



Roj: **SAP PO 405/2017 - ECLI:ES:APPO:2017:405**

Id Cendoj: **36038370012017100089**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **28/03/2017**

Nº de Recurso: **974/2016**

Nº de Resolución: **152/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA BEGOÑA RODRIGUEZ GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**PONTEVEDRA**

SENTENCIA: 00152/2017

N10250

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

-

Tfno.: 986805108 Fax: 986803962

MC

**N.I.G.** 36008 41 1 2015 0001810

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000974 /2016**

**Juzgado de procedencia:** XDO.1A.INST.E INSTRUCIÓN N.1 de CANGAS DE MORRAZO

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000460 /2015

Recurrente: ABANCA CORPORACION BANCARIA SA

Procurador: FRANCISCO JAVIER TOUCEDO REY

Abogado: FRANCISCO-JAVIER SALIQUET DE LA TORRE

Recurrido: Hilario , Salvadora

Procurador: ADELA ENRIQUEZ LOLO, ADELA ENRIQUEZ LOLO

Abogado: MARGARITA SANTOME PARCERO, MARGARITA SANTOME PARCERO

**LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS  
MAGISTRADOS**

**D. FRANCISCO JAVIER MENENDEZ ESTEBANEZ**

**D. MANUEL ALMENAR BELENGUER**

**D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO**

**Dª MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ**

**D. JACINTO JOSE PÉREZ BENITEZ**

**HA DICTADO**

**EN NOMBRE DEL REY**



## LA SIGUIENTE

### SENTENCIA NUM. 152

En Pontevedra a veintiocho de marzo de dos mil diecisiete.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de procedimiento ordinario núm. 460/15, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Cangas, a los que ha correspondido el Rollo núm. 974/16, en los que aparece como parte apelante-demandado: ABANCA CORPORACION BANCARIA SA, representado por el Procurador D. FRANCISCO JAVIER TOUCEDO REY, y asistido por el Letrado D. FRANCISCO JAVIER SALIQUET DE LA TORRE, y como parte apelado- demandante: D. Hilario , D. Salvadora , representado por el Procurador D. ADELA ENRIQUEZ LOLO, y asistido por el Letrado D. MARGARITA SANTOME PARCERO, y siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. **Dª MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ**, quien expresa el parecer de la Sala.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Cangas, con fecha 2 septiembre 2016, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"SE ESTIMA PARCIALMENTE LA DEMANDA interpuesta por D. Hilario y Dª Salvadora , representado por el Procurador de los Tribunales Dª Adela Enríquez Lolo, contra la entidad ABANCA, representada por el Procurador Sr. Francisco J. Toucedo Rey.

Se declara LA NULIDAD ABSOLUTA por abusivas, las **cláusulas** 5ª y 6ª del contrato de préstamo hipotecario suscrito en fecha 29 de junio de 2005.

SE CONDENA al demandado a la devolución de las cantidades abonadas por la actora en concepto de tributos, gastos e impuestos por consecuencia de la aplicación de la **cláusula** 5ª del contrato de préstamo hipotecario, con los intereses correspondientes.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

**SEGUNDO.-** Notificada dicha resolución a las partes, por Abanca CB, SA, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

**TERCERO.-** En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** En virtud del precedente Recurso por la apelante, Abanca Corporación Bancaria SA., se pretende la revocación parcial de la Sentencia dictada en los autos de Juicio Ordinario nº 460-15 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Cangas de Morrazo, en tanto declaró la nulidad absoluta de la **cláusula** de intereses moratorios, así como la de gastos de la escritura de préstamo hipotecario que la vinculaba con los actores. Consecuencia de la declaración de nulidad resultó que se ordenó la supresión total de los intereses moratorios sin que pudieran sustituirse por otros más reducidos, así como la devolución de lo cobrado en cuanto a aquellos gastos notariales, registrales e impositivos que fueron en su día pagados por los prestatarios hipotecantes, que reúnen la condición de consumidores.

El matrimonio actor, en su condición de consumidores, ejercitan en la demanda rectora de este procedimiento acción de nulidad basada en la abusividad de la **Cláusulas** Quinta y Sexta, contenida en la Escritura de Préstamo hipotecario suscrita en fecha 29 de junio de 2005, con la entidad financiera demandada. Postulan el reintegro de las cantidades que se afirman abonadas indebidamente por los mismos, concretados en los intereses moratorios, los aranceles Notariales y Registrales, así como el pago del Impuesto de actos jurídicos documentados, y todo ello con fundamento en que se trata de una **cláusula** general de la contratación predispuesta que impone al consumidor indiscriminadamente la totalidad de gastos notariales, registrales e impuestos que no le son exigibles según la normativa reguladora de los mismos, en base a la doctrina sentada al efecto por la STS de 23 de noviembre de 2015 .

