



Roj: **SAP O 399/2017 - ECLI:ES:APO:2017:399**

Id Cendoj: **33044370052017100046**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **5**

Fecha: **01/02/2017**

Nº de Recurso: **525/2016**

Nº de Resolución: **32/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE MARIA ALVAREZ SEIJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 399/2017,**
STS 848/2018

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

OVIEDO

SENTENCIA: 00032/2017

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000525 /2016

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO

DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO

DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO

En OVIEDO, a uno de Febrero de dos mil diecisiete.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 318/16, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Avilés, Rollo de Apelación nº **525/16** , entre partes, como apelante y demandante **DOÑA Paulina** , representada por la Procuradora Doña Nuria Arnáiz Llana y bajo la dirección del Letrado Don Celestino García Carreño, y como apelada y demandada **BANCO DE SABADELL, S.A.** , representada por el Procurador Don José Luis López González y bajo la dirección del Letrado Don Antonio Reija Doval.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Avilés dictó sentencia en los autos referidos con fecha treinta y uno de octubre de dos mil dieciséis, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debo estimar parcialmente la demanda interpuesta por D^a Paulina , frente a BANCO HERRERO S.A., por lo que:

1-Se declara el carácter abusivo por falta de transparencia y la nulidad de la siguiente estipulación, teniéndose por no puesta y extrañándola del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, del contrato de préstamo hipotecario de 13 de junio de 2.000 de la demandada, la condición PACTO TERCERO BIS TIPO DE INTERESES VARIABLE 3.1.B, definición del tipo de interés variable.

2-Se condena a la demandada al recálculo de las cuotas que debieron haberse satisfecho en el préstamo hipotecario sin aplicar la cláusula de redondeo al alza y a restituir a la demandante el importe de la diferencia entre la suma abonada aplicando la cláusula y la que resulte de recálculo, efectuando la devolución de su



total importe mediante el abono en cuenta, sin el recálculo de amortizaciones mediante la aplicación de los importes abonados en cada momento en exceso, al pago del capital.

3-Se condena a la demandada a abonar a la actora 811,35 euros, que se reclaman en concepto de cobro indebido de comisiones por reclamación de posiciones deudoras, más intereses legales y costas.

4-Se declara nula la cláusula relativa al interés de demora, teniéndose por no puesta y extrañándola del contrato de préstamo con garantía hipotecaria y se declare nulo y por tanto improcedente, el devengo de los intereses de demora aplicados por la entidad bancaria demandada sobre las cuotas periódicas del préstamo hipotecario impagadas en tanto en cuanto se fijaron superando dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio estipulado en el contrato. Se devengará los intereses remuneratorios hasta el completo pago de la deuda en los términos de la sentencia del TS de fecha 3 de junio de 2.016 .

5-No ha lugar a costas."

TERCERO.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por Doña Paulina , y previos los traslados ordenados en el art. 461 de la L.E.C ., se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr. DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Doña Paulina formuló demanda frente a la mercantil Banco de Sabadell, S.A. ejercitando acción de nulidad de condiciones generales y reclamación de cantidad en base a lo siguiente: En fecha 13-6-2.000 había suscrito un contrato de préstamo con garantía hipotecaria conforme al modelo de contratación confeccionado de forma unilateral por dicha entidad bancaria, estando dicho préstamo destinado a la adquisición de una vivienda, siendo el principal 72.121,45 euros. De dicho contrato, y según señaló en su escrito rector, consideró abusivas y por ello nulas de pleno derecho las cláusulas siguientes: Pacto Tercero bis (redondeo del tipo de interés variable), Pacto Cuarto 4.2.3º (Comisiones. Reclamación de posiciones deudoras vencidas), Pacto Quinto (Gastos a cargo del prestatario) y Pacto Sexto (Intereses de demora).

Postuló lo que sigue: Se declarase la nulidad radical por abusividad de dichos pactos, condenando a la mercantil al recálculo de las cuotas sin aplicar el redondeo al alza, con restitución de la diferencia, a abonarle la cantidad de 811,35 euros en concepto de cobro indebido de comisiones por reclamación de posiciones deudoras, así como a la restitución de las cantidades que hubiere percibido o fueren abonadas para los gastos de constitución del préstamo y cuyo pago correspondiere a dicha demandada y el devengo de los intereses de demora aplicados por dicha entidad bancaria sobre las cuotas del préstamo impagadas en cuanto hubieren superado dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio estipulado en el contrato.

