



Roj: **SAP IB 2188/2017 - ECLI:ES:APIB:2017:2188**

Id Cendoj: **07040370052017100374**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **5**

Fecha: **27/12/2017**

Nº de Recurso: **427/2017**

Nº de Resolución: **391/2017**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **SANTIAGO OLIVER BARCELO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00391/2017

Modelo: N10250

PLAZA MERCAT, 12

Tfno.: 971-728892/712454 Fax: 971-227217

N.I.G. 07040 42 1 2017 0002372

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000427 /2017

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 13 de PALMA DE MALLORCA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000109 /2017

Recurrente: BANCO MARE NOSTRUM SA

Procurador: MARIA MAGINA BORRAS SANSALONI

Abogado: PEDRO ANTONIO FUENTES GUERRERO

Recurrido: Cecilia , Crescencia

Procurador: RAFAEL AMENGUAL VAQUER, RAFAEL AMENGUAL VAQUER

Abogado: MATEO SIMON VENTAYOL MONREAL, MATEO SIMON VENTAYOL MONREAL

SENTENCIA Nº 391

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE:

D. MATEO RAMÓN HOMAR

MAGISTRADOS:

D. SANTIAGO OLIVER BARCELÓ

Dª COVADONGA SOLA RUIZ

En PALMA DE MALLORCA, a veintisiete de diciembre de dos mil diecisiete

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Quinta, de la Audiencia Provincial de PALMA DE MALLORCA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 109/2017, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 13 de PALMA DE MALLORCA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 427/2017, en los que aparece como parte apelante, BANCO MARE NOSTRUM SA, representado por el Procurador de los tribunales,



Sra. MARIA MAGINA BORRAS SANSALONI y asistido por el Abogado D. PEDRO ANTONIO FUENTES GUERRERO; y como parte apelada, D^a Cecilia y D^a Crescencia , representadas por el Procurador de los tribunales, Sr. RAFAEL AMENGUAL VAQUER y asistidas por el Abogado D. MATEO SIMON VENTAYOL MONREAL.

ES PONENTE el Ilmo. Sr. Magistrado D. SANTIAGO OLIVER BARCELÓ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ilmo./a Sr./Sra. Magistrado Juez, del Juzgado de Primera Instancia Número 13 de Palma en fecha 6 de junio de 2017, se dictó sentencia cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: " **EST IMO SUSTANCIALMENTE** la demanda presentada por el Procurador de los tribunales, D. RAFAEL AMENGUAL VAQUER, en nombre y representación de D^a Crescencia Y D^a Cecilia , contra como demandado, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE LAS BALEARES, BANCO MARE NOSTRUM SA

1º.- DECLARO la nulidad de la cláusula f apartados 1,2 en parte, y 3 en parte , contenida en la escritura de préstamo hipotecario de 14 de abril de 2004, con el siguiente tenor literal:

"correrán a cargo de la parte prestataria los siguientes gastos:

1.- la tasación del inmueble y los de comprobación registral de la finca hipotecada

2º.- los correspondientes a impuestos, aranceles notariales y registrales, que se ocasionen en el otorgamiento de la escritura y por la expedición de la primera copia para Caja de Ahorros, así como los derivados de cualquier documento que complemente la presente o que sea preciso otorgar o inscribir para la plena eficacia de la hipoteca que aquí se constituye y las escrituras de cancelación total o parcial de aquellas

3.- Los gastos de tramitación de esta escritura y de aquellas otras que sea preciso otorgar, ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos

2º.- CONDENO a la entidad demandada a estar y pasar por tal declaración y a devolver a los demandantes las siguientes cantidades:

.-) como documento 3 la factura de tasación, por un importe de 205,69 euros.

Dicho importe devengará el interés legal desde la fecha de la factura, 11/03/2004, hasta la fecha de la presente resolución , siendo el importe por este concepto el de **110,46 euros** .

La cantidad de 205,69 euros devengará los intereses legales procesales desde la presente resolución hasta la fecha del completo pago.

La cantidad debida por este concepto, como principal e intereses hasta la fecha de la presente resolución es de **316,15 euros**

.-) Como documento 4, la factura de notario, por importe de 459,75 euros

Dicha cantidad devengará el interés legal, desde la fecha de emisión de la factura, y por tanto del pago, en concreto desde el 19/04/2004 hasta la fecha de la presente resolución, siendo el importe de los intereses el de 245,02 euros.

