



## AUD.PROVINCIAL SECCION PRIMERA OVIEDO

SENTENCIA: '2020

Modelo: N10250  
C/ COMANDANTE CABALLERO 3 - 3ª PLANTA 33005 OVIEDO

Teléfono: 985968730-29-28 Fax: 985968731  
Correo electrónico:

Equipo/usuario: JPS

N.I.G. 33044 42 1 2019 0005541  
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000420 /2020  
Juzgado de procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6 de OVIEDO  
Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 000 /2019

Recurrente: BANCO SANTANDER, S.A.  
Procurador:  
Abogado:  
Recurrido:  
Procurador:  
Abogado: OSCAR ROCES ALVAREZ, OSCAR ROCES ALVAREZ

**SENTENCIA n° /20**

**RECURSO APELACION /20**

TRIBUNAL

PRESIDENTE.

Ilmo. Sr. D. JOSE ANTONIO SOTO-JOVE FERNANDEZ

MAGISTRADOS:

Ilmo. Sr. D. JAVIER ANTÓN GUIJARRO

Ilmo. Sr. D. MIGUEL JUAN COVIAN REGALES

Oviedo, a veintidós de Septiembre de dos mil veinte.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Primera de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 000 /2019, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6 de OVIEDO, a los que ha correspondido el RECURSO DE APELACION 0000 /2020, en los que aparece como parte apelante, BANCO SANTANDER S.A., representada por la



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS

Firmado por: MIGUEL JUAN COVIAN  
REGALES  
22/09/2020 14:39  
Minerva

Firmado por: JOSE ANTONIO SOTO-  
JOVE FERNANDEZ  
24/09/2020 10:10  
Minerva

Firmado por: JAVIER ANTON GUIJARRO  
24/09/2020 13:31  
Minerva



Procuradora : \_\_\_\_\_ , asistida por la  
Abogada \_\_\_\_\_ y como parte apelada, N  
\_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_ ,  
representada por el Procurador  
asistida por el Abogado OSCAR ROCES ALVAREZ, siendo el  
Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. MIGUEL JUAN COVIAN REGALES.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

**SEGUNDO.-** El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Oviedo dictó Sentencia en fecha 10 de Enero de 2020 en los autos referidos con cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

“Que ESTIMANDO parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. \_\_\_\_\_ , en nombre y representación de D. \_\_\_\_\_

**Y D.ª \_\_\_\_\_ , frente a la entidad BANCO SANTANDER, S.A.:**

1.- Se declara la nulidad de la cláusula 5ª, reguladora de los gastos, incorporada a la escritura de préstamo hipotecario de 12 de marzo de 2004, condenando a la demandada a abonar a la parte actora 250,94 por gastos de notaría, 130,40 por Registro de la Propiedad, 162,52 por gestoría y 99,76 euros por tasación.

2.- Se declara la nulidad de la cláusula 5ª, reguladora de los gastos, incorporada a la escritura de préstamo hipotecario a promotor de 27 de octubre de 2004, en la que se subrogaron los





actores en virtud de escritura pública de compraventa con subrogación y novación de 30 de junio de 2006, condenando a la demandada a abonar a la parte actora 33,80 euros por gastos de notaría y 6 euros por Registro de la Propiedad.

3.- Se declara la nulidad de la cláusula reguladora de los gastos incorporada a la escritura de novación de préstamo hipotecario de 28 de marzo de 2007, condenando a la demandada a abonar a la parte actora 179,63 euros por gastos de notaría, 98,67 por Registro de la Propiedad y 129,18 por gestoría

En todos los casos, con los intereses legales devengados desde la fecha de los respectivos pagos.

Absolviendo a la demandada del resto de pretensiones ejercitadas en su contra.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

**TERCERO.-** Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación y previos los traslados ordenados la parte apelada formuló escrito de oposición, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

**CUARTO.-** Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 18 de Septiembre de 2.020.

**QUINTO.-**En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

**Vistos,** siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Miguel Juan Covian Regales.



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

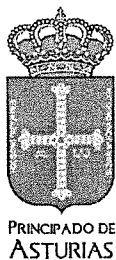
**PRIMERO.-** La sentencia recaída en la instancia en el presente procedimiento, estimando parcialmente la demanda interpuesta, declara la nulidad por abusivas de las cláusulas relativas a gastos insertas en las escrituras objeto de litigio y condena a la demandada al abono de los gastos en los términos que señala, más intereses, sin imposición de costas.