**SEGUNDO.- De los efectos de la nulidad de la cláusula de intereses moratorios pactados al 18%.-** Sostiene la entidad Bancaria que la resolución a quo yerra cuando considera que la nulidad de la **cláusula** de los intereses moratorios impide la aplicación de aquellos otros que liquidaron posteriormente en el acto de la vista al 12%, según ha declarado el TS en sus SS de 22 de abril de 2015 , 3 de junio , 18 de febrero , y, 23 de diciembre

de 2016 . Ahora bien, afirma que no puede considerarse que el préstamo quede sin interés alguno y debe permitirse al menos el cobro del interés remuneratorio.

Efectivamente, así debe ser según se ha pronunciado el TS en aquellas resoluciones, a partir de la de 22 de abril de 2015, cuando indicó que " viene a poner fin a las distintas soluciones adoptadas por la jurisprudencia menor, optando por aplicar el interés remuneratorio en sustitución del interés de demora que se anula, aunque en relación con los préstamos o créditos al consumo.

Más concretamente, la sentencia razona a este respecto en su fundamento de derecho sexto:

" 1.- El TJUE ha deducido de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE , que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la **cláusula** contractual **abusiva**, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma.

El contrato 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. Así lo ha afirmado en las sentencias de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010 , caso Banesto , apartado 65, de 30 de mayo de 2013 , asunto C- 488/11 , caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, apartado 57, y 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13, caso Unicaja y Caixabank, apartado 28.

El TJUE ha inferido esta solución de la previsión del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE , en relación con su vigésimo cuarto considerando, que impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de **cláusulas** abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores», al considerar que 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 dicho precepto, pues el hecho de que, pura y simplemente, tales **cláusulas** abusivas no se apliquen frente a los consumidores contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales, 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. Por esa razón, el TJUE, en el fallo de la sentencia de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010 , declaró que «el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias , que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una **cláusula abusiva** contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la **cláusula abusiva**».

2.- En cuanto a la posibilidad de aplicar de modo supletorio una disposición de Derecho dispositivo de Derecho nacional, una vez declarada la nulidad de la **cláusula abusiva** y la no vinculación a la misma del consumidor, el TJUE solo ha admitido esta posibilidad cuando sea necesario para que el contrato subsista, en beneficio del consumidor, para evitar que el juez se viera obligado a anular el contrato en su totalidad, y el consumidor quedara expuesto a consecuencias que representarían para él una penalización. Así resulta de lo declarado en sus sentencias de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 , caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai, párrafos 80 y siguientes y de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13, caso Unicaja y Caixabank, párrafo 33.

3.- El TJUE también ha resuelto sobre la improcedencia de la integración del contrato en el caso de que la **cláusula abusiva** sea la que establece el interés de demora en un contrato de préstamo, pues le fue planteada una cuestión prejudicial con este objeto por un tribunal español. En la sentencia que resolvió esta cuestión, la de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13 , C- 484/13 , C-485/13 y C-487/13 , caso Unicaja y Caixabank, párrafo 29, con cita de la sentencia de 30 de mayo de 2013 , asunto C- 488/11 , caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, párrafo 59, el TJUE declaró que el art. 6.1 de la Directiva 1993/13/CEE no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una **cláusula** penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a este de la referida **cláusula**. Y en el apartado 34 añadió que en los litigios principales (procedimientos de ejecución hipotecaria) la anulación de las **cláusulas** que establecían el interés de demora no podía acarrear consecuencias negativas para el consumidor (que era la única justificación para que se integrara el contrato mediante la aplicación supletoria de normas de Derecho dispositivo, para evitar la nulidad total del contrato en perjuicio del consumidor), ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos por dichas **cláusulas**.

4.- La conclusión que se extrae de las sentencias del TJUE que interpretan los preceptos de la Directiva sobre **cláusulas** abusivas en contratos concertados con consumidores es que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una **cláusula abusiva** es la supresión de tal **cláusula**, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el art. 1258 del Código Civil, salvo que se trate de una **cláusula** necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor, lo que no es el caso de las **cláusulas** que establecen el interés de demora, cuya supresión solo conlleva la minoración de la cantidad a pagar por el consumidor al profesional o empresario.

5.- El recurrente alega que esta solución es contraria a lo previsto en el art. 10.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 10.bis . 2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigentes cuando se celebró el contrato, que establecían la integración judicial del contrato cuando se apreciara la abusividad de una **cláusula** y su consiguiente nulidad de pleno Derecho.

