

## RIMERA INSTANCIA N.11 (BIS)

### MURCIA

SENTENCIA: 00021/2017

### UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

CIUDAD DE LA JUSTICIA, AVDA. DE LA JUSTICIA S/N FASE II, CP 30011  
**Teléfono:** , Fax: 968879597  
Equipo/usuario: CMN  
Modelo: N04390

**N.I.G.:** 30030 42 1 2017 0011161

### OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000089 /2017

Procedimiento origen: OR3 ORDINARIO IMPUGN. ACUERDOS SOCIALES-249.1.3 0000089 /2017

**Sobre COND. GNRLS. CTRTO. FINAC. GARNT. INMO. PRSTARIO. PER. FIS**

DEMANDANTE , DEMANDANTE D/ña.

Procurador/a Sr/a. (

Abogado/a Sr/a. ANGEL VICENTE LOPEZ GOMEZ, ANGEL VICENTE LOPEZ GOMEZ

DEMANDADO D/ña. BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA ,S.A.

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a.

*En Murcia, a trece de noviembre de dos mil diecisiete.*

*S.S<sup>a</sup>. Iltma. \_\_\_\_\_, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número once (bis) de esta Ciudad, vistos los presentes autos de Juicio Declarativo Ordinario número 89/2017 en materia de NULIDAD DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN EN PRESTAMOS CON GARANTÍA INMOBILIARIA CONCERTADOS POR PERSONAS FISICAS seguidos a instancia de Don \_\_\_\_\_ y Doña \_\_\_\_\_ con la representación del Procurador/a Doña \_\_\_\_\_ y la asistencia del Letrado/a Don Angel Vicente López contra B.B.V.A. S.A., con la representación del Procurador/a Don \_\_\_\_\_ y la asistencia del Letrado/a Don \_\_\_\_\_; ha dictado EN NOMBRE DE S.M. EL REY la siguiente*

### SENTENCIA

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *El Procurador/a Doña \_\_\_\_\_ en nombre y representación de Don \_\_\_\_\_ ( \_\_\_\_\_ formuló demanda de Juicio Ordinario contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. en ejercicio de acción de nulidad de condiciones generales*



de la contratación en préstamos con garantía inmobiliaria suscritos por personas físicas.

Tras alegar los hechos y los fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó con la súplica de que se dicte sentencia estimando la demanda declarando la nulidad de las cláusulas contractuales objeto de demanda (cláusula de gastos y de mora) con la condena al pago de las cantidades establecidas en dicho suplico, más intereses y costas procesales.

SEGUNDO.- Admitida la demanda, se acordó el emplazamiento de la parte demandada para que dentro del término legalmente establecido compareciera en forma y contestara a la demanda.

En dicho plazo, compareció el Procurador/a Don [redacted] en nombre y representación de la parte demandada oponiéndose a la demanda y solicitando su desestimación con condena en costas procesales.

TERCERO.- Contestada la demanda, se convocó a las partes a celebración de audiencia previa compareciendo ambas, con sus representaciones y defensas. Tras intentar llegar a un acuerdo, las partes ratificaron sus escritos, se pronunciaron sobre la prueba documental de contrario, fijaron los hechos controvertidos y solicitaron el recibimiento a prueba.

Recibido el pleito a prueba, la parte actora propuso prueba documental y la parte demandada prueba documental, la que fue admitida. Tras efectuar las partes sus conclusiones, quedaron los autos vistos para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado en esencia las prescripciones legales.

#### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

##### PRIMERO.- Planteamiento del debate.

Se ejercita en la demanda acción de nulidad, por carácter abusivo, de las cláusulas en materia de gastos y en materia de intereses moratorios contenidas en la Escritura de préstamo hipotecario suscrita entre las partes en fecha 6 de noviembre de 2009.

Dichas cláusulas rezan del siguiente tenor:



"QUINTA. GASTOS. Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación -incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía- y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía hipotecaria y de otras garantías, incluso los afianzamientos personales prestados por terceros, que en el futuro acuerden en aseguramiento de todas las obligaciones que se deriven de este contrato, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 1 Ia.

La parte prestataria faculta al Banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que en este acto se constituye y de los títulos previos a esta escritura, así como los gastos derivados de la cancelación de cargas y anotaciones preferentes a dicha hipoteca. Los gastos suplidos podrán ser cargados en cuenta a la parte prestataria en la forma y condiciones que se indican al final de esta cláusula.

Los mencionados servicios complementarios que, a solicitud de la parte prestataria, el Banco decida libremente realizar, serán facturados por éste con arreglo a las tarifas de comisiones y gastos que tenga vigentes el Banco en el momento de dicha solicitud. En todo caso, se considerará que constituyen un servicio objeto de facturación los trabajos de preparación de antecedentes que deba realizar el Banco para el otorgamiento de la escritura de cancelación de hipoteca.

La parte prestataria queda obligada a satisfacer y resarcir al Banco cuantos daños, perjuicios, costas y gastos, procesales o de otra naturaleza, se generen u originen al Banco por el incumplimiento del contrato o para el cobro del crédito, incluyendo los gastos y costes, directos o indirectos, causados por las actuaciones del Banco que tengan por objeto la reclamación de la deuda (tales como, en especial, los requerimientos de pago por correo, teléfono, telegrama o notariales), así como los derivados por los procedimientos judiciales o extrajudiciales motivados por todo ello, incluidos los honorarios de Abogado y Procurador, aun cuando su intervención en las actuaciones y procedimientos judiciales o extrajudiciales no fuere preceptiva.

El Banco queda facultado para cargar en cuenta o reclamar en cualquier momento a la parte prestataria cuantas cantidades se le adeuden por los conceptos antes indicados. Las cantidades así adeudadas al BANCO devengarán, desde la fecha en que éste las hubiera satisfecho y sin necesidad de reclamación, intereses de demora con arreglo a la cláusula 6a, y quedarán garantizadas con cargo a la cifra prevista para gastos y costas en la cláusula 9ª".



*En cuanto a la cláusula en materia de mora:*

"SEXTA. INTERESES DE DEMORA.

Las obligaciones dinerarias de la parte prestataria, dimanantes de este contrato, vencidas y no satisfechas, devengarán desde el día siguiente al de su vencimiento, sin necesidad de requerimiento alguno y sin perjuicio de la facultad de vencimiento anticipado atribuida al Banco en la cláusula 6a bis, un interés de demora del 20.00 por ciento nominal anual, calculado y liquidable por meses naturales o fracción en su caso y siempre por períodos vencidos. Los intereses vencidos y no satisfechos devengarán y se liquidarán en igual forma nuevos intereses al tipo de interés moratorio aquí establecido. Las cantidades resultantes como intereses de demora se considerarán firmes en el momento en que se perciban, sin perjuicio del derecho del Banco a exigir los intereses moratorios devengados hasta cada momento, y quedarán garantizadas exclusivamente con cargo a la cantidad máxima consignada en el apartado b) de la cláusula 9ª".

