



JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 101 BIS CLÁUSULAS- DE MADRID

C/ Gran Vía 12

Tfno: 914937071

Fax: 917031648

42020310

NIG: 28.079.00.2-2017/0126417

Procedimiento: Procedimiento Ordinario

Materia: Cláusulas GRI - Resto

NEGOCIADO 7 BIS

Demandante: Dña. _____ y D. _____

PROCURADOR Dña. MARIA DE LAS MERCEDES BLANCO FERNANDEZ

Demandado:

PROCURADOR Dña. _____

SENTENCIA Nº 1972/2018

Magistrada/Juez que la dicta: Dña. _____

En Madrid, a 11 de mayo de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO. Por la representación procesal de la parte actora (Sres. _____ y _____) se interpone demanda frente a _____ por los motivos que en la misma se contienen. Mediante Decreto de 16-1-18 se admite a trámite la demanda dando traslado a la contraparte para su contestación, cosa que hace en tiempo y forma convocándose a las partes a la celebración de la Audiencia Previa correspondiente (Diligencia de 20-3-18).

Celebrada la Audiencia Previa el 9-5-18 con el contenido que consta en el soporte audiovisual, cada parte manifiesta lo que tiene por conveniente, y proponiéndose únicamente prueba documental queda visto para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Por la representación procesal de la parte actora se interpone demanda en ejercicio de forma principal de acción de nulidad de condición general de la contratación en relación con la imposición de gastos al prestatario en un préstamo hipotecario por entenderla



abusiva, con reclamación de las cantidades indebidamente pagadas. Subsidiariamente ejercita acción relativa a resarcimiento de daños y de enriquecimiento injusto.

La demandada se opone a la demanda alegando falta de acción porque el préstamo está cancelado; que la cuantía es determinada; que las cláusulas son válidas, conocidas y aceptadas; que el banco no ha recibido como ingresos las cantidades que se reclaman (falta de legitimación pasiva); que el banco no está obligado al pago de las cantidades reclamadas; falta de litisconsorcio pasivo necesario; falta de jurisdicción del orden civil para conocer sobre el impuesto; caducidad/prescripción de la acción de reclamación de cantidad; y planteamiento defectuoso de la demanda e indeterminación de pretensiones (lo que retira en la Audiencia Previa manifestando que no hay duda sobre lo que se pide).

SEGUNDO. Así las cosas, queda probado que ambas partes suscribieron un préstamo hipotecario el 22-6-04, y que en el mismo se incluyeron cláusulas relativas al vencimiento anticipado y a la imposición de gastos a la prestataria.

En primer lugar hacer una breve referencia a la cuestión de la **cuantía** del procedimiento. Y hay que tener en cuenta que la cuantía queda fijada por el Decreto de admisión, el cual devenido firme petrifica tal determinación produciendo su inalterabilidad (SAP Madrid de 8-2-10 y Barcelona de 14-2-08). En este caso el Decreto de admisión no se habría recurrido, con lo que se entiende que la cuantía del procedimiento es la que esta resolución establece.

En cuanto a la alegación de **prescripción** de la acción de reclamación de cantidad: la prescripción se regula en el Código Civil y supone (en cuanto a la extintiva que es la que aquí interesa) la extinción de un derecho o una acción por la inactividad del titular durante el transcurso ininterrumpido del tiempo que marca la ley (STS 22-1-09). Supone una presunción de abandono que ha de alegarse a instancia de parte, puede interrumpirse y no opera *ipso iure*.