El TJUE ha declarado que, en un litigio entre particulares, una Directiva comunitaria que no haya sido adecuadamente transpuesta no permite al juez adoptar una decisión que sea contraria al Derecho interno. Pero que el juez está obligado, al aplicar las normas del Derecho interno, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva aplicable en la materia para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta.

En este caso, es posible realizar esta interpretación del Derecho nacional conforme a la Directiva comunitaria, de modo que la previsión de integración de la parte del contrato afectada por la nulidad que se contiene en el art. 10.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, cuando se esté en el caso de un contrato concertado con consumidores, y la que en el mismo sentido contenían los arts. 10.bis.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 83.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, antes de la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, son aplicables cuando la integración reconstructiva del contrato, tras la supresión de la **cláusula abusiva**, fuera necesaria para que el contrato subsistiera, en beneficio del consumidor. En los casos en que no fuera así, cuando el contrato puede subsistir simplemente con la supresión de la **cláusula abusiva**, sin causar perjuicio al consumidor, una interpretación del Derecho interno conforme con la Directiva exige que la **cláusula abusiva** sea suprimida y el contrato no sea integrado.

6.- La **cláusula** que establece el interés de demora supone la adición de determinados puntos al tipo de interés ordinario. En el caso enjuiciado, la **cláusula** del interés de demora supone la adición de diez puntos porcentuales al tipo de interés ordinario (de 11,8% anual a 21,8% anual).

Mientras el interés ordinario retribuye la entrega del dinero prestado durante el tiempo que está a disposición del prestatario, el interés de demora supone un incremento destinado a indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento por el prestatario de los plazos estipulados para el pago de las cuotas de amortización del préstamo, con la función añadida de disuadir al prestatario de retrasarse en el cumplimiento de sus obligaciones.

La abusividad de la **cláusula** del interés de demora implica la supresión de la misma y, por tanto, la supresión de los puntos porcentuales de incremento que supone el interés de demora respecto del interés remuneratorio. Este se seguirá devengando porque persiste la causa que motivó su devengo, la entrega del dinero al prestatario y la disposición por este de la suma entregada, y la **cláusula** del interés remuneratorio no resulta afectada por la abusividad del interés de demora. Pero el incremento del tipo de interés en que consiste el interés de demora ha de ser suprimido, de un modo completo, y no simplemente reducido a magnitudes que excluyan su abusividad.

(...)

**Por consiguiente, en el supuesto objeto del recurso, la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser, como pretende el recurrente, la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar "reducción conservadora de la validez"), pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada... "**

El Auto de aclaración que sobre esta cuestión en los presentes autos concluye señalando que "Efectivamente, se ha declarado la nulidad absoluta de la **cláusula** relativa a intereses moratorios y ha de tenerse por no puesta, sin que pueda sustituirse el interés de mora por otro más reducido, siguiendo la normativa del TJUE", es verdad que no se pronuncia específicamente sobre el mantenimiento del interés remuneratorio, no obstante la remisión a la doctrina del TS permite así sostenerlo y, principalmente por cuanto la sentencia no ha resuelto



sobre dicho de interés que se mantiene incólume, de ahí que no cabe considerar que se haya incurrido en error u omisión alguna, y el recurso por este motivo no puede prosperar.

**TERCERO.- De la nulidad de la cláusula 5ª de Gastos.-** La Sentencia recurrida declara la nulidad de la **Cláusula** 5 B, C, D y F de la escritura de préstamo hipotecario de 29 de junio de 2005 suscrita entre los litigantes para adquisición de vivienda, que es del siguiente tenor:

<<5.- GASTOS A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA. - Son de cuenta de la parte prestataria los siguientes gastos:

b) Aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca que en esta escritura se constituye, así como los de las actas, solicitudes y asientos correspondientes a las entregas del capital prestado.

c) Los tributos que graven esta operación.

d) Gastos de tramitación de la escritura en el Registro de la Propiedad y la Oficina Liquidadora del Impuesto, así como una primera copia liquidada e inscrita en el Registro de la Propiedad para la acreedora.

f) Los gastos procesales o de otra naturaleza derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago.>>

Ha tenido en cuenta la recurrida nuestra **SS de 6 de febrero de 2015** en la que se declaraba que:

*" De entrada llama la atención la redacción abierta y con vocación omnicomprendensiva de la estipulación que, precisamente por ello, resulta desproporcionada con independencia de que, respecto alguno de los conceptos, vulnere normas de carácter imperativo.*

*El art. 89.3 TRLCU califica como **cláusulas** abusivas, en todo caso, tanto "(L)a transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (número 2º), como "(L)a imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (número 3º).*

*El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas, 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 considera siempre como 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).*

(...)