Frente a dicha pretensión, la parte demandada alega, en síntesis, los siguientes motivos de oposición: cosa juzgada (alegación ésta a la que se dio respuesta, en sentido desestimatorio, en la audiencia previa); transparencia de las cláusulas; inexistencia de desequilibrio; en cuanto a la de gastos, improcedencia de reembolso del impuesto de actos jurídicos documentados, de los gastos de tasación y de gestoría y, en cuanto a los de Notaría y Registro, improcedencia de reembolsar, cuando menos íntegramente, los mismos; finalmente, en cuanto a la cláusula de mora, que la misma no ha sido objeto de aplicación por el Banco.

**SEGUNDO.- Carácter de condiciones generales de la contratación de las cláusulas sometidas a enjuiciamiento. Primer control de incorporación aplicable a todas las condiciones generales de la contratación.**

No discuten las partes el carácter de condiciones generales de la contratación de las cláusulas objeto de estos autos conforme al art. 1 de la Ley 7/98. Tampoco se discute que estas cláusulas cumplan con los requisitos de incorporación de los arts. 5 y 7 de dicha Ley así como de los arts. 63.1 y 80.1 del TR 1/2007 de la Ley de Consumidores y Usuarios (TRDCU), que regulan los requisitos de redacción y de aceptación destinados a que se verifique



LA POSIBILIDAD REAL de haber sido conocidas y aceptadas por el adherente, esto es:

-su efectiva inclusión o incorporación a fin de considerarlas aceptadas y, por tanto, parte del contrato.

-que las cláusulas que sean objeto de adhesión estén redactadas de forma clara, transparente y sencilla.

**TERCERO.- Contrato con intervención de consumidores. Control de contenido aplicable a cláusulas no negociadas individualmente que versen sobre elementos accesorios del contrato.**

Habida cuenta de que en la operación de préstamo la parte prestataria tiene la condición de consumidor (lo que no ha sido controvertido en autos), las cláusulas contractuales que nos ocupan también están sometidas a un segundo control, denominado control de contenido, el cual no versa sobre las cuestiones relativas al conocimiento, información, aceptación y transparencia documental sino que tiene por objeto determinar si la cláusula es o no abusiva.

En efecto, nuestro legislador ciñe la protección que este control de contenido conlleva a los adherentes que tengan la condición de consumidores o usuarios. La Exposición de Motivos de la Ley 7/98 de Condiciones Generales de la Contratación deja claro que: "El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual".

Por tanto, una vez constatada la intervención de un consumidor, lo determinante para poner en marcha este segundo control o control de contenido, más que la generalidad, es el carácter no negociado de la cláusula en cuestión.

Así, el Tribunal Supremo, en S. de 29 de abril de 2015, tiene resuelto que, en realidad, la nota de la generalidad es irrelevante o, cuando menos, secundaria *"por cuanto que para que pueda realizarse el control de abusividad de una cláusula de un contrato celebrado con un consumidor basta con que no haya sido negociada individualmente (art. 82.1 y 2 TRLCU), sin que sea imprescindible que tenga el carácter de condición general de la contratación en el sentido de que*



sea utilizada de un modo general en la contratación, pues puede encontrarse en un contrato de adhesión que no tenga un uso generalizado... No es necesario que la cláusula sea utilizada en todos los contratos que el profesional o empresario celebra con consumidores (sentencia 241/2013 de 9 de mayo, apartado 149). Pueden existir varios modelos de cláusulas que se utilicen en los diversos contratos, por variadas razones”.

Además, el TS en S. de 22 de abril de 2015 dice que el carácter predispuesto no desaparece por el hecho de que el empresario formule pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas en base a cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio.

Y, especialmente, insiste el Tribunal Supremo en una cuestión de gran relevancia: para que la cláusula merezca la condición de negociada, “no basta con incluir en el contrato predispuesto un epígrafe de condiciones particulares o menciones estereotipadas y predispuestas que afirmen su carácter negociado... ni con afirmar sin más en el litigio que la cláusula fue negociada individualmente. Para que se considere que la cláusula fue negociada es preciso que el profesional o empresario EXPLIQUE Y JUSTIFIQUE LAS RAZONES EXCEPCIONALES que llevaron a que la cláusula fuera negociada individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y responde a la lógica de la contratación en masa y que se PRUEBE CUMPLIDAMENTE la existencia de tal negociación y las CONTRAPARTIDAS que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario. Si tales circunstancias no son expuestas y probadas, carece de sentido suscitar la cuestión del carácter negociado de la cláusula, como se ha hecho en este caso y como se hace con frecuencia en este tipo de litigios, porque CARECE MANIFIESTAMENTE DE FUNDAMENTO y está justificado que en estos casos el órgano judicial rechace la alegación sin necesidad de argumentaciones extensas” (STS de 29 de Abril de 2015 con cita de otras como la de 18 de Abril de 2013 y 12 de Enero de 2015).

Y es que el Alto Tribunal parte de la base, que considera notoria, de que “en determinados sectores (bancario, seguros, suministros de energía, teléfono e Internet, primera venta de vivienda... etc.), la contratación de las empresas y profesionales con los consumidores y usuarios se realiza mediante el uso de condiciones generales de la contratación predeterminadas e impuestas por la empresa o



*profesional. Quien pretende obtener los productos o servicios en estos sectores deberá aceptar las condiciones generales impuestas por el oferente o renunciar a contratar con él. Tal circunstancia no sólo resulta corroborada por la constatación empírica sino que responde también a la propia lógica de la contratación en masa, que no sería posible si cada contrato hubiera de ser negociado individualmente”.*

Por tanto, ha de reiterarse que para examinar el eventual carácter abusivo de la cláusula objeto de estos autos resulta indiferente que el prestatario hubiera conocido la cláusula en cuestión, que esté redactada de forma transparente y, por tanto, que sea accesible en su comprensión. También es irrelevante que el consumidor hubiera sido informado de su alcance y consecuencias y hubiera aceptado su inclusión en el contrato cuando suscribió el mismo. Y ello por cuanto no cabe equiparar conocimiento, información y aceptación con “negociación individual”, concepto distinto que, como se ha dicho, precisa la alegación y justificación de las particulares circunstancias por las que la parte prestataria, en los tratos previos a la suscripción del contrato, obtuvo una o varias contrapartidas a cambio del sometimiento a esta cláusula sin que “sea necesario que el otro contratante esté obligado a oponer resistencia, ni que el consumidor carezca de la posibilidad de contratar con otros operadores económicos que no establezcan esa cláusula. La imposición supone simplemente que la cláusula predispuesta por una de las partes no ha sido negociada individualmente, como es el caso en que no consta acreditada la negociación”.

Y, en este caso, nada se alega -ni justifica- sobre los términos de una genuina negociación individual de estas cláusulas según lo expuesto, esto es, ni se aluden ni se prueban las circunstancias excepcionales ni las contrapartidas obtenidas a cambio de aceptar estas cláusulas por lo que, sin más consideraciones al respecto, ha de procederse a efectuar el control de contenido de las cláusulas que nos ocupan.

