

JUDO. PRIMERA INSTANCIA N. 2 MURCIA

SENTENCIA: 00040/2018

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

CIUDAD DE LA JUSTICIA, AVDA. JUSTICIA S/N 30011 FASE II PLANTA PRIMERA
Teléfono: 968 277441-968277442, Fax: 968 879577
Equipo/usuario: SGM
Modelo: N04390

N.I.G.: 30030 42 1 2017 0005917

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000352 /2017

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

D/ña.

Procurador/a Sr/a. ()

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

DEMANDADO D/ña. BANKIA

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA

En Murcia, a uno de febrero de dos mil dieciocho.

Vistos por mí () (), Magistrada titular del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta Ciudad, los presentes autos de juicio ordinario, seguidos en este Juzgado con el número **352/17** a instancias de () y de () representados por la Procuradora Olga Navas Carrillo y defendidos por el Abogado Angel-Vicente López Gómez, contra la entidad **BANKIA, S.A.** declarado en situación procesal de rebeldía; que tiene por objeto la declaración de nulidad de condiciones generales de la contratación y condena dineraria.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por la Procuradora Olga Navas Carrillo en nombre y representación de () y de () se presentó escrito que por reparto correspondió a este Juzgado promoviendo demanda de juicio ordinario



contra la entidad “Bankia, S.A.”, en la que tras exponer los hechos que en esencia se describirán posteriormente y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, solicitaba al Juzgado que admitiese la misma, y previos los trámites legales se dicte en su día Sentencia por la que, se declare:

1. NULIDAD DE LAS CLAUSULAS DE GASTOS contenidas en los contratos de préstamo hipotecario y los efectos de declarar dicha nulidad:

1.1 Escritura de préstamo de 14.04.05: Nulidad de la cláusula quinta (5ª) de gastos y se condene a la demandada a devolver hasta la cantidad de 2.810,32€

1.2 Escritura de ampliación y modificación 19.02.09: Nulidad de la cláusula quinta (5ª) de gastos.

1.3 Escritura de préstamo de 06.11.13: Nulidad de la cláusula undécima (11ª) 22/22 de gastos y se condene a la demandada a devolver hasta la cantidad de 1.474,78 €

1.4 Escritura novación préstamo de 12.11.15: Nulidad de la cláusula cuarta (4ª) de gastos y se condene a la demandada a devolver hasta la cantidad de 955,72 €.

1.5 Escritura de préstamo de 12.11.15: Nulidad de la cláusula quinta (5ª) de gastos y se condene a la demandada a devolver hasta la cantidad de 2.122,39 €

1.6 Escritura de cancelación de préstamo de 03.06.16: Nulidad de la cláusula primera (1ª) de gastos y se condene a la demandada a devolver hasta la cantidad de 446,43 €.

2. Más los intereses legales devengados desde la fecha de la reclamación extrajudicial.

3. Todo ello con expresa condena en costas a la demandada.

Segundo.- Admitida a trámite la demanda y emplazada la parte demandada no compareció, siendo declarada en rebeldía.

Tercero.- Señalado día para la celebración de audiencia previa, comparecieron las partes; la demandante ratificó la demanda y solicitó como prueba la de documentos aportados con la misma; no solicitada prueba por la parte demandada, quedaron los autos sin más trámite conclusos para emitir sentencia.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Relato de la demanda.

Escritura de préstamo hipotecario de fecha 14 de Abril de 2005: En fecha 14.04.05, _____, concertaron con la entidad “Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante (Bancaja)”, hoy BANKIA, un préstamo con garantía hipotecaria por un principal de 114.000.-€, un plazo de amortización de veinticinco (25) años y a un interés variable Euribor más 1,35 puntos. El citado contrato de préstamo hipotecario contempla cláusulas abusivas que por tal condición deben estimarse nulas con los efectos inherentes a la declaración de nulidad. Dichas cláusulas sobre las que insta acción de nulidad son las siguientes: a) Cláusula de gastos a cargo de la parte prestataria (CLAUSULA QUINTA) “Serán a cargo del prestatario los gastos ocasionados por: 1. Tasación del inmueble hipotecado, 2. Aranceles notariales y registrales ocasionados por la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca y demás garantías prestadas, si las hubiere, 3. Impuestos ocasionados por los mismos conceptos, 4. Gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la Oficina Liquidadora del Impuesto, 5. Los gastos de notaría, registro, impuestos y gestoría que sean de aplicación a los títulos públicos que se hubiesen otorgado con carácter previo y necesario para la inscripción registral de la escritura en la que se formaliza esta operación, así como los que se ocasionen o deriven de la cancelación de las cargas o gravámenes preferentes a la hipoteca que se constituye en esta escritura. 6. Los gastos procesales o de otra naturaleza derivados del incumplimiento por el prestatario de su obligación de pago, 7. Los gastos suplidos previos por la obtención de certificaciones y notas simples del Registro de la Propiedad, 8. Los gastos de correo y envío derivados de esta operación.” Tras la firma de la escritura, efectuada en la Notaría de D. Agustín Navarro Nuñez sita en Murcia, los ahora demandantes abonaron todos los gastos de constitución de la hipoteca en virtud de la cláusula transcrita, cuya cuantía ascendió a 2.810,32€. Dicha cantidad se desglosa en los siguientes conceptos: 1. 448,80€ de gastos de Notaría, 2. 146,55€ honorarios del Registro de la Propiedad, 3. 1.747,05€ del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, 4. 206,92€ de honorarios gestoría GRUPO BC. 5. 261€ honorarios tasación de la vivienda.