En este caso se ejercita de forma principal una acción de nulidad de condición general por abusiva, lo que implica la nulidad radical. Y ésta se caracteriza por la falta total de efectos del negocio jurídico afectado por no concurrir los elementos esenciales para su perfección o bien ser contrario a norma imperativa o prohibitiva (arts. 1261 y 6.3 CC). Así como por su carácter imprescriptible no convalidándose este tipo de nulidad por el paso del tiempo (SAP Cádiz de 1-10-09), ni siquiera por aplicación de la doctrina de los actos propios, que no la sana (STS 22-5-03). Por tanto, estando en presencia de la pretensión de nulidad absoluta como es el caso, la acción correspondiente no está sujeta a plazo, se puede ejercitar en cualquier momento. Así no incurre en abuso de derecho aquél que ejercita los derechos que la ley le otorga, porque se trata de derechos que legalmente corresponden a quien postula su reconocimiento judicial (STS 31-5-03). Por tanto, la acción aquí ejercitada es imprescriptible y su ejercicio no buscaría dañar sin más a la demandada, sino la protección del propio interés y derechos de la actora.



Ahora bien, dicho esto, se plantea si la restitución de cantidades derivadas de la declaración de nulidad estaría sujeta a algún plazo: la cuestión es debatida, de tal que hay quien entiende que si la acción de nulidad radical de la que deriva la restitución es imprescriptible, también lo debería ser esa restitución, pues no tendría sentido que fuera imprescriptible la declaración y no sus efectos. Pero también se aboga, en aras a la seguridad jurídica, en establecer un plazo relativo a la posibilidad de la reclamación de cantidades derivadas de la nulidad radical, que a falta de previsión expresa sería el de prescripción de las acciones personales. Máxime cuando incluso la STJUE de 21-12-16 contiene que la fijación de plazos razonables para recurrir con carácter preclusivo, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión.

Así, el art. 1964 CC en redacción dada por la Ley 42/15 lo fija en un plazo de 5 años, debiendo tener presente su DT 5ª y la remisión al art. 1939 CC, que señalaría el plazo de prescripción a tenor de la fecha de nacimiento de la relación jurídica, de tal que se entendería que si esa fecha fuera antes del 7-10-00 la acción estaría prescrita; si fuera entre el 7-10-00 y el 7-10-05 se aplicaría un plazo de 15 años; si fuera de 7-10-05 a 7-10-15, prescribiría el 7-10-2020; y a partir del 7-10-15, el plazo de prescripción sería de 5 años.

Y teniendo en cuenta que el art. 1969 CC establece el *dies a quo* en el momento en que pudieron ejercitarse las acciones, en este caso se entiende que: la relación jurídica habría nacido el 22-6-04, y las facturas se habrían pagado por la actora (con el desembolso de cantidades que ahora se reclaman consumándose en ese mismo acto) cerca de esa fecha como se vería en las facturas aportadas, momento a partir del cual se entiende se puede ejercitar la acción del reclamo de su pago.

Por todo lo dicho, la acción de reclamación de cantidad no habría prescrito.

En cuanto a la **falta de jurisdicción del orden civil** alegada para conocer del IAJD, por considerarlo una cuestión del ámbito contencioso administrativo, decir que el demandado sólo podría haberla planteado mediante declinatoria ex. art. 39 LEC (y 63 a 65 LEC), cosa que no ha hecho. Ello supone la imposibilidad de denunciar tal cuestión posteriormente por no haber actuado en el momento procesal oportuno (AAP Córdoba de 28-1-03).

Ahora bien, con respecto a la cuestión que se plantea, es cierto que la determinación de quién es el sujeto pasivo de un impuesto es una cuestión legal de carácter tributario, que no puede ser objeto de control de transparencia o abusividad desde el punto de vista de la Directiva 93/13, a tenor de lo contenido en la STS 15-3-18. Esto es, la jurisdicción civil no podría enjuiciar si le parece adecuada o no la determinación del sujeto pasivo obligado al pago del impuesto que hace la normativa reguladora de cada tributo. Por ello se está aquí a la STS de 15-3-18 predicha y a la normativa sectorial, con pronunciamiento sobre tal concepto en tanto gasto incluido en un contrato de préstamo hipotecario (contrato civil), sometido a la jurisdicción civil, y cuanto incorporado al contrato por una condición general de la contratación que sí se somete a la LCGC y a la normativa sobre transparencia y abusividad como tal cláusula predispuesta.