En la fundamentación jurídica de dicho escrito rector la demandante, respecto a la cláusula referente a los gastos del préstamo hipotecario, tras invocar diversos preceptos del TRLGCU, señaló que en atención a dicha normativa la redacción omnicompreensiva de la cláusula de gastos del préstamo había de entenderse abusiva al atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, "costes que contravienen la normativa y previsiones legales expuestas en lo relativo a:

Los aranceles notariales y registrales. Gastos de tramitación", y "Los tributos que puedan devengarse", dedicando a estas cuestiones su fundamentación.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda excepto en cuanto al pacto quinto, considerando que el prestatario no había abonado gastos que no le hubiesen correspondido.

SEGUNDO.- Se alza la actora frente a dicha resolución insistiendo en la nulidad de dicha cláusula por abusiva, debiendo la misma ser expulsada del contrato, con los efectos a ello inherentes.

El referido pacto señala lo siguiente: "*Gastos a cargo del prestatario: La parte deudora asume el pago de los gastos de tasación del inmueble hipotecado, de todos los demás gastos y tributos derivados de esta escritura, de los actos y contratos que en la misma se formalizan y de su inscripción en el Registro de la Propiedad, de los originados por cuantos otorgamientos sean precisos para que este documento tenga acceso al citado Registro y de los causados por las cartas de pago parcial o total del préstamo y por la cancelación de la hipoteca, así como de cuantos se ocasionen para exigir el cumplimiento de lo pactado o para la defensa por parte de Banco Herrero (hoy Banco Sabadell), de su crédito, comprendidos los de la interposición y la oposición a tercerías, incluidos los honorarios de Letrado y derechos de Procurador aunque su intervención no fuere preceptiva, la deudora asume la totalidad de los gastos de gestión y tramitación necesarios para la inscripción de la hipoteca .*"



Se trata, como de su dicción se advierte, de una cláusula omnicomprendiva y en ciertos aspectos genérica y reiterativa, que puede concretarse en lo siguiente: a) Gastos de tasación del inmueble; b) Gastos derivados de los actos y contratos formalizados en la escritura de constitución del préstamo con garantía hipotecaria, así como de la inscripción en el Registro de la Propiedad; c) Gastos causados por las cartas de pago y por la cancelación de la hipoteca; d) Gastos para la exigencia del cumplimiento de lo pactado o por la defensa del crédito por el Banco, con inclusión de los honorarios de Abogado y derechos de Procurador. Es decir, recoge una serie de gastos contractuales concretos (menciones concretas relativas a gastos precontractuales y postcontractuales, relativos a la perfección del contrato y posteriores en su desarrollo), así como una cláusula de cierre.

Como se ha dicho, la actora y hoy recurrente, si bien en el inicio de su demanda y en la relación fáctica aludió a la nulidad de pleno derecho del pacto ahora en liza, en su fundamentación jurídica, tras invocar genéricamente la infracción a la legislación de consumidores y usuarios, se concretó a los gastos de Notaría y Registro así como a los tributos, con referencia al Impuesto de Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados, si bien en el suplico interesó se declarase el carácter abusivo, y en consecuencia la nulidad, de la referida estipulación, debiendo tenerla por no puesta en el contrato. Ello es así por cuanto los efectos de tal estipulación no se han consumado totalmente, ya que en ella se hace referencia a posibles gastos futuros, como los de la cancelación de la hipoteca o los de la defensa del crédito.

TERCERO.- Centrado el debate en esta alzada, ha de dirimirse sobre el carácter abusivo de una cláusula que en un contrato de préstamo hipotecario impone al consumidor, sin ninguna limitación ni especificación concreta sino más bien de forma genérica, el pago de los gastos y tributos derivados del otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario, y por ello si el referido pacto ha de tildarse de nulo, con las consecuencias a ello inherentes. La recurrente ha invocado los art. 89-2, 89-3-3º a) y c), 89-3-4º, 82-4 y 80 del TRLGCU. Conforme a tales preceptos, resultan abusivas las cláusulas no negociadas individualmente y que hayan sido predisuestas unilateralmente por el empresario sin respetar la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes y concretamente las que imponen al consumidor hacerse cargo de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponden al empresario, o que impongan al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, o las que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados o que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, vinculen el contrato a la voluntad del empresario, limiten los derechos del consumidor y resulten desproporcionadas.

La sentencia de Pleno del TS de 23-12-2.015, que abordó la abusividad de diversas cláusulas establecidas en contratos de préstamo hipotecario celebrados con consumidores, señaló en cuanto a la cláusula conforme a la que se imponían al consumidor los costes derivados de la concertación del contrato, y en lo que aquí interesa, lo que a continuación se indica: " 1.-En primer lugar, resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones [como veremos] contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto.