**CUARTO.- En qué consiste el control de contenido o del eventual carácter abusivo de una cláusula reguladora de elementos accesorios.**

Dispone el art. 82 del Texto Refundido 1/2007 que son abusivas “todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas



expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa”.

A su vez, los arts. 85 a 89 establecen una lista (no exhaustiva) de cláusulas que, “en todo caso”, son abusivas, esto es, que el legislador ya ha valorado y calificado como tales sin necesidad de que sea preciso el análisis judicial del desequilibrio en el caso concreto, bastando con que no haya mediado una verdadera y genuina negociación individual de la cláusula.

Por tanto, el control de contenido o, como de un tiempo a esta parte se viene denominando, el “control de abusividad”, viene a implicar un análisis en doble vertiente pues, por un lado, ha de comprobarse si estamos en presencia de una cláusula de las previstas en la lista de cláusulas abusivas de los arts. 85 a 90 del TRDCU y, sea o no sea el caso, debe procederse igualmente a efectuar un control de equidad, esto es, una valoración de las consecuencias de la aplicación de la cláusula a efectos de detectar un eventual desequilibrio importante de derechos y obligaciones entre las partes según las circunstancias del supuesto; control éste que, a su vez, conlleva una indagación de contraste entre la situación que crea la cláusula frente al equilibrio que se presupone querido por la norma legal supletoria (aplicable en defecto de pacto).

En efecto, en relación con dicho control de equidad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como único intérprete del Derecho de la Unión y, por tanto, de las Directivas en materia de consumo traspuestas a nuestro ordenamiento jurídico nacional, ofrece cuáles son las claves del concepto de “desequilibrio importante” siendo de destacar, en todo caso, que el desequilibrio no lo es en las prestaciones esenciales en sí (que no son susceptibles de control judicial como resulta del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE) sino en los “derechos y obligaciones”. Conforme a la doctrina jurisprudencial del TJUE resulta básico proceder a un análisis de las normas nacionales aplicables en defecto de pacto para determinar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente, debiendo comprobarse si el profesional, tratando de





manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual (STJUE de 13 de marzo de 2013 caso Aziz, entre otras).

Además, la existencia de un "desequilibrio importante" no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales (STJUE de 16 de enero de 2014).

Y si la cláusula en cuestión no resiste este control de contenido, ha de predicarse su nulidad y, además, la nulidad es absoluta o de pleno derecho sin que, por tanto, la acción para hacer valer la misma esté sujeta a plazo de prescripción ni de caducidad alguno amén de que, precisamente, concurre obligación judicial de actuar de oficio cuando, en un proceso, se pretenda aplicar o llevar a efecto la cláusula en cuestión.

Por tanto, la nulidad por carácter abusivo deriva de la ley (art. 83 del TRDCU) y, por ser de pleno derecho, el paso del tiempo no puede subsanarla ni confirmarla.

**QUINTO.- Examen de la cláusula de gastos objeto de los presentes autos.**

Pues bien, de la dicción de la cláusula en cuestión se deduce, sin dificultad alguna, que mediante la misma se atribuye al prestatario la totalidad, sin excepción, de los gastos que la operación de préstamo con hipoteca lleva consigo. Tanto los previos a la constitución de la garantía hipotecaria (gastos de tasación del inmueble) y los generados como consecuencia del otorgamiento de la Escritura Pública de Préstamo y de la constitución e inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad (Notaría, Registro, Gestoría) sino también todo eventual gasto futuro, en tanto en cuanto esta cláusula seguiría desplegando sus efectos al atribuir al prestatario, sin salvedad de ningún tipo, cualquier gasto que surgiera durante la vida del contrato



hasta su cancelación, incluidos los generados por esta misma.

En efecto, la generalización de la cláusula es tal que permite imputar al prestatario todo tipo de arancel y también todo tipo de impuesto o tributo futuros que pudieran devengarse tanto en caso de eventuales modificaciones o novaciones como hasta la definitiva amortización del préstamo y cancelación registral de la hipoteca amén de cualquier otro coste, incluso procesal o extraprosesal, en caso de que el Banco reclamara contra el prestatario en caso de incumplimiento de su obligación de devolución del préstamo.

Y ello sin efectuar discernimiento alguno de lo que, conforme a la ley, correspondería a la entidad prestamista hacer frente, como interesada que está en la operación, en concreto, en que la misma se garantice mediante una hipoteca.

Es así que el carácter omnicomprensivo de la cláusula (la entidad bancaria no asume ningún gasto y todos los gastos habidos y por haber los ha de pagar el prestatario) impide entender que el profesional hubiera podido razonablemente esperar que, en un trato leal y equitativo con su cliente en el marco de una negociación individualizada, éste hubiera aceptado la cláusula en su integridad.

En resumen, sin dificultad alguna de valoración conforme a los criterios de equilibrio de derechos y obligaciones, la cláusula que nos ocupa no resiste este primer análisis. Como se ha dicho, debe hacerse abstracción de la trascendencia económica de la aplicación de la cláusula. Lo relevante es que, por la omnicomprensividad en la atribución de todo tipo de gasto pensable, previo, presente y futuro, al prestatario, se genera un evidente desequilibrio que debe conducir a la nulidad de la cláusula.

Y este primer análisis, ya fallido en contra del Banco predisponente, sería en sí mismo suficiente para declarar la nulidad de la cláusula en cuestión. No obstante, también conviene hacer referencia a la indagación del contenido de la cláusula desde el punto de vista de las previsiones legales específicas, pues se está en el caso de que algunos de los pasajes de la misma estarían comprendidos en la lista de cláusulas abusivas calificadas directamente como tales por el TRDCU.



En efecto, entran en juego en el presente caso los siguientes preceptos:

-Art. 89.2 conforme al cual son cláusulas abusivas, en todo caso: "La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables".

-Art. 89.3: "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario". Y este mismo apartado atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (siendo la financiación una faceta o fase de dicha adquisición, como así advierte el Tribunal Supremo en S. de 23 de diciembre de 2015) a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo sea el empresario (letra c).

-Art. 89.4: cláusulas que tiene por objeto "imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados".

-Art. 89.5: cláusulas que impongan al consumidor "los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación".

En efecto, examinando las distintas partidas de gastos contenidas en la cláusula, se hace patente que, mediante la misma, se atribuyen al prestatario-consumidor, una serie de importes que, conforme a la ley, no deben corresponder nunca al mismo.

A saber:

-En cuanto a impuestos y tributos, desde el momento en que la cláusula objeto de autos atribuye al prestatario el pago de cualquier tributo o impuesto que pudiera devengarse en el futuro durante la vida del préstamo hasta su cancelación, el despliegue de esta cláusula entraña un desplazamiento proscrito de las cargas fiscales del prestamista al prestatario.

Incluso aun cuando el impuesto de actos jurídicos documentados devengado por la constitución del préstamo con hipoteca incumba únicamente al prestatario (como después se



verá), la cláusula objeto de autos iría más allá al atribuir la totalidad de la carga impositiva futura (por expedición de posteriores copias, actas o testimonios a instancias del Banco; por eventuales modificaciones o novaciones; así como la derivada de la cancelación) al prestatario.