Desde el dictado de la presente resolución hasta la fecha del completo pago, la cantidad de 459,75 euros, devengará los intereses legales procesales del artículo 576 LEC , a determinar estos últimos en ejecución de sentencia.

La cantidad debida por este concepto hasta la fecha de la presente resolución, por principal e intereses asciende a **704,77 euros**

.-) Como documento 5, la factura del Registro de la propiedad, por importe de 220,60 euros.

El interés legal devengado desde la fecha de la factura, 16/06/2004 hasta la fecha de la presente resolución, determina un importe por ese concepto de 116,23 euros.

Por tanto, la cantidad debida por principal e intereses, es de

336,83 euros .

La cantidad de 220,60 euros devengará el interés legal procesal del artículo 576 LEC , a contar desde la fecha del dictado de la presente resolución, hasta el momento del completo pago, a determinar estos últimos, en ejecución de sentencia.



.-) Como documento 6, el impuesto de actos jurídicos documentados por importe de 1018,75 euros

El interés legal de dicha cantidad, a contar desde la fecha de la factura, 04/05/2004 hasta la fecha de la presente resolución asciende a 541,37 euros.

La suma del principal y los intereses se cuantifica en **1560,12 euros**.

A la cantidad de 1018,75 euros les será de aplicación los intereses legales procesales del artículo 576 LEC, desde la fecha de la presente resolución, hasta la fecha del completo pago, a determinar estos últimos, en ejecución de sentencia

.-) Como documento 7, la factura de honorarios de D. Olegario, **273,31 euros**, siendo ese importe la cantidad a considerar.

Dicho importe devengará el interés legal, desde la fecha de emisión de la factura, 13/07/2004, hasta la fecha de la presente resolución, por importe de **143,28 euros**.

Desde la presente hasta el momento del pago, se devengarán los intereses legales procesales del artículo 576 LEC, a liquidar en ejecución de sentencia

El importe total debida en concepto de principal, e intereses devengados hasta la fecha de la presente resolución se cifran en **333 4,46 euros**.

La cantidad excede de los 3291,80 euros que se reclaman en la demanda, no obstante, no supondría una vulneración del principio de congruencia teniendo en cuenta que en la presente sentencia se han liquidado los intereses no hasta la fecha de interposición de la demanda, sino hasta la fecha de la presente resolución.

3º.- DECLARO la nulidad de la cláusula G, contenida en la escritura de préstamo hipotecario de 14 de abril de 2004, por la que se establece un interés moratorio del 24%

4º.- CONDENO a la entidad demandada a estar y pasar por tal declaración, acordando la inaplicación de la citada cláusula

5º.- CONDENO a la entidad demanda al pago de las costas procesales".

SEGUNDO.- Que contra la anterior sentencia y por la representación de la parte demandada, se interpuso recurso de apelación y seguido el recurso por sus trámites se celebró deliberación y votación en fecha 20 de diciembre del corriente año, quedando el recurso concluso para Sentencia.

TERCERO.- Que en la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Formulada demanda de juicio ordinario, en ejercicio de las acciones de declaración de nulidad de condiciones generales de contratación y de reclamación de cantidad, por parte de D^a Crescencia y D^a Cecilia, contra la entidad "Banco Mare Nostrum, SA" (antes, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de las Baleares), en suplico de que " se dicte SENTENCIA por la que:

1.- Se **DECLARE LA NULIDAD** de la **CLAUSULA F** apartados 1), 2) en parte y 3) también en parte, contenida en la Escritura de Préstamo Hipotecario de 14 de Abril de 2004, que es del siguiente tenor literal:

"... Correrán a cargo de la parte prestataria los siguientes

gastos:

1.- La tasación del inmueble y los de comprobación registral de la finca hipotecada.

2.- Los correspondientes a impuestos, Aranceles notariales y

regístrales que se ocasionen por el otorgamiento de esta escritura y por la expedición de primera copia para la Caja de Ahorros ...

