



Roj: **SJPI 595/2017 - ECLI: ES:JPI:2017:595**

Id Cendoj: **30030420112017100001**

Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**

Sede: **Murcia**

Sección: **11**

Fecha: **23/10/2017**

Nº de Recurso: **53/2017**

Nº de Resolución: **1/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA TERESA RIZO JIMENEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 11 (BIS) MURCIA**

**SENTENCIA: 00001/2017**

**UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO**

CIUDAD DE LA JUSTICIA, AVDA. DE LA JUSTICIA S/N FASE II, CP 30011

**Teléfono:** , Fax: 968879597 Equipo/usuario: RSL Modelo: N04390

**N.I.G. :** 30030 42 1 2017 0010582

**OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000053 /2017**

Procedimiento origen: OR3 ORDINARIO IMPUGN. ACUERDOS SOCIALES-249.1.3 0000053 /2017

**Sobre COND.GNRLS.CTRTO.FINAC.GARNT.INMO.PRSTARIO.PER.FIS** DEMANDANTE , DEMANDANTE D/ña. Gregoria , Heraclio Procurador/a Sr/a. ANDRES GIMENEZ CAMPILLO, ANDRES GIMENEZ CAMPILLO

Abogado/a Sr/a. ENRIQUE CELDRAN ALVAREZ, ENRIQUE CELDRAN ALVAREZ DEMANDADO D/ña. CAJA RURAL CENTRAL, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO

Procurador/a Sr/a. JOSE ESCUDERO GIRONA Abogado/a Sr/a.

**S E N T E N C I A N º 1 / 2 0 1 7**

*En Murcia, a veintitrés de octubre de dos mil diecisiete.*

S.Sª. Iltna. TERESA RIZO JIMENEZ, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número once (bis) de esta Ciudad, vistos los presentes autos de Juicio Declarativo Ordinario número 53/2017 en materia de NULIDAD DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN EN PRESTAMOS CON GARANTÍA INMOBILIARIA CONCERTADOS POR PERSONAS FISICAS seguidos a instancia de Don Heraclio y Doña Gregoria , con la representación del Procurador Don Andrés Giménez Campillo y la asistencia del Letrado Don Enrique Celdrán Álvarez contra Caja Rural Central Sociedad Cooperativa de Crédito, con la representación del Procurador Don José Escudero Girona y la asistencia del Letrado Don Francisco Javier Ferrández Sala; ha dictado EN NOMBRE DE S.M. EL REY la siguiente

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- El Procurador Don Andrés Giménez Campillo en nombre y representación de Don Heraclio y Doña Gregoria formuló demanda de Juicio Ordinario contra Caja Rural Central Sociedad Cooperativa de Crédito en ejercicio de acción de nulidad de condiciones generales de la contratación en préstamos con garantía inmobiliaria suscritos por personas físicas .

Tras alegar los hechos y los fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó con la súplica de que se dicte sentencia estimando la demanda declarando la nulidad de las cláusulas contractuales objeto de

demanda (cláusula de gastos) con la condena al pago de las cantidades establecidas en dicho suplico, más intereses y costas procesales.

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

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

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

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

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

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

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

Se ejercita en la demanda acción de nulidad, por carácter abusivo, de la cláusula en materia de gastos contenida en la escritura de préstamo hipotecario suscrita entre las partes en fecha 14 de mayo de 2015.

Dicha cláusula reza del siguiente tenor:

*"QUINTA (Gastos a cargo de la parte prestataria). Cuantos gastos se originen por el otorgamiento de esta escritura, así como los correspondientes en su día y caso a la cancelación, modificación o ejecución de la hipoteca. Se entienden comprendidos los gastos de tasación del inmueble, los aranceles notariales (incluida una primera copia de la escritura para la Caja) y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca, los gastos de tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la Oficina Liquidadora de impuestos, los derivados de la conservación del inmueble hipotecado así como del seguro de daños del mismo, los gastos procesales o de otra naturaleza derivados del incumplimiento por la parte prestataria de sus obligaciones de pago o cualquier otro gasto no previsto que corresponde a la efectiva prestación de un servicio, relacionado con el préstamo, que no sea inherente a la actividad de la Caja dirigida a la concesión o administración del mismo.*

*Igualmente son a cargo de la parte prestataria cualesquiera tributos que pudieran gravar el préstamo y/o la constitución, modificación o cancelación de la garantía hipotecaria".*

Frente a dicha pretensión, la parte demandada alega, en síntesis, los siguientes motivos de oposición: prescripción de la acción; aceptación expresa por el prestatario de la inclusión de la cláusula en el contrato, previa información cumplida de su contenido y de sus consecuencias en la documentación pre-contractual (solicitud de seguro y ficha informativa/oferta vinculante) y negociación individual de la misma; transparencia de la cláusula; inexistencia de desequilibrio.