*Aranceles notariales y registrales. Gastos de tramitación.*

*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).*

*Las 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** 5ª de la póliza de préstamo, 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."

Consecuencia de tal declaración, el Auto recurrido ordena la devolución de las cantidades abonadas por este concepto por los prestatarios.

También en nuestra **SAP de 19 de enero de 2016** decíamos lo siguiente:

"Tributos que graven el préstamo hipotecario.

La **cláusula** 5ª letra d) atribuye al prestatario hipotecante el pago de los tributos que graven la operación, sin distinción de ninguna clase.

Alega la entidad recurrente que, conforme a la legislación tributaria, el sujeto pasivo de los posibles tributos (impuesto sobre el valor añadido, transmisiones patrimoniales...) es el demandante, al margen de que, en cualquier caso, siempre prevalecería la legislación fiscal.

El motivo no se comparte.

La hipoteca está considerada como un derecho real de garantía, por lo que su constitución queda sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido o al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados, en función de quiénes sean los sujetos intervinientes. Pero además es un acto valuable y que puede tener acceso al Registro correspondiente, por lo que si se documenta en escritura pública (obligatorio para que la hipoteca quede válidamente constituida ex artículo 145 de la Ley Hipotecaria), también cabría su gravamen en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, por la modalidad de Actos Jurídicos Documentados, si su constitución no está sujeta a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

Al tratarse de un préstamo con garantía hipotecaria, nos hallamos ante una operación exenta del impuesto sobre el valor añadido (art. 20 Uno 18ª Ley 37/1992, de 28 de diciembre y sujeta al impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (cfr. art. 7 letras A y B del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora del referido impuesto).

El art. 8 del citado texto refundido declara 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, aquél 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 esta forma, no es cierto que la entidad financiera quede 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, de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la **cláusula** litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante.

A mayor abundamiento, nada impide al legislador crear otros tributos sobre actuaciones de futuro, o variar elementos de los existentes como el sujeto responsable, haciendo recaer la obligación sobre la entidad financiera. Piénsese, a título de ejemplo, en la cancelación del derecho de hipoteca, notarial y registralmente.

Si a lo expuesto se une, de un lado, que nos hallamos ante normas que generalmente tienen carácter imperativo, lo que determina la nulidad de cualesquiera pactos que las contravengan al no determinarse otra consecuencia para el caso de infracción, y de otro lado, el tenor del art. 89.3 c) TRLCU, que considera como **abusiva** la estipulación



que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, forzoso es declarar la nulidad de la **cláusula** analizada, tanto por vulnerar normas de carácter imperativo como ser palmariamente **abusiva** 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."

Estas consideraciones se reiteran en la sentencia de 4 de junio de 2015 y en la más reciente de 23 de diciembre de 2015 (ponente Sr. JACINTO JOSE PÉREZ BENITEZ), que insisten en el carácter abusivo de la **cláusula** en cuestión, que se argumenta en la última de las resoluciones citadas en los siguientes términos:

"La generalidad de la estipulación transcrita pone a cargo exclusivo de los prestatarios los gastos devengados por aranceles notariales por otorgamiento de la escritura y de su primera copia, los gastos producto de certificaciones registrales y notas simples, y los gastos y tributos, actuales o futuros, sin ninguna limitación, generados por el otorgamiento de la escritura de constitución de la hipoteca.

En relación con la imposición generalizada y en todos los casos al prestatario consumidor de los gastos derivados del otorgamiento de la escritura de constitución de hipoteca y de su inscripción, necesarios para la constitución de la garantía, hemos considerado que de acuerdo con la normativa sectorial la responsabilidad del pago se atribuye 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 quien gestiona la formalización del contrato y solicita la intervención del fedatario público es la entidad financiera, aunque pueda entenderse, como apunta el recurrente, que también el prestatario puede ser considerado como beneficiario del gravamen o a favor de la que se inscribe el mismo, en la medida en que sin él no obtendría el crédito. Pero en todo caso, nuestra conclusión anterior ha sido que resulta exigible desde un punto de vista abstracto la reciprocidad en el gasto, pues ambas partes se benefician de la intervención notarial o registral, al menos desde una aproximación inicial frente a la norma contractual inserta en una escritura de préstamo hipotecario con **cláusulas** predispuestas. Por ello, una estipulación como la transcrita, lejos de asegurar una mínima reciprocidad entre los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, al hacer recaer su totalidad sobre el prestatario, es susceptible de generar el desequilibrio importante de que hablan las normas de protección del consumidor frente a estipulaciones predispuestas. Y esta posibilidad es suficiente para declarar la nulidad de la estipulación.

