

Roj: **SJPI 588/2016** - ECLI: **ES:JPI:2016:588**Id Cendoj: **33044420112016100001**Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**Sede: **Oviedo**Sección: **11**Fecha: **09/12/2016**Nº de Recurso: **538/2016**Nº de Resolución: **247/2016**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **EDUARDO GARCIA VALTUEÑA**Tipo de Resolución: **Sentencia****JDO. PRIMERA INSTANCIA N.11****OVIEDO****SENTENCIA: 00247/2016****SENTENCIA**

En Oviedo a nueve de diciembre de dos mil dieciséis. El Ilmo. Sr. don Eduardo García Valtueña, Magistrado Juez del juzgado de Primera Instancia número 11 de Oviedo, ha visto los autos de juicio ordinario seguidos ante el mismo bajo el **número de registro 538/16** promovidos por la procuradora Sra. Pérez Martínez, en nombre y representación de don Jose María , asistido del letrado Sr. García Carreño, contra Liberbank, SA, que compareció representada por la procuradora Sra. Cervero Junquera y defendida por el letrado Sr. Cobián Regales.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por la procuradora Sra. Pérez Martínez, en la representación citada, se presentó demanda de juicio ordinario contra Liberbank, SA, en donde en donde se exponían los hechos que constan en autos y que en aras a la brevedad se dan por reproducidos y, tras alegar los fundamentos jurídicos que estimó aplicables al caso, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se declare el carácter abusivo y la nulidad de la cláusula relativa a los gastos relativo a los aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca , incluidas las comisiones y gastos del otorgamiento de la carta de pago, los impuestos la operación, los gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos, con condena a la demandada a la devolución y/o restitución de las cantidades que hubiera percibido o hayan sido abonadas por la demandante para los gastos de constitución del préstamo con garantía hipotecaria que se deriven de las estipulaciones citadas, como consecuencia de la aplicación de dichas estipulaciones que se declaren nulas, más el interés legal del dinero. Subsidiariamente que sea condenada a reintegrar todos los gastos correspondientes a la constitución del préstamo hipotecario que por aplicación de normas imperativas correspondían al banco y fueron abonados por mis representados (gastos de notaría, impuestos y registro de la propiedad del crédito hipotecario), más intereses legales.

SEGUNDO .- Se admitió a trámite la demanda por resolución de trece de septiembre de dos mil dieciséis y se emplazó a la demandada, que contestó a la demanda, interesando su desestimación.

TERCERO .- Con fecha tres de noviembre de 2016 se celebró la audiencia previa al juicio con el objeto previsto en los artículos 414 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Y tras fracasar el intento de acuerdo o transacción entre las partes y sin que se suscitaran cuestiones procesales, se ratificaron las partes en sus escritos de demanda y contestación a la misma. Recibido el procedimiento a prueba, se admitió la propuesta en los términos que constan en el acta

CUARTO .- El día veinticuatro de noviembre se celebró el juicio, con la práctica de las pruebas admitidas y con el resultado que es de ver en la correspondiente acta y grabación audiovisual.



FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO - El demandante celebró con la demandada el 30 de octubre de 2006 un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, en el que se incluyó como cláusula quinta la siguiente: "Gastos a cargo del prestatario: Serán de cuenta del prestatario todos los gastos futuros, o pendientes de pago siguientes: (...) b) Aranceles notariales y registrales relativos a la constitución (incluidos los de la primera copia de la presente escritura para la prestamista y en su caso los derivados de los documentos acreditativos de las disposiciones), modificación o cancelación de la hipoteca, incluidas las comisiones y gastos del otorgamiento de la carta de pago c) Impuestos de esta operación d) Gastos de Gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos". En el presente juicio se suscita la posible nulidad de la cláusula referida por abusiva, de acuerdo con lo establecido en los arts. 80, 82 y 89 TRLGCU; y, en consecuencia, la condena del banco a la devolución de las cantidades que hubiera satisfecho el consumidor como gastos de constitución del préstamo con garantía hipotecaria que se deriven de las estipulaciones citadas.

El banco se opone argumentando que la obligación de pago de los aranceles notariales corresponde a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su defecto, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, lo que estima que en este caso corresponde al prestatario, también en el caso de los derechos del Registrador; y, por último y en igual sentido, señala que en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y en el de Actos Jurídicos Documentados es el prestatario el obligado al pago a título de contribuyente.