Escritura de ampliación y modificación de préstamo hipotecario de fecha 19 de Febrero de 2009: Con fecha 19.02.2009, volvieron a firmar un nuevo préstamo de novación y ampliación del préstamo descrito con la entidad demandada por un importe de 11.768,44€. El citado contrato de préstamo hipotecario incluye la siguiente cláusula sobre la que se insta acción de nulidad: b) Cláusula de gastos a cargo de la parte prestataria (CLAUSULA QUINTA) “Serán a cargo del prestatario los gastos ocasionados por: 1. Tasación del inmueble hipotecado, 2. Aranceles notariales y registrales ocasionados por la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca y demás garantías prestadas, si las hubiere, 3. Impuestos ocasionados por los mismos conceptos, 4. Gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la Oficina Liquidadora del Impuesto, 5. Los gastos de notaría, registro, impuestos y gestoría que sean de aplicación a los títulos públicos que se hubiesen otorgado con carácter previo y necesario para la inscripción registral de la escritura en la que se formaliza esta operación, así como los que se ocasionen o deriven de la cancelación de las cargas o gravámenes preferentes a la hipoteca que se constituye en esta escritura. 6. Los derivados de la conservación del inmueble hipotecado, así como del seguro de daños del mismo. 7. Los gastos extrajudiciales derivados del incumplimiento por el prestatario de su obligación de pago, sin perjuicio de las costas judiciales que en su caso proceda. 8. Los gastos suplidos previos por la obtención de certificaciones y notas simples del Registro de la Propiedad, 9. Los gastos de correo y envío derivados de esta operación.”

Escritura de préstamo hipotecario de fecha 06 de Noviembre de 2013: Con fecha 06.11.2013, volvieron a concertar un nuevo préstamo hipotecario con la entidad demandada por un principal de 12.185.-€. Dicho préstamo se concedió para favorecer el pago de las deudas que habían contraído con la entidad demandada, en particular de las cuotas atrasadas que debían del préstamo con garantía de primera hipoteca mencionada. El citado contrato de préstamo hipotecario incluye la siguiente cláusula sobre la que se insta acción de nulidad: A) Cláusula de gastos a cargo de la parte prestataria (CLAUSULA UNDECIMA) “ El cliente, expresamente asume y se obliga a pagar los gastos, suplidos y tributos de toda clase derivados del presente contrato, con independencia de quien sea el sujeto pasivo del impuesto, tanto los que se hayan originado como los que se originen en el futuro o que se encuentren pendientes



de pago y en particular: gastos de correo, gastos de tasación del inmueble, gastos por la intervención de los Notarios en la instrumentación y desarrollo de los pactos previstos en el mismo, incluyendo la primera copia con carácter ejecutivo para la entidad acreedora, los derivados de la modificación, subsanación y cancelación de esta escritura, los honorarios del Registrador para su inscripción de la presente escritura y de las de modificación, subsanación o cancelación, así como el coste de los documentos de fedatario público necesarios para la ejecución judicial de la deuda. Bankia queda autorizada para encargar por cuenta del cliente la realización de los trámites necesarios para la inscripción en el Registro de la Propiedad de la presente escritura y de los documentos previos y complementarios que fueran precisos a tal fin. A los solos efectos de obtener la inscripción de la presente escritura en el Registro de la Propiedad, el cliente apodera a BANKIA para que en su nombre y representación realice las gestiones necesarias para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que se constituye en la presente escritura y en su caso de los títulos previos a ella, y además siempre que ello no afecte a las condiciones económicas del préstamo garantizado, otorgue los documentos complementarios que fueran necesarios con tal fin, incluso eventuales escrituras de subsanación, rectificación o aclaración que pudieran ser necesarias a la vista de la calificación verbal o escrita del Registrador.” Tras la firma de la escritura, efectuada en la Notaria de D. Gerardo Torrecillas Casitas sita en Murcia, se abonaron todos los gastos de constitución de la hipoteca en virtud de la cláusula transcrita, cuya cuantía ascendió a 1.474,78€. Dicha cantidad se desglosa en los siguientes conceptos: 1. 648,28€ de gastos de Notaría, 2. 75,43€ honorarios del Registro de la Propiedad, 3. 322,73€ Impuesto Actos Jurídicos Documentados, 4. 428,34€ de honorarios gestoría CASABLANCA 2002.

Escritura de novación de préstamo hipotecario de fecha 12 de Noviembre de 2015: Con fecha 12.11.2015, solicitaron de la entidad demandada una novación del préstamo hipotecario concertado en fecha 19.02.2009. Incluye las siguientes cláusulas sobre las que se insta la nulidad: B) Cláusula de gastos a cargo de la parte prestataria (CLAUSULA CUARTA) “El cliente expresamente asume y se obliga a pagar los gastos, suplidos y tributos de toda clase derivados del presente contrato tanto los que se hayan originado como los que se originen en el futuro o que se encuentren pendientes de pago y, en particular: gastos de correo; gastos de tasación del inmueble, gastos por la



intervención de los Notarios en la instrumentación y desarrollo de los pactos previstos en el mismo, incluyendo la primera copia con carácter ejecutivo para la entidad acreedora, los derivados de la modificación, subsanación, aclaración y cancelación de esta escritura, los honorarios del Registrador para su inscripción de la presente escritura y de las de modificación, subsanación o cancelación, así como el coste de los documentos de fedatario público necesarios para la ejecución judicial de la deuda. Tales gastos e impuestos serán liquidados y satisfechos por el cliente tan pronto como se devenguen. Bankia queda autorizada para encargar por cuenta del cliente la realización de los trámites necesarios para la inscripción en el Registro de la Propiedad de la presente escritura y de los documentos previos y complementarios que fueren precisos a tal fin, actuando Bankia en dicho encargo como mera intermediaria entre el cliente y la sociedad o profesional que se vaya a ocupar de dichos tramites y no asumiendo responsabilidad alguna. A los solos efectos de obtener la inscripción de la presente escritura en el Registro de la Propiedad, el cliente apodera a Bankia para que en su nombre y representación realice las gestiones necesarias para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca y además siempre que ello no afecte a las condiciones económicas del préstamo garantizado, otorgue los documentos complementarios que fueran necesarios con tal fin, incluso eventuales escrituras de subsanación, rectificación o aclaración que pudieran ser necesarias a la vista de la calificación verbal o escrita del Registrador por adolecer esta escritura de algún defecto subsanable, para lograr la inscripción de la misma.” Tras la firma de la escritura, efectuada en la Notaria de D. Jose Miguel Orenes Barquero sita en Murcia, se abonaron todos los gastos de constitución de la hipoteca en virtud de la cláusula transcrita, cuya cuantía ascendió a 955,72€. Dicha cantidad se desglosa en los siguientes conceptos: 1. 328,01€ de gastos de Notaría, 2. 330,05€ honorarios del Registro de la Propiedad, 3. 297,66€ de honorarios gestión GRUPO BC.