### **SEGUNDO .- Carácter de condición general de la contratación de la cláusula. Primer control de incorporación aplicable a todas las condiciones generales de la contratación.**

Conforme al art. 1 de la Ley 7/98 son condiciones generales de la contratación aquellas cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes (el predisponente) a la otra parte (adherente) 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.

Por tanto, caracterizan a las condiciones generales de la contratación, las siguientes notas:

-Contractualidad.

-Predisposición: siendo indiferente que su autor sea el empresario o profesional que lo utiliza en la contratación o un tercero.

-Imposición: porque la incorporación de la condición general al contrato se haya producido por obra exclusivamente de uno de los contratantes, el empresario o profesional.

-Generalidad, por estar destinada a una pluralidad de contratos.

Toda condición general de contratación, para que quede incorporada al contrato, debe reunir los requisitos contenidos en los arts. 5 y 7 de la Ley 7/98 independientemente de que el adherente sea un consumidor o no. Conforme al art. 5, estas condiciones formarán parte del contrato cuando su incorporación al mismo sea aceptada por el adherente mediante su firma, debiendo el predisponente informar expresamente al adherente acerca de su existencia entregándole un ejemplar de dichas condiciones generales o, si el contrato no debe formalizarse por escrito, garantizándole la posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración. Además, la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Por su parte, el art. 7 establece que no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

Por su parte, el art. 80.1 del TR 1/2007 de la Ley de Consumidores y Usuarios (TRDCU) especifica, dentro de su ámbito de aplicación, los requisitos de este primer control de incorporación en caso de contratos con intervención de consumidores:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.

A su vez, el art. 63.1 del TRDCU, referido a la confirmación documental de la contratación realizada, dispone que "en los contratos con consumidores y usuarios se entregará recibo justificante, copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales de la contratación, aceptadas y firmadas por el consumidor y usuario, cuando éstas sean utilizadas en la contratación". Por tanto, este primer control de incorporación y, dentro del mismo, el control de transparencia formal, gramatical o de legibilidad de la cláusula es común a todas las condiciones generales de la contratación y a todas las cláusulas de los contratos, intervengan o no consumidores. Asimismo, estas exigencias se aplican a todas las cláusulas, versen o no sobre elementos esenciales del contrato.

Se trata, en definitiva, de requisitos de redacción y de aceptación destinados a que se verifique LA POSIBILIDAD REAL de haber sido conocidas y aceptadas por el adherente, esto es:

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

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

Pues bien, en el presente caso, la parte actora no pone en duda que la cláusula en cuestión esté incorporada al contrato. Lo que fundamenta la pretensión de la parte actora es que la cláusula, en su contenido, es abusiva.

Por tanto, todas las alegaciones que efectúa la parte demandada en su escrito de contestación sobre la transparencia de la cláusula, sobre la información que, de su contenido y consecuencias se ofreció al prestatario en los documentos precontractuales (solicitud de seguro y FIPER) y sobre la aceptación de la cláusula mediante la suscripción con su firma en la Escritura Pública, carecen de trascendencia para dar respuesta a la acción ejercitada.

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

Habida cuenta de que en la operación objeto de estos autos la parte prestataria tiene la condición de consumidor (lo que no se ha discutido en autos), la cláusula contractual que nos ocupa también está sometida a un segundo control, denominado control de contenido, el cual no versa sobre las cuestiones relativas al conocimiento, información, aceptación y transparencia documental sino que tiene por objeto determinar si la cláusula es o no abusiva.

En efecto, nuestro legislador ciñe la protección que este control de contenido conlleva a los adherentes que tengan la condición de consumidores o usuarios. La Exposición de Motivos de la Ley 7/98 de Condiciones

Generales de la Contratación deja claro que: "El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual".

