contrato, en la medida en que tal aplicación implica que el consumidor solo pueda solicitar la restitución de los pagos realizados en ejecución de una cláusula contractual declarada abusiva durante los cinco primeros años siguientes a la firma del contrato con independencia de si este tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de esta cláusula, puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a este consumidor y, por lo tanto, vulnerar el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica."*

Tampoco es aceptada esta tesis por las siguientes razones:

En primer lugar, en la doctrina científica se mantiene que la posibilidad del ejercicio de las acciones determinante de la *actio nata* está subordinada a circunstancias objetivas y, no a circunstancias subjetivas sobre las condiciones materiales del titular del derecho u otras circunstancias puramente personales del mismo susceptibles de entorpecer su protección jurídica.

En segundo lugar, igualmente es reconocido por la jurisprudencia es decir, el carácter ejercitable de una acción ha de apreciarse de manera abstracta u objetiva, al margen de los particulares avatares que sufra el titular del derecho.

En tercer lugar, hacer depender exclusivamente del conocimiento individual de cada uno de los prestatarios sobre el carácter abusivo de la cláusula de gastos y de la posibilidad de exigir la restitución de los pagos indebidos sería contrario al principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE). De un lado, ante préstamos otorgados en la misma fecha, con una cláusula de gastos idéntica y con una coincidente fecha de pago de los gastos, el plazo de prescripción de la acción se iniciaría en función del conocimiento adquirido por cada uno de los prestatarios-consumidores. De otro lado, haría imposible contrastar de forma objetiva el momento concreto de la adquisición del conocimiento por ese prestatario-consumidor sobre el carácter abusivo de la cláusula porque dependería de su exclusiva voluntad, lo que vulneraría el artículo 1.256 C.c.

## 5) El pago por el prestatario de los gastos indebidos.

Esta tesis es la que considera que el *dies a quo* del plazo de prescripción es la fecha del pago de los gastos.

Hay dos sentencias del TS que vienen de apoyando esta tesis:

- La **STS de 19 de diciembre de 2018** que fundamenta el derecho a la restitución de los gastos indebidamente abonados por el prestatario consumidor a un tercero en virtud de una cláusula abusiva en el principio de la prohibición del enriquecimiento sin causa y en el pago de lo indebido.

Los elementos fácticos y jurídicos que posibilitan el ejercicio de la acción por parte del prestatario-consumidor ya concurren en el momento del pago indebido por parte del prestatario que lleva consigo su empobrecimiento y el correlativo enriquecimiento de la entidad financiera que se ha ahorrado el pago de los gastos que solo a ella correspondían. No se exige ningún elemento adicional para el ejercicio de la acción ni tampoco el transcurso de ningún plazo. Además, como ya hemos dicho, la cobertura legal para el ejercicio de la acción ya existía desde la entrada en vigor de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

- La **STS 20 de abril de 1993** que mantiene que la acción de enriquecimiento injusto está sometida al plazo general de prescripción de las acciones personales previsto en el artículo 1.964 CC.

Además, es coherente esta posición con el pronunciamiento también contenido en la STS de 19 de diciembre de 2018 que condena a la entidad prestamista al pago de los intereses legales desde la fecha del pago o beneficio indebido:

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

*En consecuencia, para dar efectividad al tan mencionado art. 6.1 de la Directiva, en lo que respecta a los intereses que han de devengar las cantidades que debe percibir el consumidor,*



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

Si la entidad financiera es condenada al pago de los intereses legales desde el momento del pago indebido, igual momento habrá que fijar como inicio del plazo para el ejercicio de la acción de restitución de lo indebidamente abonado por el prestatario consumidor que está basada también en el carácter abusivo de la cláusula de gastos.

**En definitiva, considera y defiende la entidad financiera que el *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos debe situarse en la fecha de su pago.**

A mayor abundamiento, al respecto se acaba de publicar una **Nota informativa del Ministerio de Consumo publicada el pasado 5 de diciembre del presente 2020 SOBRE LOS DERECHOS QUE ASISTEN A LAS PERSONAS CONSUMIDORAS EN RELACIÓN CON GASTOS DERIVADOS DE LAS HIPOTECAS Y OTRAS CUESTIONES DE ÁMBITO FINANCIERO.** En esta Nota se manifiesta que el plazo de prescripción para reclamar el reintegro de gastos hipotecarios expira el 21.01.2021.