Recorre en apelación tal resolución la entidad demandada con base en los siguientes motivos, reordenándolos: en primer lugar, que la parte demandante no ha acreditado su condición de consumidora; en segundo lugar, prescripción de la acción de restitución de gastos respecto a la escritura de fecha 12 de marzo de 2004; en tercer lugar, improcedencia de la declaración de nulidad de las cláusulas relativas a gastos; y, finalmente, improcedencia de la restitución de gastos acordada.

Se opone al recurso la parte demandante, que interesa se confirme la resolución recurrida, con imposición de costas.

**SEGUNDO.-** Así delimitado, en necesaria síntesis, el objeto de este recurso, en primer lugar debe examinarse si, respecto a la escritura de fecha 12 de marzo de 2.004, única respecto a la que se alega, la parte demandante ostenta o no la condición de consumidora, pues es evidente la trascendencia que tiene la cuestión planteada dado que el control de transparencia y abusividad está reservado en la legislación comunitaria y nacional y, por ello, en la jurisprudencia del TJUE y del TS a las condiciones incluidas en los contratos celebrados con consumidores.

A.- Concepto de consumidor.





El concepto de consumidor en la normativa vigente en España se encuentra recogido en el art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Allí se expresa que "a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión". El precepto fue reformado parcialmente por la Ley 3/2014, de 7 de marzo, que incluyó en su ámbito a las personas jurídicas, con la siguiente mención: "Son también consumidores a efectos de esta norma 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". Definición ésta ya vigente al tiempo de celebración del contrato objeto de litigio.

Con todo, la interpretación del concepto no está exenta de dificultades e incertidumbres, como refleja el estudio de la jurisprudencia, nacional y comunitaria, y las aportaciones doctrinales que se han ocupado del tema.

La STS 230/2019, de 11 de abril, se refiere al concepto legal de consumidor y a su definición en la jurisprudencia del TJUE y del propio TS, con abundante cita de otras resoluciones:

*"La STJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16 (asunto Schrems), resume la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de consumidor y establece las siguientes pautas:*

*(i) El concepto de "consumidor" debe interpretarse en relación con la posición de esta persona en un contrato*



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS



determinado y con la naturaleza y la finalidad de éste, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras.

(ii) Sólo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido para la protección del consumidor como parte considerada económicamente más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional.

(iii) Dado que el concepto de "consumidor" se define por oposición al de "operador económico" y que es independiente de los conocimientos y de la información de que la persona de que se trate dispone realmente, ni la especialización que esa persona pueda alcanzar en el ámbito del que forman parte dichos servicios ni su implicación activa en la representación de los derechos e intereses de los usuarios de éstos, le privan de la condición de "consumidor".

(iv) Por lo que respecta, más concretamente, a una persona que celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional y que, por tanto, tan sólo es parcialmente ajeno a ésta, el Tribunal de Justicia ha considerado que podría ampararse en dichas disposiciones únicamente en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, sólo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato.



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS



Criterios que han sido reiterados recientemente por la STJUE de 14 de febrero de 2019, C-630/17 (asunto Anica Milivojevic v. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg- Wolfsberg eGen), que en relación con la materia litigiosa expresa:

"El concepto de "consumidor" [...] debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16, EU:C:2018:37, apartado 29 y jurisprudencia citada).

"Por consiguiente, solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido por dicho Reglamento para la protección del consumidor como parte considerada más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional (sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16, EU:C:2018:37, apartado 30 y jurisprudencia citada).

"Esta protección particular tampoco se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque esta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional (sentencia de 3 de julio de 1997, Benincasa, C-269/95, EU:C:1997:337, apartado 17)".

Este mismo concepto de consumidor que utiliza el TJUE, referido al ámbito objetivo de la operación y no a la personalidad del contratante, es también el que ha tomado en



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS



consideración esta sala en sus últimas resoluciones, como por ejemplo las sentencias 149/2014, de 10 de marzo; 166/2014, de 7 de abril; 688/2015, de 15 de diciembre; 367/2016, de 3 de junio; 16/2017, de 16 de enero; 224/2017, de 5 de abril; 594/2017, de 7 de noviembre; y 356/2018, de 13 de junio."

Esta misma doctrina se reitera en otras posteriores, como las SSTs 307/2019, de 3 de junio, 533/2019, de 10 de octubre, o 550/2019, de 18 de octubre.