Por tanto, cualquier cláusula contractual que altere el régimen legal en materia de sujetos pasivos de un impuesto o tributo es abusiva conforme al art. 89.3 del TRDCU y, en consecuencia, nula.

-En cuanto a gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, y los derechos de procurador y honorarios de abogado contratados por la entidad prestamista, la STS de Pleno de 23 de diciembre de 2015 advierte, en primer lugar, "que los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal recogida en los arts. 394 y 398 LEC, para los procesos declarativos, y en los arts. 559 y 561 de la misma Ley, para los procesos de ejecución. Tales normas se fundan básicamente en el principio del vencimiento, y en el caso concreto de la ejecución, las costas se impondrán al ejecutado cuando continúe adelante el despacho de ejecución; pero también podrán imponerse al ejecutante cuando se aprecie algún defecto procesal no subsanable o que no se haya subsanado en el plazo concedido al efecto (art. 559.2 LEC) o cuando se estime algún motivo de oposición respecto del fondo (art. 561.2 LEC ); y cuando la estimación sea parcial, cada parte deberá hacer frente a las costas devengadas a su instancia.

Por consiguiente, la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales no solo infringe normas procesales de orden público, lo que comportaría sin más su nulidad ex art. 86 TRLCU y art. 8 LCGC, sino que introduce un evidente desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaer a todo trance las consecuencias de un proceso sobre una de ellas, sin tener en cuenta ni la procedencia legal de la reclamación o de la oposición a la reclamación, ni las facultades de moderación que la ley reconoce al Tribunal cuando aprecie serias dudas de hecho o de derecho.

Y respecto a la imputación al cliente de los honorarios de abogado y aranceles de procurador de los que se haya servido el prestamista, incluso cuando su intervención no sea preceptiva, la estipulación contraviene de plano el art. 32.5 LEC, que excluye tales gastos de la eventual condena en costas, salvo que el tribunal aprecie temeridad o que el



*domicilio de la parte representada o defendida en juicio esté en un lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio. Por lo que, además de la falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes y la dificultad para el consumidor de valorar las consecuencias por desconocer en el momento de la firma del contrato el cúmulo de actuaciones en las que eventualmente podría valerse la entidad contratante de tales profesionales sin ser preceptivo (actos de conciliación, procedimiento monitorio, juicio verbal en reclamación de cantidad inferior a la establecida legalmente...), lo que de por sí sería suficiente para considerar la cláusula como abusiva, resulta correcta la declaración de nulidad de la misma, conforme a los arts. 86 TRLCU y 8 LCGC”.*

*-Sólo la atribución al prestatario-hipotecante de los gastos derivados de la contratación del seguro de daños y de conservación del inmueble se ajustan a la ley pues, como advierte la misma STS. de 23 de diciembre de 2015, “ello responde a una obligación legal (art. 8 LMH), habida cuenta que cualquier merma del bien incide directamente en la disminución de la garantía. Es decir, no se trata de una garantía desproporcionada, en el sentido prohibido por el art. 88.1 TRLGCU, sino de una consecuencia de la obligación de conservar diligentemente el bien hipotecado y de asegurarlo contra todos los riesgos que pudieran afectarlo”.*

*Pero, en todo caso, como también se pronuncia la misma sentencia, “se trata de una previsión inane, puesto que la obligación de pago de la prima del seguro corresponde al tomador del mismo, conforme al art. 14 de la Ley de Contrato de Seguro”.*

*Razón por la cual, pese a su adecuación a la legalidad de pasaje, no obsta la consideración de la nulidad de la cláusula en su conjunto y, de hecho, dicho pasaje no ha sido objeto de la posterior acción de reclamación ejercitada en la presente demanda.*

*Por lo que se refiere al resto de gastos, si bien no existen previsiones normativas que atribuyan directamente a la entidad prestamista su abono, el hecho de que, en la cláusula, se atribuyan exclusivamente y en su integridad, al prestatario pese a que no se trate, en puridad, de servicios complementarios solicitados por el mismo ni que le beneficien, es otro argumento que conduce a estimar que la*



cláusula, en estos aspectos, provoca un desequilibrio importante.

Así:

*-En cuanto a gastos de arancel de Notario y gastos de Registro de la Propiedad, como expresa la STS. de 23 de diciembre de 2015 "la cláusula discutida no sólo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista".*

En efecto, a diferencia de lo acaecido con otro tipo de contratos (por ejemplo, el caso de la compraventa, art. 1455 del C.c.), nuestro legislador no ha optado, por lo menos por el momento, por promulgar una norma reguladora de este tipo de gastos cuando de préstamos con garantía hipotecaria se refiere.

Así las cosas, tal y como están redactadas las normas reguladoras del Arancel de los Notarios y de los Registradores (RD 1426/89 en cuanto al Notario y RD 1427/89 respecto del Registrador, ambos de 17 de noviembre), no parece que las mismas persigan fijar un pagador en concreto sino que, a la vista de su redacción, son normas que van destinadas a asegurar el cobro de dichos aranceles pero que no se entrometen (pues tampoco incumbe a estas normas, habida cuenta de su ámbito y finalidad) en establecer a quién le corresponde pagar estos gastos dentro de la relación interna de las partes en un contrato de préstamo con hipoteca. Así, en cuanto al Notario, dispone dicha norma que: "La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente". Y, en cuanto al Registrador: "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 art. 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado".



Como advierte la STS. ya citada, la aplicación de estas normas hubiera permitido que, en el contrato que nos ocupa, se hubiera realizado una distribución equitativa de estos gastos entre prestamista y prestatario.

Por el contrario, el haber atribuido al prestatario la totalidad del pago de estos aranceles conduce, entre las demás valoraciones ya efectuadas anteriormente, a considerar dicha atribución como indicativa del desequilibrio importante de derechos y obligaciones y, con ello, a la consideración de la nulidad de la cláusula considerada en su conjunto.

-En cuanto a los gastos de tasación, conforme a la Ley 2/1981 de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario, la tasación del inmueble es obligatoria para poder constituir una hipoteca en garantía de un préstamo. Ahora bien, tampoco esta ley -ni ninguna otra norma- señala a quién ha de corresponder el abono de los gastos de esta tasación en la relación entre prestamista-prestatario. Lo único que dispone esta ley al respecto, en su art. 3 bis, es que "las entidades de crédito, incluso aquellas que dispongan de servicios propios de tasación, estarán obligadas a aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en la presente Ley y no esté caducada según lo dispuesto legalmente, y ello sin perjuicio de que la entidad de crédito pueda realizar las comprobaciones que estime pertinentes, de las que en ningún caso podrá repercutir su coste al cliente que aporte la certificación".