Escritura de préstamo hipotecario de fecha 12 de Noviembre de 2015: Con fecha también 12.11.2015, volvieron a concertar un nuevo préstamo hipotecario con la entidad demandada por un principal de 28.000.-€. El citado contrato de préstamo hipotecario incluye las siguientes cláusulas sobre las que se insta acción de nulidad: C) Cláusula de gastos a cargo de la parte prestataria (CLAUSULA QUINTA) “ El cliente expresamente asume y se obliga a pagar los gastos, suplidos y tributos de toda clase derivados del presente contrato,



tanto los que se hayan originado como los que se originen en el futuro o que se encuentren pendientes de pago, y en particular: gastos de correo, gastos de tasación del inmueble, gastos por la intervención de los notarios en la instrumentación y desarrollo de los pactos previstos en el mismo, incluyendo la primera copia con carácter ejecutivo para la entidad acreedora, los derivados de la modificación, subsanación, aclaración y cancelación de esta escritura, los honorarios del Registrador para su inscripción de la presente escritura y de la modificación, subsanación o cancelación, así como el coste de los documentos de fedatario público necesarios para la ejecución judicial de la deuda. Se obliga igualmente al pago de los gastos que origine el seguro de daños adecuado a la naturaleza del bien, o de todo riesgo a la construcción en el caso de edificación, sobre la finca o fincas hipotecadas, obligándose asimismo a que la póliza del seguro quede en poder de Bankia durante la vigencia del préstamo. Tales gastos e impuestos serán liquidados y satisfechos por el cliente tan pronto como se devenguen. Bankia queda autorizada para encargar por cuenta del cliente la realización de los trámites necesarios para la inscripción en el Registro de la Propiedad de la presente escritura y de los documentos previos y complementarios que fueran precisos a tal fin. A los solos efectos de obtener la inscripción de la presente escritura en el Registro de la Propiedad, el cliente apodera a Bankia para que en su nombre y representación realice las gestiones necesarias para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que se constituye en la presente escritura y en su caso, de los títulos previos a esta escritura, y además siempre que ello no afecte a las condiciones económicas del préstamo garantizado, otorgue los documentos complementarios que fueran necesarios con tal fin, incluso eventuales escrituras de subsanación, rectificación o aclaración que pudieran ser necesarias a la vista de la calificación verbal o escrita del Registrador por adolecer esta escritura de algún defecto subsanable, para lograr la inscripción de la misma.” Tras la firma de la escritura, efectuada en la Notaria de D. Jose Miguel Orenes Barquero sita en Murcia, mis representados abonaron todos los gastos de constitución de esta nueva hipoteca en virtud de la cláusula transcrita, cuya cuantía ascendió a 2.122,39€. Dicha cantidad se desglosa en los siguientes conceptos: 1. 854,77€ de gastos de Notaría, 2. 174,86€ honorarios del Registro de la Propiedad, 3. 674,10 Impuesto Actos Jurídicos Documentados, 4. 418,66€ de honorarios gestoría GRUPO BC.



Escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca de fecha 03 de Junio de 2016: Por último, con fecha 03.06.2016 otorgaron Escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca por la cual se cancelaba escritura de préstamo hipotecario otorgada en fecha 06.11.2013. En dicha escritura se impone a la parte prestataria la obligación al pago de todos los gastos e impuestos derivados del otorgamiento de la cancelación del préstamo, la cual se contiene en la cláusula primera de dicha escritura: “Bankia ha percibido la totalidad del importe del referido préstamo por lo que cancela dicha hipoteca y consiente expresamente que dicha cancelación sea inscrita en el Registro de la Propiedad correspondiente, siendo por cuenta de la parte deudora cuantos gastos e impuestos se originen del presente otorgamiento.” Tras la firma de la escritura, efectuada en la Notaria de D. Jose Miguel Orenes Barquero sita en Murcia, se abonaron todos los gastos de constitución de la hipoteca en virtud de la cláusula transcrita, cuya cuantía ascendió a 446,43€. Dicha cantidad se desglosa en los siguientes conceptos: 1. 151,32€ de gastos de Notaría, 2. 70,05€ honorarios del Registro de la Propiedad, 3. 225,06€ de honorarios gestoría GRUPO BC.

Refieren los demandantes que dichas cláusulas de gastos incluidas en los apartados anteriores de las distintas escrituras de préstamo analizadas incumplen claramente por parte de la entidad financiera demandada ese deber de información que le corresponde en virtud del artículo 60 del Texto Refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que esa falta de información que desde un principio no se ofreció de manera adecuada por la demandada fue lo que impidió que éstos conociesen exactamente que repercusión podían tener todas y cada una de las cláusulas que firmaban.

Que la llamada cláusula de gastos del préstamo hipotecario es una clausula habitual en los mismos que atribuye a la parte prestataria parte o todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la tasación del inmueble, la preparación y formalización de la escritura de otorgamiento del préstamo con garantía hipotecaria y de su inscripción en el Registro de la Propiedad así como los gastos de gestión realizados normalmente por una gestoría impuesta por la entidad financiera.