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

Así, el Tribunal Supremo, en S. de 29 de abril de 2015, tiene resuelto que, en realidad, la nota de la generalidad es irrelevante o, cuando menos, secundaria " *por cuanto que para que pueda realizarse el control de abusividad de una cláusula de un contrato celebrado con un consumidor basta con que no haya sido negociada individualmente (art. 82.1 y2 TRLCU), sin que sea imprescindible que tenga el carácter de condición general de la contratación en el sentido de que sea utilizada de un modo general en la contratación, pues puede encontrarse en un contrato de adhesión que no tenga un uso generalizado.... No es necesario que la cláusula sea utilizada en todos los contratos que el profesional o empresario celebra con consumidores (sentencia 241/2013 de 9 de mayo, apartado 149). Pueden existir varios modelos de cláusulas que se utilicen en los diversos contratos, por variadas razones*".

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

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

Y es que el Alto Tribunal parte de la base, que considera notoria, de que " *en determinados sectores (bancario, seguros, suministros de energía, teléfono e Internet, primera venta de vivienda... etc.), la contratación de las empresas y profesionales con los consumidores y usuarios se realiza mediante el uso de condiciones generales de la contratación predeterminadas e impuestas por la empresa o profesional. Quien pretende obtener los productos o servicios en estos sectores deberá aceptar las condiciones generales impuestas por el oferente o renunciar a contratar con él. Tal circunstancia no sólo resulta corroborada por la constatación empírica sino que responde también a la propia lógica de la contratación en masa, que no sería posible si cada contrato hubiera de ser negociado individualmente*".

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

Y, en este caso, nada se alega -ni justifica- sobre los términos de una genuina negociación individual de esta cláusula según lo expuesto pues, en la contestación, la entidad demandada se limita a afirmar que el prestatario, tras analizar distintas ofertas crediticias de otras entidades, optó por suscribir el que nos ocupa y aceptó asumir los gastos autorizando el cargo en su cuenta de una provisión de fondos. Pero no se alude ni

a las circunstancias excepcionales ni a las contrapartidas obtenidas a cambio de aceptar esta cláusula por lo que, sin más consideraciones al respecto, ha de procederse a efectuar el control de contenido de la cláusula que nos ocupa.

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

Dispone el art. 82 del Texto Refundido 1/2007 que son abusivas "todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa". A su vez, los arts. 85 a 89 establecen una lista (no exhaustiva) de cláusulas que, "en todo caso", son abusivas, esto es, que el legislador ya ha valorado y calificado como tales sin necesidad de que sea preciso el análisis judicial del desequilibrio en el caso concreto, bastando con que no haya mediado una verdadera y genuina negociación individual de la cláusula.

Por consiguiente, el control de contenido o, como de un tiempo a esta parte se viene denominando, el "control de abusividad", viene a implicar un análisis en doble vertiente pues, por un lado, ha de comprobarse si estamos en presencia de una cláusula de las previstas en la lista de cláusulas abusivas de los arts. 85 a 90 del TRDCU y, sea o no sea el caso, debe procederse igualmente a efectuar un control de equidad, esto es, una valoración de las consecuencias de la aplicación de la cláusula a efectos de detectar un eventual desequilibrio importante de derechos y obligaciones entre las partes según las circunstancias del supuesto; control éste que, a su vez, conlleva una indagación de contraste entre la situación que crea la cláusula frente al equilibrio que se presupone querido por la norma legal supletoria (aplicable en defecto de pacto). En efecto, en relación con dicho control de equidad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como único intérprete del Derecho de la Unión y, por tanto, de las Directivas en materia de consumo traspuestas a nuestro ordenamiento jurídico nacional, ofrece cuáles son las claves del concepto de "desequilibrio importante" siendo de destacar, en todo caso, que el desequilibrio no lo es en las prestaciones esenciales en sí (que no son susceptibles de control judicial como resulta del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE) sino en los "derechos y obligaciones". Conforme a la doctrina jurisprudencial del TJUE resulta básico proceder a un análisis de las normas nacionales aplicables en defecto de pacto para determinar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente, debiendo comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual (STJUE de 13 de marzo de 2013 caso Aziz, entre otras).

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

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

Por tanto, la nulidad por carácter abusivo deriva de la ley (art. 83 del TRDCU) y, por ser de pleno derecho, el paso del tiempo no puede subsanarla ni confirmarla debiendo ser desestimada, por esta razón, la invocación de prescripción contenida en el escrito de contestación a la demanda.