Por tanto, de esta previsión no se deriva que sea el prestatario al que corresponda abonar y, además, íntegramente, el coste de la tasación y que el Banco sólo tenga que sufragar el coste de las comprobaciones extra si se le presenta por el propio cliente una tasación efectuada a su instancia. Por consiguiente, esta previsión legal no enerva la obligación judicial (que no sólo facultad) de analizar si esta cláusula que atribuye estos gastos, íntegramente, al prestatario-hipotecante, causa, en el caso concreto, un desequilibrio importante de derechos y obligaciones.

Y, al igual que lo acaecido con los gastos de Notaría y Registro, ese desequilibrio ha de predicarse por los mismos argumentos considerados por el Tribunal Supremo: la aplicación de la regulación legal hubiese permitido un reparto equitativo de este gasto entre ambas partes y, pese a ello y a la circunstancia de que es la prestamista la que



tiene interés y se beneficia de la hipoteca, traslada la totalidad de su coste, junto con todos los demás gastos que conlleva la constitución de la garantía, al prestatario.

Además, el tenor de la cláusula en esta materia no da opción al prestatario para poder presentar él mismo su propia tasación (sujeta a los requisitos legales), esto es, el prestatario-hipotecante se ve compelido a asumir ese gasto, en todo caso, sin posibilidad alguna de negociación.

En resumen, el desequilibrio se produce en un doble aspecto: por tener que abonar el prestatario, íntegramente, este importe junto con todos los demás pese a la posibilidad, facilitada por las normas, de haber repartido equitativamente todos los gastos relativos a la hipoteca cuya constitución, económicamente, sólo beneficia al Banco; y por no haber dado opción a presentar una tasación propia ni existir negociación en la determinación de la entidad que iba a efectuar la tasación.

-Similares y paralelas consideraciones merece la atribución del pago de los gastos de gestoría con el añadido de que, en este caso, la intervención de una gestoría no es ni legal ni reglamentariamente obligatoria.

Se trata, pues, del precio de un servicio que, en realidad, el prestatario no ha solicitado expresamente sino que le viene impuesto por la entidad prestamista que es la que, para asegurarse de que se proceda a la llevanza de la Escritura Pública ante la oficina liquidadora de impuestos y, posteriormente, se inscriba en el Registro, es a la que le interesa la intervención de un gestor profesional que se encargue de este menester.

De nuevo, ha de entenderse que son gestiones para asegurar que la hipoteca quede constituida; hipoteca en la que, como expresa el Tribunal Supremo, es al Banco al que beneficia.

Y ni siquiera consta que el Banco diera oportunidad a los prestatarios en la elección de la gestoría en cuestión.

Por tanto, ni se ha dado al prestatario la posibilidad de negociar que intervenga o no intervenga una gestoría profesional sino sólo la de aceptar la encomienda de estos servicios a una empresa y abonar íntegramente su coste; y ni siquiera consta que se le hubiese dado la oportunidad de influir en la elección de la gestoría en cuestión.





Por todo lo expuesto, tanto desde el punto de vista del "desequilibrio importante de derechos y obligaciones" y su interpretación jurisprudencial nacional y comunitaria, como desde el punto de vista de la ley nacional (lista de cláusulas abusivas), la cláusula que nos ocupa es nula de pleno derecho.

Y, frente a ello, no es argumento atendible la invocación de la Directiva Comunitaria 17/2014 (pendiente de trasposición en España y cuyo plazo, para ello, finalizó en marzo de 2016) pues dicha Directiva va destinada, precisamente, a regular los requisitos de información que debe verificar la entidad de crédito frente a su cliente con la finalidad de servir de protección al consumidor que contrata un crédito para adquirir una vivienda con uso residencial. Por tanto, el hecho de que esta Directiva se refiera expresamente a la exigencia de que se informe al consumidor del coste total del crédito, incluidos todos los gastos (que, a título ejemplificativo, enumera), de ningún modo significa que se esté dando carta de naturaleza a la traslación íntegra de estos gastos al consumidor. En definitiva, lo que se pretende con esta Directiva no es, ni mucho menos, derogar la protección del consumidor frente a "cláusulas abusivas" que generen desequilibrios importantes en derechos y obligaciones sino, por el contrario, dotar de mayor protección al consumidor desde el punto de vista de las exigencias informativas que deben ser verificadas por el profesional a fin de que el consumidor conozca, cumplidamente, no sólo cuál es el interés remuneratorio que ha de abonar por el crédito sino todos los demás costes que haya que asumir.

Por tanto, la mención a dichos "costes", ajenos o paralelos al propio interés remuneratorio, no puede ser interpretada, como se ha dicho, como una previsión o permiso para trasladar al consumidor todos y cada uno de los gastos de la operación, incluso los que por la ley nacional no le correspondieran, ni a derogar el control judicial del eventual desequilibrio importante que la cláusula accesoria reguladora de los gastos pueda conllevar.

**SEXTA.- Consecuencias de la nulidad de la cláusula de gastos. Reclamación de cantidades ya pagadas por el prestatario.**

Tras la relevante S. del TJUE de 14 de junio de 2012 (origen de la reforma operada por Ley 3/2014 de 27 de Marzo)



el art. 83 del TRDCU dispone que: "Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas".

En efecto, en dicha S. el Tribunal vino a recordar que las cláusulas abusivas "no vincularán al consumidor" por lo que el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible.

Queda, pues, interdictada la moderación o integración por cuanto si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13, esto es, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.

Además, también el TJUE ha declarado que la existencia de una norma de carácter supletorio tampoco debe impedir la apreciación del carácter abusivo de la cláusula y, con ello, las consecuencias derivadas de dicha nulidad.

Hechas las referidas consideraciones, debe procederse a resolver las consecuencias de la nulidad de la cláusula que nos ocupa de manera que el prestatario ostente la misma situación que si nada se hubiera pactado en materia de gastos del préstamo hipotecario.

Y, así las cosas, la primera cuestión que se hace preciso destacar es que las cantidades que ya ha abonado el prestatario por aplicación de esta cláusula no son cantidades que hubiera percibido el Banco sino importes satisfechos a terceros (Notario, Registrador, empresa de tasación, gestoría) cuya intervención en la operación ha



devengado la obligación de abonar estos aranceles y/o el coste de dichos servicios así como, en el caso del impuesto, cantidades abonadas a la Administración Tributaria por aplicación de la legislación fiscal. Por tanto, no estamos en presencia de prestaciones percibidas o cobradas por el Banco y que, por aplicación del art. 1303 del C.c., el Banco deba "restituir" con sus intereses.

En definitiva, una vez declarada la nulidad de la cláusula, la recuperación de los importes ya abonados por la parte prestataria no forma parte del efecto restitutorio ex lege del art. 1303 del C.c. sino que vendría a fundamentarse en el derecho indemnizatorio que asiste al prestatario frente al Banco o, en último término, en la proscripción del enriquecimiento injusto.

Por tanto, no se trata de que el Banco tenga que abonar al prestatario todos y cada uno de los importes abonados por el mismo en concepto de gastos e impuestos sino que deberá procederse como si la cláusula no hubiera operado nunca y, por tanto, atendiendo a la normas aplicables en defecto de pacto.