SEGUNDO.- El objeto de este litigio, reiterado ante los Juzgados, viene siendo sometido al conocimiento de un órgano judicial específico, al que se asignó



esta materia en momento posterior a la presentación de la demanda origen de este proceso judicial, de ahí que en el caso, se halle sometido al conocimiento de este órgano judicial al que fue turnado. Decimos esto por cuanto formado criterio sobre las cuestiones sometidas a consideración en esta demanda por quienes las están resolviendo con continuidad, hacemos propia su decisión al respecto de la forma que a continuación se pasa a exponer, reproduciendo las consideraciones que han realizado.

Conceptos previos.

1.- Carácter de consumidor del ahora demandante.

El artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo TRLGDCU) establece en su párrafo primero 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.”* La condición de consumidor no se cuestiona en el caso.

2.- Contrato de hipoteca como contrato de adhesión.

El artículo 1 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC) dispone:

“1. Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.”



Posición jurisprudencial, la resume la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 que declara que constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes:

- a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión;
- b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión;
- c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula; y
- d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

De otro lado, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante:

- a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y
- b) Que el adherente sea un profesional o un consumidor -la Exposición de Motivos LCGC indica en el preámbulo que "la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual", y que "las condiciones generales de la



contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores".

El propio Tribunal Supremo, en SSTs de 4 de noviembre de 2010 y 29 de diciembre del mismo año, ha venido reconociendo el carácter de condición general de contratación a las estipulaciones incorporadas a las escrituras de préstamo hipotecario suscritas por las entidades financieras. Añade el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de mayo de 2013, que la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar; que no puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario; que tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios; y la carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario.

Igualmente, la STS de 9 de mayo de 2013 reconoce como en nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal –lo que se tratará más adelante- y, de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este. Cuestión distinta es determinar cuál es el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren a él.

En atención a lo anterior, en el caso de autos, no puede cuestionarse a priori que la cláusula de gastos objeto de impugnación tenga carácter contractual y que su inclusión en el contrato de préstamo hipotecario con consumidores sea facultativa. No existe normativa que imperativamente imponga su inclusión. Tal y como analiza la STS de mayo de 2013, el empresario, al configurar la oferta, puede imponer al consumidor una cláusula indeseada por este que, pese a conocerla, debe aceptar para contratar. Tal conocimiento no excluye su



naturaleza de condición general y constituye un requisito absolutamente elemental para ser consentidas e incorporadas al contrato, tanto por ser el consentimiento uno de sus elementos desde la perspectiva de la doctrina clásica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1261.1º del Código Civil, como por exigirlo de forma expresa el artículo 5.1 LCGC según el cual las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo.

Por tanto, concluimos que la cláusula analizada sí es una condición general de la contratación. Además, es una condición no negociada individualmente y que por tanto ha de reunir los requisitos establecidos en el artículo 80 del TRLGDCU. Es decir, estamos ante una cláusula no negociada individualmente, susceptible de ser examinada – como más tarde se analizará-, para así poder determinar si se trata de una condición abusiva, en los términos y con los efectos del artículo 82 TRLGDCU, pues ya ha sido indicado que estamos ante dos consumidores que procedieron a la compra de la que resulta su vivienda habitual –documento 1 de la demanda-.

3.- Carga de la prueba.

Además de lo dispuesto en el artículo 217 LEC, en el presente caso es de aplicación lo previsto en el artículo 82.2 del Texto refundido de la ley de consumidores y usuarios, el cual expresamente atribuye la carga de la prueba de la negociación y transparencia al empresario que afirma que sí han existido, es decir, a la entidad bancaria demandada. Y así lo confirma el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013 ya citada, que sobre el extremo que ahora se analiza, reiteramos, declara *“La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario”*.

De la cláusula de gastos. En el Primero de los Fundamentos de Derecho de esta Sentencia ha quedado recogido su contenido respecto de cada una de las escrituras públicas formalizadas entre los ahora litigantes.



Debemos partir de que la cláusula de gastos que se impugna no afecta al objeto esencial del contrato, por lo que para valorar su posible abusividad debe llevarse a cabo el denominado control de contenido, esto es, analizar si la cláusula impugnada causa *“un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”* de conformidad con los artículos 82 y siguientes del TRLGDCU.

La consecuencia de que dichas cláusulas no afecten al objeto del contrato es, por tanto, que si bien están sujetas a un control de contenido y a un primer control de incorporación (previsto y regulado en los artículos 5 y 7 de la LCGC), no es necesario examinar (a diferencia de los que ocurre en otro tipo de cláusulas como la conocida cláusula suelo) el segundo control de transparencia o denominado control de comprensibilidad real de la cláusula. En este sentido, la Sentencia 483/2016, de 15 de julio, de Pleno de la Sala 1ª señala que: *“El control de transparencia, tal y como ha sido configurado por esta Sala desde su Sentencia 241/2013, de 9 de mayo, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se refiere a las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato. [...] Para el resto de las cláusulas, [...], respecto de la que cabe el control de contenido, los deberes de transparencia exigibles son los previstos en el art. 5 LCGC para su incorporación. De tal forma que, superado este control de inclusión, el posible carácter abusivo de la cláusula no dependerá de la información previa o de cómo se haya presentado, sino de su carácter objetivamente desequilibrado en perjuicio del consumidor.”*

En relación al control de incorporación, el artículo 5.5 de la LCGC establece que *“La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”* y el artículo 7.2 del mismo texto legal dispone que no se tendrán por incorporadas al contrato las cláusulas *“ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”*.

En presente caso, de la lectura de las cláusulas objeto de controversia se desprende que la redacción de las mismas se ajusta a lo establecido en el citado



artículo 5 de la LCGC, pues es clara, utiliza términos comprensibles y no demasiado complejos, por lo que resultan comprensibles, cumpliendo con el citado control de incorporación.

En lo referente al control de contenido, el artículo 82.1 (del TRLGDCU establece que *“Se considerarán cláusulas 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.”*

Por su parte, el artículo 89.3. del mismo cuerpo legal (añade que, en todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas *“la transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables”* (artículo 89.3.2º); *“La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario”* (artículo 89.3.3º), añadiendo que, *“En particular, en la compraventa de viviendas:*

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 (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).