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

Pues bien, de la dicción de la cláusula en cuestión se deduce, sin dificultad alguna, que mediante la misma se atribuye al prestatario la totalidad, sin excepción, de los gastos que la operación de préstamo con hipoteca lleva consigo. No sólo los previos a la constitución de la garantía hipotecaria (gastos de tasación del inmueble) y los generados como consecuencia del otorgamiento de la Escritura Pública de Préstamo y de la constitución e inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad (Notaría, Registro, Gestoría) sino también todo eventual gasto futuro, en tanto en cuanto esta cláusula seguiría desplegando sus efectos al atribuir al



prestatario, sin salvedad de ningún tipo, cualquier gasto que surgiera durante la vida del contrato hasta su cancelación, incluidos los generados por esta misma.

En efecto, la generalización de la cláusula es tal que permite imputar al prestatario todo tipo de arancel y también todo tipo de impuesto o tributo futuros que pudieran devengarse tanto en caso de eventuales modificaciones o novaciones como hasta la definitiva amortización del préstamo y cancelación registral de la hipoteca amén de cualquier otro coste, incluso procesal, en caso de que el Banco accionara contra el prestatario por incumplimiento de su obligación de devolución del préstamo. Y ello sin efectuar discernimiento alguno de lo que, conforme a la ley, correspondería a la entidad prestamista hacer frente, como interesada que está en la operación, en concreto, en que la misma se garantice mediante una hipoteca.

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

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

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

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

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

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

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

-Art. 89.5: cláusulas que impongan al consumidor "los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación". En efecto, examinando las distintas partidas de gastos contenidas en la cláusula, se hace patente que, mediante la misma, se atribuyen al prestatario-consumidor, una serie de importes que, conforme a la ley, no deben corresponder nunca al mismo.

A saber:

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

Incluso aun cuando el impuesto de actos jurídicos documentados devengado por la constitución del préstamo con hipoteca incumba únicamente al prestatario (como después se verá), la cláusula objeto de autos iría más allá al atribuir la totalidad de la carga impositiva futura (por expedición de posteriores copias, actas o testimonios a instancias del Banco; por eventuales modificaciones o novaciones; así como la derivada de la cancelación) al prestatario.

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

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

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

*Y respecto a la imputación al cliente de los honorarios de abogado y aranceles de procurador de los que se haya servido el prestamista, incluso cuando su intervención no sea preceptiva, la estipulación contraviene de plano el art.32.5 LEC, que excluye tales gastos de la eventual condena en costas, salvo que el tribunal aprecie temeridad o que el domicilio de la parte representada o defendida en juicio esté en un lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio. Por lo que, además de la falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes y la dificultad para el consumidor de valorar las consecuencias por desconocer en el momento de la firma del contrato el cúmulo de actuaciones en las que eventualmente podría valerse la entidad contratante de tales profesionales sin ser preceptivo (actos de conciliación, procedimiento monitorio, juicio verbal en reclamación de cantidad inferior a la establecida legalmente...), lo que de por sí sería suficiente para considerar la cláusula como abusiva, resulta correcta la declaración de nulidad de la misma, conforme a los arts. 86 TRLCU y 8 LCGC".*

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

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

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

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

Así:

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

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

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

c) del art. 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado".

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

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

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

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

Y, al igual que lo acaecido con los gastos de Notaría y Registro, ese desequilibrio ha de predicarse por los mismos argumentos considerados por el Tribunal Supremo: la aplicación de la regulación legal hubiese permitido un reparto equitativo de este gasto entre ambas partes y, pese a ello y a la circunstancia de que es la prestamista la que tiene interés y se beneficia de la hipoteca, traslada la totalidad de su coste, junto con todos los demás gastos que conlleva la constitución de la garantía, al prestatario.

Además, el tenor de la cláusula en esta materia (que considera comprendidos en los gastos a asumir por el prestatario, en todo caso, los de tasación), no da opción al prestatario para poder presentar él mismo su propia tasación (sujeta a los requisitos legales), esto es, el prestatario- hipotecante se ve compelido a asumir ese gasto, en todo caso, sin posibilidad alguna de negociación. En efecto, en la solicitud de préstamo, el prestatario se limita a autorizar a la Caja para cargar en su cuenta una provisión de fondos para hacer frente, entre otros gastos de estudio, a los de tasación del inmueble.

Cierto es que, en la ficha de información personalizada y oferta vinculante de préstamo hipotecario (apartado 13) la entidad demandada hace constar expresamente "el derecho que asiste a los prestatarios para que de mutuo acuerdo con la Caja determinen la persona o entidad que vaya a llevar a cabo la tasación del inmueble objeto de hipoteca, la que se vaya a encargar de la gestión administrativa de la operación así como la entidad aseguradora que vaya a cubrir las contingencias que la entidad prestamista exija para la formalización del préstamo".