El art. 89.3 TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto "La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (numero 2º), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 3º). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º).

2.- Sobre tales bases legales, no cabe considerar que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguna de las normas legales citadas como infringidas, al declarar la abusividad de la cláusula. Baste recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC



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

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

3.- En lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, nuevamente no se hace distinción alguna. El art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el art. 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Pero el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

De tal manera que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho.

4.- En cuanto a los 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, hemos de advertir en primer lugar que los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en los arts. 394 y 398 LEC , para los procesos declarativos, y en los arts. 559 y 561 de la misma Ley , para los procesos de ejecución. Tales normas se fundan básicamente en el principio del vencimiento, y en el caso concreto de la ejecución, las costas se impondrán al ejecutado cuando continúe adelante el despacho de ejecución; pero también podrán imponerse al ejecutante cuando se aprecie algún defecto procesal no subsanable o que no se haya subsanado en el plazo concedido al efecto (art. 559.2 LEC), o cuando se estime algún motivo de oposición respecto del fondo (art. 561.2 LEC); y cuando la estimación sea parcial, cada parte deberá hacer frente a las costas devengadas a su instancia. Por consiguiente, la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales no solo infringe normas procesales de orden público, lo que comportaría sin más su nulidad ex art. 86 TRLGCU y art. 8 LCGC, sino que introduce un evidente desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaer a todo trance las consecuencias de un proceso sobre una de ellas, sin tener en cuenta ni la procedencia legal de la reclamación o de la oposición a la reclamación, ni las facultades de moderación que la ley reconoce al Tribunal cuando aprecie serias dudas de hecho o de derecho.

Respecto a la imputación al cliente de los 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 aquél 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 ".

CUARTO.- Por su parte, la sentencia de 19-1-2.016 de la Audiencia Provincial de Pontevedra, entre otras, se pronunció en idénticos términos, y así en cuanto a los gastos de Notario y Registro señaló: " De acuerdo con la norma 6ª del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, prevé 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 análogamente, el obligado al pago de los derechos del Registrador es aquella o aquellas personas a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a quien haya presentado el documento, aunque en todo caso se abonarán por el presentante que sea transmitente del derecho o que tenga interés en asegurar el derecho que se pretende inscribir; por otra parte, los derechos correspondientes a certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes la soliciten (cfr. la norma octava del anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad).

Los mencionadas normas atribuyen la responsabilidad del pago al solicitante del servicio de que se trate (sea la prestación de una función o la expedición de una copia) o a cuyo favor de inscriba el derecho o solicite una certificación.

En la generalidad de los casos la que gestiona la formalización del contrato y solicita la intervención del fedatario público es la entidad financiera, que también es la persona jurídica a favor de la que se inscribe el mismo.

Por tanto, la cláusula, lejos de asegurar una mínima reciprocidad entre los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, hace recaer su práctica totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que, a falta de pacto expreso entre las partes, la aplicación de la norma 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.

Se trata, pues, de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante y que no cabe pensar que aquél hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada, apareciendo expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRFCU), por lo que debe ser declarada nula.

Respecto de los tributos derivados de la operación, la referida resolución reproduce los argumentos de la sentencia del TS, añadiendo a mayor abundamiento que la nulidad deviene al descargar toda la carga tributaria, con independencia del hecho desencadenante del impuesto y de la identidad del beneficiado por dicho hecho, sobre una de las partes del contrato ."

QUINTO.- Partiendo de lo expuesto, en lo referente a los gastos derivados de la inscripción de la hipoteca, no cabe duda que la norma octava del anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, dispone 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, señalando a continuación que los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes las soliciten. Es claro que es a la entidad bancaria a cuyo favor se realiza la inscripción y a quien beneficia, así como la parte interesada en la misma. Por ello no cabe duda de la abusividad de la cláusula en cuestión como queda dicho.

En relación con los gastos y honorarios de la Notaría, la norma 6ª del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, prevé 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, siendo, como se dijo anteriormente, la entidad bancaria la que gestiona la formalización del contrato y solicita la intervención del fedatario público, siendo también la persona jurídica a favor de la que se inscribe el mismo.