[...]

c) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario”.

En último lugar, el artículo 89.3.4º también considera abusiva *“La imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados.”*

Sobre la base de lo anterior, procede examinar si la cláusula de gastos impugnada contenía una distribución adecuada entre las partes de los gastos derivados por la suscripción del préstamo con garantía hipotecaria, a efectos de determinar el carácter abusivo o no de la misma.



De este modo, destaca que nos encontramos ante una estipulación excesivamente genérica (en lo que se refiere a los apartados impugnados), que atribuye de manera indiscriminada la totalidad de los gastos que pudieran derivarse de la misma al prestatario.

Analizada la cláusula en cuestión de los contratos suscritos por las partes, de su tenor literal puede deducirse que atribuye al prestatario la totalidad de los gastos que la operación de préstamo con hipoteca lleva consigo. No sólo de los previos a la constitución de la garantía hipotecaria y los generados como consecuencia del otorgamiento de la escritura de préstamo, constitución e inscripción de hipoteca, sino todo eventual gasto futuro, en tanto en cuanto esta cláusula seguiría desplegando sus efectos al atribuir al prestatario gastos que pueden surgir durante la vida del contrato hasta su cancelación, incluidos los de esta misma.

Sin embargo, de la normativa vigente, tal y como se expondrá a continuación, parece resultar que el pago de los mismos corresponde a la parte interesada en la formalización e inscripción en el registro de la escritura pública de constitución de la hipoteca, considerándose que, si bien el prestatario puede también estar interesado porque es el beneficiado por el préstamo, el principal interesado en la formalización e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es la entidad bancaria ya que así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En este sentido, se pronunció la Sentencia del Tribunal Supremo 705/2015 de 23 de diciembre.

Lo mismo cabe decir respecto de la atribución genérica de los tributos. Al margen de que el pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados pueda corresponder al prestatario, tal y como se expondrá a continuación, lo que resulta abusivo es la atribución a ésta último no sólo del pago de este impuesto, sino de cualquier otro que pudiera derivarse de esta escritura o de su modificación. Además, se incluyen de manera omnicomprensiva la totalidad de los impuestos no sólo vigentes en el momento de otorgamiento, sino también los que puedan establecerse con posterioridad.



En el mismo sentido, también debe reputarse abusiva la atribución de los gastos de tasación. Así, la entidad bancaria utiliza la tasación para calcular el límite máximo del importe del préstamo que va a conceder, y además, la tasación es necesaria para acceder al Registro de la Propiedad y, por extensión, para el ejercicio de la acción hipotecaria.

En último lugar, también resulta abusiva la atribución al prestatario de las costas y gastos de procedimientos judiciales y extrajudiciales. En relación con esta cuestión, la Sentencia del Tribunal Supremo 705/2015 de 23 de diciembre, como se ha transcrito, refiere que “hemos de advertir 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.

Respecto a la imputación al cliente de los gastos procesales o de otra naturaleza derivados del incumplimiento por el prestatario de su obligación de pago, 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 TRLGCU y 8 LCGC.

De este modo, a la vista de que la cláusula impugnada atribuye al prestatario de forma genérica, omnicomprensiva e indiscriminada la totalidad de los gastos que pudieran derivarse de la escritura de préstamo hipotecario, sin prever una mínima reciprocidad en el reparto de los gastos, no cabe sino concluir que la misma genera un grave desequilibrio en perjuicio del consumidor y en favor de la entidad bancaria (predisponente), sin que resulte relevante, a estos efectos, que el consumidor conociese la existencia de la misma, ya que ésta fue impuesta por la entidad bancaria sin posibilidad alguna de negociación.

No obstante lo anterior, hay algunos incisos de la cláusula respecto de los cuales no puede declararse la abusividad, pues no se aprecia que supongan desequilibrio alguno en perjuicio del consumidor. Es el caso de los incisos relativos a gastos para la conservación de la finca y las primas de seguro. Precisamente, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 23 de diciembre de 2015, no lo considera desproporcionado o abusivo, al apreciar que deriva de una obligación legal enmarcada en el artículo 8 de la LMH. Así, la Sala Primera del Tribunal Supremo, apreciando que cualquier merma del bien incide directamente en la disminución de la garantía expone que “(...) 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”. En efecto, el artículo octavo de la LMH dispone que “Los bienes hipotecados habrán de estar asegurados contra daños por el valor de tasación, en las condiciones que reglamentariamente se determinen”. Por tanto, no cabe apreciar la existencia de desequilibrio en perjuicio del consumidor, por lo que dicho inciso no es abusivo, debiendo declarar su validez.



Dicho lo anterior, a pesar de lo expuesto y tal y como reseña la sentencia anteriormente mencionada en relación a la previsión de la cláusula que nos ocupa: *“se trata de una previsión inane, puesto que la obligación de pago de la prima del seguro corresponde al tomador del mismo, conforme al artículo 14 de la Ley de Contrato de Seguro”*. Y tal argumento puede trasladarse a los distintos incisos no abusivos expuestos, dado que responden, no a pactos *inter partes*, sino a obligaciones derivadas *ex lege* y cuya atribución al prestatario no se vería afectada, en consecuencia, por la declaración de abusividad de la cláusula en su conjunto y su correspondiente consecuencia jurídica, esto es, su nulidad.

Así pues, conforme a los razonamientos expuestos, ha de concluirse el carácter abusivo de la cláusula de cada contrato objeto de litigio en cuanto estipulaciones que son abusivas por generar un desequilibrio importante entre las obligaciones de las partes a favor del predisponente y en perjuicio del consumidor, salvo las referidas al impuesto de actos jurídicos documentados y a los gastos de conservación del inmueble y seguro de daños.

Surge con ello la obligación de la entidad demandada de reembolsar los gastos satisfechos por el prestatario objeto de reclamación en virtud de una cláusula declarada nula, en los términos que se dirán.