En cuanto a la **falta de legitimación pasiva y de litisconsorcio pasivo necesario** decir: En cuanto a la primera (art. 10 LEC), hay que apuntar que no es un presupuesto del proceso ni una cuestión previa de forma, sino que lo es de la estimación o desestimación de la demanda y por ello atañe al fondo del asunto (SAP Madrid de 1-3-04). En cuanto a la activa, se visualiza desde una perspectiva de la relación objetiva, entre el sujeto que demanda y el objeto del proceso, entre el derecho en el que se fundamenta la pretensión y el efecto jurídico pretendido (STS 23-10-02). Y en cuanto a la pasiva, es también esa cualidad definida respecto del objeto del proceso, que ha de guardar coherencia con las consecuencias de lo pretendido en la demanda y supone soportar el litigio en esos términos (SAP Alicante de 11-1-07). Por ello, no se puede dissociar del fondo del asunto de quien es parte por demandar o ser demandado y respecto de los cuales ha de resolverse la cuestión litigiosa en sentencia una vez analizadas las circunstancias del caso con valoración de la prueba obrante.

En cuanto al segundo (art. 12 LEC), exige que se demande a todos los sujetos cuyos derechos se integran en la relación jurídica de derecho material que se debate o puedan resultar afectados por la resolución pretendida en el proceso (SAP Jaén de 19-10-01). Se trata de traer al proceso a todos los interesados en la situación litigiosa para que no haya indefensión (STS 1-2-06), no apreciándose situación litisconsorcial respecto de terceros a quienes la extensión de los efectos de la cosa juzgada no les alcanza (STS 25-2-92). No habiendo este litisconsorcio cuando los posibles codemandados no hubieran intervenido en la relación jurídica objeto del litigio (STS 6-3-90), o cuando los posibles efectos so sólo reflejos (STS 28-6-01), no bastando la existencia de un mero interés en el litigio (STS 25-2-92).

Y es que aquí el demandado alega que los gastos se pagaron a terceros (registrador, notario...), por lo que no cabría reclamarle a él los gastos al no haber recibido los importes, debiéndose demandar a esos profesionales. Pero no se entiende que esto sea así porque: no obsta a lo pretendido en la demanda el hecho que esos pagos se realizaran a terceros estando las facturas a nombre de la actora. Pues una cosa es que se haga un pago a quien deba recibirlo por haber prestado un servicio (y se reciba acreditación de ello), y otra que el que hizo el pago fuera el obligado a hacerlo o lo fuera en su totalidad en cuanto a la relación jurídica que le una con su contraparte contractual (en este caso el banco) o en cuanto a lo que disponga una norma. Y esos profesionales son ajenos a la relación jurídica objeto del litigio (no son parte en el préstamo), relacionados con el mismo sólo indirectamente, los cuales recibieron unos pagos a los que tenían derecho porque prestaron unos servicios que había de remunerárseles. Con lo cual no deben devolver ninguna cantidad, pero sí abonarla aquél que era parte en el préstamo y no pagó las cantidades que le correspondían derivadas de ese contrato, o bien de lo que se derive de la norma.

En cuanto a la **cancelación** de la hipoteca se aplicaría lo ya dicho en relación a que se ejercita una acción de nulidad radical con lo que ello supone en cuanto a la falta de efectos y a su carácter imprescriptible y no sanable. Por tanto, en cualquier momento se puede hacer valer la existencia de esa nulidad. Y si bien podría no tener sentido pretender la nulidad de



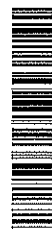
una cláusula que ya no existe, se entiende que ello se podría predicar respecto de una cláusula que nunca se aplicó y por ello nunca desplegó sus efectos ni consecuencias perjudiciales para el consumidor, que no tuviera que haber soportado al adolecer la cláusula de nulidad radical.