3.- Los gastos de tramitación de esta escritura y de aquellas otras que sea preciso otorgar, ante el registro de la Propiedad y la Oficina Liquidadora de Impuestos..."

2.- Se **CONDENE a la entidad demandada a estar y pasar por tal declaración y a devolver a mis representadas la suma de DOS MIL CIENTO SETENTA Y OCHO EUROS CON DOCE CENTIMOS DE EURO (2.178,12?)**, correspondientes a la factura de honorarios emitida por la Entidad TINSA, TASACIONES INMOBILIARIAS, S.A., cuyo importe asciende a la suma de 205,69?, la factura de honorarios correspondiente a los Derechos y Suplidos del Notario otorgante, Por la suma de 459,75?, la factura de los Derechos del Registrador de la Propiedad número



Siete de Palma de Mallorca, por importe de 220,60?, la carta de pago de la liquidación del ITPAJD por la suma de 1.018,75? y finalmente la factura de honorarios de Don Olegario por la tramitación de la referida escritura de préstamo hipotecario y que asciende a la suma de 273,31?, así como al pago de sus intereses legales desde la fecha de su pago indebido y hasta la fecha de la interpelación judicial (16/1/2017) que ascienden a la suma de MIL CIENTO TRECE EUROS CON SESENTA Y OCHO CENTIMOS DE EURO (1.113,68?), así como los intereses legales que se sigan devengando durante la tramitación del presente procedimiento hasta su completa restitución a mis representadas.

3.- Se declare la NULIDAD de la CLAUSULA G contenida en la Escritura de Préstamo Hipotecario de 14 de Abril de 2004 por la que se establece un interés moratorio del 24%.

4.- Se CONDENE a la entidad demandada a estar y pasar por tal declaración, acordando la supresión del incremento del tipo de

interés que supone el interés de demora del 24% y la aplicación en caso de del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada..."

5.- Se CONDENE a la entidad demandada al pago de las costas procesales", fue contestada por la entidad demandada, que además excepcionó la caducidad de la acción de nulidad; y, tras la práctica de las pruebas propuestas y admitidas, reducidas a documentales, recayó Sentencia a 6 de junio de 2017 , cuyo fallo es del tenor literal siguiente: " **ESTIMO SUSTANCIALMENTE** la demanda presentada por el Procurador de los tribunales, D. RAFAEL AMENGUAL VAQUER, en nombre y representación de D^a Crescencia Y D^a Cecilia , contra como demandado, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE LAS BALEARES, BANCO MARE NOSTRUM SA

1º.- DECLARO la nulidad de la cláusula f apartados 1,2 en parte, y 3 en parte , contenida en la escritura de préstamo hipotecario de 14 de abril de 2004, con el siguiente tenor literal:

"correrán a cargo de la parte prestataria los siguientes gastos:

1.- la tasación del inmueble y los de comprobación registral de la finca hipotecada

2º.- los correspondientes a impuestos, aranceles notariales y registrales, que se ocasionen en el otorgamiento de la escritura y por la expedición de la primera copia para Caja de Ahorros, así como los derivados de cualquier documento que complemente la presente o que sea preciso otorgar o inscribir para la plena eficacia de la hipoteca que aquí se constituye y las escrituras de cancelación total o parcial de aquellas

3.- Los gastos de tramitación de esta escritura y de aquellas otras que sea preciso otorgar, ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos

2º.- CONDENO a la entidad demandada a estar y pasar por tal declaración y a devolver a los demandantes las siguientes cantidades:

.-) como documento 3 la factura de tasación, por un importe de

205,69 euros.

Dicho importe devengará el interés legal desde la fecha de la factura, 11/03/2004, hasta la fecha de la presente resolución , siendo el importe por este concepto el de **110,46 euros** .

La cantidad de 205,69 euros devengará los intereses legales procesales desde la presente resolución hasta la fecha del completo pago.

La cantidad debida por este concepto, como principal e intereses hasta la fecha de la presente resolución es de **316,15 euros**

.-) Como documento 4, la factura de notario, por importe de 459,75 euros

Dicha cantidad devengará el interés legal, desde la fecha de emisión de la factura, y por tanto del pago, en concreto desde el 19/04/2004 hasta la fecha de la presente resolución, siendo el importe de los intereses el de 245,02 euros.

Desde el dictado de la presente resolución hasta la fecha del completo pago, la cantidad de 459,75 euros, devengará los intereses legales procesales del artículo 576 LEC , a determinar estos últimos en ejecución de sentencia.

La cantidad debida por este concepto hasta la fecha de la presente resolución, por principal e intereses asciende a **704,77 euros**

.-) Como documento 5, la factura del Registro de la propiedad, por importe de 220,60 euros.



El interés legal devengado desde la fecha de la factura, 16/06/2004 hasta la fecha de la presente resolución, determina un importe por ese concepto de 116,23 euros.

Por tanto, la cantidad debida por principal e intereses, es de

336,83 euros .

La cantidad de 220,60 euros devengará el interés legal procesal del artículo 576 LEC , a contar desde la fecha del dictado de la presente resolución, hasta el momento del completo pago, a determinar estos últimos, en ejecución de sentencia.

.-) Como documento 6, el impuesto de actos jurídicos documentados por importe de 1018,75 euros

El interés legal de dicha cantidad, a contar desde la fecha de la factura, 04/05/2004 hasta la fecha de la presente resolución asciende a 541,37 euros.

La suma del principal y los intereses se cuantifica en **1560,12 euros**.

A la cantidad de 1018,75 euros les será de aplicación los intereses legales procesales del artículo 576 LEC , desde la fecha de la presente resolución, hasta la fecha del completo pago, a determinar estos últimos, en ejecución de sentencia

.-) Como documento 7, la factura de honorarios de D. Olegario , **273,31 euros** , siendo ese importe la cantidad a considerar.

Dicho importe devengará el interés legal, desde la fecha de emisión de la factura, 13/07/2004, hasta la fecha de la presente resolución, por importe de **143,28 euros** .

Desde la presente hasta el momento del pago, se devengarán los intereses legales procesales del artículo 576 LEC , a liquidar en ejecución de sentencia

El importe total debida en concepto de principal, e intereses devengados hasta la fecha de la presente resolución se cifran en **333 4,46 euros**.

La cantidad excede de los 3291,80 euros que se reclaman en la demanda, no obstante, no supondría una vulneración del principio de congruencia teniendo en cuenta que en la presente sentencia se han liquidado los intereses no hasta la fecha de interposición de la demanda, sino hasta la fecha de la presente resolución.

3º.- DECLARO la nulidad de la cláusula G , contenida en la escritura de préstamo hipotecario de 14 de abril de 2004, por la que se establece un interés moratorio del 24%

4º.- CONDENO a la entidad demandada a estar y pasar por tal declaración, acordando la inaplicación de la citada cláusula

5º.- CONDENO a la entidad demanda al pago de las costas procesales".

Contra la anterior resolución se alza la representación procesal de "Banco Mare Nostrum, SA", alegando caducidad de la acción; que el sujeto pasivo del impuesto de AJD es el deudor hipotecario, así como de los gastos notariales y registrales; por lo que interesa que se " dicte sentencia estimando el presente recurso y, modificando la sentencia recurrida, se acuerde que no ha lugar a la nulidad de los gastos de formalización del préstamo hipotecario, todo ello sin expresa imposición de costas".

La representación procesal de D^a Crescencia y D^a Cecilia se opone al recurso formalizado de adverso, alegando que la situación de nulidad es definitiva e insubsanable, y no puede ser objeto de confirmación de **prescripción**, amén de que la consumación del contrato se produce cuando ambas partes han cumplido sus obligaciones; que los apartados 1, 2 en parte, y 3, de la cláusula F de gastos, fue impuesta por el prestamista, no fue negociada individualmente, y comporta importante desequilibrio; que la declaración de nulidad conlleva, como consecuencias, que el banco deba abonar los gastos de tasación, notaría, registrales, ITP y AJD, y de gestoría, así como los intereses de demora; por todo lo cual interesa que se " dicte sentencia desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la Entidad Banco Mare Nostrum, S.A. confirmando la Sentencia de instancia en todas sus partes y condenando a la parte apelante al pago de las costas de esta apelación".

SEGUNDO.- Sobre la caducidad de la acción, invocada por la parte demandada, este Tribunal se ha pronunciado en precedentes supuestos que "no se plantea duda de que nos encontramos ante un supuesto de **nulidad absoluta** y no de anulabilidad, por resultar una cláusula **abusiva** la limitación de tipo de interés, y así lo indican con claridad las STS de 9 de mayo de 2.013 y 25 de marzo de 2.015 .

La acción individual de nulidad de una condición general, que es la que se ha ejercitado en este procedimiento, no está sujeta a un plazo de **prescripción**, y de hecho el artículo 19 LCGC señala que las acciones colectivas



de cesación y retractación son, con carácter general, imprescriptibles. Esta ausencia de plazo de **prescripción** o de caducidad es coherente con el sistema instaurado por la LCGC, ya que la declaración de nulidad, según los artículos 9 y 10 de la LCGC, es la de pleno derecho o absoluta, y no la relativa o anulabilidad sujeta a plazo de caducidad, lo que determina que no esté sujeta al plazo de caducidad del artículo 1.301 del CC. Asimismo, el art. 83 RDL 1/2007 TRLGDCU dispone que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas, con la prevención de que el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

El plazo cuatrienal del artículo 1.301 del Código Civil no resulta de aplicación respecto a la acción aquí ejercitada, que es imprescriptible.

La consecuencia de la pretensión restitutoria de cantidades indebidamente abonadas en aplicación de una cláusula nula viene regulada en los artículos 1303 y siguientes del Código Civil.

La STS de 6 de septiembre de 2.006, refiere:

"El plazo de cuatro años que fija el artículo 1301 CC para el ejercicio de la acción de nulidad es aplicable a las acciones ejercitadas para solicitar la declaración de nulidad de los contratos y, por extensión, de los demás negocios jurídicos que "adolezcan de algunos de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley", siempre que en ellos, según se desprende del artículo 1300 CC, al cual se remite implícitamente el artículo 1301 CC, "concurran los requisitos que expresa el artículo 1261", es decir, consentimiento, objeto y causa, sin los cuales "no hay contrato".

La STS de 25 de marzo de 2.015, "Recoge como regla general que la ineficacia de los contratos -o de algunas de sus cláusulas, si el contrato subsiste- exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de las mismas se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica "quod nullum est nullum effectum producit" (lo que es nulo no produce ningún efecto). Así lo dispone, y es el artículo clásico citado cuando se plantea el debate que nos ocupa, el 1303 del Código Civil, a cuyo tenor "(...) declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato con sus frutos y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes".

2. La Sala refuerza esa regla general con cita de STS 118/2012 de 13 de marzo, Rc. 675/2009, y se trataría "(...) de una propia restitutio in integrum, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la "condictio in debiti". Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente".

En consecuencia, al tratarse de un supuesto de **nulidad absoluta**, no es de aplicación el plazo de cuatro años del artículo 1.301 del Código Civil, y procede desestimar dicho motivo del recurso".

Idem según Sentencias de esta Sala de fechas 15-12, 12-12, 31-7, 14-7, 13-7, 21-12 de 2017; entre otras.

TERCERO.- Con respecto a los gastos de formalización e inscripción del préstamo hipotecario, asimismo ha reseñado este Tribunal que: "La sentencia de instancia declara la nulidad de dicha cláusula basándose fundamentalmente en la doctrina jurisprudencial recogida en la STS de 23 de diciembre de 2.015.

Dicho pronunciamiento es apelado por la representación de la entidad demandada, que cita doctrina jurisprudencial sobre el particular.

No se aprecia uniformidad sobre la cuestión en las resoluciones dictadas por las distintas Audiencias Provinciales, especialmente en cuanto a las consecuencias de la declaración de nulidad

Esta Sala se ha pronunciado recientemente sobre la nulidad de una cláusula de análoga redacción en la sentencia de 26 de octubre de 2.017, antes aludida, del rollo 409/2.017, con sus consecuencias sobre gastos notariales y registrales, si bien en la misma no entró en el examen de las consecuencias relativas a los impuestos, pues no fueron objeto de apelación en dicho concreto recurso.

"...lo primero que llama la atención es su redacción abierta y con vocación onmicomprensiva, que evidencia su falta de proporcionalidad y de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que por sí sólo es motivo suficiente para considerar la cláusula como **abusiva**, resultando por tanto correcta su declaración de nulidad, siendo de plena aplicación al caso, la doctrina recogida en la STS Pleno de 23 de diciembre de 2015, también citada en la instancia que al respecto refiere: "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 artículo 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" (número 2º), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es un 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. 89.3.3ª 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 tiene por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4ª) y correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no corresponden a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresado con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º). 2.- Sobre tales base 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 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 de 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".

Es de reseñar que si bien la sentencia de instancia, al declarar la nulidad de la citada cláusula, consideramos que aplica adecuadamente la doctrina sentada en la sentencia transcrita, por lo que procede confirmar dicha declaración de nulidad, por el contrario, no podemos compartir en su integridad, las consecuencias que deriva de dicha declaración, y en este sentido, asumimos como propios los razonamientos que al efecto se contienen en la SAP de Asturias de 2 de junio de 2.017 , en la que, tras analizar la diferencia entre la acción enjuiciada por el TS en la precitada sentencia, que no es otra que la acción colectiva de cesación, en la que prima ese control abstracto o formal de la misma, y la que, al igual que en el presente, lo que se analiza no es sólo dicho control en abstracto, sino también las consecuencias de la declaración de nulidad en forma de restitución de todas las prestaciones por el predisponente, en aplicación de la misma refiere:

"..... en relación a esta obligación de reintegro, habrá de estarse en cada caso respecto al concreto gasto cuyo reintegro se pretende, a lo que establezca el derecho positivo respecto de quién debe soportarlo, como si esa estipulación no existiera, de modo que la nulidad, solo alcanzará al contenido del pacto que pueda modificar el régimen de atribución que el derecho positivo haga de cada gasto, lo que obliga a abordar el enjuiciamiento de la abusividad, no desde la estricta literalidad de la cláusula, considerada en abstracto o en forma teórica, sino en función del modo en que la misma ha sido aplicada, esto es relacionándola con el uso que la entidad financiera ha hecho de la misma en cada caso, de forma que el reintegro de gastos que se pretende en base a esa declaración de abusividad formal o abstracta, solo podrá ser declarada si la parte que lo insta prueba cumplidamente que los abonados a que se refiere el mismo no le correspondían sino que eran de cargo de la entidad financiera predisponente, existiendo una repercusión indebida de gastos que a la misma correspondían; de hecho la sentencia de 23 de diciembre de 2015 del Pleno del TS ordena la cesación en el uso de dicha cláusula por la atribución indiscriminada al consumidor de cuantos gastos comporte el negocio en cuestión, pero por el contrario razona abiertamente que al menos una parte de ellos han de ser de cargo del prestatario, de manera que en relación a estos no puede decirse que la cláusula sea **abusiva** .

Es decir, en el marco de la acción individual de nulidad de una condición general de contratación puede y debe discriminarse aquellos extremos que puedan merecer dicha sanción, frente a los que por el contrario hayan de conservar plena validez y eficacia, porque el artículo 82.2 del RDLeg 1/2007 admite la nulidad parcial cuando advierte que, " El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado

individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato."; es verdad que el precepto solo alude a la negociación individualizada de la cláusula o de parte de la misma, pero es obvio que cuando la condición general de que se trate simplemente transcriba la solución prevista en la norma vigente al tiempo del otorgamiento no podrá decirse que causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato en perjuicio del consumidor y usuario, pues en definitiva esa era carga que ya le venía impuesta por el derecho positivo.

Por el contrario cuando la condición traslade al consumidor gastos que deberían correr a cargo del empresario habrá que apreciar abusividad, con la consiguiente obligación de reintegro de aquellos gastos que hayan sido impuestos injustificadamente al consumidor."