Partiendo de lo expuesto, es preciso analizar cada uno de los conceptos por los que se interesa el abono de las cuantías peticionadas en la demanda, que serán objeto de estudio separado.

- **Gastos notariales.**

Para resolver tal cuestión, hacemos cita de la normativa que resulta de aplicación a tal efecto:

Artículo 63 del Decreto 2 junio 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado: *“La retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios y se regulará por el Arancel notarial, sin que en ningún caso la percepción difiera del coste medio ponderado del documento incrementado con los derechos que*



correspondan según el Arancel. La determinación de dichos costes corresponderá a la Dirección General de los Registros y del Notariado a propuesta fundada de la Junta de Decanos y será vinculante para todos los Notarios.”

Por otra parte, dispone la norma sexta del anexo II del El Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios lo siguiente: *“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”*.

El artículo 147, párrafo tercero, del Real Decreto 1426/1989, 17 noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios que *“En el texto del documento, el notario consignará, en su caso, que aquél ha sido redactado conforme a minuta y si le constare, la parte de quien procede ésta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación”*, siendo en el presente caso la parte demandada la que presenta la minuta al Notario para que la redacte. En este sentido, conforme a la ya citada la norma sexta del anexo II del El Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, el interesado a efectos de atribuir el pago que se discute es la entidad bancaria, pues conforme al artículo 1258 CC, la celebración del préstamo, que es lo que interesa al prestatario no requiere del otorgamiento de escritura pública y la constitución de la hipoteca y su consiguiente inscripción a quien beneficia es al prestamista. Ello porque permite obtener un derecho o garantía de poder vender el inmueble hipotecado para pagar la deuda en caso de incumplimiento de la obligación por parte del prestatario (1858CC), obtiene un crédito preferente (1923.3ºCC), en caso de concurso de acreedores, el crédito garantizado con hipoteca tiene un privilegio especial (90.1.1º Ley Concursal), porque el crédito es ejecutivo (art. 517 LEC y 130 LH), y finalmente porque el interesado sería el propio prestamista no solo de acuerdo con la legislación especial hipotecaria (233 Reglamento del Notariado).

En este sentido, la STS 705/2015, interpreta el concepto “interesados” y declara que *«quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el*



prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (...). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU)».

Es base a la jurisprudencia aludida y la doctrina legal expuesta que se entiende que el abono de los gastos notariales reclamados por la parte actora debe ser asumido por la parte demandada.

- Gastos registrales.

Al igual que en el supuesto anterior, es preciso comenzar aludiendo a la normativa aplicable a los gastos registrales, debiendo de partir a tales efectos del RD 1427/1989 de 17 de noviembre por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad dispone en el Anexo II, norma Octava 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. 2. Los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes le soliciten*”.

En el supuesto de autos, quien hace la solicitud de inscripción en el Registro de la Propiedad es la parte demandada, siendo por tanto ésta, quien deberá abonar los derechos del Registro, de conformidad artículo transcrito.



En consecuencia, de acuerdo con estos argumentos, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas, (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Así lo ha entendido la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, que considera que es la entidad bancaria la parte que tiene *«el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria»* pues así *«obtiene un título ejecutivo (art. 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2. LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC)»*. En este sentido y, trayendo a este concepto discutido la doctrina de nuestro Alto Tribunal que en relación al término de “interesados” que se ha transcrito en el anterior fundamento jurídico, los honorarios del Registrador de la Propiedad y los gastos derivados del acceso de la escritura al Registro son objeto de idéntico tratamiento que los gastos notariales. En consecuencia, quien debe asumir el pago de los aranceles registrales, es la propia entidad demandada, que debe reintegrar en tal concepto la cantidad satisfecha por el prestatario.

- Gastos de gestión.

En las escrituras se imponen al prestatario los gastos que se deriven de los trámites necesarios para llevar a cabo la inscripción en el Registro de la Propiedad y demás relacionados.

En concreto, en el momento inicial de constitución de la garantía, el principal interesado en la intervención del gestor sería la entidad bancaria pues como señala la STS 705/2016, con la inscripción de la escritura de préstamo en el Registro de la Propiedad el prestamista obtiene un título ejecutivo, constituye la garantía real y adquiere la posibilidad de ejecución especial, según lo analizado anteriormente a propósito de los aranceles notariales y honorarios del Registrador de la Propiedad.



En consecuencia, se entiende que el abono de los gastos de gestión reclamados por la parte actora debe ser asumido por la parte demandada, que ha de reintegrar su importe.

- **Impuesto.**

La redacción genérica de dichas cláusulas que sin distinción alguna obliga al consumidor a hacerse cargo de cualesquiera impuestos y tributos sin tener en cuenta la distribución que de esta obligación hacen las normas legales o reglamentarias existentes, la hace merecedora -prima facie -, de la condición de abusiva al tenor de lo dispuesto en el artículo 89.3 c) TRLCGU (ut supra). Este precepto resultaría aplicable al presente supuesto aun cuanto el texto legal se refiere en particular a este tipo de estipulaciones dentro de la compraventa de viviendas, pues como señala la *STS 705/2015* , *"la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización de este precepto es acertada"*.

Dicho lo anterior y, para analizar la posible abusividad del inciso de la cláusula que en relación a los tributos es objeto de análisis, ha de partirse de la normativa aplicable al efecto, tanto legal como reglamentaria a los efectos de dilucidar quién sea el sujeto de pasivo que ha de soportar el pago de tales conceptos.