**En particular, en la Nota informativa se plantea una pregunta sobre esta cuestión y se señala la respuesta a la misma en el siguiente sentido:**

*"¿Cuál es el plazo para poder reclamar la devolución de gastos? El plazo para solicitar la devolución de gastos derivados de una cláusula declarada abusiva es de cinco años, plazo que, de acuerdo con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no podría comenzar a computar hasta que la persona afectada pudiese haber tenido conocimiento razonablemente del carácter abusivo de la cláusula en cuestión. En relación con la cláusula de gastos ya*

*declarada abusiva (la que incluye los gastos de gestoría, registro de la propiedad y notaría, así como el impuesto AJD), se puede entender que se pudo tener conocimiento del carácter abusivo de la misma desde el momento que se hizo pública la Sentencia del Tribunal Supremo, el 21 de enero de 2016".*

**Esta circular abre una puerta nueva que utilizarán las entidades financieras en la defensa de sus posiciones, ello no obstante habrá que ver la aplicación que hacen los tribunales del contenido de la referida nota Informativa.**

**Como colofón al examen de las diferentes tesis en cuanto al *dies a quo* de la prescripción referenciamos algunas RESOLUCIONES CONTRADICTORIAS DE DIFERENTES AUDIENCIAS PROVINCIALES:**

- **La SAP Valencia, Secc. 9ª, de 1 de febrero de 2018** que rechaza *“que el día inicial fuera el del dictado de la STS de 23 de diciembre de 2015... por varias razones: una, y principal, porque las sentencias no son equiparables a las leyes, no son fuentes del ordenamiento jurídico, aunque las del Tribunal Supremo lo completen con la doctrina reiterada que establezcan al interpretar esas fuentes, por lo que no puede exigirse que la generalidad de los ciudadanos las conozcan, ... segundo, porque la STS de 23 de diciembre de 2015 resuelve un recurso de casación y en el procedimiento la sentencia de primera instancia ya había declarado cláusulas nulas por abusivas, lo que supone, obviamente, que ya hubo consumidores que pudieron antes ejercitar la acción aunque fuera la de nulidad”*

*También se rechaza que el plazo deba computarse desde que la concreta cláusula incluida en el contrato que celebra el consumidor sea declarada nula; ... si la acción de nulidad puede ejercitarse desde el día siguiente a la celebración del contrato, la acción de restitución puede ejercitarse a partir de que el consumidor efectuó prestaciones a favor del empresario en virtud de la cláusula abusiva y nula, esto es, a partir del momento en que realizó los pagos indebidos”.*<sup>39</sup>

- **La SAP Barcelona (Secc. 15ª) 92/2019, de 23 de enero** reitera lo manifestado en la anterior sentencia. Es pacífico que la acción declarativa de nulidad de una cláusula abusiva no

---

<sup>39</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, núm. 70/2018, de 1 de febrero de 2018. Ponente Ballesteros Palazón.

prescribe, pero a sensu contrario, y como igualmente sostiene la doctrina científica, se está a favor de la prescriptibilidad de la acción de restitución. La SAP sostiene que **el plazo de prescripción empieza a correr desde que el demandante (consumidor) realizó los pagos cuya restitución reclama.** <sup>40</sup>

- En contracción con lo expuesto y con la jurisprudencia manifestada anteriormente nos encontramos con la postura de la **AUDIENCIA PROVINCIAL DE OVIEDO (SECCIÓN 1ª)** tanto en su **Sentencia nº 1574/2020 dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Oviedo con fecha 11 de septiembre de 2020** como en la **Sentencia nº 359/2019 dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Oviedo con fecha 8 de Mayo de 2019** en la que reconoce las dudas de derecho existentes en la materia pero entiende que:

*“No se desconoce la polémica existente sobre la cuestión planteada por la parte apelante en cuanto a la prescripción de la acción de reclamación de cantidad (expresiva de la misma es la sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña, sección 4ª, de 22 de noviembre de 2.018). Es uniforme la doctrina que considera que la acción de declaración de nulidad no está sujeta a plazo de prescripción ni caducidad por venir referida a una nulidad absoluta. Ahora bien, en cuanto a la acción de reclamación o restitución, concurre división entre quienes consideran la misma también imprescriptible, por estar anudada a la anterior; o bien, que estamos ante una acción independiente susceptible de prescripción. Y, aún entre estos últimos, no existe unanimidad sobre el cómputo del plazo desde el momento del pago (la sentencia última citada o la sección 15ª de la A.P. de Barcelona) o quienes consideran que tal plazo no puede empezar a correr sino desde la declaración de nulidad, invocando en este sentido la STJUE de 21 de diciembre de 2.016, tesis esta última que compartimos. En esta tesitura y en tanto no exista un pronunciamiento del TS sobre la cuestión planteada conviene mantener, por razones de seguridad jurídica, la doctrina uniforme en el ámbito de esta Audiencia”.*<sup>41</sup>

### **3. LAS COSTAS PROCESALES Y SU EVOLUCIÓN**

---

<sup>40</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 92/2019, de 23 de enero de 2019. Ponente Viñas Maestre.