Desde esta consideración entendemos que por su generalidad constituye 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.

Las mismas consideraciones cabe realizar con relación a la estipulación 5ª, 5.1, respecto del pago de los tributos que graven el otorgamiento de la escritura, "ahora o en el futuro"; así, hemos razonado en el sentido de que atribuir de forma general, en todo caso, al prestatario hipotecante el pago de los tributos que graven la operación, sin distinción de ninguna clase, es susceptible de vulnerar la normativa sectorial constituida por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Consideramos que con carácter general, -al menos con la generalidad con la que se expresaban **cláusulas** idénticas, como las consideradas en aquellos litigios-, la entidad financiera no debía quedar 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 podría ser considerada, según los casos, sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la **cláusula** litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. Consideramos además que se está ante normas que en relación a la distribución del pago del impuesto de actos jurídicos, tienen carácter imperativo, lo que determina la nulidad de cualesquiera pactos que en perjuicio del consumidor las contravengan al no determinarse otra consecuencia para el caso de infracción, y sobre ello, el tenor del art. 89.3 c) TRLCU determina como **abusiva** la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, por lo que la **cláusula**, en su generalidad, ha sido correctamente declarada nula. **Otra cosa será la atribución del gasto en cada caso concreto, cuestión que a la jurisdicción civil en relación con la obligación tributaria no compete determinar.** "

Teniendo en cuenta que la STS de 23 de diciembre de 2015, en cuya doctrina se funda esencialmente las pretensiones ejercitadas en este caso, enjuicia una acción colectiva de cesación, en la que prima ese control abstracto o formal de la misma, prescindiendo por ello de la información particularizada sobre su alcance y contenido que haya podido recibir el consumidor con carácter previo a la suscripción del contrato y de la existencia o no de negociaciones previas, mientras que en el concreto supuesto enjuiciado, no solo se pretende ese control abstracto desde la perspectiva de su posible nulidad como condición general de la contratación, sino también, la consecuencia de la declaración de nulidad en forma de restitución de todas las prestaciones por el predisponente en aplicación de la aquella.



Como ha matizado el mismo TS en la sentencia 171/17, de 9 de marzo, en el ejercicio de acciones individuales, el juicio sobre transparencia no tiene por qué atender tan solo al texto de la **cláusula** en cuestión, sino que pueden tenerse en consideración otros medios para averiguar si el consumidor conoció la carga económica y jurídica del contrato. De la misma manera, en el control de contenido de abusividad nos parece igualmente necesario atender a otros posibles medios de prueba que puedan, en el caso concreto, hacer pensar en que existió una negociación individual de la **cláusula** enjuiciada.

Desde el punto de vista de la redacción de las **cláusulas** examinadas (salvo *arancel notarial* y *el pago de tributos*, que han de ser matizados en cuanto a sus efectos según lo que diremos a continuación) en las mencionadas sentencias y la que hoy nos ocupa es idéntica, no cabe sino dar reproducidos los razonamientos expuestos, con arreglo a los cuales ha de concluirse el carácter abusivo de la estipulación en cuestión, que además no se cuestiona, sino solo en cuanto a la obligación de devolución por la apelante y, por consiguiente, la procedencia de la nulidad pretendida según lo dispuesto en el art. 6.1 de la Directiva 93/13, de 5 de abril, sobre **cláusulas** abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, y en el art. 83 del texto refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Hasta aquí lo que hemos venido sosteniendo en resoluciones anteriores: la nulidad, desde el punto de vista del control de contenido, de una **cláusula** como la que figura en el contrato objeto de litigio no nos ofrece duda, por generar un desequilibrio importante entre las obligaciones de las partes en favor del predisponente.

El problema surgirá al analizar las consecuencias de la declaración de nulidad (la "no vinculación" a la estipulación nula, en la expresión del art. 6.1 de la Directiva 93/13 CEE). Como se razonará a continuación, en atención a los argumentos de las partes, a las peculiaridades del caso y a la evolución apreciada en la doctrina y jurisprudencia recientes sobre las consecuencias de la nulidad de las **cláusulas** abusivas, esta Sala de apelación matizará pronunciamientos anteriores, lo que llevará a la estimación parcial del recurso.

**CUARTO.-Consecuencias de la nulidad de la cláusula del pago de TRIBUTOS que graven esta operación en el caso concreto.** - El Tribunal Supremo viene a declarar en la STS de 23 de diciembre de 2015 enjuiciando la **cláusula** del préstamo hipotecario examinado, que la misma es **abusiva** como hemos visto; sin embargo, se ha de tener en cuenta que no es la Sala Primera sino la Tercera del TS, la competente para realizar la consideración previa de que el sujeto pasivo en el impuesto que grava el préstamo hipotecario es la entidad prestamista, sin perjuicio de las consideraciones que realice aquella Sala a los meros efectos prejudiciales.