Ahora bien, con ello, la demandada se limitó a dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 40 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en el Mercado de Bienes y Servicios que exige la inclusión de esta mención expresa; pero, posteriormente, no consta que se hubiera



negociado con la parte prestataria la encomienda específica de esta tarea a la empresa de tasación que, finalmente, la realizó, ni se hubiera dado opción al prestatario de presentar su propia tasación.

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

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

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

De nuevo, ha de entenderse que son gestiones para asegurar que la hipoteca quede constituida; hipoteca en la que, como expresa el Tribunal Supremo, es al Banco al que beneficia. Y aun cuando conste, en la Escritura, que se designa a una gestoría en concreto "de mutuo acuerdo entre las partes", sigue sin tratarse de una opción negociable, esto es, no se ha dado al prestatario la posibilidad de negociar que intervenga o no intervenga una gestoría profesional sino sólo la de aceptar la encomienda de estos servicios a una empresa y abonar íntegramente su coste.

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

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

Tras la relevante S. del TJUE de 14 de junio de 2012 (origen de la reforma operada por Ley 3/2014 de 27 de Marzo) el art. 83 del TRDCU dispone que: "Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas".

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

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

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

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

Y, así las cosas, la primera cuestión que se hace preciso destacar es que las cantidades que ya ha abonado el prestatario por aplicación de esta cláusula no son cantidades que hubiera percibido el Banco sino importes satisfechos a terceros (Notario, Registrador, empresa de tasación, gestoría) cuya intervención en la operación ha devengado la obligación de abonar estos aranceles y/o el coste de dichos servicios así como, en el caso del impuesto, cantidades abonadas a la Administración Tributaria por aplicación de la legislación fiscal. Por tanto, no estamos en presencia de prestaciones percibidas o cobradas por el Banco y que, por aplicación del art. 1303 del C.c., el Banco deba "restituir" con sus intereses.

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

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

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

#### 1.- Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

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

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

Ahora bien, el art. 15 dispone que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo.

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

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

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

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

Establecido, así, el marco legal, lo que se está reclamando en los presentes autos es la cantidad que ha abonado el prestatario en concepto de ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS. Y, por lo que se refiere a este impuesto, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en interpretación de los preceptos normativos anteriormente transcritos, tiene resuelto (en SS. de 31 de octubre , 20 de julio y 20 de enero de 2006 ), en relación con el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados *"que la interpretación tradicional de esta Sala ha aceptado siempre la premisa de que el hecho imponible, préstamo hipotecario, era y es único, y que, por tanto, la conclusión de su sujeción a AJD, hoy por hoy, es coherente, cualesquiera sean las tendencias legislativas que, en un futuro próximo, pudieran consagrar su exención en esta última modalidad impositiva, introduciendo la necesaria claridad en el sistema aplicativo de un impuesto, como el de AJD, que tantas dificultades encierra en su actual configuración, como ha hecho finalmente la Ley 14/2000, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, al añadir un nuevo apartado 18 al art. 45.I.B del Texto Refundido del ITP y AJD vigente de 24 de septiembre de 1.993, aunque, obviamente, no sea de aplicación al caso aquí cuestionado. En cualquier caso, la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible es el prestatario , de conformidad con lo establecido en el art. 8º d), en relación con el 15.1 del Texto Refundido ITP y AJD , y en relación, asimismo, con el art. 18 del Reglamento de 1.981, hoy art. 25 del vigente de 29 de Mayo de 1.995, que, por cierto, ya se refiere a la constitución de, entre otros, derechos de hipoteca en garantía de un préstamo y no a la de préstamos garantizados con hipoteca".* En el mismo