B.- La carga de la prueba sobre la condición de consumidor.

Por lo que se refiere a la carga de la prueba de la condición de consumidor, el artículo 3 antes citado no se pronuncia sobre quién debe probar que el contratante cae o no dentro del concepto de consumidor, siendo tal una de las carencias que se han denunciado, pues la cuestión puede cobrar evidente importancia. Con carácter general se ha sostenido que resulta de aplicación, al no existir una regulación específica, la contenida en el artículo 217 de la ley de enjuiciamiento civil. En este sentido, comúnmente se sostiene que, en aplicación de las normas generales, la carga de la prueba de la condición de consumidor incumbe a la parte demandante, que es quien afirma tal condición. Lo anterior, sin desconocer los principios de facilidad y disponibilidad probatoria, de tal modo que pudiera corresponder a la parte demandada aportar prueba indiciaria de que no nos encontremos en el ámbito de aplicación de la legislación de consumo, pero comúnmente será el prestatario el que esté en mejor condición para probar el destino del dinero.



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS

Así, en relación con esta problemática, dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, de 9 de enero





de 2.018, con cita de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1ª, de 30 de septiembre de 2.016:

"Respecto a la parte sobre quien pesa acreditar la condición de consumidor y la que debe asumir las consecuencias de su falta de prueba ex art. 217 L.E.Civil, afirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de 30.9.2016 [ROJ: SAP PO 1942/2016 ] que "... Ciertamente la cuestión a resolver en este recurso se centra en la prueba de la condición de consumidor , y quien ha de sufrir los rigores de la falta de prueba en función de las reglas de la carga de la prueba..", añadiendo que "... Lo expuesto anteriormente ha dado lugar en la praxis judicial al planteamiento de la problemática sobre la prueba de la condición de consumidor, empezando a ser habitual que el profesional, normalmente una entidad financiera y, normalmente en el marco de un contrato de financiación, sostenga que el demandado no es consumidor, a fin de evitar la aplicación de la protección que al mismo otorga la normativa citada sobre cláusulas abusivas. Por el contrario, la contraparte, que en ocasiones también asume la posición de demandante, pretende tener la condición de consumidor, surgiendo especialmente el problema de la carga de la prueba sobre dicha condición. Es decir, cuál de los litigantes deberá soportar las consecuencias de la falta o insuficiencia probatoria sobre la condición de consumidor. Debe resaltarse que sobre esta cuestión no existe norma específica alguna, por lo que debemos acudir a las reglas generales sobre la carga de la prueba que se condensan en el actual art. 217 LEC...".

Concluye la citada Resolución afirmando que "... en supuestos de insuficiencia probatoria sobre la condición de consumidor, la duda sobre tal hecho relevante solo puede perjudicar a la parte gravada con la carga de su prueba. Y la carga de la prueba corresponde al demandante que sostiene su pretensión de



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS



*nulidad sobre su condición de consumidor que se convierte en un hecho relevante y se concreta en la finalidad y destino del préstamo, lo que está además en consonancia con el principio de facilidad probatoria que recoge el art. 217.7 LEC, pues es el propio prestatario el que se encuentra en mejor situación para probar el destino del dinero objeto del préstamo...".*

C.- Aplicación de la doctrina al caso de autos.

La aplicación de la doctrina que se deja expuesta al caso de autos, conforme pasa a razonarse, conduce a estimar acreditado que la parte demandante ostenta en el supuesto que nos ocupa la condición de consumidora.

Pese a lo que señala la parte demandada, en la propia escritura de fecha 12 de marzo de 2004, figura que la finalidad del préstamo es la adquisición de la vivienda por los demandantes, que, por lo demás, tienen en el inmueble hipotecado su domicilio, lo que evidencia que estamos ante una operación a la que es aplicable la legislación de consumo.

A mayor abundamiento, la demandada basa su negación de la condición de consumidora en el hecho de que la finalidad del préstamo no fuera la adquisición de la vivienda hipotecada en el primer préstamo, lo que, además de no ser cierto, en modo alguno es indicio de que no nos hallemos en el ámbito de la legislación de consumo. También, cabe poner de manifiesto que en la tramitación de un préstamo, la entidad prestamista elabora un expediente en que consta su finalidad y solvencia de los solicitantes, sin que en el supuesto de autos se aporte indicio alguno de que la concreta finalidad del préstamo litigioso estuviera relacionada con una actividad profesional, comercial o empresarial de la parte demandante.