La cuestión del obligado tributario del impuesto de AJD en los préstamos hipotecarios concedidos por los sujetos pasivos de IVA -entre ellos, las entidades de crédito-, (obligación indisponible para el deudor y el acreedor, mediante pacto, frente a la Hacienda Pública por imperativo legal) ya fue resuelta por la Sala TERCERA del Tribunal Supremo, del orden Contencioso Administrativo, que es la competente, en reiterada jurisprudencia, ( Sentencia del Tribunal Supremo de treinta y uno de octubre de dos mil seis, recurso de casación núm. 4593/01 ), y que ha declarado que el sujeto pasivo de dicho Impuesto es **el deudor hipotecario**. La aludida jurisprudencia sobre la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para declarar quién es el sujeto pasivo de un impuesto fue confirmada por dos Autos del Pleno del Tribunal Constitucional Auto nº 24/2005, de 18 de enero, y Auto nº 223/2005, de 24 de mayo, que no han admitido las respectivas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas sobre ello.

Veamos los argumentos:

- En ITP, de conformidad con lo establecido en el art. 8º. del Texto Refundido ITP y AJD, estará obligado al pago del Impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario... d) En la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el prestatario; y además el artículo 15 aclara que en 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. Por tanto, el único sujeto pasivo en la constitución de derechos de hipoteca en garantía de un préstamo es el PRESTATARIO.

- IVA: Según el artículo 20.1.18 de la Ley del IVA los préstamos hipotecarios están sujetos y exentos de dicho impuesto; en consecuencia, tributarán por AJD al constar en escritura pública, y de conformidad con el artículo 29 de la Texto Refundido de ITP y AJD: será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

- Por su parte, el artículo 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre ITP y AJD, dice que será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan; y que cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario.





No obstante, la Sala Primera del Tribunal Supremo entiende 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. De esta forma el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que la **cláusula** que impone al prestatario el pago de los tributos (la cuota gradual del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados que paga la hipoteca en cuanto acto inscribible y la cuota fija -el timbre del papel de uso exclusivo notarial sobre el que se extienden las Escrituras matrices y sus copias autorizadas) vulnera normas imperativas, señaladamente el artículo 89.3 c) TRLGCU, que considera como **abusiva** y por lo tanto nula la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.

En efecto, el artículo 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el *Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados* al determinar el contribuyente, dice que será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan. *Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario*. La norma desarrolla lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley del Impuesto y sitúa como sujeto pasivo del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados de forma expresa.

Parece por ello claro que en este caso el pago del impuesto en la constitución de préstamos con garantía hipotecaria corresponde a los prestatarios y no a la entidad financiera prestamista. Ahora bien, sirven al caso los argumentos que sosteníamos en aquellas sentencias citadas supra en cuanto que " *Consideramos que con carácter general, -al menos con la generalidad con la que se expresaban cláusulas idénticas, como las consideradas en aquellos litigios- la entidad financiera no debía quedar 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 podría ser considerada, según los casos, sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. Consideramos además que se está ante normas que en relación a la distribución del pago del impuesto de actos jurídicos, tienen carácter imperativo, lo que determina la nulidad de cualesquiera pactos que en perjuicio del consumidor las contravengan al no determinarse otra consecuencia para el caso de infracción, y sobre ello, el tenor del art. 89.3 c) TRLCU determina como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, por lo que la cláusula, en su generalidad, ha sido correctamente declarada nula.*"

Así pues, la **cláusula** por su vocación de generalidad es nula y debe expulsarse del contrato, puesto que como preveíamos también " *Otra cosa será la atribución del gasto en cada caso concreto, cuestión que a la jurisdicción civil en relación con la obligación tributaria no compete determinar*", y que debe seguir el régimen impositivo en cuanto al sujeto pasivo que determine la Ley.

Así, llegados a este punto, y examinada la factura pagada por los prestatarios por el concepto de " *Impuesto de transmisiones y a. jurídicos* " e importe de 1.498,39?, no obstante ser declarada nula la **cláusula** de gastos no procede su devolución, toda vez que se ha pagado por quien según la norma que rige el impuesto, que es imperativa, correspondía.

No es este un efecto incongruente con la nulidad de la **cláusula**, ni con la prohibición de integración del contrato o el también llamado por el TJUE, "efecto disuasorio" de la Directiva 93/13, puesto la expulsión del contrato de la **cláusula** de gastos no implica sino actuar como si la misma no se hubiera incluido en él, por tanto, de no existir es obvio que el Impuesto de TPYAJD, lo hubiera pagado también el prestatario a la Hacienda pública.