Ahora bien, en este sentido no cabe desconocer que el fedatario también puede realizar alguna actuación susceptible de generar abono de aranceles a instancia del prestatario, como podría ser por ejemplo la expedición de copias simples. Ello ha de llevar en consecuencia a la necesidad de una previa negociación individual en la que se habrían de determinar qué gastos corresponderían a uno y otro contratante. De no ser así, y como en el caso examinado ha existido una imposición al consumidor de la totalidad de los gastos, sin discriminación alguna ni negociación individual, prueba ésta que compete al empresario (art. 82-2 TRLGCU),



la consecuencia no puede ser sino que dicha estipulación ha de considerarse abusiva, y por tanto nula, ya que ha causado un desequilibrio en el consumidor, tal y como se afirmó en la citada sentencia del TS.

En cuanto a los gastos de cancelación de hipoteca, habida cuenta que, como queda dicho, la garantía se inscribe en beneficio de la entidad financiera para asegurar el cumplimiento de la obligación garantizada, es por lo que una vez cumplida ésta, será dicha entidad a quien corresponde cancelarla; es pues, una consecuencia natural del contrato (art. 1.258 del CC), ya que una vez finalizado el cumplimiento, la natural consecuencia es que aquél a cuyo favor se realizó la inscripción proceda a dejar la misma sin efecto.

Conforme al art. 82-3 de la LH , la cancelación de la escritura pública en virtud de la que se constituyó la inscripción requiere el consentimiento del beneficiario (como queda dicho, la entidad bancaria) y, en su defecto, por sentencia en juicio ordinario (en este caso a solicitud del hipotecante). Ha de inferirse de ello, que en cualquier caso los gastos derivados del otorgamiento de la escritura serían de cargo del prestamista, pudiendo corresponder al prestatario discutirse o negociar otros gastos derivados de tal actuación. Como en el supuesto anterior, la imposición de dichos gastos en su totalidad al consumidor conlleva el desequilibrio, con la consecuencia ya conocida, esto es, su expurgación del contrato (en este sentido, la sentencia de 25-2-2.016 de la Audiencia Provincial de Murcia).

Por lo que se refiere a los gastos para la exigencia del cumplimiento de lo pactado o por la defensa del crédito por el Banco, con inclusión de los honorarios de abogado y derechos de procurador, nada cabe añadir en orden a lo señalado en la sentencia del TS transcrita.

Respecto de los gastos de tasación del inmueble, ciertamente no se aprecia la existencia de norma o disposición legal que señale a quién ha de corresponder su abono. Ahora bien, como en el supuesto anterior, podría estimarse abusiva, y por ello nula, en el caso de producir un desequilibrio entre las partes contratantes (art. 82-1 TRLGCU) y, como en el caso que antecede, puede afirmarse que el mismo existe cuando el trato que dispensa el empresario al consumidor no lo querría para sí. Ello, por tanto, nos lleva al hecho concreto y ahora enjuiciado, siendo la realidad que el tenor de la estipulación en cuestión ("el hipotecante asume el pago de la tasación") sin dar opción al consumidor fija una asunción de dicho gasto en todo caso y sin posibilidad de negociación.

La Ley 2/1981, de 25 de marzo (LA LEY 607/1981), de Regulación del Mercado Hipotecario, tras la reforma operada en 2.007, dispone que las entidades de crédito, incluso aquéllas que dispongan de servicios propios de tasación, deberán aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en dicha Ley y no esté caducada. Y aunque la entidad de crédito podrá realizar las comprobaciones que estime convenientes de la tasación presentada por el cliente, no podrá imputarle ningún gasto o coste por dichas comprobaciones. De lo que se deduce que la imposición al consumidor puede ser motivo de desequilibrio.

Como señala a este respecto, entre otras, la sentencia de Pleno del TS de 3-6-2.016 que, conforme a lo previsto en el art. 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE , « se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión». Y hemos venido entendiendo, en sentencias 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013 , 3088), 222/2015, de 29 abril , y 265/2015, de 22 de abril (RJ 2015, 1360), que hay «imposición» de una cláusula contractual, a efectos de ser considerada como condición general de la contratación, cuando la incorporación de la cláusula al contrato se ha producido por obra exclusivamente del profesional o empresario. No es 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.

Para que se considere que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación no tienen el carácter de condiciones generales, o de cláusulas no negociadas, y se excluya el control de abusividad, «es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde 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» (sentencia 265/2015, de 22 de abril).