En definitiva, a la luz de la prueba obrante en autos, se estima acreditada con claridad en el caso que nos ocupa la condición de consumidora de la parte demandante. En consecuencia es procedente desestimar el recurso en lo relativo a este motivo.

**TERCERO.-** En segundo lugar, debe rechazarse la prescripción de la acción de restitución de cantidades, que solo afectaría a la primera de las escrituras objeto de litigio.

Este tribunal no comparte el planteamiento que hace la parte recurrente, pues, tratándose de un supuesto de nulidad absoluta o de pleno derecho, equivalente a la inexistencia, como es el caso de las cláusulas abusivas, su característica radica en la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno, en la retroacción al momento del acto de los efectos de la declaración de nulidad y en la inexistencia de plazo alguno de caducidad o prescripción para el ejercicio de la acción, sin que su falta de ejercicio suponga una confirmación tácita, pues la naturaleza de la nulidad de pleno derecho es perpetua, insubsanable e imprescriptible, siendo los actos nulos de pleno derecho inexistentes e ineficaces, por lo que no cabe su convalidación, ni siquiera mediante la aplicación de la doctrina de los propios actos o del retraso desleal. En este sentido se expresa de modo uniforme nuestra Audiencia, pudiendo citarse, a título de ejemplo, de la sección 4ª, la sentencia de fecha 26 de octubre de 2.018, o, de la sección 5ª, las sentencias de fecha 17 de mayo o 20 de junio de 2.018.

Por otra parte, no se desconoce la polémica existente sobre la cuestión planteada aquí por la parte apelante en cuanto a la prescripción de la acción de reclamación de cantidad





(expresiva de la misma es, a título de ejemplo, 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 ser inherente a la anterior; o bien, que estamos ante una acción independiente susceptible de prescripción. Y, aún entre estos últimos, no existe unanimidad sobre el inicio del cómputo del plazo, bien desde el momento del pago (la sentencia última citada o la sección 15ª de la A.P. de Barcelona, a título de ejemplo), bien 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, pareciendo apuntar en el mismo sentido la reciente STJUE de 16 de julio 2020, parágrafos 91 y 92 en particular), manteniéndose incluso otros criterios minoritarios distintos sobre la fecha de inicio del cómputo del plazo. En esta tesitura y en tanto no exista un pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la cuestión planteada conviene mantener, por razones de seguridad jurídica, la doctrina uniforme en el ámbito de esta Audiencia.

Por último, no puede desconocerse que en el presente caso la posible prescripción de la acción se habría visto interrumpida por la reclamación extrajudicial formulada por la parte actora en el año 2017, por lo que, en ningún caso, podría prosperar la excepción alegada.

**CUARTO.-** Entrando a conocer entonces de la declaración de nulidad de las cláusulas de gastos incluidas en las tres





escrituras objeto de litigio, transcritas en la sentencia recurrida y a cuyo íntegro contenido nos remitimos, imponen en todos los casos al prestatario de un modo generalizado los gastos e impuestos.

Sentado lo que antecede, desde que por acuerdo de 25 de mayo de 2.017 la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial se dio competencia exclusiva pero no excluyente (acuerdo posterior determinó que también fuera excluyente) a determinados órganos judiciales para el conocimiento de litigios acerca de condiciones generales de la contratación incluidas en contratos de financiación con garantía inmobiliaria en los que el prestatario fuera una persona física, designando al Juzgado de Primera Instancia número 6 de Oviedo para el Principado de Asturias y las apelaciones frente a sus resoluciones a esta Sección de la Audiencia Provincial de Asturias, se han ido estableciendo criterios determinados para afrontar estos litigios con apoyo esencial en las sentencias del tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2.015, de 15 de marzo de 2.018 y 23 de enero de 2.019. Doctrina a la que nos remitimos y que se reitera en otras posteriores.

Ciertamente, con base en tal doctrina, en el concreto supuesto de autos, debe entenderse que la cláusula litigiosa de repercusión de gastos es una cláusula general predispuesta por la entidad financiera que no es objeto de negociación individual -no se practica prueba alguna que acredite la negociación de tal cláusula- y en este sentido el carácter omnicomprendido de la repercusión de gastos que contempla, abstractamente considerada y en su propia literalidad, justifica, de acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en las citadas sentencias, la declaración de





abusividad que se solicita y consiguiente expulsión del contrato.