En base a ello, ha de darse la siguiente respuesta a la reclamación de las distintas cantidades contenidas en la demanda:

1.- Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

La normativa aplicable a la operación de préstamo con hipoteca en materia de impuestos viene dada por el RD Legislativo 1/93 de 24 de septiembre, el cual, al regular en su Título Primero las Transmisiones Patrimoniales, se refiere en su art. 7 al Hecho Imponible señalando como tal en su apartado 1.B) "la constitución de derechos reales, préstamos, fianzas, arrendamientos, pensiones y concesiones administrativas".

Respecto al sujeto pasivo, en su art. 8 establece que estará obligado al pago del Impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: "c) En la constitución de derechos reales, aquél a cuyo favor se realice este acto; d) En la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el prestatario".

Ahora bien, el art. 15 dispone que 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.

Finalmente, ha de citarse el art. 7.5 que dispone que: "No estarán sujetas al concepto de «transmisiones patrimoniales onerosas» las operaciones enumeradas anteriormente cuando sean realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional".

En su Título Tercero, que regula los Actos Jurídicos Documentados, conforme al art. 27, se sujetan a gravamen en los términos que se previenen en los artículos siguientes: a) Los documentos notariales, señalando el art. 28, en cuanto al hecho imponible, que están sujetas las escrituras, actas y testimonios notariales, estableciendo en cuanto al sujeto pasivo el art. 29 que se considerará como tal el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquéllos en cuyo interés se expidan.

Por su parte, el Reglamento del Impuesto de Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados (RD 828/95, de 29 de Mayo) regula en su Título Tercero los Actos Jurídicos Documentados, disponiendo en su Capítulo Primero (Principios Generales) en concreto, en su art. 66 que se sujetan a gravamen, en los términos que se previenen en los artículos siguientes: a) Los documentos notariales.

Los mismos aparecen regulados en el Capítulo Segundo, el cual señala, en cuanto al hecho imponible (art. 67) que están sujetas las escrituras, actas y testimonios notariales y en su art. 68, respecto del sujeto pasivo o contribuyente, que lo será el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales o aquéllos en cuyo interés se expidan, aclarando que cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario.

Establecido, así, el marco legal, lo que se está reclamando en los presentes autos es la cantidad que ha abonado el prestatario en concepto de ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS.

Y, por lo que se refiere a este impuesto, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en interpretación de los preceptos normativos anteriormente transcritos, tiene resuelto (en SS. de 31 de octubre, 20 de julio y 20 de enero de 2006), en relación con el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados *"que la interpretación*



tradicional de esta Sala ha aceptado siempre la premisa de que el hecho imponible, préstamo hipotecario, era y es único, y que, por tanto, la conclusión de su sujeción a AJD, hoy por hoy, es coherente, cualesquiera sean las tendencias legislativas que, en un futuro próximo, pudieran consagrar su exención en esta última modalidad impositiva, introduciendo la necesaria claridad en el sistema aplicativo de un impuesto, como el de AJD, que tantas dificultades encierra en su actual configuración, como ha hecho finalmente la Ley 14/2000, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, al añadir un nuevo apartado 18 al art. 45.I.B del Texto Refundido del ITP y AJD vigente de 24 de septiembre de 1.993, aunque, obviamente, no sea de aplicación al caso aquí cuestionado. En cualquier caso, la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible es el prestatario, de conformidad con lo establecido en el art. 8º d), en relación con el 15.1 del Texto Refundido ITP y AJD, y en relación, asimismo, con el art. 18 del Reglamento de 1.981, hoy art. 25 del vigente de 29 de Mayo de 1.995, que, por cierto, ya se refiere a la constitución de, entre otros, derechos de hipoteca en garantía de un préstamo y no a la de préstamos garantizados con hipoteca".

En el mismo sentido se pronuncian también las sentencias de 19 y de 23 de noviembre de 2.001, 24 de junio de 2.002, 14 de mayo y 20 de octubre de 2.004 y 27 de marzo de 2.006. Esta última sentencia rechaza un recurso de casación para la unificación de doctrina, porque la doctrina contenida en la sentencia recurrida, que mantenía la tesis impugnada, no debe ser rectificada porque coincide con la jurisprudencia de esta Sala que, de manera reiterada, ha entendido que el artículo 30 (hoy 29) del Texto Refundido del ITP y AJD de 1.980 (artículo 68 del Reglamento) señala que, en la modalidad de documentos notariales del IAJD, "será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan" y que ese adquirente del bien o derecho sólo puede ser el prestatario, no ya por un argumento similar al de la unidad del hecho imponible en torno al préstamo, conforme ocurre en la modalidad de transmisiones onerosas arts. 8º.d), en relación con el 15.1 del Texto Refundido y con el art. 18 de su Reglamento, sino porque el "derecho" a que se refiere el precepto es el préstamo que refleja el documento notarial, aunque este se encuentre garantizado con hipoteca y sea la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad elemento constitutivo del derecho de garantía. En definitiva, cuando el art. 31 del Texto Refundido exigía, entre otros que ahora



no interesan, el requisito de que las escrituras o actas notariales contengan actos o contratos inscribibles en el Registro de la Propiedad, está refiriéndose, indisolublemente, tanto al préstamo como a la hipoteca. Buena prueba de que es así la constituye el que el Reglamento vigente de 29 de mayo de 1995 que, aun no aplicable al supuesto de autos, tiene un indudable valor interpretativo, en el párrafo 2º de su art. 68, haya especificado que "cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario".

Por tanto, la aplicación de las normas tributarias y de la jurisprudencia que interpreta las mismas conduce a la consideración de que el impuesto abonado por el prestatario correspondía legalmente al mismo por lo que no puede condenarse a la entidad hoy demandada a su resarcimiento frente a aquel.

Es consciente esta Juzgadora de que el Tribunal Supremo en la ya más que citada S. de 23 de diciembre de 2015 alude a que "la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho". Pero estas consideraciones se efectúan obiter dicta en tanto en cuanto no fue objeto del recurso de casación resuelto por esta sentencia decidir sobre la obligación del banco de abonar al prestatario la cantidad ya satisfecha por éste en concepto de este impuesto.

Ha de insistirse en que, tras declarar la nulidad de esta cláusula, la situación del prestatario debe ser la misma que si nada se hubiera pactado.

Y si nada se ha pactado al respecto, la determinación del sujeto pasivo de este tributo debe responder a lo que la ley tributaria establezca.

Y si la aplicación de dicha ley ha generado dudas interpretativas y las mismas han sido resueltas, en reiteradas resoluciones, por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, no resulta dable al juez civil dejar de aplicar dicha doctrina jurisprudencial contencioso-administrativa pues no es el derecho civil el que rige en orden a dilucidar la cuestión relativa a quién es el sujeto pasivo del impuesto sino que, una vez efectuada la tarea de control de contenido de una cláusula contractual y declarada su nulidad, lo que procede aplicar, con efectos prejudiciales,



es la norma reguladora del impuesto y la jurisprudencia contencioso-administrativa correspondiente a la misma.