Pero cuando esa cláusula resulta nula, y aunque ahora no exista, produjo en su momento efectos nocivos derivados de esa nulidad, ello hay que remediarlo. Pues lo contrario sería admitir la nulidad pero dejándola vacía de contenido puesto que ya no se “repara” el daño causado por la aplicación de la cláusula. Así, la cláusula fue nula, existió y provocó unos efectos que habría que corregir, para lo que se hace necesario declarar su nulidad. En este caso predicaríamos esto de la cláusula gastos (no habiendo además prescrito la acción de reclamación de cantidad como se ha dicho), ya que supuso el abono de unas cantidades que no debieron ser pagadas por la actora.

TERCERO. Dicho esto, se entra en la cuestión de fondo propiamente dicha, el ejercicio de una acción de nulidad por abusividad (nulidad absoluta no sujeta a plazo). En primer lugar de la **cláusula de gastos** repercutibles al prestatario, contenida en el contrato de préstamo hipotecario, con lo que debemos recordar:

En primer lugar, partimos de la circunstancia de que la actora tendría la condición (no discutida) de consumidora ex. art. 3 del RDLeg. 1/2007, de 16-11, pues se trata de una persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, teniendo también tal condición las personas jurídicas y entes sin personalidad que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a la actividad comercial o empresarial. Además el art. 8 b) TRLGDCU establece que es un derecho básico del consumidor la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales, en particular, frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.

En el Título II de la citada norma se regulan las condiciones generales y las cláusulas abusivas, entendiendo por éstas aquéllas estipulaciones no negociadas individualmente, y todas las que, no consentidas expresamente, en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que derivan del contrato (derivado de la Directiva 93/13). En cualquier caso, se consideran abusivas las cláusulas que vinculen el contrato a la voluntad del empresario, limiten los derechos del consumidor, determinen la falta de reciprocidad en el contrato, impongan al consumidor indebidamente la carga de la prueba o sean desproporcionadas. Para ello se tendrán en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, las circunstancias del mismo en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato (art. 82 TRLGDCU). Y esas cláusulas no negociadas individualmente (o bien a modo de condición general de la contratación), precisamente por ese carácter, han de redactarse con sencillez, claridad, concreción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o



simultáneamente a la conclusión del contrato y debiéndose referirse los mismos en el propio documento contractual. Han de ser accesibles y legibles para tener un conocimiento previo de las mismas antes de la conclusión del contrato, sin letra pequeña que haga dificultosa la lectura. Y han de responder a la buena fe y justo equilibrio entre derechos y obligaciones de las partes, lo que excluye directamente las cláusulas abusivas, estableciéndose en el caso de ejercicio de acciones individuales un principio de interpretación pro consumidor en caso de duda sobre el sentido de la cláusula (art. 80 TRLGDCU), siendo la carga de la prueba de que la cláusula no fue negociada individualmente del empresario (art. 82 TRLGDCU).

CUARTO. De todo lo dicho se desprende que no todas las cláusulas no negociadas individualmente hayan de ser nulas, sino sólo aquéllas que sean abusivas o adolezcan de las características señaladas. Y así, a tenor de la STS 9-5-13, constituyen requisitos para considerar abusivas las cláusulas no negociadas las siguientes: Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas a una pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individual, así como que causen un desequilibrio contractual importante entre las partes que perjudique al consumidor. En esta línea precisa la jurisprudencia el sentido de los conceptos que entran en juego en el campo que aquí tratamos, de tal que en este tipo de cláusulas 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 contenido, de tal forma que, o se adhiere, o renuncia a contratar.