Ahora bien, dicho esto, es preciso señalar que una cosa es el control de la cláusula en cuestión y su expulsión de la norma del contrato, y otra las condiciones concretas en que se hayan determinado las obligaciones de las partes en cada relación contractual, de forma que una vez expulsada la misma del contrato, el reintegro o no que se pretende de los gastos asumidos por el consumidor en su aplicación dependerá en cada caso de lo que establece el derecho positivo. Quiere decirse con ello que, en relación a esta obligación de reintegro, habrá de estarse en cada caso respecto al concreto gasto cuyo reintegro se pretende, a lo que establezca el derecho positivo respecto de quién debe soportarlo, como si esa estipulación no existiera, de modo que la nulidad, solo alcanzará al contenido del pacto que pueda modificar el régimen de atribución que el derecho positivo haga de cada gasto, lo que obliga a abordar el enjuiciamiento de la abusividad, no desde la estricta literalidad de la cláusula, considerada en abstracto o en forma teórica, sino en función del modo en que la misma ha sido aplicada, esto es relacionándola con el uso que la entidad financiera ha hecho de la misma en cada caso, de forma que el reintegro de gastos que se pretende en base a esa declaración de abusividad formal o abstracta, solo podrá ser declarada si la parte que lo insta prueba que los abonados a que se refiere el mismo no le correspondían sino que eran de cargo de la entidad financiera predisponente, existiendo una repercusión indebida. Precisión esta que ya se contempla en las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 15 de marzo de 2.018 y 23 de enero de 2.019, antes citadas.



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS



**QUINTO.-** Por lo que se refiere a la impugnación de la condena a restituir determinados gastos, es conveniente separar cada uno de los distintos gastos a los que se refiere la sentencia y que discute la impugnación de la mercantil demandada. Asimismo, en cuanto al fondo de las cuestiones planteadas, hemos de estar a los criterios establecidos por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, reunida en pleno, en las sentencias 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero. Criterios ratificados posteriormente, así en la reciente STS 457/2020, de 24 de julio.

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

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

10.- Este criterio es aplicable a los aranceles notariales. Aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real de garantía), ambas son inescindibles y





conforman una institución unitaria. Como dijo la sentencia de esta sala 1331/2007, de 10 de diciembre, «el crédito garantizado con hipoteca (crédito hipotecario) no es un crédito ordinario, ya que está subsumido en un derecho real de hipoteca, y por ello es tratado jurídicamente de forma distinta». Lo que determina la distribución de gastos en los términos que se expondrán a continuación.

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

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

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

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

13.- Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4.<sup>a</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y de un documento que le permita la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad para que quede válidamente constituida (art. 1875 del Código Civil en



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS





relación con el art. 3 de la Ley Hipotecaria), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención del préstamo que, por contar con garantía hipotecaria, se concede a un tipo de interés habitualmente más bajo que el que se establece en los préstamos sin esa garantía.

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

Y, por su parte, en las siguientes sentencias antes mencionadas, en relación con los gastos notariales, partiendo de lo dicho, se añade: “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”.

En el caso de autos, no es discutido el importe de los gastos notariales que se reclaman y no obra ningún dato sobre la solicitud de copias, por lo que, en aplicación de la doctrina



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS



expresada, es procedente condenar a la demandada a la restitución de la mitad de lo reclamado por este concepto, que es lo que se hace en la sentencia recurrida.

Por lo que se refiere a los gastos de registro, señala la STS 44/2019, de 23 de enero: "En lo que atañe a los gastos del registro de la propiedad, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1.º, que:

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

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

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

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



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS



Y, por su parte, en las siguientes sentencias mencionadas, en relación con los gastos de registro, partiendo de lo anterior, se añade: "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".

En el caso de autos, no es discutido el importe de los gastos registrales que se reclaman, por lo que, en aplicación de la doctrina expresada, es procedente condenar a la demandada a la restitución de lo reclamado por este concepto, que es lo que hace la sentencia recurrida.

En relación a los gastos de gestión, se señala en las sentencias citadas: "1.- En cuanto a los gastos de gestoría o gestión, son aplicables los razonamientos expuestos al resolver el anterior motivo, relativos a que se trata de pagos que han de realizarse a terceros por su intervención profesional relacionada con el préstamo hipotecario.