sentido se pronuncian también las sentencias de 19 y de 23 de noviembre de 2.001 , 24 de junio de 2.002 , 14 de mayo y 20 de octubre de 2.004 y 27 de marzo de 2.006 . Esta última sentencia rechaza un recurso de casación para la unificación de doctrina, porque la doctrina contenida en la sentencia recurrida, que mantenía la tesis impugnada, no debe ser rectificadora porque coincide con la jurisprudencia de esta Sala que, de manera reiterada, ha entendido que el artículo 30 (hoy 29) del Texto Refundido del ITP y AJD de 1.980 (artículo 68 del Reglamento) señala que, en la modalidad de documentos notariales del IAJD, *"será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan"* y que ese adquirente del bien o derecho sólo puede ser el prestatario, no ya por un argumento similar al de la unidad del hecho imponible en torno al préstamo, conforme ocurre en la modalidad de transmisiones onerosas arts. 8º.d), en relación con el 15.1 del Texto Refundido y con el art. 18 de su Reglamento, sino porque el "derecho" a que se refiere el precepto es el préstamo que refleja el documento notarial, aunque este se encuentre garantizado con hipoteca y sea la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad elemento constitutivo del derecho de garantía. En definitiva, cuando el art. 31 del Texto Refundido exigía, entre otros que ahora no interesan, el requisito de que las escrituras o actas notariales contengan actos o contratos inscribibles en el Registro de la Propiedad, está refiriéndose, indisolublemente, tanto al préstamo como a la hipoteca. Buena prueba de que es así la constituye el que el Reglamento vigente de 29 de mayo de 1995 que, aun no aplicable al supuesto de autos, tiene un indudable valor interpretativo, en el párrafo 2º de su art. 68, haya especificado que *"cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario"*.

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

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

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

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

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

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

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

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

Es así que ha de resolverse la cuestión conforme al criterio del beneficio o interés, al que también aluden expresamente las normas reguladoras de estos aranceles, esto es, cuál de las partes es la que provoca, solicita, gestiona y se beneficia de la formalización del contrato en documento público y de su inscripción en el Registro. Y, conforme a dicho criterio, se hace evidente que el interés y el beneficio es del Banco y no del prestatario. En efecto, el otorgamiento de Escritura Pública concede al prestamista indudables ventajas pues obtiene un

título ejecutivo que, además, en caso de constitución de hipoteca y su inscripción en el Registro, le confiere una garantía real y le da acceso al proceso especial de ejecución hipotecaria.

No se niega la lógica aplastante de que el Banco, antes de conceder en concepto de préstamo una cantidad de dinero, se asegure de contar con garantías de devolución y, para el caso de cantidades considerables de dinero, lo haga exigiendo una hipoteca. Pero, en definitiva, la necesidad de abonar los gastos de Notario y, en el caso de constitución de hipoteca, de Registrador, responde a dicho interés económico del Banco de asegurarse la devolución de lo prestado. Así, conforme a lo dispuesto en el art. 63 del TRDCU, la documentación de un contrato debe ser gratuita para el consumidor y, por tanto, en un préstamo, al cliente le basta con un mero documento privado que cumpla las exigencias informativas del TRDCU 1/2007. Por tanto, el interés que tiene el prestatario es el de obtener el dinero prestado y, obviamente, si para obtener el préstamo se hace preciso constituir una hipoteca claro que también ostenta interés en otorgar documento público y que el mismo se inscriba en el Registro pero es un interés jurídico, esto es, en el éxito final de la propia operación contractual, pero no económico. El beneficio o interés en términos económicos o prestacionales es sólo del Banco.

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

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

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

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

En este caso, según se acredita documentalmente con la demanda, la parte prestataria ha abonado, a su costa, las cantidades de 658,86 y 257,08 euros por estos conceptos.

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

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

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

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

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

Según consta en la documentación aportada con la demanda, se trata de 272,25 euros y 393,25 euros.

### SÉPTIMO.- Intereses.

En materia de intereses, es de aplicación lo dispuesto en los arts. 1100 y 1108 del C.c . devengándose intereses legales desde la interpelación extrajudicial, en este caso, desde el 12 de abril de 2017.

**OCTAVO - Costas procesales.** La estimación parcial de la demanda determina, por aplicación del art. 394 de la LEC , la ausencia de condena en costas procesales a ninguna de las partes.

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

## FALLO

Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Don Andrés Giménez Campillo en nombre y representación de Don Heraclio y Doña Gregoria contra la Caja Rural Central Sociedad Cooperativa de Crédito, representada por el Procurador Don José Escudero Girona, debo declarar y declaro nula la cláusula quinta, reguladora de los gastos, contenida en la Escritura de Préstamo Hipotecario suscrita por las partes





en fecha 14 de mayo de 2015, la cual se tiene por no puesta; condenando a la demandada a abonar a los actores la cantidad de mil quinientos ochenta y un euros con cuarenta y cuatro céntimos (1.581,44 euros) más intereses legales desde el 12 de abril de 2017 hasta su completo pago; sin imposición de costas procesales a ninguna de las partes.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma cabe interponer en este Juzgado recurso de apelación en el plazo de veinte días desde la notificación, que será resuelto por la Il.ª Audiencia Provincial de Murcia.

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

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

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