Y con ello no se está infringiendo la prohibición de integración o moderación pues la cláusula declarada nula queda expulsada del contrato pero, al no tratarse de un efecto restitutorio ex lege de prestaciones sino de un impuesto, el mismo debe ser abonado por quien corresponda legalmente y, por tanto, por el prestatario, actuándose con ello de la misma manera que si la cláusula no hubiera existido.

## 2.- Aranceles de Notaría y de Registro.

Entiende esta Juzgadora que, al no haber procedido el Banco, al incorporar unilateralmente esta cláusula en el contrato, a realizar un reparto equilibrado de estos gastos entre ambas partes (que, se insiste, las normas arancelarias no sólo permitían sino que lo facilitaban sobremanera), lo cual hubiera sido tanto aceptable como razonable desde el punto de vista de las exigencias de la buena fe, lo que sí que no es aceptable es que el juez proceda, a posteriori, a realizar dicha distribución por cuanto ello, según lo ya expuesto, sí supondría ejercitar una facultad moderadora proscrita.

Es así que ha de resolverse la cuestión conforme al criterio del beneficio o interés, al que también aluden expresamente las normas reguladoras de estos aranceles, esto es, cuál de las partes es la que provoca, solicita, gestiona y se beneficia de la formalización del contrato en documento público y de su inscripción en el Registro.

Y, conforme a dicho criterio, se hace evidente que el interés y el beneficio es del Banco y no del prestatario.

En efecto, el otorgamiento de Escritura Pública concede al prestamista indudables ventajas pues obtiene un título ejecutivo que, además, en caso de constitución de hipoteca y su inscripción en el Registro, le confiere una garantía real y le da acceso al proceso especial de ejecución hipotecaria.

No se niega la lógica aplastante de que el Banco, antes de conceder en concepto de préstamo una cantidad de dinero, se asegure de contar con garantías de devolución y, para el caso de cantidades considerables de dinero, lo haga exigiendo una hipoteca. Pero, en definitiva, la necesidad de abonar los gastos de Notario y, en el caso de constitución de hipoteca, de Registrador, responde a dicho interés económico del Banco de asegurarse la devolución de lo



prestado. Así, conforme a lo dispuesto en el art. 63 del TRDCU, la documentación de un contrato debe ser gratuita para el consumidor y, por tanto, en un préstamo, al cliente le basta con un mero documento privado que cumpla las exigencias informativas del TRDCU 1/2007. Por tanto, el interés que tiene el prestatario es el de obtener el dinero prestado y, obviamente, si para obtener el préstamo se hace preciso constituir una hipoteca claro que también ostenta interés en otorgar documento público y que el mismo se inscriba en el Registro pero es un interés jurídico, esto es, en el éxito final de la propia operación contractual, pero no económico. El beneficio o interés en términos económicos o prestacionales es sólo del Banco.

En definitiva, de la misma manera que se revela evidente que la garantía hipotecaria es una condición que debe aceptar el prestatario si quiere obtener una cantidad relevante de dinero en concepto de préstamo, también se revela igualmente evidente que a quien sirve dicha garantía hipotecaria sólo es al Banco.

De igual manera, si tras el otorgamiento de la Escritura y la inscripción de la hipoteca, el Banco pretende obtener nuevas copias o certificaciones, también es evidente que sólo al mismo le interesa y beneficia.

Y, finalmente, todos estos argumentos resultan de aplicación, aún más si cabe, al caso de la cancelación de la hipoteca. Habida cuenta que la hipoteca se inscribe como mecanismo de garantía de cumplimiento de la obligación garantizada, no es lógico que, pagado el préstamo y cumplida dicha obligación, tenga que ser el prestatario el que abone los gastos necesarios para la cancelación registral de dicha garantía en orden a obtener la liberación del inmueble en el Registro. Es acorde con las exigencias de la buena fe que aquel a cuyo favor se inscribió la carga sea quien la cancele una vez que no ha tenido que hacerse uso de dicha garantía al haber cumplido el prestatario sus obligaciones.

Por todo lo expuesto, el Banco ha de indemnizar al cliente en la cantidad por éste abonada en concepto de gastos notariales y registrales en su totalidad y sin reparto alguno.

En este caso, según se acredita documentalmente con la demanda, la parte prestataria ha abonado, a su costa, las cantidades de 681,51 y 207,41 euros por estos conceptos conforme consta en las facturas acompañadas, emitidas a su nombre.





### 3.- Gastos de tasación y de gestoría.

Los mismos argumentos caben ser reproducidos en cuanto a estos gastos.

Como ya se ha hecho referencia, no existe norma legal de atribución de los mismos. Al no haberse procedido, en el contrato, a su reparto equitativo, no puede sino atenderse, de nuevo, al criterio del interés económico (no al meramente jurídico) tanto en la realización de la tasación como en la intervención de una gestoría.

En cuanto a la tasación, pese a ser un trámite obligatorio, lo es sólo en cuanto a la hipoteca y, por tanto, su constitución sólo interesa económicamente al Banco limitándose el interés -jurídico- del prestatario a cumplir una condición para que le sea concedido el préstamo.

Y, en cuanto a la gestoría, su intervención, no necesaria ni obligatoria sino sólo conveniente en beneficio del Banco, determina, igualmente, el derecho del prestatario a ver resarcido su importe.

Según consta en la documentación aportada con la demanda (facturas) se trata de 458,20 euros y 305,08 euros.

### **SEPTIMO.- Examen de la cláusula en materia de intereses de mora.**

En primer lugar, la respuesta que procede dar a la acción destinada al estudio de esta cláusula accesoria nada tiene que ver con el hecho de que el Banco no haya hecho aplicación de la misma (por no haberse dado el presupuesto -impago o retraso- para dicha aplicación) pues en tanto esta cláusula forme parte del contrato, existe acción para obtener su nulidad.

Pues bien, dentro de la lista de cláusulas abusivas contenida en el TRDCU, el art. 85.6 incluye aquellas que "supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla sus obligaciones" siendo así que el interés moratorio participa, claramente, de una naturaleza indemnizatoria derivada del retraso o impago de cuotas derivadas de un préstamo u operación similar.

Por tanto, no se trata de que toda cláusula que establezca el devengo de un interés moratorio en caso de impago o de retraso en el pago sea nula sino que habrá que determinar si, por la forma y condiciones del devengo de la mora (especialmente, en cuanto al tipo aplicable) supone una sanción



desproporcionadamente elevada lo que, como se ha dicho, el legislador ya califica como abusivo.

Y, para valorar la referida desproporción, el Tribunal Supremo, en S. de Pleno de 23 de Diciembre de 2015 (y posterior de 3 de Junio de 2016) ha resuelto que "el límite cuantitativo del art. 114.3 de la LH (tres veces el interés legal del dinero) no puede ser la única referencia para la determinación del límite al interés moratorio convencional en los préstamos hipotecarios" de tal manera que "el límite cuantitativo del citado precepto de la Ley Hipotecaria no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas sino fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial o registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite ni siquiera tengan acceso al documento contractual ni en su caso, resulten inscritas".

Por tanto, los parámetros a emplear, como continúa manifestando esta S. son: "la comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicables en defecto de acuerdo o bien la consideración sobre si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual, entre otras posibles". Y, en relación con el segundo criterio, el Alto Tribunal advierte que "hay una correlación entre lo pactado como interés remuneratorio y lo convenido para el caso de demora. Por ello, el pacto de intereses moratorios no sólo tiene como finalidad un efecto disuasorio para el deudor sino también está previendo la remuneración misma que va a recibir el acreedor durante el período de tiempo por el que se prolongue la mora... El interés de mora supone un incremento destinado a indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento por el prestatario de los plazos estipulados para el pago de las cuotas de amortización del préstamo con la función añadida de disuadir al prestatario de retrasarse en el cumplimiento de sus obligaciones". De ahí que, finalmente, decida que "respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la S. 265/2015 de 22 de abril para los préstamos personales de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado".

En el presente caso, el interés moratorio pactado es del 20% anual por lo que supera, con creces, tanto el interés legal (norma nacional de aplicación en defecto de acuerdo) como, en mucho más de dos puntos, el interés remuneratorio pactado (el consumidor no hubiera aceptado esta cláusula en el marco de una negociación individual), de lo que cabe deducir su carácter abusivo.



Por ello, la cláusula que fija este tipo de interés es nula por abusiva y, conforme a lo ya resuelto anteriormente, la consecuencia jurídica es la nulidad de pleno derecho, sin posibilidad de integración alguna, esto es, ni cabe moderación judicial del tipo aplicable ni tampoco su "reducción" conforme al art. 114 de la LH o en aplicación de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 1/2013 (que prevé el recálculo de la cantidad en concepto de mora para préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual constituidos con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley). En efecto, no existe incompatibilidad o contradicción entre esta norma interna y la normativa y jurisprudencia europeas, por lo que la tarea de control de las cláusulas abusivas y su correspondiente consecuencia de nulidad total sin efecto alguno es independiente a la previsión normativa de la cantidad recalculada cuya eficacia, a efectos de despachar ejecución, sólo vendrá referida a los supuestos en que los intereses de mora sean excesivos pero no a los casos de nulidad total de la cláusula en cuestión, nulidad total que concurre en el presente caso.

Además, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ratificado, en S. de 21 de Enero de 2015 que, en efecto, la referida Disposición Transitoria no impide que el Juez pueda declarar nula, por abusiva, la cláusula en materia de intereses moratorios pues dicha Disposición legal será efectiva siempre y cuando: no prejuzgue la apreciación por parte del juez nacional del carácter abusivo de la cláusula y no impida que ese mismo Juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que aprecie que es abusiva. Y en posterior Auto de 11 de Junio de 2015 viene a incidir en que el juez nacional no puede aplicar supletoriamente la normativa nacional salvo para los casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligara el juez a anular el contrato en su totalidad en detrimento de la posición jurídica del consumidor.

Y esta doctrina es la igualmente recogida en S. de nuestro Tribunal Supremo de 23 de Diciembre de 2015 que haciéndose eco de lo ya expuesto por el Tribunal de la Unión Europea insiste en que "el art. 114.3 de la LH no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa de protección de consumidores".

Finalmente, en cuanto a la doctrina contenida en la STS referida conforme a la cual, para los préstamos hipotecarios, al igual que para los personales (S. de Pleno de 24 de abril de 2015, reiterada posteriormente en sendas SS. de 7 y 8 de Septiembre de 2015), la nulidad de la cláusula de mora no impide que sigan devengándose intereses remuneratorios del capital, no obsta la estimación de la demanda en este punto, esto es, en nada afecta a la declaración de nulidad de la cláusula en cuestión y a que ésta quede sin efecto alguno con



la consecuencia de que, por tanto, ningún interés moratorio pueda devengarse en caso de retraso o de impago.

#### **OCTAVO.- Intereses.**

En materia de intereses, es de aplicación lo dispuesto en los arts. 1100 y 1108 del C.c., devengándose los legales desde la interpelación extrajudicial, en este caso, desde el 14 de marzo de 2017.

#### **NOVENO.- Costas procesales.**

La estimación parcial de la demanda determina, por aplicación del art. 394 de la LEC, la ausencia de condena en costas procesales a ninguna de las partes sin que esta Juzgadora entienda que, pese a la declaración de nulidad de las dos cláusulas sometidas a enjuiciamiento, la estimación haya sido "esencial" pues la partida reclamada en concepto de impuestos (tras nulidad de la cláusula de gastos) ostenta una relevancia sobre el objeto del litigio que impide acudir a la doctrina de la estimación en esencia de la pretensión a efectos de imposición de costas a la parte vencida.

*Vistos los preceptos citados y demás de pertinente y general aplicación*

#### **FALLO**

*Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Doña [redacted] en nombre y representación de Don [redacted] y Doña [redacted] contra BBVA S.A., representada por el Procurador Don [redacted] debo declarar y declaro nula la cláusula quinta, reguladora de los gastos; y la cláusula sexta, reguladora de los intereses de mora, contenidas en la Escritura de Préstamo Hipotecario suscrita por las partes en fecha 6 de noviembre de 2009, las cuales se tienen por no puestas; condenando a la demandada a abonar a los actores la cantidad de mil seiscientos cincuenta y dos euros con veinte céntimos (1.652,20 euros) más intereses legales desde el 14 de marzo de 2017 hasta su completo pago; sin imposición de costas procesales a ninguna de las partes.*

*Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma cabe interponer en este Juzgado recurso de apelación en el plazo*





de veinte días desde la notificación, que será resuelto por la Iltma. Audiencia Provincial de Murcia.

Será requisito preciso para tener por interpuesta la apelación la constitución de un depósito de CINCUENTA EUROS en la cuenta de consignaciones de este Juzgado, lo que así habrá de acreditarse, sin el cual no se dará trámite al recurso.

Inclúyase la presente en el libro de sentencias poniendo en las actuaciones certificación de la misma.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.



Notificado: 24/11/2017

Ref. Letrado: 24/17

Letrado: ANGEL VICENTE LOPEZ

### Cabecera

Remitente:	[3003042711] JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 1 1 BIS
Asunto:	Comunicación del Acontecimiento 36: RESOLUCION 00021/2017 Est.Resol:Publicada
Fecha LexNET:	jue 23/11/2017 10:53:03

### Datos particulares

Remitente:	[3003042711] JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 1 1 BIS
Destinatario:	
Traslado de copias:	-
Nº procedimiento:	<b>0000089/2017</b>
Tipo procedimiento:	<b>OR5</b>
Descripción:	
Su referencia:	-
Identificador en LexNET:	201710179397482

### Archivos adjuntos

Principal:	300304271100000046702017300304271111.PDF
Anexos:	-

### Lista de Firmantes

Firmas digitales:	-
-------------------	---