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

3.- Estas gestiones no necesitan el nombramiento de un gestor profesional, ya que podrían llevarse a cabo por el banco o por el cliente. Sin embargo, el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, da por supuesta la prestación de este servicio en su art. 40, que establece la



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS



*obligación de ponerse de acuerdo en el nombramiento del gestor y considera el incumplimiento de esta obligación como una infracción de lo preceptuado en el párrafo segundo del art. 48 de la Ley 26/ 1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito.*

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

En el caso de autos, no es discutido el importe de los gastos de gestión que se reclaman, por lo que, en aplicación de la doctrina expresada, es procedente condenar a la demandada a la restitución de la mitad de lo reclamado por este concepto, que es lo que hace la sentencia recurrida.

En cuanto a los gastos de tasación, no cabe desconocer que, en el momento actual, no existe un pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre los mismos, ni, tampoco, los diversos criterios existentes al respecto en el ámbito de nuestra propia Audiencia, imputando tal gasto bien al prestatario, bien al prestamista e, incluso, por mitad. Teniendo en cuenta todo ello y extrapolando el criterio establecido por el Tribunal Supremo en relación con los otros gastos, conforme pasa a razonarse, parece lo más prudente distribuir por mitad el pago de los gastos generados por la tasación. Al respecto no puede desconocerse que no existe norma legal o reglamentaria que atribuya su pago al prestamista o al prestatario. Tampoco, que la tasación es un requisito legal imprescindible para la obtención del préstamo hipotecario, pues así resulta del artículo 5 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, cuando dice que "el préstamo o crédito garantizado con esta hipoteca no podrá exceder del 60 por



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS



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". Por otra parte, la ley no prejuzga si la tasación se efectuará por servicio propio de la entidad financiera o por profesional debidamente habilitado designado por el cliente, como permite el artículo 3 bis I de la Ley 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". Ante esta tesitura, teniendo en cuenta el carácter imprescindible de la tasación, como acto preparatorio del contrato, y que el préstamo hipotecario es una realidad inescindible en que concurre el interés de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad.

En el caso de autos, no es discutido el importe de los gastos de tasación que se reclaman, por lo que, en aplicación de la doctrina expresada, es procedente condenar a la demandada a la restitución de la mitad de lo reclamado por este concepto, que, también, es lo que hace la sentencia recurrida.

En definitiva, la sentencia dictada ya sigue la doctrina del Tribunal Supremo que hemos dejado expresada. En consecuencia, de conformidad con lo razonado, es procedente, también en este punto, la desestimación del recurso.





**SEXTO.-** En relación a las costas de esta alzada es procedente su imposición a la parte recurrente, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1 de la LEC.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo dicta el siguiente

#### FALLO

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación de BANCO DE SANTANDER, S.A., contra la sentencia de fecha 10 de enero de 2020 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Oviedo, en autos de procedimiento ordinario número 1487/2019, la que se confirma íntegramente, con imposición de las costas de la apelación a la parte recurrente.

Confirmándose la resolución recurrida se acuerda la pérdida del depósito constituido por el recurrente, depósito al que se dará el destino previsto legalmente (D.A. 15ª.9 LOPJ).

**MODO DE IMPUGNACION.-** Las resoluciones definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales, de conformidad con lo prevenido en el Art. 466 de la LEC, serán susceptibles de los Recursos de Infracción Procesal y de Casación, en los casos, por los motivos y con los requisitos prevenidos en los Arts. 468 y ss., 477 y ss. y Disposición final 16ª, todos ellos de la LEC, previa consignación del Depósito o Depósitos (50 € cada Recurso ) establecido en la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ, en la cuenta de consignaciones del Tribunal abierta en BANCO SANTANDER nº 3347 0000 12 &&&& && (los últimos signos deben sustituirse por el número de rollo y año), indicando en el campo CONCEPTO del documento de ingreso que se trata de un "RECURSO", seguido del código siguiente: 04 EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL; 05 RESCISIÓN DE SENTENCIA FIRME A INSTANCIA DE REBELDE; 06 CASACIÓN. Si el ingreso se realiza por transferencia bancaria, el código anterior y tipo concreto de recurso deberá indicarse después de los 16 dígitos de la cuenta expediente antedicha en primer lugar, separado por un espacio. Al interponerse el recurso, el recurrente tiene que acreditar haber constituido el depósito para recurrir mediante la presentación de copia del resguardo u orden de ingreso. No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS