



Roj: **SAP CS 34/2018 - ECLI: ES:APCS:2018:34**

Id Cendoj: **12040370032018100007**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Castellón de la Plana/Castelló de la Plana**

Sección: **3**

Fecha: **19/04/2018**

Nº de Recurso: **648/2017**

Nº de Resolución: **132/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE MANUEL MARCO COS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN

SECCIÓN TERCERA

Rollo de apelación civil número 648 de 2017

Juzgado de 1ª Instancia número 4 de Castellón

Juicio Ordinario número 212 de 2017

SENTENCIA NÚM. 132 de 2018

Ilmos. Sres.:

Presidente:

Don JOSÉ MANUEL MARCO COS

Magistrados:

Doña ADELA BARDÓN MARTÍNEZ

Don RAFAEL GIMÉNEZ RAMÓN

En la Ciudad de Castellón, a diecinueve de abril de dos mil dieciocho.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón, constituida con los Ilmos. Sres. referenciados al margen, ha visto el presente recurso de apelación, en ambos efectos, interpuesto contra la Sentencia dictada el día ocho de junio de dos mil diecisiete por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de 1ª Instancia número 4 de Castellón en los autos de Juicio Ordinario seguidos en dicho Juzgado con el número 212 de 2017.

Han sido partes en el recurso, como apelante, Caixabank, S.A., representado/a por el/a Procurador/a D/ª. M.ª Concepción Motilva Casado y defendido/a por el/a Letrado/a D/ª. Luis Ferrer Vicent, y como apelado, Don Alejo y Doña Leocadia, representado/a por el/a Procurador/a D/ª. María Ferrer Alberich y defendido/a por el/a Letrado/a D/ª. Carles Rausell Pastor.

Es Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. Don JOSÉ MANUEL MARCO COS

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Fallo de la Sentencia apelada literalmente establece: " 1º) Estimo íntegramente la demanda interpuesta por D. Alejo Y DÑA. Leocadia y, en consecuencia:

2º) Declaro la nulidad de las cláusulas por las que se dispone la comisión de apertura (cláusula cuarta), así como la de gastos y tributos a cargo de la prestataria (cláusula quinta), y la de vencimiento anticipado (cláusula sexta), contenidas en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre la parte hoy demandante y la entidad financiera Barclays Bank, S.A, actualmente bajo el nombre social de la demandada, de fecha 11 de marzo de 2013.



3º) Condeno a CAIXABANK, S.A. a la devolución a la actora de las cantidades cobradas indebidamente, en concreto el importe de 5.881'87 euros (CINCO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y UN EURO CON OCHENTA Y SIETE CÉNTIMOS DE EURO), con sus intereses correspondientes.

4º) Impongo las costas ocasionadas en esta instancia a la parte demandada.- ".

SEGUNDO.- Notificada dicha Sentencia a las partes, por la representación procesal de Caixabank, S.A., se interpuso recurso de apelación, en tiempo y forma, en escrito razonado, solicitando se dicte Sentencia desestimando íntegramente la demanda, condenando a la demandante al pago de las costas procesales. Subsidiariamente, para el caso de que se declare la nulidad por abusiva de la cláusula de gastos, desestime la reclamación respecto de la factura de la gestoría, los aranceles notariales correspondientes a expedición de una copia autorizada y una copia simple de la escritura de préstamo, asiento de presentación, certificación catastral, autorización y de una nota registral para la liquidación del IAJD, la cuota correspondiente a la liquidación del IAJD, honorarios de tasación de la finca hipotecada y derechos arancelarios del Registro de la Propiedad, con la reducción del IVA correspondiente, sin hacer especial pronunciamiento respecto de las costas causadas.

Se dio traslado a la parte contraria, que presentó escrito oponiéndose al recurso, solicitando se dicte sentencia confirmando íntegramente la dictada en primera instancia, con todos los demás pronunciamientos inherentes a tal declaración.

Se remitieron los autos a la Audiencia Provincial, que tras tener entrada en el Registro General el día 11 de septiembre de 2017, correspondiendo su conocimiento a esta Sección Tercera, en virtud del reparto de asuntos. Por Diligencia de Ordenación de fecha 26 de septiembre de 2017 se formó el presente Rollo y se designó Magistrado para resolver el recurso, se tuvieron por personadas las partes y cuando correspondió se dictó Providencia que señaló para la deliberación y votación del recurso de apelación el día 30 de enero de 2018, llevándose a efecto lo acordado.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales de orden procesal, a excepción del plazo para dictar la presente sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don Alejo y Doña Leocadia interpusieron contra Caixabank SA demanda de juicio ordinario en la que pedían la declaración de nulidad de varias de las cláusulas insertas en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria que el día 11 de marzo de 2013 suscribieron con Barclays Bank SA, actualmente Caixabank SA. Concretamente, solicitaban dicha declaración respecto de la cláusula que establece la comisión de apertura (cláusula cuarta), la que impone todos los gastos y tributos a cargo de la parte prestataria (cláusula quinta) y la de resolución anticipada del préstamo por la entidad de crédito en caso de incumplimiento de cualquier obligación o cláusula de vencimiento anticipado (cláusula sexta); solicitaban también la devolución de las cantidades cobradas indebidamente, que concretaban en 5.881,87 euros, con sus intereses legales.

La demandada se allanó a la petición de declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado y se opuso a las restantes pretensiones, pidiendo su desestimación.

La sentencia de instancia ha estimado la demanda. Ha declarado la nulidad de las cláusulas por las que se establece la comisión de apertura (cláusula cuarta) y los gastos y tributos a cargo de la parte prestataria (cláusula quinta), así como la de vencimiento anticipado (cláusula sexta) objeto del allanamiento parcial y ha condenado al banco demandado a la devolución a los actores de 5.881'87 euros, incrementados en los intereses legales "correspondientes" (sic), así como al pago de las costas de la instancia.

Caixabank SA recurre en apelación dicha resolución y pide que en esta alzada se dicte otra que, revocándola en los pronunciamientos controvertidos, desestime totalmente la demanda y, con carácter subsidiario, para el caso de que se declare la nulidad por abusiva de la cláusula de gastos, desestime la reclamación respecto de la factura de la gestoría, los aranceles notariales correspondientes a expedición de una copia autorizada y una copia simple de la escritura de préstamo, asiento de presentación, certificación catastral, autorización y de una nota registral para la liquidación del IPAJD, la cuota correspondiente a la liquidación del IAJD, honorarios de tasación de la finca hipotecada y derechos arancelarios del Registro de la Propiedad, con la reducción del IVA correspondiente.

No cuestiona, a diferencia de su postura al respecto al contestar a la demanda, la realidad y prueba de los pagos que los demandantes dicen haber efectuado, lo que margina esta cuestión del debate en la alzada y da lugar a que, como en la instancia, dichos pagos se consideren acreditados.

Los actores se oponen al recurso y solicitan su desestimación.



SEGUNDO.- En primer lugar, es aconsejable acotar los contornos de la presente resolución de forma acorde con el contenido de la sentencia apelada y con las pretensiones y alegaciones deducidas en la instancia por las partes, básicamente la recurrente, que no puede introducir en esta alzada elementos novedosos (art 456.1 LEC).

Así, no es posible por meras razones de coherencia que esta Sentencia " *desestime íntegramente la demanda* " como con cierta precipitación se dice en el "suplica" del escrito de recurso, por la simple razón de que la propia parte apelante se allanó a una de las pretensiones, cual es la que tenía por objeto la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, por lo que en todo caso es inevitable el mantenimiento del pronunciamiento de primer grado a este respecto. Por lo demás, puesto que en la instancia pidió simplemente la desestimación de la demanda, que ha sido acogida totalmente, no cabe que al recurrir se limite a pedir la estimación del recurso, sin más precisión, ni tampoco que al aclarar tan inespecífico "suplica" introduzca la batería de peticiones que más arriba transcribimos.

La discrepancia entre las partes -y de la apelante con el contenido de la sentencia de instancia- se mantiene respecto de la cláusula que establece a cargo de la parte prestataria una comisión de apertura del 1% sobre el importe del préstamo, que fue de 143.444 euros (cláusula Cuarta) y la cláusula Quinta, que impone a los prestatarios el pago de todos los gastos e impuestos a que de lugar la operación.

Analizamos el recurso en lo que se refiere a dichos pactos del contrato.

1. Cláusula sobre la comisión de apertura . Es la cláusula Cuarta del contrato, cuyo apartado 1 es del siguiente tenor literal: "COMISIÓN DE APERTURA. *El presente préstamo, devengará a favor del BANCO, de una sola vez una comisión de del 1,00 CIENTO (mínimo SETECIENTOS POR CINCUENTA EUROS (750,00) calculada sobre el importe total de la cantidad prestada, dando instrucciones la parte PRESTATARIA al BANCO para que en la fecha del presente otorgamiento, liquide y adeude dichas comisiones mediante cargo en la cuenta corriente indicada en la cláusula 1 a de este contrato* "

La juzgadora de instancia fundamenta su declaración de nulidad en que se trata de una cláusula impuesta por una de las partes, que no ha admitido la negociación sobre la misma y que no obedece a servicios efectivamente prestados.

No cabe duda de que la cláusula ahora controvertida es, como las restantes atacadas, una condición general que no ha sido objeto de negociación individualizada. Puesto que no se discute que los actores tienen la condición legal de consumidores, recordamos que la legislación protectora de consumidores y usuarios es disciplina legal imperativa y no dispositiva y que, susceptible de ser complementada por la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación, el artículo 1.1 de ésta dispone que tienen el carácter de condiciones generales 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. Añade el art. 1.2 que 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 dicha Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión. Dice la STS de 9 de mayo de 2013 que son requisitos de las condiciones generales de la contratación los de contractualidad, predisposición, imposición y generalidad, resultando irrelevante la autoría material y que el adherente sea profesional o consumidor.

Por otra parte, con arreglo al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, partiendo de que se entiende por cláusula preredactada impuesta aquella respecto de la cual no ha habido posibilidad real de negociación o influencia por parte del adherente consumidor, ha de tenerse en cuenta que la carga de probar la existencia de una real y efectiva negociación incumbe al empresario, tanto por lo que dispone el art 82.2 TRLCU cuando se trata de contrato con consumidor, como por el criterio de facilidad probatoria del art. 217.7 LEC como, en fin, en virtud del art. 3.2 "in fine" de la Directiva 93/13/CEE del Consejo y por el principio de aplicación del derecho nacional de conformidad con la normativa comunitaria, pues dice dicho art. 3.2 que " *El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba* ".

Y como no hay en el caso de autos prueba de la existencia de una negociación individualizada de las cláusulas controvertidas, habremos de concluir que el contenido de las cláusulas fue impuesto por una de las partes, la acreedora en el presente caso.

Partiendo de lo dicho, carece totalmente de virtualidad el alegato que se refiere al conocimiento de la cláusula antes de su firma, a que " *renegar de la misma* " contradice los propios actos, a la vez que invoca el principio



"pacta sunt servanda", que no es sino el aforismo objeto de recepción en los arts. 1091 y 1254 CC , que dice que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y que deben cumplirse según su tenor.

La Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, dispone en su art. 5.5 que los precios, tarifas y gastos repercutibles se deben plasmar en un " folleto, que se redactará de forma clara, concreta y fácilmente comprensible para los consumidores, evitando la inclusión de conceptos innecesarios o irrelevantes ". El apartado 1 del artículo 13 obliga a la entrega del folleto y el apartado 2 dice que " el mismo indicará con claridad los gastos preparatorios de la operación, tales como asesoramiento, tasación, comprobación de la situación registral del inmueble, u otros que sean a cargo del consumidor ".

Pues bien, no hay ninguna prueba de que se elaborara el folleto que la norma establece ni, obviamente, que se entregara a los clientes que solicitaban la concesión del préstamo, pues solamente se ha traído al procedimiento la copia de la escritura de préstamo hipotecario.

Vista la escasez probatoria, tampoco se acredita la entrega de la oferta vinculante contemplada por el art. 23 de la Orden EHA/2899/2011.

Al examinar la legalidad de la comisión de apertura, puede plantearse la cuestión acerca de si integra el precio del contrato y, siendo así, no está sometida al control de abusividad (art. 4.2 Directiva 93/13/CEE). Pero para poder examinarla y ofrecer una respuesta es necesario conocer, por lo menos, a qué responde dicha comisión y probar que el solicitante del préstamo fue debidamente informado con carácter previo, sea mediante el folleto informativo, sea a partir de la oferta vinculante.

En el presente caso, no puede efectuarse la correspondiente valoración, pues no se conoce si existió previo conocimiento por los clientes.

No hay obstáculo a la posibilidad de declaración de nulidad de la cláusula discutida, precisamente por aplicación de la legislación protectora de los consumidores que, como ya hemos dicho, tiene carácter imperativo, pues de nada serviría si no lo tuviera la finalidad legislativa de proteger a la parte objetivamente débil del contrato.

Partiendo de que es abusiva la cláusula que impone un pago que ni corresponde a efectivas prestaciones, ni acerca del que el consumidor cliente ha recibido la información que la ley exige, no se justifican aquellas con la mera referencia genérica a " todas las gestiones " previas a la concesión del préstamo, pues si tan plurales son ninguna dificultad debería tener la parte en precisar siquiera algunas de ellas.

No es suficiente decir que existe el servicio, si no se acredita el mismo.

Ni sirve al objeto de la parte apelante para justificar la cláusula controvertida invocar la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, con una cita parcial y descontextualizada, pues los párrafos de dicho documento que se transcriben (servicio prestado, reclamación única, no es automática) no se refieren a la comisión de apertura, sino a la de gastos, como pone de manifiesto una somera lectura del invocado informe (página 81 del mismo en el formato pdf reseñado en el recurso).

Sobre la conocida como comisión de apertura no hay unanimidad en los criterios de la llamada jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales.

Así, en algunas sentencias no se la considera abusiva y se decide su mantenimiento. Por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de León, Secc. 1ª, de 1 de febrero de 2018 (ROJ: SAP LE 5/2018 - ECLI:ES:APLE:2018:5) se dice que el coste de apertura no es un acto vinculado a la formalización del contrato de préstamo, por cuanto se sustenta en el coste de gestiones y servicios financieros previos a él y, aunque tenga como finalidad principal suscribirlo, la comisión de apertura no se vincula con el acto de formalización del contrato, porque el servicio financiero del que se deriva la comisión de apertura no tiene como finalidad dar forma al contrato y validarlo con su inscripción u otros actos precisos para su eficacia jurídica. Esto es, se mantiene porque no se integra en el contrato, al corresponder a una fase previa. La SAP Madrid, Secc. 9ª, de 23 de noviembre de 2017 (ROJ: SAP M 16225/2017 -ECLI:ES:APM:2017:16225), con cita de la SAP de Tarragona Secc. 1ª nº 41/2017 de 7 de febrero de 2017 , parte de su definición por el Banco de España como la que remunera a la entidad bancaria por los trámites que debe realizar correspondientes a la formalización y puesta a disposición del cliente de los fondos prestados, consistiendo habitualmente en un porcentaje sobre la cantidad que se presta, correspondiendo a las gestiones y análisis que debe realizar para verificar la solvencia del cliente y los términos de la operación solicitada. Con esta base y considerando que retribuye actividades y gestiones llevadas a cabo por la entidad bancaria, concluye es lícito su cobro al cliente, en la medida que se trata de abonar unos servicios realmente prestados.



Sin embargo, es mayoritario en los tribunales de apelación el criterio de considerar que se trata de una cláusula abusiva. Sostiene esta corriente de opinión judicial que no corresponde a servicios efectivamente prestados o gastos habidos, tal como se establece en el párrafo segundo del art. 3.1 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios ("*Solo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por el cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos* "), por lo que la aplicación del principio de "*realidad del servicio remunerado*" da lugar a su declaración de abusividad, si no se acredita la prestación del servicio.

En el mismo sentido, se añade que no se entiende la razón de que deba ser retribuido al margen y además de las condiciones financieras del préstamo (interés ordinario y moratorio) lo que motiva al prestamista a contratar. Y si bien el art 87.5 LGDCU admite la facturación de aquellos costes no repercutidos, su interpretación no debe ser extensiva y su importe ha de adecuarse al servicio efectivamente prestado, que deberá probarse por el profesional.

La referencia en la normativa sectorial a dicha comisión no impide la aplicación de la legislación protectora de los consumidores (STS 9 de mayo de 2013), tanto porque aquella normativa impone la realidad del servicio, como por obvias razones de jerarquía normativa.

No es óbice a lo dicho que la Ley 2/2009 de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito contemple la comisión de apertura en su artículo 5.2.b), primer inciso: "*En los préstamos o créditos hipotecarios sobre viviendas, la comisión de apertura, que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito*". Se trata de una norma que ni concreta la cuantía de la comisión y que, refiriéndose a ella en términos tan generales, no debe prevalecer sobre el art. 87.6 del TR de la Ley de Consumidores y Usuarios (RD Legislativo 1/207) que, siendo norma especial, considera abusivas las cláusulas que impongan al consumidor una retribución por servicios no prestados efectivamente. A ello se añade en el presente caso la ausencia del folleto informativo y de la oferta vinculante, lo que no ha acreditado el profesional que se opone a la reclamación y a quien incumbía la prueba de los hechos favorecedores de su postura.

Y en el proceso la falta de prueba de la prestación de tales servicios, que no se acreditan por la facturación del 1% sobre el principal del préstamo equivale a su inexistencia ("*quod nos est in actis non est in mundo* ").

Esta línea favorable a la nulidad por abusiva de la cláusula sobre comisión de apertura se contiene, entre otras, en la SAP de Soria, sección 1, de 15 de enero de 2018 (ROJ: SAP SO 6/2018 - ECLI:ES:APSO:2018:6), SSAP de Oviedo, sección 6, de 19 de enero de 2018 (ROJ: SAP O 162/2018 - ECLI:ES:APO:2018:162) y Secc 1ª de 1 de febrero de 2018 (ROJ: SAP O 229/2018 - ECLI:ES:APO:2018:229), que cita las anteriores del mismo tribunal de 30 de julio de 2015, de 2 de junio de 10 de octubre de 2017 ; también, limitando esta cita a las más recientes, en la SAP de Baleares, Secc. 5ª, de 1 de febrero de 2018 (ROJ: SAP IB 170/2018 - ECLI:ES:APIB:2018:170).

Esta Secc. 3ª de la AP de Castellón se mostró igualmente contraria a la eficacia de dicha comisión de apertura en el Auto núm. 178 de 234 de junio de 2017, si bien se trataba de un supuesto peculiar, en la medida en que en el contrato litigioso no era clara la intervención de una entidad financiera. Y si bien es cierto que la admitimos en la Sentencia núm. 45 de 15 de febrero de 2017 , la diferencia con el presente caso es que en aquél se pudo comprobar que se incluía en la oferta vinculante entregada al cliente y no se añadía a la comisión de estudio, duplicidad esta que censura el Banco de España.

En el presente caso, el banco demandado, que ha cobrado una comisión de apertura de 1.434,44 euros , correspondiente al 1% del principal prestado, ni ha aportado el folleto informativo o la oferta vinculante que debió entregar, ni ha acreditado qué trabajos, gestiones o averiguaciones llevó a cabo para la verificación de la solvencia de los prestatarios que justifiquen el cargo, pese a que anunció en su día la aportación de un completo informe justificador de este extremo, lo que no ha hecho; concretamente, en el escrito de recurso se refiere a un informe pericial "*del que no se ha podido disponer en este momento*" (sic).

Por lo tanto y con arreglo a los anteriores razonamientos, debe ser confirmada la declaración de nulidad de dicha comisión, así como la condena del banco a su devolución a la parte actora.

2. Cláusula de imposición de gastos e impuestos .

Dice el apartado 1 de la cláusula Quinta del contrato: "*Serán de cuenta de la parte PRESTATARIA honorarios y suplididos del Notario de la presente escritura y de inscripción y cancelación en el Registro de la Propiedad, así como los Impuestos y Arbitrios, que se devenguen directa e indirectamente de esta escritura, establecidos o que se establezcan en el futuro así como el informe de tasación inicial y el que se obtenga cada tres años*

de vigencia del préstamo, los gastos de tramitación de la escritura, los gastos derivados del pago de la prima del seguro de incendio y daños sobre la finca hipotecada y cualesquiera otros gastos debidos en virtud de la misma comprometiéndose formalmente a mantener en la cuenta domiciliaria referida en la cláusula 1 saldo suficiente para cubrir los adeudos (...)".

Al igual que la referida a la comisión de apertura, también esta cláusula ha sido impuesta por el profesional prestamista a los consumidores prestatarios, pues no ha probado el primero que fuera objeto de negociación individualizada. Citamos los arts. 82.2 TRLCU 3.2 "in fine" de la Directiva 93/13/CEE y nos remitimos a lo dicho a este respecto en el anterior apartado 1.

a) Calificación de la cláusula y consecuencias . La conocida STS de 23 de diciembre de 2015 (Roj: STS 5618/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5618) analizó las consecuencias de una cláusula similar en el ámbito de una acción colectiva planteada por una asociación de consumidores.

La citada STS llama la atención sobre la generalidad y extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la contratación, llegando a suplir y en ocasiones a contravenir las normas legales que contienen concretas previsiones al respecto. Recuerda, en este sentido, el contenido de los arts. 89.3, 89.3.3º letras a) y c), 89.3.4ª y 89.3.5º, que declaran abusivas las cláusulas que impongan al consumidor gastos que correspondan al empresario, tributos en los que el sujeto pasivo es el profesional, bienes o servicios complementarios o accesorios no solicitados, o gastos de tramitación que correspondan al empresario.

Y con base en dicho carácter general e indiscriminado declara la abusividad de la cláusula.

La misma Sala Civil del Tribunal Supremo ha dictado dos sentencias sobre la cuestión el día 15 de marzo de 2018 (Números 147 y 148; Roj: STS 848/2018- ECLI:ES:TS:2018:848 y Roj: STS 849/2018- ECLI:ES:TS:2018:849).

Ambas resoluciones citan precedentes de declaración de abusividad de cláusulas de imposición al consumidor de gastos generados por la constitución de hipoteca, de los impuestos derivados de la transmisión o, general, de toda clases de gastos e impuestos derivados o relacionados con la operación (SSTS núm. 550/2000, de 1 de junio , núm. 842/2011, de 25 de noviembre y la ya citada núm. 705 de 23 de diciembre de 2015).

Partiendo de que la falta de negociación individualizada da lugar al carácter abusivo de la cláusula que carga sobre el consumidor gastos e impuestos que, conforme a las disposiciones legales aplicables en ausencia de pacto, se distribuyen entre las partes según el tipo de actuación y sobre esta base de la abusividad de la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor (en este caso, el prestatario), concluye que han de ser los tribunales quienes concreten como cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación. Precisa, en relación con los impuestos, que " *a quien corresponde primigeniamente la interpretación de las normas de carácter tributario o fiscal, conforme a los arts. 9.4 y 58 LOPJ y 1, 2 y 12 LJCA, en relación con el art. 37 LEC, es a la jurisdicción contencioso-administrativa* " y precisa que el conocimiento de las controversias entre particulares acerca del cumplimiento de obligaciones dimanantes de relaciones contractuales corresponde, en principio, al orden jurisdiccional civil, conforme al art. 9.1 LOPJ , pero cuando la controversia versa sobre la existencia o contenido de la obligación tributaria o sobre la determinación del sujeto que resulta obligado en virtud de la misma, su conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa (sentencias 707/2006, de 29 de junio ; 1150/2007, de 7 de noviembre ; 343/2011, de 25 de mayo y 328/2016, de 18 de mayo).

En cuanto a las consecuencias de la declaración de abusividad de la cláusula general de imposición de gastos, no consideramos -discrepando en este punto de la juez de instancia- que deban consistir en, una vez expulsada del contrato la cláusula abusiva, revertir completamente la situación creada por la misma y resolver, en sentido contrario, que habrá de ser el profesional quien deba pechar con la totalidad de gastos e impuestos que pretendía imponer al consumidor.

Nuestra opinión es que, una vez que el contrato queda sin la cláusula cuestionada, la consecuencia ha de ser que el tribunal verifique en cada caso, atendiendo a las circunstancias y a la disciplina legal aplicable, qué impuestos y gastos han de ir a cargo de cada una de las partes y, en su caso, en qué proporción.

Así lo hemos mantenido en nuestro Auto núm.178, de 23 de junio, ya citado. Y este es el criterio de las dos citadas SSTS de 15 de marzo de 2018 que, refiriéndose en concreto al impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, dicen:

" Es decir, anulada la condición general que imponía al consumidor el pago de todos los impuestos, cualquiera que fuera el reparto que la ley hubiera hecho respecto de una y otra parte, el tribunal debe fijar los efectos restitutorios inherentes a tal declaración de nulidad, lo que, en el caso del impuesto sobre transmisiones



patrimoniales y actos jurídicos documentados, viene determinado por su ley reguladora y su reglamento (en la interpretación que de tales normas han hecho el Tribunal Constitucional y la Sala Tercera del Tribunal Supremo); y como resultado de ello, acordar que el profesional restituya al consumidor las cantidades que hubo de pagar por impuestos cuyo pago la ley impone al profesional.

Para adoptar esta decisión, la jurisdicción civil no puede enjuiciar si le parece adecuada la determinación del sujeto pasivo obligado al pago del impuesto que hace la normativa reguladora de cada impuesto. La determinación de quién es el sujeto pasivo de un impuesto es una cuestión legal, de carácter fiscal o tributario, que no puede ser objeto del control de transparencia o abusividad desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE, sobre contratos celebrados con consumidores, ni de la legislación nacional protectora de consumidores " .

En consecuencia, debemos analizar cada una de las partidas cuyo importe fue cargado a los actores, consumidores y prestatarios, y verificar si desde la perspectiva de la legalidad vigente fue correcto o, por el contrario, debió cada uno de sus importes ser afrontado, en todo o en parte por el profesional prestamista.

b) Gastos notariales. La cláusula declarada abusiva impone a los prestatarios " *los honorarios y suplidos del Notario de la presente escritura* ". Con arreglo a nuestro criterio, una vez declarada su nulidad, debe el tribunal comprobar qué parte y en qué medida debe hacerse cargo del importe de dicha partida, con arreglo a la normativa vigente.

El art. 63 del Reglamento Notarial aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944 dispone que " *la retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios y se regulará por Arancel notarial* ". El Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone en la norma Sexta de su Anexo II (Normas generales de aplicación): " *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* " .

Sobre esta cuestión, mantenemos el criterio plasmado en el Auto de este tribunal núm. 178 de 23 de junio de 2017 . Como decíamos en esta resolución, de conformidad con buena parte de la llamada jurisprudencia menor (SAP Pontevedra, Secc. 1ª, de 28 de marzo de 2017 , SAP Coruña de 2 y 8 de noviembre de 2017), creemos que el otorgamiento del documento que genera el devengo a favor del Notario de los correspondientes derechos y suplidos interesa a ambas partes, ya que el prestamista se ve protegido en caso de incumplimiento por el prestatario pero éste también cuando sea la entidad de crédito la que incumpla, destacando además las exigencias de legalidad e imparcialidad que dicha escritura aporta de acuerdo con el artículo 147 del Reglamento Notarial . Planteándose en el caso de los préstamos con garantía hipotecaria qué parte ha activado el otorgamiento del instrumento público, ha de tenerse en cuenta que, incluso tratándose de la escritura en que se plasma únicamente el préstamo, no simultáneamente éste y la compra de la vivienda, es muy frecuente que la operación bancaria esté estrechamente ligada a la compra del inmueble, cuyo precio financia la entidad prestamista. Y cuando no se infiere esta relación de la escritura y en los casos en que la misma no existe, debe entenderse que ambas partes han interesado la intervención del fedatario público, pues sin la misma no puede tener acceso al Registro de la Propiedad la garantía real de hipoteca y sin ésta es notorio que es extremadamente difícil que el banco conceda el préstamo.

La consecuencia es que ambas partes, prestamista y prestatario, están interesadas en el otorgamiento de la escritura pública por lo que, no habiendo motivos para atribuir a uno de ellos mayor proporción, concluimos que dichos gastos han de ser afrontados por ambas partes. En este sentido, la STS de 15 de marzo de 2018 llama la atención acerca de que esta es la solución que, respecto de los gastos notariales y registrales, apunta la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 2016 (BOE 27 abril 2016): " *Sin perjuicio, en cuanto a los gastos de constitución, al constituir el préstamo hipotecario una realidad inescindible en que están interesadas tanto el consumidor -en el préstamo-, como el profesional -en la hipoteca-, de la posibilidad de pactar la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral* " (Fto. Dcho. 5, pfo cuarto).

Carece de virtualidad el alegato acerca de que la información del notario beneficia sobre todo al prestatario. Este reconocimiento por la parte de que el cliente se encuentra, ya no en inferioridad de condiciones frente al banco, sino también expuesto a los excesos de la entidad, que prevendría el fedatario público con su asesoramiento benéfico para el cliente, según alega el banco, no abona la pretensión del recurrente. La función de seguridad jurídica preventiva que el Notario desarrolla es en favor de ambas partes, pues es de suponer que también el banco tiene interés en que la contratación sea transparente y equilibrada. Dice en este sentido la STS de 28 de noviembre de 2007 (ROJ: STS 7948/2007 - ECLI:ES:TS:2007:7948) que el Notario es " *profesional cualificado en el ámbito jurídico y habilitado por el Estado para la realización privada de funciones públicas de garantía, investido de las notas de independencia e imparcialidad en su actuación de fedatario, de quien*



es razonable esperar una actividad eficiente acorde con las funciones de seguridad jurídica preventiva que le competen".

Consta que los prestatarios han asumido gastos notariales por importe de 764,53 euros, como acredita el contenido del folio 53, que detallan los honorarios y suplidos de la Notaria autorizante, por los diversos conceptos que indica (derechos, información registral, copias autorizadas electrónicas y simples, timbre matriz y autorizadas, exceso de caras, diligencias, testimonios y otros).

Y como declaramos que debieron afrontar dichos gastos ambas partes por mitad y no enteramente el banco, estimamos parcialmente este particular y condenamos al banco a pagar a los actores no la total cantidad indicada, sino 373,26 euros.

c) Gastos de inscripción y cancelación en el Registro de la Propiedad. También los imputa a los prestatarios el apartado 1 de la transcrita cláusula Quinta. Está acreditado y no se discute que por la inscripción del préstamo con garantía hipotecaria han pagado los demandantes 169,89 euros (folio 54).

La disposición que regula esta materia es el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad. La Norma Octava de su Anexo II dispone en su apartado 1 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". En cuanto pueda ser de interés al caso, recordamos que con arreglo a estos apartados del art. 6 LH, La inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (c).

La interpretación de estas normas muestra que la inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria tiene lugar a favor del prestamista (Anexo II. Octava.1 del R. D. citado), que es el titular del derecho de crédito garantizado por el derecho real, de suerte que en caso de incumplimiento de sus obligaciones por parte del prestatario puede ejecutar la garantía. Por otra parte, es también el banco quien tiene interés en asegurar el derecho que se inscribe (art. 6.c LH), pues la falta de inscripción no es que dificulte o impida la ejecución de la garantía, es que al ser constitutiva del derecho la inscripción registral, si falta no llega a nacer la hipoteca (arts. 1875 CC, 145 LH).

Por lo tanto, desde ambas perspectivas es la entidad prestamista la principal la favorecida por la inscripción y la interesada en que se lleve a cabo, por lo que es quien debe hacer frente a los gastos de inscripción en el Registro.

Nada decimos de los de cancelación, por la simple razón de que, al no haberse amortizado el préstamo, no se llega a plantear la misma, ni a producirse los gastos correspondientes.

Este criterio favorable a que el prestamista asuma los gastos registrales, por constituirse a su favor la garantía y ser la parte interesada, es el que mantuvo esta Secc. 3ª AP Castellón en el repetido Auto núm. 178 de 23 de junio de 2017 y coincide con la contenida en Sentencias de diversas Audiencias Provinciales (entre otras, SAP Pontevedra de 28 de marzo de 2017; SAP Ávila de 2 de noviembre de 2017; SAP Baleares, Secc. 5ª, de 9 de noviembre de 2017; SAP Coruña, Secc 4ª, de 18 de octubre, 2 y 15 de noviembre de 2017 y 15 de enero de 2018).

Consecuencia inevitable de lo que acaba de decirse es la confirmación de la sentencia en cuanto condena al banco demandado al pago de los 169,89 euros que acreditan haber pagado los actores por la inscripción registral.

d) Gastos de tasación. Incluidos en la cláusula abusiva entre los que han de ir a cargo del prestatario, que por este concepto ha pagado 419,36 euros a Tinsa (folio 58).

El art. 13.2 de la Ley 2/2009 ya citada menciona la tasación del inmueble sobre el que se proyecta constituir la garantía cuando, al regular el folleto informativo dice que "El folleto informativo indicará con claridad los gastos preparatorios de la operación, tales como asesoramiento, tasación, comprobación de la situación registral del inmueble, u otros que sean a cargo del consumidor aun cuando el préstamo o crédito no llegue a otorgarse, así como los demás extremos que, siendo compatibles con la legislación comunitaria sobre la materia, determinen las comunidades autónomas reglamentariamente. La información sobre estos gastos es vinculante cuando la empresa concierte o efectúe directamente la prestación del servicio".

El art. 15 de la misma Ley, epigrafiado "Tasación del bien y otros servicios accesorios", establece en su apartado 1 que "(c) cuando la empresa concierte o efectúe directamente la prestación de los servicios preparatorios de la operación, cuyo gasto sea por cuenta del consumidor, deberá indicar a éste la identidad de los profesionales o entidades seleccionados al efecto, así como de las tarifas de los honorarios aplicables, debiendo



entregar al consumidor el servicio contratado por la empresa o prestado por ella, si el crédito o préstamo hipotecario no llega a formalizarse, o una copia en el caso contrario. En particular, las empresas deberán entregar al consumidor copia del informe de tasación si la operación llega a formalizarse, o el original de dicho informe, en caso contrario".

Ni esta mención de la tasación en el folleto informativo previo de la operación, en el que deben detallarse los gastos que irán a cargo del consumidor (art. 13.2), ni tampoco la del art. 15 al citar los gastos que deban ser a cargo del consumidor imponen a éste el pago de los gastos de la tasación, pues se limitan a contemplar la posibilidad de que los mismos vayan a cargo del mismo y dejan abierto el cauce, bien a una norma mas precisa que imponga su importe a una u otra de las partes, o a ambas, bien a la decisión de los tribunales, a falta de dicha norma precisa.

Sostiene el banco al oponerse a la demanda e insiste en la misma línea en el escrito de recurso que la tasación beneficia al prestatario, por cuanto sirve a la determinación del capital prestado, a lo que añade que es el consumidor quien debe acreditar la suficiencia de la garantía real ofrecida.

Cierto es que, puesto que al consumidor interesa la concesión del préstamo, al mismo beneficia la práctica de la tasación que demuestre que la garantía inmobiliaria es suficiente, en relación con la cuantía del capital que se pretende recibir (art. 5 Ley 2/1981). Pero también lo es, y no debe olvidarse, que la concesión de préstamos forma parte de la actividad bancaria, integra uno de los ámbitos sobre los que se proyecta su negocio, entre las operaciones activas y, no se olvide, en cuanto parte del negocio no se otorgan " *gratis et amore* ", sino en la medida en que reportan a la entidad un beneficio, pues el banco percibe la correspondiente remuneración en forma de intereses ordinarios, no en balde denominados también remuneratorios.

Dicho sea brevemente: a las dos partes interesa que se lleve a cabo la tasación y el rigor, seriedad y solvencia de la misma, por lo que la imposición del pago de su precio a una de ellas supone un déficit de reciprocidad contractual por falta de equivalencia, que debe ser corregido.

No compartimos, por lo tanto, el argumento de que la tasación interesa al prestatario.

Tampoco que responde a una relación contractual ajena a la entidad bancaria, pues el cliente consumidor es quien contrata a la empresa tasadora. El hecho de que el que el banco no es ajeno a ello se pone de manifiesto en la cláusula de referencia, que entre la totalidad de los gastos que impone al consumidor detalla los correspondientes al " *informe de tasación inicial y el que se obtenga cada tres años de vigencia del préstamo* ".

Por lo tanto prestamista y prestatario deben asumir los gastos de tasación por partes iguales. Y como los demandantes pecharon con los mismos en exclusiva y por dicho concepto pagaron 419,36 euros, el banco demandado debe abonarles la mitad, esto es, 209,68 euros .

e) Gastos de gestoría . Comprendidos en los mencionados como " *de tramitación* " en la cláusula Quinta.1 de la escritura litigiosa, supusieron el desembolso por parte de los prestatarios de los 460,01 euros que indican en su demanda y que constan en el documento del folio 52.

Fueron satisfechos a Grupo BC de Asesoría Hipotecaria SL y, a tenor de las partidas consignadas en el mismo, correspondieron a honorarios devengados a favor de esta entidad por la tramitación del pago del impuesto, recogida de copias de la escritura en la Notaría e inscripción en el Registro de la Propiedad.

Dice la parte recurrente en el escrito de apelación que el gasto se origina tras la concesión de la financiación al cliente, que debe cumplir con su obligación de constituir la garantía, para lo que encarga a la gestoría la realización de la correspondiente tramitación.

No considera este tribunal que solo al prestatario interese la tramitación de la inscripción registral (para lo que antes debe retirarse de la Notaría la copia de la escritura y pagarse el correspondiente impuesto). Tampoco que se trate de una relación marginal a la relación con el banco prestamista, en la que solo intervendrían prestatario y gestor.

Una vez recibido el capital del préstamo es claro que el prestatario debe actuar lealmente y de buena fe, propiciando la inscripción registral constitutiva de la garantía. Pero no es menos obvio que el prestamista tiene el mayor interés objetivo en la inscripción, pues sin ella habrá prestado una cantidad de dinero que suele ser elevada y no será titular de la garantía hipotecaria que le movió a conceder aquél. Beneficia la pronta y eficaz tramitación a las dos partes y no solo al cliente prestatario.

Por otro lado, porque en el presente caso no puede afirmarse que el banco no tiene intervención en la realización del encargo de tramitación.



e.1) La posición del banco prestamista no es marginal al contrato, ni el encargo de que lleve a cabo la gestión un tercero no contratante es una relación concertada por el prestatario de forma autónoma e independiente.

Así lo pone de manifiesto que al final de la escritura se diga que " *cada uno de los contratantes del presente documento autoriza y en lo menester otorga mandato expreso a Grupo BC de Asesoría Hipotecaria SL, (...) para que, en su nombre y representación pueda presentar a la administración la presente escritura (...) para la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad, así como efectuar las gestiones y declaraciones que como sujetos u obligados tributarios les corresponden en relación con los actos que se contienen en las referidas escrituras, en orden a comunicar a la administración los datos necesarios para la liquidación de los tributos que se devenguen como consecuencia de tales actos (...)* ".

La gestoría llevó a cabo su cometido, que como hemos visto redundó en beneficio de las dos partes ahora litigantes, no por el autónomo encargo de los prestatarios, sino por el que conjuntamente le efectuaron prestamista y prestatarios, que le apoderaron al respecto. Y recordemos, a mayor abundamiento, que fue el banco quien confeccionó y redactó el contenido del contrato.

e.2) Por otra parte, ni siquiera parece que la tramitación de referencia fuera la única intervención de la mercantil perceptora de los honorarios discutidos, cuya relación con la entidad prestamista parece ser más estrecha que la del encargo dicho. La lectura de la escritura muestra que a su otorgamiento compareció representando al banco prestamista una persona que ostentaba dicha representación como apoderada de la mercantil a quien previamente había otorgado el prestamista el correspondiente poder. Y resulta ser que la mercantil que representó al banco en dicho acto fue la denominada Centro de Asesoría Hipotecaria SL.

La relación existente entre Centro de Asesoría Hipotecaria SL y la que venimos denominando "gestoría" Grupo BC de Asesoría Hipotecaria SL parece estrecha, pues resulta que la persona que otorgó la escritura en representación del Centro de Asesoría Hipotecaria SL, que a su vez intervenía como apoderada del banco declaró el mismo domicilio reseñado en el apoderamiento como el de Grupo BC de Asesoría Hipotecaria SL a efectos de notificaciones.

Resulta de lo dicho que los trámites realizados a cabo por la entidad gestora, designada por el banco y apoderada por prestamista y prestatarios, beneficiaron y se llevaron a cabo en interés de ambas partes, que han de asumir el coste correspondiente por partes iguales.

Y siendo así que los actores pagaron por dicho concepto 460,01 euros, la entidad demandada deberá abonarles la mitad, esto es, 230 euros .

f) Impuesto de actos jurídicos documentados . La Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre) dice en su art. 7.1.B que es hecho imponible la constitución de derechos reales y préstamos y el art. 8 que está 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, aquél a cuyo favor se realice este acto (c) y en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el prestatario (d). En el art. 15.1 se establece 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.

La aparente antinomia entre los apartados c y d del art. 8, pues el primero señala como obligado en la constitución de derechos reales aquél a cuyo favor se realice este acto y el apartado d) al prestatario en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, se resuelve cuando el art. 15.1 dice que la constitución de hipoteca en garantía de un préstamo tributará por el concepto de préstamo exclusivamente.

Hasta las Sentencias del Tribunal supremo de 15 de marzo de 2018 ya citadas, no era uniforme el criterio mantenido a este respecto en la llamada jurisprudencia menor.

Algunas Sentencias de Audiencias Provinciales han venido sosteniendo que la consecuencia de la nulidad de la cláusula de imposición al prestatarios de la totalidad de gastos e impuestos es que debe asumir el pago de los tributos el banco prestamista (SAP Álava de 1 de Septiembre de 2016 , SAP Córdoba de 20 de Julio de 2.015 , SAP Cáceres de 13 de Septiembre de 2017 ; SAP Palencia de 6 de noviembre de 2017 , SAP de Ávila de 2 noviembre 2017).

Otras han entendido que debe cargar con el pago el prestatario, atendiendo a la legislación tributaria y al criterio de la Sala de lo Contencioso del TS (SAP Logroño de 31 de octubre de 2017 ; SAP Pontevedra de 28 de marzo de 2017 , SAP Santander, sec 4, de 8 de noviembre de 2017 , SAP Asturias, s6, de 10 de noviembre de 2017 ; SAP Coruña de 8 noviembre 2017 ; SAP Baleares, s5, de 9 noviembre 17 , entre otras)

Las dos SSTs, Sala Civil, núms. 147 y 148 de 15 de marzo de 2018 se remiten a la jurisprudencia de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo , que viene resolviendo la cuestión acerca de



quien es el sujeto pasivo del impuesto en el sentido de que, tanto en préstamos como en créditos con garantía hipotecaria, es el prestatario (sentencias de 19 de noviembre de 2001 [RC 2196/1996]; 20 de enero de 2004 [RC 158/2002]; 14 de mayo de 2004 [RC 4075/1999]; 20 de enero de 2006 [RC 693/2001]; 27 de marzo de 2006 [RC 1839/2001]; 20 de junio de 2006 [RC 2794/2001]; 31 de octubre de 2006 [RC 4593/2001]; 6 de mayo de 2015 [RC 3018/2013]; y 22 de noviembre de 2017 [RC 3142/2016]). En estas sentencias se indica que la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible sea el prestatario, de conformidad con lo establecido en el art. 8 d), en relación con el 15.1, LITPAJD .

Por otra parte, el Reglamento del Impuesto RD 828/1995, de 29 de mayo, dice que "(s) *erá 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 conclusión de que el sujeto pasivo es el prestatario no es la única posible.

En el voto particular formulado por uno de los integrantes del tribunal a la Sentencia de la AP de Alicante, Secc. 8ª, de 13 de noviembre de 2017 que concluyó que el obligado al pago del impuesto es el prestatario se plantean algunas cuestiones sugestivas. En este sentido, señala el Magistrado discrepante que los arts. 10 LOPJ y 42 de la LEC (cuestiones prejudiciales no penales) permiten que un tribunal del orden jurisdiccional civil aborde quién sea el sujeto pasivo de un impuesto, cuando lo efectúa en el marco de un litigio donde se discute el carácter abusivo de la cláusula mediante la que se atribuye su pago a un consumidor, relacionando el objeto de la respuesta judicial con la aplicación del art. 89.3.c TRLGDCU. También que la fijación por reglamento (el art. 68 del RD 828/1995) del obligado tributario infringe el principio de reserva de ley del art. 8.1 de la Ley General Tributaria (se regulará en todo caso por ley la determinación de los obligados tributarios), por lo que la aplicación del art. 6 LOPJ daría lugar a la no aplicación de este precepto reglamentario.