SEGUNDO - Para enmarcar el debate entre las partes, debe recordarse que éste no puede desenvolverse por la verificación de que el consumidor ha prestado voluntariamente su consentimiento al contrato, lo que haría de aplicación la genérica previsión del art. 1.255 del Código Civil. Sin embargo, ha de recordarse que el principio de protección al consumidor y la legislación tuitiva de los derechos de éste, como declara la jurisprudencia emanada del TSJE, se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (entre las sentencias del TSJE, las de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, C 168/05, Rec. p. I 10421, apartado 25; de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C 243/08, Rec. p. I 4713, apartado 22, y de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C 40/08, Rec. p. I 9579, apartado 29). Desde esa posición de partida, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 obliga a los Estados miembros a establecer que las cláusulas abusivas "no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales". Como se desprende de la jurisprudencia, se trata de una disposición imperativa que trata de remplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (véanse las sentencias Mostaza Claro, antes citada, apartado 36; Asturcom Telecomunicaciones, antes citada, apartado 30, y de 9 de noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing, C 137/08, Rec. p. I 0000, apartado 47).

Por otra parte, es oportuno recordar el criterio sentado por la sentencia de TJUE de 14 de marzo de 2013 en el asunto C-415/11 (Mohamed Aziz vs. Caixa d'Estalvis de Catalunya), que establece una doctrina que debe proyectarse sobre el debate que preside la nulidad de este tipo de cláusulas. En aquella sentencia el Tribunal, en la segunda de las cuestiones que le fueron planteadas que se refería a los elementos constitutivos del concepto de «cláusula abusiva» (se trataba en aquel caso de aquellas cláusulas que constituyen el objeto del litigio principal, las que se refieren al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración, a la fijación de los intereses de demora y al pacto de liquidez), señala lo siguiente: "66. A este respecto, ha de señalarse que, según reiterada jurisprudencia, la competencia del Tribunal de Justicia en la materia comprende la interpretación del concepto de «cláusula abusiva», definido en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva y en el anexo de ésta, y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de la Directiva, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta esos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual determinada en función de las circunstancias propias del caso. De ello se desprende que el Tribunal de Justicia se limitará a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones que éste debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula de que se trate (véase la sentencia de 26 de abril de 2012, Invitel, C 472/10, aún no publicada en la Recopilación, apartado 22 y jurisprudencia citada)".

Añade la sentencia a continuación: "67 Sentado lo anterior, es preciso poner de relieve que, al referirse a los conceptos de buena fe y desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el artículo 3, apartado 1, de la Directiva delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula que no se haya negociado individualmente (véanse las sentencias de 1 de abril de 2004, Freiburger Kommunalbauten, C 237/02, Rec.



p. I 3403, apartado 19, y Pannon GSM, antes citada, apartado 37). 68 Pues bien, tal como la Abogado General indicó en el punto 71 de sus conclusiones, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas. 69 En lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva y tal como indicó en esencia la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual. 70 En este contexto, ha de recordarse que el anexo al que remite el artículo 3, apartado 3, de la Directiva sólo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas (véase la sentencia Invitel, antes citada, apartado 25 y jurisprudencia citada). 71 Además, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración (sentencias antes citadas Pannon GSM, apartado 39, y VB Pénzügyi Lízing, apartado 42). De ello resulta que, en este contexto, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional (véase la sentencia Freiburger Kommunalbauten, antes citada, apartado 21, y el auto de 16 de noviembre de 2010, Pohotovost, C 76/10, Rec. p. I 11557, apartado 59)".

En el mismo sentido, es relevante la sentencia dictada por el mismo tribunal con fecha 16 de enero de 2014, por el que resuelve la cuestión prejudicial planteada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Asturias sobre cómo ha de entenderse el desequilibrio económico que produce la cláusula que se reputa abusiva. En concreto se formulaba si el concepto de «desequilibrio importante», que figura entre los criterios generales enunciados en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva ya mencionada para definir una cláusula abusiva, debe interpretarse en el sentido de que exige que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula de ese tipo tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate, o bien si sólo deben considerarse los efectos de dicha cláusula en los derechos y obligaciones del consumidor.

Con carácter previo el Tribunal recuerda que la determinación de si una estipulación del contrato fue o no objeto de negociación individual corresponde al Juez nacional "atendiendo a las reglas de reparto de la carga de la prueba establecidas a este respecto en el artículo 3, apartado 2, párrafos primero y tercero, de la Directiva, que prevén en particular que, si el profesional afirma que una cláusula tipo se ha negociado individualmente, asumirá plenamente la carga de la prueba". Igualmente precisa que "según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la competencia de éste en la materia comprende la interpretación del concepto de «cláusula abusiva», definido en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva y en el anexo de ésta, y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de la Directiva, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta esos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual determinada en función de las circunstancias propias del caso. De ello se desprende que el Tribunal de Justicia ha de limitarse a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones que éste debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula de que se trate (véase la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C 415/11, apartado 66 y la jurisprudencia citada)".

Añade el tribuna l: "A este respecto el Tribunal de Justicia ha juzgado que, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho Nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente (véase la sentencia Aziz, antes citada, apartado 68).

Se pone de manifiesto así que, para determinar si existe ese desequilibrio importante, no basta con realizar una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que descansa en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro.

Por el contrario, un desequilibrio importante puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra, como parte en el contrato considerado, en virtud de



las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales.

En este aspecto el Tribunal de Justicia ha recordado que, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva, el carácter abusivo de una cláusula contractual debe apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o de los servicios que sean objeto del contrato de que se trate y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas de dicho contrato (véase la sentencia de 21 de febrero de 2013, *Banif Plus Bank*, C-472/11, apartado 40). De ello resulta que, en este contexto, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable a tal contrato, lo que exige un examen del sistema jurídico nacional (véase la sentencia *Aziz*, antes citada, apartado 71).

El Tribunal de Justicia también ha puesto de relieve, en relación con el artículo 5 de la Directiva, que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencia de 21 de marzo de 2013, *RWE Vertrieb*, C-92/11, apartado 44).

En relación específica con la primera obligación impuesta al consumidor por la estipulación decimotercera del contrato, a saber, el pago del impuesto de plusvalía, de los autos obrantes ante el Tribunal de Justicia se deduce que esa obligación tiene como efecto transferir al consumidor, en su calidad de adquirente, una deuda fiscal que, según la legislación nacional aplicable, incumbe al profesional, en su calidad de vendedor y como beneficiario de la ventaja económica sujeta a gravamen, a saber, la plusvalía realizada por el incremento de valor del inmueble vendido. De esa forma, parece ser que, mientras el profesional se beneficia de ese incremento de valor del bien que vende, el consumidor debe pagar no sólo el precio de venta que incorpora la plusvalía adquirida por ese bien, sino también un impuesto cuya base es esa plusvalía. Además, según las observaciones escritas presentadas al Tribunal de Justicia por el Sr. Menéndez Álvarez, el importe de ese impuesto no se conoce en la fecha de la celebración del contrato, sino que sólo se liquida a posteriori por la autoridad competente, lo que, de ser así, implicaría una incertidumbre del consumidor sobre el alcance del compromiso asumido.

Incumbe al tribunal remitente verificar ante todo si, a la luz del Derecho interno español, los hechos del litigio principal corresponden a la situación descrita en el precedente apartado. En segundo término, le corresponde apreciar si la estipulación decimotercera del contrato, al imponer al consumidor una obligación adicional no prevista por las normas del Derecho nacional, constituye una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que se encuentra el consumidor, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables. En su caso, le incumbe por último comprobar si la información recibida por el consumidor antes de la celebración del contrato se ajustaba a las exigencias derivadas del artículo 5 de la Directiva (...) Es preciso añadir que la mención en la estipulación decimotercera del contrato de que la asunción por el comprador del impuesto de plusvalía se ha tenido en cuenta al determinar el precio de venta no puede por sí sola constituir la prueba de una contrapartida de la que se haya beneficiado el comprador. En efecto, para garantizar la eficacia del control de las cláusulas abusivas, la prueba de una reducción del precio como contrapartida de la aceptación por el consumidor de obligaciones adicionales no puede aportarse mediante la inclusión por el profesional de una mera afirmación a ese efecto en una cláusula contractual que no haya sido negociada individualmente.