<sup>41</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, núm. 1574/2020, de fecha 11 de septiembre de 2020. Ponente Soto-Jove Fernández

Procedemos al estudio de las costas procesales por cuanto tienen una especial transcendencia económica ya que el importe de las mismas es muy elevado frente, en muchos casos, al importe de la propia condena en sí misma. Esto ha llevado a las entidades financieras a tratar mediante las contestaciones a las demandas y recursos de apelación a defender su no imposición.

Este tema ha evolucionado mucho en la jurisprudencia menor a lo largo del tiempo. La posición actual, que no es uniforme, la resumimos a continuación:

En primer lugar, encontramos por un lado, los tribunales que consideran que la cuantía es determinada, con lo cual las costas, en caso de imponerse, tendrían como base la cantidad cuya reintegración se solicita y, por otro lado, los juzgados que consideran que al instar una acción de nulidad la cuantía es indeterminada.

Uno de los criterios seguidos por muchos Tribunales para considerar que no debe haber condena en costas es que no haya correlación entre reclamado extrajudicialmente y lo demandado con posterioridad. Las reclamaciones extrajudiciales aportadas no pueden servir de fundamento para imponer las costas de los pleitos posteriores. Lo **que se reclamó en su día ES DISTINTO, CUANTITATIVAMENTE, de lo que se reclama en posteriores demandas**. No puede entenderse en absoluto como la “*mala fe*” que exige el artículo 395 de la LEC para imponer las costas en casos de allanamiento por ejemplo.

En efecto, presupuesto lógico de la apreciación de la “*mala fe*” a que se refiere el art. 395.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el caso de “*Condena en costas en caso de allanamiento*” es el de que “*antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago*”, interpretado el precepto, conforme al sentido común jurídico, sobre la base o interpretación lógica de que exista una coincidencia sustancial en términos tanto cualitativos como cuantitativos entre la previa reclamación extrajudicial y la posterior judicial, a través de la demanda (a esta exigencia se refiere la **SAP Valencia, Secc 7, de 22 abril 2015** cuando señala que “*La mayoría de las Audiencias Provinciales han venido considerando que existe suficiente motivo para apreciar mala fe a los efectos de imposición de costas en los supuestos en los que la parte demandada muestra su expreso allanamiento a las pretensiones actoras, siempre que previamente hubiera sido requerida por la parte demandante para la realización de alguna actividad o el abono de una determinada cantidad a fin de evitar una posterior reclamación judicial y el contenido del previo requerimiento*”).

*coincida sustancialmente con la petición de la demanda posterior*”).<sup>42</sup>

**En definitiva, son muchos los jueces que creen que cuando no existe homogeneidad entre lo pretendido extrajudicialmente y lo reclamado en la demanda no procede la imposición de costas.**

No obstante lo anterior, y muy recientemente, la **STJUE de 16 de julio de 2020**, se ha pronunciado en cuanto a las costas de los procedimientos, haciéndose habitual que sean impuestas las costas con independencia de la estimación parcial del fallo.<sup>43</sup>

Así afirma lo siguiente: “ *el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como el principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo, dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales*”

Ello debe entenderse que implica que una vez declarada la nulidad de la cláusula, la consecuencia de la misma en cuanto a la devolución de cantidades no debe afectar a considerar que se trata de una estimación íntegra de la demanda, y por lo tanto en relación con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, llevaría aparejada la imposición de costas.

Tema aparte merecería analizar si en este tipo de demandas respecto a cláusulas abusivas las COSTAS y sólo ellas son el motor e interés real para interponerlas. Y es que no son pocos los casos en los que se insta la nulidad de cláusulas abusivas insertas en contratos bancarios ya cancelados, cláusulas que como intereses de demora o vencimiento anticipado por incumplimiento, que carecen y carecerán de sentido económico alguno pues no han sido ni serán aplicadas. Cláusulas que están formalmente contenidas en muchos contratos, pero no han sido aplicadas NUNCA y no tienen ninguna virtualidad. Por ello, desde las entidades bancarias, se llega a la conclusión de que el único beneficio obtenido de esas demandas, por la parte actora, es lograr la imposición de las COSTAS PROCESALES a la entidad bancaria.

---

<sup>42</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, núm. 211/2015, de 22 abril 2015. Ponente Baena Ruiz

<sup>43</sup> <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2020/09/21/que-ha-cambiado-tras-la-sentencia-del-tjue-de-16-de-julio-de-2020>

## 4. CONCLUSIONES

### I

Hemos abordado en este trabajo la nulidad por abusivas de determinadas cláusulas insertas en contratos bancarios que han sido objeto de prolífica regulación y estudio a lo largo de los años y de muchas resoluciones judiciales en ocasiones muy polémicas.

Es por ello que es una materia muy controvertida, con gran repercusión social, donde constantemente se está evolucionando por cuanto hay muchísimos operadores jurídicos involucrados.

### II

Las entidades bancarias han debido adaptar el clausulado de sus contratos, abusivo en muchos casos, según la actual jurisprudencia en consonancia con las actuales doctrinas.

Así, desde que la cláusula gastos en la constitución de un préstamo hipotecario fuera declarada abusiva por primera vez por el TS, tras múltiples sentencias de tribunales menores, **Supremo en la Sentencia nº 705/2015, Sala Primera, de lo Civil, de 23 de diciembre de 2015**, se han venido sucediendo diversos cambios legislativos y jurisprudenciales.

Tras el referido pronunciamiento del Supremo en 2015 se produjeron un **aluvión de demandas** resolviéndose de forma diferente entre los distintos juzgados. Incluso se crearon tribunales especializados para gestionar estos asuntos.

### III

Fue muy relevante el intenso debate acerca de quién debería pagar el impuesto de Actos Jurídicos Documentados. Vaivenes jurisprudenciales, que generaron un notable revuelo mediático y social y que tuvieron como colofón el trasvase de la condición de sujeto pasivo al prestamista. La entidad bancaria siempre se ha posicionado totalmente en contra de asumir dicho tributo, oponiéndose en los tribunales en todos los casos en que era objeto de condena al mismo.

## IV

Las entidades financieras han debido adaptar sus cláusulas y cambiar sus defensas ante los tribunales en esta materia constantemente. Los pronunciamientos jurisprudenciales en materia de cláusulas abusivas modifican puntos pacíficos en nuestros tribunales y estos, tienen tanta trascendencia que han conseguido que se modificaran cláusulas de los contratos bancarios que llevaban siendo utilizadas durante décadas en este sector financiero.

## V

Aun a fecha actual existen dudas de derecho acerca del *dies a quo* **respecto a la figura de la prescripción**. Existe jurisprudencia contradictoria sobre el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción de reclamación o restitución independiente de la acción de nulidad de condición general de la contratación.

Una vez más las entidades financieras tienen elevados recursos de casación ante el TS a la espera de una resolución que unifique los criterios de las diferentes Audiencias Provinciales.

## VI

En definitiva, nos encontramos ante una materia en la que todos los operadores jurídicos involucrados se encuentran constantemente innovando tanto en las reclamaciones que se interponen frente a esas cláusulas abusivas, como en las líneas de defensa que deben argüir la entidades financieras y las propias resoluciones judiciales que están en constante evolución y tanto por que se incorporan al ordenamiento jurídico nuevas disposiciones legales como porque se publican resoluciones judiciales tanto del TJUE como del TS a las que deben seguir.

En este mismo sentido, los bancos y por ende, sus asesorías jurídicas, tienen constantemente que evolucionar, buscar líneas de defensa, adaptar el clausulado de sus contratos a las nuevas exigencias...etc. No existe ninguna duda que vendrán nuevas reclamaciones y frente a ellas han de saber reaccionar. Más de 6.000 demandas llegan cada año a una pequeña entidad bancaria, por lo que no deben aquietarse a cuestiones que no son pacíficas y, sí lo son de jurisprudencia cambiante.

Nos encontramos sin duda ante uno de los derechos más vivos que existen en nuestro ordenamiento.