Ítem más, al contrario de otro tipo de **cláusulas** en las que solo se ven afectados las partes que suscriben el documento, prestamista y prestatario, la nulidad de alguna de ellas provoca a fortiori la devolución de prestaciones entre ellos ex art. 1303 CC; sin embargo, cuando interviene un tercero -en este caso la Hacienda pública- cuya actividad o derecho de percepción del Impuesto está regulada por el legislador, solo procederá la devolución de lo pagado cuando efectivamente se haya realizado indebidamente, esto es, por quien no corresponde y a quien abusivamente se ha impuesto.

Se impone, por tanto, la estimación del recurso en cuanto a condena a la Entidad de devolución de la cantidad que los prestatarios han abonado 1489,39 ? en concepto de IAJD, importe que le incumbía satisfacer en su caso aún de no existir la **cláusula** cuestionada al prestatario, la cual se declara nula correctamente de aquí en adelante, pero no procede la devolución de lo abonado aquel concepto en tanto se trata del abono de una cantidad, que legalmente corría de su cuenta.

El motivo de recurso se estima.



**QUINTO. - De la nulidad de la cláusula del ARANCEL NOTARIAL y del REGISTRO DE LA PROPIEDAD en el caso concreto.-** Conviene señalar ab initio que debe estarse a la hora de abordar las consecuencias de la denuncia de abusividad, al caso concreto, de forma que solo aquellos casos en los que por aplicación de la **cláusula** litigiosa en la práctica se hayan imputado al consumidor gastos que no le corresponden sino a la entidad financiera predisponente puede y debe ser declarada la abusividad anudando a la misma el derecho al reintegro previsto en el art. 1303 del C.Civil .

Por lo que hace a los gastos notariales, la satisfacción del arancel por la obtención del préstamo a que alude el primer inciso de la letra b) de la Estipulación 5ª, consideramos que ha de matizarse en el pleito que nos ocupa. En efecto, ya sosteníamos supra que hay que examinar lo que dicen las normas arancelarias de ambos cuerpos:

- **Arancel Notarial** : La persona obligada al pago de los gastos notariales viene determinada por la Norma Sexta del Anexo II "Normas generales de aplicación" del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios.

" Sexta. - 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 .

El TS en su SS de 23 de diciembre de 2015 , ha dicho que "en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real -o sea la hipoteca-), 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. 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, constituye la garantía real, y adquiere la posibilidad de ejecución especial".

En virtud de ello considera que la **cláusula** genera un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor ya que no guarda la mínima reciprocidad en el reparto de los gastos que, en definitiva y aplicando los aranceles de estos profesionales, permitiría cuanto menos una distribución equitativa pues entiende por un lado, que el beneficiado por el préstamo es el cliente, pero que la garantía beneficia al prestamista, lo que determina, junto al hecho de estar tipificada en el propio artículo 89.2 del TRLGCU, que sea declarada nula.

La verdad, es que no compartimos *exactamente* la afirmación de que el otorgamiento del documento que general el arancel por el Notario, sea del exclusivo interés del prestatario, la documentación pública interesa y conviene a ambas partes como concierto de voluntades que contiene: el prestamista se ve protegido en caso de incumplimiento por el prestatario (pago de las cuotas, por ej.) y éste en caso de incumplimiento de la entidad de crédito (plazo, tipo de interés..por ej.), además de las exigencias de legalidad e imparcialidad a que se contrae el art. 147 del RN.

Así es, en la práctica, tratándose de préstamos hipotecarios, lo habitual es que se encargue formalmente la escritura tanto por el comprador personalmente o a través de la agencia inmobiliaria que le ha auxiliado en la compra del inmueble o del gestor que le buscó la financiación (cada vez más habitual), como por la entidad de crédito; aunque en el fondo la realidad del tema o lo que tenemos que preguntarnos es ¿quién ha activado todo el mecanismo? Parece que la respuesta lógica es que fue la parte compradora y prestataria, la cual está interesada en la adquisición de un inmueble mediante compraventa y para la que el préstamo hipotecario es el medio de satisfacer todo o parte del precio de la vivienda.

La formalización de la escritura de compraventa la solicitan e instan las partes contratantes en la misma, quienes presentan en Notaría los títulos correspondientes, advirtiendo que para el pago del precio se otorgará un préstamo hipotecario que gravará la finca adquirida. No obstante, la garantía se constituye en interés del banco.