Por las anteriores consideraciones, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que:

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

Incumbe al tribunal remitente, para apreciar la posible existencia de un desequilibrio importante, tener en cuenta la naturaleza del bien o del servicio que sea objeto del contrato, considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración de ese contrato, así como todas las demás cláusulas de éste".

El Tribunal Supremo se ha hecho eco de esta doctrina en sus sentencias de 12 de marzo y 22 de octubre de 2014. En la primera señala: "El Tribunal de apelación aplicó correctamente a la cláusula litigiosa el artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, en relación con

los artículos 3 y 4 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

En la interpretación de dicha Directiva ha destacado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 16 de enero de 2014 - C-226/12 -, que un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor puede resultar de una lesión suficientemente grave en la situación jurídica en que el mismo se encuentra como parte del contrato.

Pues bien, esa lesión en la posición jurídica del consumidor protegido se produce - como pusimos de relieve en la antes citada sentencia 842/2011 - al transferirle, en su condición de adquirente, una deuda fiscal que, conforme a lo dispuesto en el artículo 104 del Real Decreto Legislativo, de 5 de marzo, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, está a cargo de la vendedora, la cual se beneficia del incremento del valor de la cosa vendida, ya incorporado al precio, al imponer finalmente al comprador el pago de un impuesto que tiene como base la misma plusvalía . Con lo que, además, este soporta una incertidumbre sobre el alcance de su obligación.

A la luz de una concepción ética de la buena fe, como modelo de comportamiento exigible y fuente de determinados deberes de conducta, valoramos la desigualdad entre las posiciones de negociación de las partes, el desequilibrio que, en el contenido económico del contrato, la cláusula genera y el defecto de información que su aplicación implica

TERCERO .- Los citados criterios establecidos por TJUE fueron aplicados por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de diciembre de 2015 sobre una cláusula análoga a la aquí debatida, sentencia que sirve de referencia a ambas partes para estructurar sus argumentos.

El fundamento de la sentencia del TS es el siguiente: "*En este motivo se cuestiona la aplicación de los supuestos de abusividad previstos en las letras a y c del artículo 89.3 TRLGCU, ya que solo se refieren a contratos de compraventa de viviendas. Asimismo, se aduce que la cláusula se limita a recoger unas atribuciones de gastos o costes a los prestatarios ya previstos en las leyes para determinadas prestaciones realizadas en su favor. Así, se argumenta que el único tributo derivado del contrato de préstamo es el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, cuyo sujeto pasivo es el prestatario. En cuanto a los gastos, teniendo en cuenta que la garantía constituida es una hipoteca unilateral, a tenor del artículo 141 LH , los gastos derivados de esta actuación le corresponden al prestatario, como sucede con los honorarios de notario y registrador. E igual ocurre con las primas del contrato de seguro de daños del bien hipotecado previsto en el artículo 8 de la Ley del Mercado Hipotecario ; y con los servicios complementarios realizados a favor del prestatario y a solicitud de éste, como el informe de antecedentes previo a la cancelación de la hipoteca solicitada por el prestatario.*

2.- La cláusula cuestionada es del siguiente tenor:

" *Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación -incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía- y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11ª.*

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

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

(...)

Decisión de la Sala :

1.- *En primer lugar, resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones [como veremos] contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto.*



El art. 89.3 TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto "La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (numero 2º), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 3º). 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, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), 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). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º).

2.- Sobre tales bases legales, no cabe considerar que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguna de las normas legales citadas como infringidas, al declarar la abusividad de la cláusula. Baste recordar, 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). 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).

En la sentencia 550/2000, de 1 de junio, esta Sala estableció que la repercusión al comprador/consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. Y si bien en este caso la condición general discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso.

3.- En lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, nuevamente no se hace distinción alguna. El art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados 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 las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y 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). Por otro lado, el art. 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Pero el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto 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.

De tal manera que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho 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 por que contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como por que 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.

Ya dijimos en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre, si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, que la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión,



era 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".

CUARTO .- A pesar de lo expuesto en la fundamentación jurídica de la demanda y la omisión de cualquier referencia en la contestación a la misma, no resulta de aplicación al supuesto enjuiciado el TRLGCU, dado que el contrato que nos ocupa se celebró el 30 de octubre de 2006, aun cuando tal dato no es relevante para las consecuencias que se deben extraer, en las que disintimos parcialmente del pronunciamiento del Tribunal Supremo.

Por una parte, debe señalarse que el Tribunal Supremo ya había abordado en su sentencia de 1 de junio de 2000 , reiterada en la de 24 de julio de 2002 , el traslado al consumidor de las cantidades correspondientes a los gastos de la constitución de la hipoteca, estableciendo que suponía una infracción del apartado 1-C), 11º del art. 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores vigente a la sazón. Y razonaba que "la improcedencia de ese pago, con base en la estipulación 4ª párrafo 3º de los contratos de compraventa cuya nulidad expresamente se declara, es contundente en virtud escrupulosa a lo que al respecto de forma "Ad Hoc" determina el art. 10.1.C) 11 de la Ley General para la Defensa de los Usuarios y Consumidores , que prescribe: "...las cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios, incluidos los que faciliten las administraciones Públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos: ...c) buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, lo que, entre otras cosas, excluye: ... 11. En la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación, que por su naturaleza corresponda al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y, cancelación). Y su párrafo 4º establece que "serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos..."

Por otra parte, la jurisprudencia (sentencias del TS de 25 de noviembre de 2.011 y 12 de marzo de 2014) sostiene la nulidad de la estipulación que desplaza el Tributo al consumidor cuando no fue negociada individualmente y, en contra de las exigencias de la buena fe, causa, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Ahora bien, aquella nulidad no se producía "en todo caso", sino cuando concurrieran aquellas notas, al negar efecto retroactivo al nuevo texto refundido de la LGDCU, sobre lo que nos ocuparemos a continuación.

QUINTO .- En el caso enjuiciado ha de considerarse que la debatida se trata de una cláusula no negociada individualmente. En este sentido, resume la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (cláusulas suelo): "a) 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.

b) 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.

c) 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.

d) La carga de la prueba de que una cláusula preredactada 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".

Ya se ha indicado anteriormente, al citar la sentencia del TJUE y del TS, que corresponde probar al empresario que afirma que una determinada cláusula que figura en un contrato propio de la actividad que desarrolla celebrado con un consumidor ha sido objeto de negociación individual. En el presente caso no se ha practicado prueba alguna acreditativa de dicha negociación.

SEXTO .- Ya se ha señalado anteriormente cómo deben entenderse los requisitos de la buena fe y de desequilibrio importante para declarar la abusividad de la cláusula. Ya se ha señalado que la STJUE de 14 de marzo de 2013 en el asunto C- 415/11 obliga a examinar si la promotora, en este caso prestamista, podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con los compradores -prestatarios-, aceptarían tal cláusula en el marco de una negociación individual.

La verdadera controversia gira sobre la existencia del desequilibrio provocado por la cláusula, al sostener el banco que la obligación tributaria a la que se refiere recae sobre el prestatario consumidor. Debe observarse que la parte que introduce en el contrato la cláusula debatida defiende la validez de la misma argumentando su inanidad, lo que resulta un contrasentido y más parece venir referido tal argumento a una defensa frente a las consecuencias de la nulidad. Debemos insistir respecto de los aranceles notariales la existencia de la



norma específica en la regulación tuitiva de los intereses de los consumidores, lo que permite prescindir de las alegaciones realizadas por la parte demandada. En todo caso no cabe aceptar su argumento de que es el demandante quien debe soportarlos por cuanto corre a cargo de quien hubiere requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su defecto, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales. Argumenta que habitualmente se formaliza ante el mismo notario la compraventa del bien inmueble que financia con el préstamo por lo que la prestación de funciones del funcionario público no es solicitada por la entidad financiera, que no interviene en el citado contrato. Y desde el punto de vista del interesado, entiende que lo es el prestatario "para quien la operación le supone en muchos casos la adquisición de su vivienda habitual". Omite cualquier argumentación la demandada sobre los aranceles derivados, por ejemplo, a la primera copia de la escritura para la prestamista, cuyo interés para el prestatario no parece adivinarse. En todo caso, la demandada parte de afirmaciones genéricas, que vinculan la formalización del contrato a otro en el que no es parte la demandada, algo que no se deriva del contrato, ni resulta necesariamente así, para establecer una presunción inaceptable. Y basta remitirse a la argumentación de la sentencia del TS transcrita en lo que aquí importa en el fundamento jurídico tercero para razonar como es el banco el principal interesado en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, al obtener con ello un título ejecutivo con facultades de ejecución privilegiada.

La cuestión aparece más compleja respecto de los Tributos que gravan el préstamo con garantía hipotecaria. Ciertamente, los argumentos de la sentencia del TS referida son correctos, pero incompletos. No lo desarrollaremos de forma pormenorizada, pero debe señalarse que el impuesto, en la modalidad de documentos notariales del IAJD, "será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan", según el art. 29 de la Ley, como apunta el Tribunal Supremo. Pero debe considerarse que el art. 68 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, completa tal previsión con una adición: "Artículo 68 Contribuyente.- 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. Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario". La Sala III del Tribunal Supremo ya venía así declarándolo previamente al Reglamento de desarrollo. Así, entre otras, la Sentencia de 27 de marzo de 2006 que aborda un supuesto previo a la vigencia del Reglamento argumenta: ", dicho en otros términos, la doctrina contenida en la sentencia recurrida, en sus propios términos, no debe ser rectificada porque coincide con la jurisprudencia de esta Sala que, de manera reiterada, ha entendido que el artículo 30 (hoy 20) del Texto Refundido del ITP y AJD (artículo 68 del Reglamento) señala que, en la modalidad de documentos notariales del IAJD, "será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan" y que ese adquirente del bien o derecho solo puede ser el prestatario, no ya por un argumento similar al de la unidad del hecho imponible en torno al préstamo, conforme ocurre en la modalidad de transmisiones onerosas – arts. 8º.d), en relación con el 15.1 del Texto Refundido y con el art. 18 de su Reglamento –, sino porque el "derecho" a que se refiere el precepto es el préstamo que refleja el documento notarial, aunque este se encuentre garantizado con hipoteca y sea la inscripción de esta en el Registro de la Propiedad elemento constitutivo del derecho de garantía. En definitiva, cuando el art. 31 del Texto Refundido exigía, entre otros que ahora no interesan, el requisito de que las escrituras o actas notariales contengan actos o contratos inscribibles en el Registro de la Propiedad, está refiriéndose, indisolublemente, tanto al préstamo como a la hipoteca. Buena prueba de que es así la constituye el que el Reglamento vigente de 29 de Mayo de 1995 –que, aun no aplicable al supuesto de autos, tiene un indudable valor interpretativo–, en el párrafo 2º de su art. 68, haya especificado que " cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario". En cualquier caso, la unidad del hecho imponible en torno al préstamo, produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible es el prestatario, de conformidad con lo establecido en el art. 8º.d), en relación con el 15.1 del Texto Refundido ITP y AJD, y en relación, asimismo, con el art. 18 del Reglamento de 1981, hoy art. 25 del vigente de 29 de Mayo de 1995, que, por cierto, ya se refiere a la constitución de, entre otros, derechos de hipoteca en garantía de un préstamo y no a la de préstamos garantizados con hipoteca" (Cfr SSTs 19 y 23 de noviembre de 2001, 24 de junio de 2002, 14 de mayo y 20 de octubre de 2004 y 20 de enero de 2006, por citar sólo algunas de las más recientes)".

En el sentido apuntado, las sentencias de los Tribunales del orden contencioso-administrativo son unánimes y señalan como sujeto obligado del tributo al prestatario. Por ello no se produce un desplazamiento de la carga tributaria que debía soportar el profesional hacia el consumidor, ni, por ende, puede considerarse abusiva la cláusula debatida. Se argumenta para apoyar tal pronunciamiento el carácter genérico de la misma, toda vez que el desplazamiento se predica de todos los "impuestos de esta operación", pero lo cierto es que se trata de una argumento artificioso, toda vez que la operación no estaba sujeta a ningún otro tributo, como lo evidencia el que no se hubiera identificado por ninguna de las partes, transcurridos ya más de diez años desde la celebración del contrato. Y, además y por ello, resultaría superflua la declaración de nulidad pretendida, pues



la consecuencia de ésta sería la expulsión de la cláusula del contrato, con la consecuencia de que el tributo ha de soportarlo quien viene obligado a su pago, sin previsión de repercusión en un tercero. Por tanto, la demanda debe desestimarse en este punto.