También apunta el voto particular que la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS podría replantearse la cuestión y cambiar de criterio.

Efectivamente, el Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2017 , a la vista de la doctrina contenida en la STS, Sala Civil, de 23 de diciembre de 2015 declarando que es obligación del prestamista el pago del impuesto de actos jurídicos documentados, admite a trámite un recurso por interés casacional con el expreso objeto de " *aclarar, matizar, revisar o ratificar la doctrina jurisprudencial existente en torno al artículo 29 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados , aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, y su desarrollo reglamentario por el artículo 68 del Real Decreto 828/1995 de 29 de mayo , en relación con el sujeto pasivo en escrituras de constitución de préstamos por garantía hipotecaria. Las normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación son los artículos 8 , 15.1 y 29 del referido Texto Refundido y del 68 del Reglamento* ".

Lo mismo acuerdan los Autos de la misma Sala C-A del TS de 18 de octubre y 4 de diciembre de 2017 y de 15 y 24 de enero de 2018 , sin incluir la mención del art. 68 del Reglamento.

El criterio contenido en las dos SSTS, Civil, de 15 de marzo de 2018, difumina la divergencia entre las dos mentadas Salas del TS en que la de lo C-A ha basado la admisión a trámite de los recursos por interés casacional a que acaba de hacerse referencia.

En cualquier caso, creemos que en el momento actual debemos seguir el criterio mantenido en las tan repetidas Sentencias de la Sala Civil del Tribunal Supremo que consideran que el prestatario debe asumir el pago del impuesto, tanto por razones de seguridad jurídica, como para posibilitar la efectividad de la función complementadora del ordenamiento jurídico que atribuye al Tribunal Supremo el artículo 1.6 del Código Civil .

Por lo tanto, los prestatarios deben hacer frente al pago del impuesto, por lo que se estima el recurso en este punto.

3. Conclusión . Lo dicho hasta ahora, que debe verse reflejado en la parte dispositiva conduce a las siguientes conclusiones:

a) Confirmamos la declaración de nulidad por abusiva de las Cláusulas Cuarta.1 y Quinta.1, sobre la comisión de apertura e imposición de gastos y tributos, respectivamente, del contrato de préstamo hipotecario que Caixabank SA de una parte y de la otra Don Alejo y Doña Leocadia otorgaron el día 11 de marzo de 2013, , así como la condena de Caixabank SA a devolver a los actores 1.434,44 euros.

b) El banco demandado deberá pagar a los actores un total de **2.417,27 euros** , por los siguientes conceptos y cantidades que no debieron pagar aquéllos: 1.434,44 euros por comisión de apertura satisfecha por éstos



al demandado, 373,26 euros en concepto de gastos notariales, 169,89 euros por honorarios de la inscripción registral, 209,68 euros por gastos de tasación y 230 euros por gastos de gestoría y tramitación.

c) El impuesto de actos jurídicos debe ser satisfecho por los actores prestatarios, por lo que se absuelve al banco de la pretensión y condena en la instancia relativa al aquél.

d) Puesto que esta resolución modifica la cantidad objeto de condena en la instancia, precisamos que los intereses de la mora procesal regulada en el art. 576 LEC, consistentes en el legal incrementado en dos puntos, se devengarán sobre 2.417,27 euros desde la fecha de la sentencia apelada.

TERCERO.- Los anteriores razonamientos conducen a la estimación en parte del recurso y con ello al parcial -no total como en la instancia- acogimiento de la demanda, por lo que no se hace expresa imposición de las costas de ambas instancias (arts. 394.1 y 398.1 LEC).

La estimación parcial del recurso da lugar a la devolución del depósito constituido para recurrir conforme lo previsto en el ap. 8 de la Disp. Ad. Decimoquinta de la LOPJ.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

ESTIMANDO EN PARTE el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Caixabank SA contra la Sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Castellón en fecha ocho de junio de dos mil diecisiete, en autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 212 de 2017, **REVOCAMOS PARCIALMENTE la resolución recurrida y, ESTIMANDO EN PARTE LA DEMANDA** interpuesta por Don Alejo y Doña Leocadia contra Caixabank SA:

1º. Confirmamos la declaración de nulidad por abusiva de la Cláusula Cuarta.1 del contrato de préstamo hipotecario que las partes otorgaron el día 11 de marzo de 2013, sobre la comisión de apertura, así como la condena de Caixabank SA a devolver a los actores 1.434,44 euros.

2º. Confirmamos la declaración de nulidad por abusiva del Cláusula Quinta.1 del citado contrato.

3º. Condenamos a Caixabank SA a pagar a los actores citados 373,26 euros en concepto de parte de los gastos notariales (en lugar de los 764,53 a que condenó la sentencia apelada).

4º. Confirmamos la condena del banco demandado a pagar a Don Alejo y Doña Leocadia contra Caixabank SA 169,89 euros que satisficieron por honorarios de la inscripción registral.

5º. Condenamos a Caixabank SA a pagar a los demandantes 209,68 euros en concepto de parte de gastos de tasación (en lugar de los 419,36 euros a que la condena la resolución apelada).

6º. Condenamos a la parte demandada a pagar a Don Alejo y Doña Leocadia 230 euros (en lugar de los 460,01 euros a que condena la sentencia de instancia) por gastos de gestoría y tramitación.

7º. Absolvemos a Caixabank SA de la pretensión de condena al pago de 2.633,64 euros en concepto de impuesto de actos jurídicos documentados.

8º. Como consecuencia de lo dicho, Caixabank SA debe abonar a Don Alejo y Doña Leocadia un total de **2.417,27 euros** (en lugar de 5.881,87 euros a que condena la sentencia apelada).

9º. La cantidad objeto de condena devengará desde la fecha de la sentencia de primera instancia hasta su completo pago un interés anual igual al legal incrementado en dos puntos.

10º. No se hace expresa imposición de las costas de ambas instancias.

Devuélvase a la parte recurrente la cantidad consignada como depósito para recurrir al estimar el recurso de apelación.

Contra esta Sentencia, dictada en proceso de cuantía que no excede de 600.000 euros, puede interponerse dentro del plazo de VEINTE DÍAS contados desde el día siguiente a su notificación, recurso extraordinario por infracción procesal ante la Sala civil del Tribunal Supremo, con arreglo a lo preceptuado en la Disposición Final Decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por los motivos del artículo 469 LEC, así como en el mismo plazo de VEINTE DÍAS contados desde el día siguiente a su notificación recurso de casación, con arreglo a las normas del artículo 477.1 y 477.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Notifíquese la presente Sentencia y remítase testimonio de la misma, junto con los autos principales al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.



Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