Como recordábamos en la citada sentencia 265/2015, de 22 de abril , «[e]s un hecho notorio que en determinados sectores de la contratación con los consumidores, en especial los bienes y servicios de uso común a que hace referencia el art. 9 TRLCU, entre los que se encuentran los servicios bancarios, los profesionales o empresarios utilizan contratos integrados por condiciones generales de la contratación. De ahí que tanto la Directiva (art. 3.2)



como la norma nacional que la desarrolla (art. 82.2 TRLGDCU (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372)) prevean que el profesional o empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba de esa negociación. Así lo recuerda la STJUE de 16 de enero de 2014 (TJCE 2014, 7), asunto C-226/12, caso Constructora Principado, en su párrafo 19». Y es que, «el sector bancario se caracteriza porque la contratación con consumidores se realiza mediante cláusulas predispuestas e impuestas por la entidad bancaria, y por tanto, no negociadas individualmente con el consumidor, lo que determina la procedencia del control de abusividad previsto en la Directiva 1993/13/CEE (LCEur 1993, 1071) y en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, salvo que se pruebe el supuesto excepcional de que el contrato ha sido negociado y el consumidor ha obtenido contrapartidas apreciables a la inserción de cláusulas beneficiosas para el predisponente ».

SEXTO.- Resulta más complejo el problema referente al abono de los impuestos.

La ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (RD Legislativo 1/93, de 24 de septiembre), que regula en su Título Primero las Transmisiones Patrimoniales, se refiere en su art. 7 al Hecho Imponible, señalando como tal en su art. 7-1-B) la constitución de derechos reales, préstamos, fianzas, arrendamientos, pensiones y concesiones administrativas...; y respecto del 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, estableciendo en su art. 15 que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo.

En 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 su art. 66 que se sujetan a gravamen, en los términos que se previenen en los artículos siguientes: a) Los documentos notariales. Estos aparecen regulados en el Capítulo Segundo, el cuál 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.

La sentencia de 9-6-2.016 del TSJ de Madrid señaló lo que sigue, con cita de doctrina jurisprudencial de la Sala Tercera del TS: " *La cuestión planteada por el recurrente atinente a quién es el sujeto pasivo Impuesto sobre actos jurídicos documentados, ha sido ya resuelta por la sentencia del Tribunal Supremo de treinta y uno de octubre de dos mil seis (recurso de casación núm. 4593/01), que señala que: «(...) en las recientes sentencias de 20 de enero y 20 de junio de 2.006, recursos de casación 693 y 2794/01 , ...recordando entre otras, a la sentencia de esta Sala Tercera de 19 de noviembre de 2.001 (Recurso de casación núm. 2196/1996), dictada en un caso similar de concesión por una entidad de crédito a una empresa mercantil de un préstamo hipotecario, formalizado en escritura pública, "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 1993, 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 1995, que, por cierto, ya se refiere a la constitución Legislación citada que se aplica Constitución Española. art. 25 (29/12/1978) 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 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 1980 (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".

En consecuencia con lo expuesto, no puede afirmarse que la estipulación que impuso a la parte actora y ahora recurrente el abono del impuesto en cuestión pueda tacharse de nula, toda vez que no puede apreciarse infracción del art. 89-3-3º c) del TRLDCU.

SÉPTIMO.- Así pues, resultando nulas las estipulaciones señaladas, han de abordarse las consecuencias de ello derivadas.

Estas no pueden ser otras que su expurgación, otorgando la tutela completa de ello derivada al consumidor, por virtud del principio de efectividad consagrado en la Directiva 93/13, siendo además en el presente caso la restitución por la entidad bancaria de las cantidades derivadas de los pagos efectuados por la actora a la Notaría y Registro, que se concretan, según la documental aportada, en 94.093 y 22.344 de las antiguas pesetas (565,51 euros y 134,29 euros respectivamente).

OCTAVO.- El parcial acogimiento del recurso ha de implicar la no imposición de las costas de la presente alzada (art. 398 LEC).

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por Doña Paulina contra la sentencia dictada en fecha treinta y uno de octubre de dos mil dieciséis por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Avilés, en los autos de los que el presente rollo dimana, que se **REVOCA** en el único sentido de declarar nulo el pacto quinto del contrato de préstamo con garantía hipotecaria señalado en la demanda, con la excepción de las estipulaciones relativas a los tributos, debiendo indemnizar la demandada Banco Sabadell, S.A. a la demandante en 699,80 euros.

Se confirma en lo demás dicha resolución.

No procede expresa condena en cuanto a las costas de esta alzada.

Habiéndose estimado parcialmente el recurso de apelación, conforme al apartado 8 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre , por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, **procédase a la devolución del depósito constituido por la parte apelante para recurrir.**

Contra esta resolución cabe recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, en su caso.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.