En cuanto al impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, cabe traer a colación el artículo 8 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante, TRTPAJD), que respecto del sujeto obligado al pago prescribe lo siguiente:

"Estará obligado al pago del Impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario:

*a) En las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere.
[...]*



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.*

Por su parte, el apartado primero del artículo 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.”*

En relación con los actos jurídicos documentados, cabe destacar los siguientes preceptos legales:

Los artículos 27 del TRTPAJD y 66 del RD 828/2995, disponen que: *“Se sujetan a gravamen, en los términos que se previenen en los artículos siguientes: a) Los documentos notariales.”*

El artículo 29 del TRTPAJD prescribe que: *“Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.”*

El texto reglamentario, por su parte, dispone que

Por su parte, el artículo 68 del RD 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados señala que: *“Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario”.*

Sentadas estas premisas, hemos de tener en cuenta que la parte actora solicita la declaración de nulidad de dicha cláusula por considerarla abusivas. Conforme ha señalado la STJUE de 21 de diciembre de 2016, el alcance de la declaración de nulidad comporta, la restitución al consumidor de los gastos que hubiera satisfecho en aplicación de dicha cláusula y que según la normativa vigente correspondiera asumir al empresario así como la imposibilidad de devengo de nuevos gastos en aplicación de la cláusula declarada abusiva.



Sin embargo, nos encontramos con normas relativas a la distribución del pago del impuesto de actos jurídicos documentados que tienen carácter imperativo, lo que determina la nulidad de cualesquiera pactos que en perjuicio del consumidor las contravengan al no determinarse otra consecuencia para el caso de la infracción, máxime teniendo en cuenta los arts. 89.3 y 82 TRLGCU.

Por ello, no procede la devolución por parte de la entidad financiera al consumidor, toda vez que dichos tributos se han pagado por quien según la norma que rige el impuesto, que es imperativa, correspondía. Este criterio es seguido asimismo por la SAP 152/2017 de Pontevedra al señalar que, *no es este un efecto incongruente con la nulidad de la cláusula, ni con la prohibición de integración del contrato o el también llamado por el TJUE el "efecto disuasorio" de la Directiva 93/13/CEE, puesto que la expulsión del contrato de la cláusula de gastos no implica sino actuar como si la misma no se hubiera incluido en él, por tanto, de no existir, es obvio que el impuesto de TPyAJD, lo hubiera pagado también el prestatario a la Hacienda Pública.*

Como señala la Audiencia Provincial de Pontevedra en la misma Sentencia anteriormente citada, *"La cuestión del obligado tributario del impuesto de AJD en los préstamos hipotecarios concedidos por los sujetos pasivos de IVA -entre ellos, las entidades de crédito-, (obligación indisponible para el deudor y el acreedor, mediante pacto, frente a la Hacienda Pública por imperativo legal) ya fue resuelta por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, del orden Contencioso Administrativo, que es la competente, en reiterada jurisprudencia, (Sentencia del Tribunal Supremo de treinta y uno de octubre de dos mil seis, recurso de casación núm. 4593/01), y que ha declarado que el sujeto pasivo de dicho Impuesto es el deudor hipotecario. La aludida jurisprudencia sobre la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para declarar quién es el sujeto pasivo de un impuesto fue confirmada por dos Autos del Pleno del Tribunal Constitucional Auto nº 24/2005, de 18 de enero, y Auto nº 223/2005, de 24 de mayo, que no han admitido las respectivas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas sobre ello". Para determinar el sujeto obligado al pago de estos impuestos, la jurisprudencia contencioso-administrativa acude al Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados cuyo art. 8, refiriéndose a las transmisiones patrimoniales,*



dispone que *"estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: (...) en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c)", aclarando que "en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d) "*. En cuanto a los actos jurídicos documentados, el art. 29 indica que el sujeto pasivo será el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

En este mismo sentido se ha pronunciado también la *SAP de Asturias Sección 4º de 24 de marzo de 2017 al señalar que, así lo ha venido entendiendo reiteradamente la sala tercera del Tribunal Supremo (sentencias de 27 de marzo y 31 de octubre de 2006), que, partiendo de la unidad del hecho imponible, argumenta que el término de adquirente del bien o derecho (utilizado en el art. 29 de la ley y 68 del reglamento) ha de entenderse referido al derecho derivado del préstamo reflejado en el documento notarial; y que el único sujeto pasivo posible es el prestatario. Asimismo, este es el criterio que también ha seguido el TSJ de Madrid, concretamente en sus sentencias de 23 de noviembre de 2001, 24 de junio de 2012, 30 de julio de 2013, y más recientemente, de 9 de junio de 2016.*

A mayor abundamiento, la Sala Tercera del Tribunal Supremo acude también al RD 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el *Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que determina en su art. 34 el contribuyente obligado al pago del impuesto de transmisiones patrimoniales, con idéntico contenido al del art. 8 de la Ley. Es en la regulación del impuesto sobre los actos jurídicos documentados donde se observa una regulación diferente a la contenida en la Ley. En concreto, el art. 68 indica, al igual que la norma legal que "Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan. Pero el Reglamento añade el siguiente inciso: "Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario".*



Este último inciso del Reglamento especifica quién debe tenerse por persona que insta, solicita o a cuyo favor se expide el documento notarial, indicando que en la constitución de préstamo se considera como tal al prestatario, que adquiere así la cualidad de contribuyente en este impuesto de actos jurídicos documentados. Si la disposición contenida en el Reglamento contraviniera lo dispuesto en la Ley, el juez, en cumplimiento del control sobre la potestad reglamentaria que tiene atribuido, debería inaplicar aquella norma por contravención de la superior. Sin embargo, no existe una consideración de que el *art. 68 del RD 828/1995 (Reglamento del Impuesto)* vaya en contra de lo dispuesto en el *art. 29* de la Ley sino que, por el contrario y de acuerdo con su naturaleza reglamentaria, especifica y detalla la regulación contenida en la norma de rango superior. Conclusión que se corresponde plenamente con la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo a propósito del sujeto pasivo del impuesto.