Y es 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 provengan del mismo empresario. Ni tampoco equivale a negociación individual la posibilidad de escoger entre ofertas de diferentes empresarios, siendo la carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidas por un empresario a un consumidor, del empresario. Por tanto, la inclusión de cláusulas no negociadas o de condiciones generales no comporta *per se* su ilicitud. Ello no dejaría de ser un mecanismo de contratación en masa, que comporta un “modo de contratar” diferenciable de la contratación por negociación, en base a la dificultad de los diálogos individualizados, pero que no supone contratos nulos por serlos de adhesión, en cuanto la libertad de empresa permitiría al empresario diseñar los productos que ofrece (STS 18-6-12 y STS de 4-3-09), salvo que esas cláusulas tengan las características pertinentes para ser declaradas abusivas y nulas. Ahora bien, no se debe olvidar tampoco lo siguiente:

1-Estas cláusulas financieras, según lo dicho, tendrían la naturaleza de condición general de contratación dentro del contrato de préstamo hipotecario que imponen al consumidor, sin ninguna limitación ni especificación adicional, el pago de dichas partidas en su totalidad.



No consta una negociación particularizada (ninguna actividad probatoria se ha desarrollado sobre este particular y corresponde la carga de la prueba al banco) con contrapartidas al consumidor, concurriendo por tanto los presupuestos para considerar el clausulado aquí impugnado condición general de la contratación, las cuales la práctica nos ha demostrado además que se incorporan por los bancos a una gran pluralidad de contratos. Y en la medida en que se trata de Condiciones Generales de Contratación, ha de analizarse si concurre motivo para la nulidad de las mismas en el marco del art. 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

2.- La Sentencia del TS, Pleno, de 23 de diciembre de 2015, se refiere en su Fundamento de Derecho Quinto, a una cláusula análoga a la aquí discutida, que asigna al prestatario los gastos e impuestos que se ocasionen por razón del contrato, y los de constitución, conservación y cancelación de la garantía hipotecaria. El Tribunal Supremo argumenta a partir de la consideración como cláusulas abusivas, en todo caso, las que impliquen la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley correspondan al empresario (artículo 89.3 LGDCU). El propio artículo atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición), 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 (art. 89.3.3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º letra c). Dicho esto, habrá que analizar en este caso los gastos que se han repercutido a la prestataria/demandante y han sido abonados por ella. Así:

3.- En relación de los gastos notariales y registrales de formalización e inscripción de la escritura pública, dice el TS, invocando como precedente su STS de 1 de junio de 2000, que “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. Y 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 (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC).

Y la cláusula objeto de la litis 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 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)". Por ello, una estipulación sobre gastos notariales y registrales (extensible a los gastos de tramitación de gestoría), que no aseguren una mínima reciprocidad entre partes al hacerlos recaer en su totalidad sobre el prestatario, es susceptible de generar el desequilibrio importante que proscriben las normas protectoras del consumidor frente a estipulaciones predispuestas.

4.- En cuanto a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, cuyo pago asigna la cláusula cuestionada al prestatario con independencia de que sea o no el verdadero sujeto pasivo del impuesto, debe catalogarse de nula por abusividad, porque infringe el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario. Dice la STS de 25 de noviembre de 2011, con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, que la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión es una cláusula abusiva, por limitar los derechos que sobre distribución de la carga tributaria estaban previstos en la legislación fiscal, por lo que la condición general que contuviese dicha previsión debía ser reputada nula. Esta resolución se cita en la STS de 23 de diciembre de 2015, que señala: "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 y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho".

Por lo tanto, atribuir de forma general e indeterminada al prestatario hipotecante el pago de los tributos que gravan la operación, sin distinción de ninguna clase, puede vulnerar la normativa fiscal sectorial - 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- que no deja al margen a la entidad financiera de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil. Éstas normas que en relación a la distribución del pago del impuesto tienen carácter imperativo, determina la nulidad de cualesquiera pactos que en perjuicio del consumidor las contravengan al no contemplarse otra consecuencia para el caso de infracción, y ello, el tenor del art. 89.3 c) TRLCU, que califica de abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, por lo que la cláusula en cuestión ha de ser declarada nula.

Y así, afirmada la nulidad de las estipulaciones reseñadas, procede ahora determinar los efectos de la misma: como señala la STJUE de 21 de diciembre de 2016 "61. ...el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera



que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula”.

Ahora bien, una cosa es que al estimarse abusiva una cláusula deba tenerse por no puesta, y otra, que el expulsarla del contrato suponga atribuir necesariamente al empresario predisponente el pago de los concretos gastos reclamados en el presente litigio; tal cuestión, en ausencia de pacto individual válido, dependerá de la norma sectorial o específica que regule cuál sea el sujeto que deba de soportar ese gasto.

En este sentido la SAP Asturias, sección 6ª, de 27 de enero de 2017 declara que “quiere decirse con ello que en relación a esta obligación de reintegro, habrá de estarse en cada caso respecto al concreto gasto cuyo reintegro se pretende, a lo que establezca el derecho positivo respecto de quién debe soportarlo, como si esa estipulación no existiera, de modo que la nulidad, solo alcanzara al contenido del pacto que pueda modificar el régimen de atribución que el derecho positivo haga de cada gasto, lo que obliga a abordar el enjuiciamiento de la abusividad, no desde la estricta literalidad de la cláusula, considerada en abstracto o en forma teórica, sino en función del modo en que la misma ha sido aplicada, esto es, relacionándola con el uso que la entidad financiera ha hecho de la misma en cada caso. De forma que el reintegro de gastos que se pretende en base a esa declaración de abusividad formal o abstracta, solo podrá ser declarada si la parte que lo insta prueba cumplidamente que los abonados a que se refiere el mismo no le correspondían sino que eran de cargo de la entidad financiera predisponente, existiendo una repercusión indebida.”

QUINTO.-Teniendo en cuenta la argumentación que precede resulta:

1.- Gastos Notariales derivados de la escrituración del préstamo hipotecario: de la reglamentación antes citada sobre aranceles del Notario, resulta que el obligado al pago es en principio el contratante del servicio, sin que en el supuesto examinado esté acreditado cuál de las partes hizo el encargo; por ello el pago deben hacerlo los interesados solidariamente que son ambas partes a quienes conviene e interesa la documentación pública como negocio que contiene un concierto de voluntades: el prestamista se ve protegido –dispone de un título ejecutivo con posibilidad de acceder a una ejecución especial- en caso de incumplimiento por el prestatario (pago de las cuotas, por ej.), y éste que es el beneficiario del préstamo concedido –en unas condiciones más favorables que un préstamo sin la garantía real- también está protegido en caso de incumplimiento de la entidad de crédito (plazo, tipo de interés, etc.), además de las exigencias de legalidad e imparcialidad a que se refiere el art. 147 del RN en la intervención notarial.

Por ello en defecto de pacto debe procederse conforme indica la norma arancelaria, esto es, ambos serían responsables solidarios frente a terceros, lo que en el orden interno se traduce en un reparto igualitario que se presume por mitad según lo previsto en el art. 1145.2º CC.



2.-Aranceles devengados por la inscripción del préstamo hipotecario en el Registro de la Propiedad: según la regla octava del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, "los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho ". Por lo que estos gastos deben ser asumidos por la entidad financiera, dado que la garantía hipotecaria se inscribe a su favor como acreedora que es del crédito garantizado, constituyéndose con ello la hipoteca, y adquiriendo la posibilidad de acudir a la ejecución especial en caso de incumplimiento por el deudor.

3.- En cuanto a los tributos debe de analizarse, no obstante, quién es el sujeto pasivo en el impuesto que grava el préstamo hipotecario, concretamente el "impuesto de actos jurídicos documentados" –IAJD-. Y, sobre tal cuestión, las consideraciones que realizó la STS de 23 de diciembre de 2015 deben ser complementadas con lo dispuesto sobre esta materia por el orden contencioso-administrativo que es el competente para su conocimiento: Y así, la doctrina sobre el obligado tributario en el IAJD de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en reiterada Jurisprudencia, (sentencia 31 de octubre de 2006, de 23 de Noviembre de 2001, 24 de Junio de 2002, 14 de Mayo y 20 de Octubre de 2004 y 27 de Marzo de 2006), ha declarado que el sujeto pasivo de dicho Impuesto es el prestatario.