SÉPTIMO .- Los anteriores pronunciamientos alcanzados condicionan la decisión sobre la última de las cláusulas impugnadas relativa a los gastos de gestoría. Éstos se referían tanto a la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos. Se imputa por el banco en su contestación a la demanda la falta de fundamentación concreta en el escrito alegatorio del consumidor, pero lo cierto es que el fundamento es común a las anteriores cláusulas, pues, en suma, es accesoria a la estipulación respecto de los gastos de constitución del préstamo, inscripción de la hipoteca y desplazamiento del coste de los impuestos. Y a ello resulta intrascendente que el consumidor, en ejecución del mismo, hubiera conferido mandato a una compañía, que no consta elegida por éste, para la ejecución de tales labores, pues no se trata sino un deber de colaboración contractual al que venía obligado, sin perjuicio de la cuestión debatida, esto es, si la imposición de su coste al consumidor en el contrato resulta abusiva. Como tampoco interfiere tal pronunciamiento de abusividad el hecho de que el consumidor hubiera hecho frente a dicho coste, según una muy reiterada jurisprudencia que resulta ocioso citar.

Es menester, sin embargo, discriminar el objeto de la gestión, pues si el obligado tributario lo era el demandante, es evidente que no resulta abusivo los gastos para cumplimentar aquella obligación tributaria, remitiéndonos a lo razonado en el fundamento anterior. Es cierto que pueden concurrir otras circunstancias a considerar, como la imposición de determinado gestor, circunstancias cuya transcendencia podría valorarse, pero no es el caso aquí enjuiciado, en el que no se contiene argumentación específica respecto de la cláusula.

En sentido contrario, resulta abusiva la cláusula en cuanto se refiere a la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y Notaría, dando por reproducido lo argumentado en los dos fundamentos jurídicos preferentes. Al no especificar la factura de forma segregada el coste de cada de las gestiones, se debe entender imputable por terceras partes, lo que así se deja declarado a efectos de ejecución de la presente sentencia.

La nulidad de las cláusulas abusivas estudiadas, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, contenida en la sentencia de 14 de junio de 2012 (caso Banesto), y reiterada por el auto de 17 de marzo de 2016 (caso Ibercaja), supone la eliminación total de las mismas, de forma que la demandada viene obligada a reintegrar al consumidor las cantidades satisfechas en su virtud, conforme se desprende de los fundamentos anteriores, que no pueden ser objeto de nuevo debate, sin perjuicio del deber del demandante de soportar aquellos otros que fueran de su cargo con independencia de las cláusulas anuladas.

OCTAVO .- De conformidad con lo previsto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no procede hacer un especial pronunciamiento respecto de las costas procesales causadas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Estimando parcialmente la demanda formulada por la procuradora Sra. Pérez Bayón, en la representación de autos, contra Liberbank, SA:

1º Declaro la nulidad de las siguientes cláusulas del contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado por las partes el 30 de octubre de 2006

A.- Cláusula quinta B: serán de cuenta del prestatario todos los gastos futuros, o pendientes de pago por aranceles notariales y registrales relativos a la constitución (incluidos los de la primera copia de la presente escritura para la prestamista y en su caso los derivados de los documentos acreditativos de las disposiciones), modificación o cancelación de la hipoteca, incluidas las comisiones y gastos del otorgamiento de la carta de pago

B- Cláusula quinta D: serán de cuenta del prestatario todos los gastos futuros, o pendientes de pago por gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad.

2º Se condena a la demandada a reintegrar al demandante las cantidades satisfechas por éste en aplicación de las cláusulas anuladas, de conformidad con los fundamentos de esta sentencia

Se desestima la demanda en lo restante, todo ello sin hacer un especial pronunciamiento respecto de las costas procesales causadas.

Así por esta mi Sentencia definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.



Contra esta Resolución cabe interponer recurso de apelación que deberá presentarse ante este órgano judicial en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación, con exposición de las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna. Para interponer el recurso será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número 4848.0000.04.0538.16, consignación que deberá ser acreditada al preparar el recurso (DA 15ª LOPJ).

PUBLICACIÓN .- Para hacer constar que la anterior sentencia ha sido publicada en el mismo día de ser dictada, en audiencia pública, mediante lectura íntegra de la misma. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