## **FUENTES JURISPRUDENCIALES**

### **Tribunal de Justicia de la Unión Europea:**

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2020 (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 13 de diciembre de 2018 (asunto C-385/17)

### **Tribunal Supremo:**

- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 46/2019, de 23 de enero de 2019. Ponente Sr. Vela Torres
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 265/2015, de 22 de abril de 2015. Ponente Sr. Sarazá Jimena.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm 705/2015, de 23 de diciembre de 2015. Ponente Sr. Vela Torres.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1505/2018, Sala de lo Contencioso- Administrativo, sección 2ª, de 18 de octubre de 2018. Ponente Sr. Cudero Blas.
- Sentencias del Tribunal Supremo núm. 44, 46,47, 48 y 49/2019, Sala de lo Civil, de 23 de enero de 2019. Ponente: Sr. Saraza Jimena
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 147/2018, Sala de lo Civil, de 15 marzo de 2018, Ponente Sr. Vela Torres.
- Sentencia del el Tribunal Supremo núm. 555/2020, Sala de lo Civil, de 26 de octubre de 2020. Ponente Sancho Gargallo.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm.347/2019, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 14 de marzo de 2019. Ponente Requero Ibáñez
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 457/2020, Sala de lo Civil, de 24 de julio de 2020. Ponente Díaz Fraile.



## **Audiencias Provinciales**

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, núm. 237/2018 de 17 de mayo de 2018. Ponente María Piedad Liébana Rodríguez.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 389/2015 de 24 noviembre. Ponente Sr. Sobrino Blanco
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, núm. 398/2016, de 19 de octubre de 2016. Ponente Sra. Marco Cacho
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, núm. 167/2017, de 3 de marzo de 2017 (JUR 2017/111325). Ponente Sr. Callejo Sánchez
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, núm. 152/2016, de 28 de marzo de 2016. Ponente Sr. Menéndez Estébanez
- octubre.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, núm. 489/2016, de 5 de julio de 2016. Ponente Sra. Suarez- Bárcena Florencio
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, núm. 211/2015, de 22 abril 2015. Ponente Baena Ruiz
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, núm. 70/2018, de 1 de febrero de 2018. Ponente Ballesteros Palazón.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 92/2019, de 23 de enero de 2019. Ponente Viñas Maestre.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, núm. 1574/2020, de fecha 11 de septiembre de 2020. Ponente Soto-Jove Fernández
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo núm. 359/2019, de 8 de Mayo de 2019. Ponente Soto – Jove Fernández.

## **Juzgados de Instancia**

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 Bis de Toledo, núm. 01621/2020, de trece de octubre de 2020. Ponente: González Carril

## **FUENTES BIBLIOGRÁFICAS**

- AGÜERO ORTIZ, A., “Análisis crítico de las últimas Sentencias relativas a la cláusula de gastos y anexo jurisprudencial”, CESCO, núm. 22, 2017
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., Las condiciones Generales de la Contratación, Civitas, Madrid, 1991
- CARBALLO FIDALGO, M., La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente, Bosch, Barcelona, 2013
- CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., “Sobre la nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios con consumidores”, Actualidad Civil, Nº 9, Septiembre de 2017.
- GÓMARA HERNANDEZ, J.L., Cláusula suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas: soluciones judiciales y extrajudiciales, Francis Lefebvre-el Derecho, 2017
- MARÍN LOPEZ, J.J., El ámbito de aplicación de la Ley de condiciones Generales de la contratación y cláusulas abusivas, Lex Nova, Valladolid, 2000
- MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., Comentario a la disposición adicional 1ª.3, Comentarios sobre la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, Civitas, Madrid, 2002
- MIRANDA SERRANO, L.M., “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria”, InDret, abril 2018
- MORALEJO IMBERNÓN, N., El contrato de hipoteca inmobiliaria, Aranzadi, Navarra, 2010
- MORENO GARCÍA, L., Cláusulas suelo y control de transparencia. Tratamiento sustantivo y procesal, Marcial Pons, 2015

## **OTRAS FUENTES**

- CASTILLO JIMENEZ I., “Prescripción de las acciones personales”. Web <https://www.mundojuridico.com> , 13 de noviembre de 2020
- JUÁREZ GONZÁLEZ, J.M., “AJD en los préstamos hipotecarios y cláusulas abusivas: notas de urgencia a las sentencias del tribunal supremo de 28 de febrero de 2018, sala de lo civil”, web <https://www.notariosyregistradores.com> , 2018

- DÍAZ FRAILE, J.M., “Jurisprudencia previa a la regulación de la cláusula de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios en el proyecto de ley de contratos de crédito inmobiliario”, web <https://www.notariosyregistradores.com>, 2018
- <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/09/21/que-ha-cambiado-tras-la-sentencia-del-tjue-de-16-de-julio-de-2020>