Asimismo, a pesar de que se trate de materias que en principio puedan parecer ajenas a la jurisdicción civil, nada impide a los tribunales aplicar esta normativa puesto que son cuestiones accesorias íntimamente ligadas con la cuestión principal, siendo además que el juez debe acudir a toda la normativa existente para resolver, puesto que lo contrario sería un conocimiento sesgado del pleito principal e insuficiente para las partes que acuden a los tribunales. Máxime aun cuando existe una previsión legal que permite que el juez, que a los solos efectos prejudiciales los tribunales civiles podrán conocer de asuntos que estén atribuidos a los tribunales de los órdenes contencioso-administrativo y social, *ex art. 42 LEC* . Por las anteriores razones, se consideran plenamente aplicables las normas transcritas y de conformidad con ellas, debe considerarse que el inciso analizado de las cláusulas es plenamente acorde con la normativa legal y reglamentaria existente, por lo que procede desestimar en este aspecto la pretensión de la parte actora en cuanto a este concepto.

Gastos de tasación.

La obligación de satisfacer estos gastos se impone a la parte prestataria en la escritura de constitución del préstamo. La previa tasación del inmueble no constituye un requisito legal para la constitución de la garantía hipotecaria y la concesión del préstamo, si bien permite acceder al procedimiento especial de



ejecución hipotecaria, regulado en los arts. 681 y ss. LEC, el cual, tal como ha declarado el Tribunal Supremo en su Auto 271/2017, de 8 de febrero, resulta más favorable para el deudor que la resolución del contrato en un procedimiento declarativo, ya que prevé ciertas ventajas para el deudor consumidor, como la liberación del bien mediante consignación, la limitación del importe de las costas procesales o el precio mínimo a efectos de subasta, vinculado este último al valor señalado en la tasación.

Sentado lo anterior, podemos concluir que la tasación del inmueble beneficia a ambas partes, si bien en el momento en que se lleva a efecto, esto es, con anterioridad a la conclusión del contrato y sin vinculación alguna con el procedimiento de ejecución hipotecaria, parece que favorece más a la parte prestamista, a la que, por otro lado, interesa conocer el resultado de tal pericial para determinar el importe máximo que está dispuesta a financiar.

De cualquier modo, aun considerando que ambas partes están interesadas en dicha tasación, resulta llamativo que la cláusula controvertida no lleve a cabo una distribución equitativa de los gastos que genere sino que, por el contrario, opta por atribuirlos de manera absoluta al prestatario, ocasionando así una falta de reciprocidad entre las partes y por consiguiente, un desequilibrio grave en sus derechos y obligaciones en contra de las exigencias de la buena fe (art. 82 TRLGDCU), en el sentido de que, en el seno de una negociación individual, el consumidor que conociera que ésta es la finalidad real de la tasación del inmueble no aceptaría el abono de la misma. Por ello, el inciso de la cláusula impugnada que impone al prestatario los gastos de tasación del inmueble, se considera abusivo y por ende, nulo de pleno derecho, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 83 TRLGDCU, a tenor del cual *«las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas»* Procede por tanto su reintegro por la entidad demandada.

Partiendo de las consideraciones anteriores la cantidad que ha de reembolsar la entidad demandada es la de que resulta de deducir al total reclamado de 7.809,64 euros la cantidad abonada por el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados que asciende a un total de 2.773,88 euros, lo que hace que la condena dineraria sea de 5.035,76 euros.



TERCERO.- Intereses. Conforme a lo dispuesto en los artículos 1100 y 1108 del Código Civil, se fijan los legales desde la fecha de reclamación extrajudicial de 8 de febrero de 2017.

CUARTO.- Costas. Estimada parcialmente la demanda, como establece el artículo 394.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Vistos los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación al caso,

FALLO:

Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Olga Navas Carrillo en nombre y representación de [redacted] y de [redacted] se declaran nulas las cláusulas descritas en el Primer Fundamento de Derecho con excepción de que sean a cargo del prestatario los derivados del impuesto de actos jurídicos documentados y los gastos derivados de la conservación del inmueble hipotecado así como del seguro de daños del mismo, condenando a la mercantil **BANKIA, S.A.** a que pase por la anterior declaración y reintegre a los demandantes en la cantidad de **CINCO MIL TREINTA Y CINCO EUROS Y SETENTA Y SEIS CÉNTIMOS DE EURO (5.035,76 euros)**; cantidad que devenga intereses desde la fecha de 8 de febrero de 2017 hasta el completo pago; sin imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes, y a la demandada en la forma dispuesta en el artículo 497.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra la que cabe interponer en este Juzgado recurso de apelación en el plazo de VEINTE DIAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, exponiendo las alegaciones en que se base la impugnación además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna.



De conformidad con la disposición adicional decimoquinta de la LO. 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, para la interposición de recurso de apelación contra esta resolución es preciso la constitución previa de un depósito de **CINCUENTA EUROS** en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado, el cual deberá estar efectuado al tiempo de la interposición del mismo y acreditarse oportunamente, sin que proceda la admisión a trámite de ningún recurso cuyo depósito no esté constituido. Asimismo y para los casos en que procede se ha de acreditar que se ha abonado la tasa correspondiente.

Así por esta mi Sentencia, de la que se unirá certificación a los autos, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

NOTA: Esta resolución se notifica a las partes mediante sistema electrónico LexNet lo que en ocasiones motiva su desconfiguración, modificando el tipo de letra y el interlineado de algunos de sus párrafos, de manera que el formato del texto original puede no corresponderse con el que se recibe por los interesados.



Notificado: 05/02/2018

Letrado: ANGEL VICENTE LOPEZ
GOMEZ

Cabecera

Remitente:	[3003042002] JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 2
Asunto:	Comunicación del Acontecimiento 57: RESOLUCION ACTUALIZA FASE: 'PASO A FIRMA' 00040/2018 Est.Resol
Fecha LexNET:	vie 02/02/2018 11:04:40

Datos particulares

Remitente:	[3003042002] JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 2
Destinatario:	-
Traslado de copias:	-
Nº procedimiento:	0000352/2017
Tipo procedimiento:	ORD
Descripción:	
Su referencia:	-
Identificador en LexNET:	201810190396449

Archivos adjuntos

Principal:	300304200200000018852018300304200211.PDF
Anexos:	-

Lista de Firmantes

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