En este mismo sentido procede citar la RDGRN de 24 de mayo de 2017, según la cual en lo que se refiere al sujeto pasivo del IAJD, según el artículo 68 del Reglamento del Impuesto (RD 828/1995) es «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», añadiendo en su párrafo segundo que «cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario», lo que lleva a concluir que también por el concepto de Actos Jurídicos Documentados, el sujeto pasivo es el prestatario.

Por consiguiente, no obstante ser declarada nula (por su generalidad e indeterminación) la cláusula de tributos con la consecuente expulsión del contrato, no procede su devolución, toda vez que se ha pagado por quien según la norma que rige el impuesto le correspondía su abono como sujeto pasivo.

Decir además que en este sentido citar la STS 15-3-2018, que contiene que los gastos de constitución de la hipoteca son de cargo del prestatario. Y que en cuanto al IAJD hay que distinguir entre la cuota variable en función de la cuantía que se documenta (cuyo sujeto pasivo es el prestatario), y la cuota fija por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias. Así, en cuanto a la primera (matriz), corresponde el abono del impuesto al prestatario, salvo que exista un pacto entre las partes de distribución de los gastos notariales y registrales, en los que también se distribuirá el pago del impuesto por la matriz. Mientras que respecto de las copias, hay que considerar sujeto pasivo a quien las haya solicitado.

4.- Los gastos de Gestoría por la tramitación de la escritura en el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos, si la regla general - a falta de acreditación de que la gestoría fuera contratada por el prestatario- como quiera que se trata de gastos derivados de



una gestión que interesa a ambas partes, la inscripción registral a la prestamista para constituir la garantía hipotecaria, y la liquidación tributaria al prestatario, que como hemos dicho es el sujeto pasivo del impuesto, al no especificarse de forma diferenciada el coste de cada una de las gestiones, se debe entender imputable por iguales partes.

5.- Algo similar podemos decir respecto de los gastos de tasación, que a falta de una prueba clara y determinante acerca de que fue realizada voluntaria e independientemente por el prestatario, esto es, que no fue impuesta en el marco de una negociación individual, hay que entender que prepara la operación del préstamo y beneficia a ambas partes, mostrándonos la práctica que en gran número de ocasiones se realiza precisamente al momento o con ocasión de la constitución de la hipoteca, y también como requisito o trámite de la misma.

6.- Y con respecto a los gastos derivados de los honorarios de abogado y procurador por reclamación judicial, también muy común incluirlos en este tipo de cláusulas, decir que es una cuestión prevista en la ley, ya que se relaciona directamente con la materia de costas regulada en nuestra LEC. Es ésta una regulación de orden público que no se puede alterar por el pacto de las partes y menos por la imposición de una de ellas, produciendo un evidente desequilibrio entre partes ex. arts. 86 TRLCyU y art. 8 LCGC, por lo que habría de entenderse abusiva y por lo tanto nula en el caso de incluirse en un préstamo hipotecario.

SEXTO. Por todo lo anterior, procede estimar que la cláusula litigiosa, en cuanto pone a cargo exclusivo del prestatario la totalidad de los gastos referidos sin ninguna discriminación ni precisión o distinción, adolece de nulidad absoluta (no sujeta a plazo), ya que la cláusula se refiere a “todos los gastos” que origine la escritura. Si bien, en orden a sus efectos, se estaría a lo anteriormente señalado, distribuyendo los gastos de la forma dicha.

Así, según lo dicho los gastos serían notaría por mitad. Registro en su totalidad para el banco. Impuesto AJD para el prestatario. Y gestoría por mitad. Y estas cantidades deberá abonarlas el banco a la actora ya que ésta las pagó sin corresponderla, siempre que la demandante acredite que desembolsó las cantidades que ahora reclama ex. Art. 217 LEC. Y sí que se justifican, con aportación de facturas, los gastos que reclama (docs. 4 y 5 facturas relativas a registro, doc.3 factura relativa a notaría, doc.6 gestoría y doc.2 liquidación del impuesto modelo 601).

Y como ninguna otra reclamación o alegación se realiza por las partes en relación a los gastos, se resuelve conforme lo expresado para no incurrir en incongruencia.

En cuanto a la obligación de pago de los **intereses** de las cantidades abonadas como gastos y que ahora se reclaman decir: una vez reconocido el carácter abusivo de una cláusula de gastos y por tanto su nulidad radical, con los consiguientes efectos restitutorios de cantidades que conlleva, decir: el art. 1303 CC establece el deber de restitución aplicable a los supuestos de nulidad, también la absoluta (STS 13-12-96 y de 15-7-08), debiendo



comprender tal restitución los intereses legales a tenor de dicho precepto (STS 13-12-05), en un deseo que las partes vuelvan a tener la misma situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador (STS 23-6-08). En este caso no hay restitución recíproca, porque sólo una de las partes abonó algo que no debió pagar o no en su totalidad, por lo que la restitución de cantidades y sus intereses es aplicable únicamente a una de las partes. Ello sin olvidar los intereses que se generarían derivados en su caso de la mora contractual ex. art. 1108 CC, teniendo estos una función indemnizatoria, ya que la tutela judicial efectiva exige que el ganador de un pleito consiga el pleno restablecimiento de su derecho (STC 32/82, STS 15-11-00).

SÉPTIMO. En cuanto a las costas, decir que la estimación ha sido parcial en cuanto a la cantidad que se admite que el prestatario no debió abonar, pues es inferior a la solicitada no estimándose la devolución de ciertos conceptos de gastos o no en su totalidad (como el del impuesto o los de notaría y gestoría), por lo que cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad (art. 394 LEC).

FALLO

Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por Dña. A. [redacted] contra [redacted], DECLARO:

La nulidad de la cláusula relativa a la **imposición de gastos** a cargo del prestatario contenida en el préstamo con garantía hipotecaria objeto de este pleito (de 22-6-04), en cuanto repercute al prestatario todos ellos sin distinción y en consecuencia,

La eliminación de la misma teniéndola por no puesta y manteniendo la vigencia del contrato sin aplicación de dicha cláusula en los términos fijados en los Fundamentos Jurídicos de la presente Sentencia.

Y se **CONDENA** a la demandada al abono de cantidades a la actora derivada de la nulidad de la cláusula de gastos objeto de este pleito, conforme a los Fundamentos Jurídicos de la presente Sentencia, y que son: la totalidad de los gastos de registro y la mitad de los gastos de notaría y gestoría, según todas las facturas aportadas.

Más los intereses legales desde su abono. Y también con los intereses previstos en el art. 576 LEC desde la sentencia.

No se hace expresa imposición de costas a ninguno de los litigantes.



Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que contra ella podrá interponerse, ante este Juzgado, recurso de apelación en el plazo de veinte días desde el siguiente a la notificación. El recurso será resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid previa la constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta IBAN ES55 0049 5284 0000 04 4337 17 de esta Oficina Judicial de la cuenta general de Depósitos y Consignaciones abierta en BANCO DE SANTANDER.

Si las cantidades van a ser ingresadas por transferencia bancaria, deberá realizarse en la cuenta número IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicando en el campo “beneficiario”: Juzgado de 1ª Instancia nº 101 bis de Madrid; y en el campo “observaciones” o “concepto” habrán de consignarse los siguientes dígitos: 5284 0000 04 4337 17.

No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido (L.O. 1/2009 Disposición Adicional 15).

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

La Juez/Magistrada Juez

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento y debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia Proc. Ordinario firmado electrónicamente por

1
2
3
4
5

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100