Como vemos, no tenemos elementos de juicio en el procedimiento para valorar el primer elemento que señala el Arancel del 89 para indicar de quien se obtendrá la satisfacción de los honorarios, - " a los que **hubieren requerido** la prestación de funciones o los servicios del Notario"- , por lo menos, con la seguridad de dar una respuesta a los litigantes por parte del Tribunal.

Pero sí la encontramos en el segundo criterio fijado en el Arancel, se viene a imputar los gastos de las escrituras **al obligado fiscalmente** al pago del impuesto de ellas derivado, tenemos que concluir también, como antes ya aclaramos, que no es otro que *el prestatario* .

Así mismo, visto el planteamiento de la demanda en la que se solicita la nulidad de la **Cláusula** Quinta en abstracto y el reintegro en su totalidad de los pagos efectuados en concepto de aranceles, **sin hacer precisión alguna** sobre los concretos pagos efectuados en este caso al Notario, en cuya factura se giran aranceles *por*



*honorarios y copias*, se desconoce por completo si alguna de ellas pudo ser instada también por la entidad financiera por lo que tampoco es posible concluir que a ésta correspondía, en este caso, efectuar algún pago de la misma.

En suma, los Aranceles notariales abonados por los prestatarios demandantes, a quienes incumbía el pago según el RD1426/1989, de 17 de noviembre, que regula la función del fedatario, no serán objeto de devolución, estimándose con ello el Recurso.

En cuanto al **Arancel de los Registradores**: La persona obligada resulta de 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, señala que *los derechos del registrador se pagarán por aquel o aquellos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho*.

Si bien cabe defender que la inscripción en el Registro y la gestión que corresponda pudieran ser de cargo del Banco acreedor aunque, desde otros puntos de vista se apunte que es una cuestión compleja, pues la hipoteca inscrita es una garantía que el comprador ofrece al Banco para conseguir la deseada financiación, la inscripción de la hipoteca es imposible si no es el dueño el que intenta procurarla consintiéndola; y, es difícil que el Banco entregue el dinero para el pago del precio si no puede cerciorarse de la inscripción de la garantía a su favor mediante la gestión de todo el proceso de inscripción de compraventa e hipoteca. Por otra parte, es obvio que la existencia de la hipoteca beneficia al prestatario en cuanto que la misma disminuye el coste de financiación, permite unos tipos de interés menores, así como la dotación de las provisiones por insolvencia a la entidad que es menor cuando hay garantía hipotecaria que cuando no la hay.

El TS continúa diciendo que se considera **abusiva** la estipulación que ocasione al consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una **negociación individualizada** ( de ahí la referencia a la oferta vinculante que hacíamos más arriba). La SS del Pleno de 23 de diciembre de 2015 expresa que *"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."*

Realizando el mismo análisis que en el FJ anterior sobre Tributos, resulta que la supresión o expulsión de la **cláusula** del contrato determina la aplicación de la norma reguladora, el RD de 1989 citado, y por tanto, que los pagos de los *gastos registrales se abonen por la parte a cuyo favor se inscriba el derecho*, esto es, el Banco, no existiendo constancia expresa de que por parte de los prestatarios se hubiera asumido el pago de este arancel fruto de una negociación individual, por lo que en este caso se impone la condena a su devolución por importe de 150,56?.

El recurso se desestima.

**SEXTO.- Los gastos procesales o de otra naturaleza derivados del incumplimiento.-** En cuanto a los gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, contempla el TS en la citada resolución que 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 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.

Por consiguiente concluye el Tribunal Supremo, la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales infringe normas procesales de orden público, lo que comporta sin más su nulidad ex art. 86 TRLCU y art. 8 LCGC, pero además 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.

**SÉPTIMO.** - En virtud de lo dispuesto en el Art. 398 de la LEC cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, se aplicarán en cuanto a las costas del recurso lo dispuesto en el Art. 394. En caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey

### FALLAMOS

Que estimando parcialmente el Recurso de Apelación formulado por Abanca Corporación Bancaria SA, representada por el Procurador D. Francisco Javier Toucedo Rey contra la Sentencia dictada en los autos de Juicio Ordinario nº 460-15 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Cangas de Morrazo, la debemos revocar y revocamos en el único sentido de ordenar la devolución de las cantidades satisfechas en concepto de gastos de Registro de la Propiedad a los actores por importe de 150, 56?, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas de ambas instancias.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados que componen esta Sala, D. FRANCISCO JAVIER MENENDEZ ESTEBANEZ, Presidente; D. MANUEL ALMENAR BELENGUER; D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO; D<sup>a</sup> MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, ponente; y D. JACINTO JOSE PÉREZ BENITEZ.