QUINTO.- GASTOS DE NOTARÍA Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

Tal como indicamos en la aludida sentencia de 26 de octubre de 2.017 , en cuanto a los primeros, "debemos destacar que la sentencia de instancia no sólo aplica adecuadamente la doctrina expuesta al caso, sino que igualmente analiza con precisión las consecuencias que derivan de dicha declaración de nulidad, que nos son otras que hacer responsable de los gastos notariales y registrales derivados del otorgamiento de la escritura que la constituye, a quien resulte "interesado" en la constitución de la garantía hipotecaria, acorde además con la normativa que regula los Aranceles notariales y del Registrador (RD 1426/1989, de 17 de noviembre por el que se aprueba el Arancel de los Notarios; RD 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad) No podemos compartir, con base a dicha doctrina, la argumentación que realiza la parte apelante en orden a que el prestatario sí tiene un interés en el otorgamiento de la escritura pública de préstamo hipotecario e inscripción registral, por lo que debe entenderse que como solicitante de los servidos debe asumir los gastos derivados de la intervención del fedatario público, al igual que con los gastos derivados de la inscripción del registro, pues lo que se indica en la Sentencia de Pleno citada es que es preciso discriminar entre la obligación principal (préstamo) en el que el principal interesado es el consumidor, y la accesoria (la garantía hipotecaria) que favorece directamente a la entidad bancaria por los motivos que expone (obtiene un título ejecutivo, constituye la garantía real y adquiere la posibilidad de ejecución especial)..... Para finalizar, tampoco podemos compartir que el banco no viene obligado a restituir el importe de aquellos gastos indebidamente repercutidos a la actora, por el simple hecho de que no fue él quien percibió su importe, sino terceros ajenos al contrato, pues aún siendo cierto que no los percibió, la condena a su reintegro no es sino consecuencia de lo que a efectos de pago por tercero se establece en el artículo 1.158 del Código Civil ."

En consecuencia, la Sala ratifica la acertada fundamentación jurídica de la sentencia de instancia sobre el particular y desestima el motivo del recurso.

SEXTO.- SOBRE EL IMPUESTO DE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS.

La sentencia de instancia, en base a la doctrina jurisprudencial contenida en la STS de 23 de diciembre de 2.015 , la considera nula y obliga a la demandada al pago a la actora de la cantidad abonada por tal impuesto.

*La doctrina jurisprudencial sobre la cuestión no es unánime, y se aprecian dos posturas sobre el particular, si bien se parte de la consideración de que la cláusula que impone todos los gastos al prestatario es **abusiva** al descargar toda la carga tributaria sobre una de las partes del contrato, en concreto el consumidor, con independencia del hecho desencadenante del impuesto y de la identidad del beneficiado por dicho hecho. La discrepancia radica en las consecuencias de tal nulidad, pues existen dos posturas: A) La que obliga a la devolución, basándose en la doctrina contenida en la STS de 23 de diciembre de 2.015 . B) La que considera que si bien la cláusula es **abusiva** y debe tenerse por no puesta, entra en el examen de la determinación de quien es el sujeto pasivo de dicho impuesto, según Ley y Reglamento aplicable, y concluye que igualmente el obligado al pago de tal impuesto es el prestatario.*

Esta Sala acoge la segunda postura.

Cabe reseñar la siguiente normativa:

1) El artículo 17.5 de la Ley General Tributaria de 17 de diciembre de 2.003 dispone que «Los elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares, que no producirán efectos ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas».

2) El artículo 89.3, del TRLCU señala que el obligado tributario tampoco puede ser alterado por actos o convenios de los particulares entre un profesional y un consumidor, en perjuicio de este último, y contiene una referencia expresa en su apartado c) para la compraventa de viviendas. Por tanto, en relaciones entre un profesional o empresario y un consumidor no puede imponerse a este último un impuesto cuyo sujeto pasivo es el profesional o empresario.



3) 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, establece que "El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados es un tributo de naturaleza indirecta que, en los términos establecidos en los artículos siguientes, gravará: 1.º Las transmisiones patrimoniales onerosas. (...) 3.º Los actos jurídicos documentados » (art. 1.1). «Son transmisiones patrimoniales sujetas: (...) B) La constitución de derechos reales, préstamos, (...)» (art. 7.1 LITPyAJD). A tenor del artículo 8," 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". En su Título Tercero, que regula los Actos Jurídicos Documentados , según 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., con distinta cuota tributaria según sea la escritura matriz o copias autorizadas, en papel timbrado (art. 31.1 LITPyAJD) o la primera copia del acto o contrato inscribible (art. 31.2 LITPyAJD). «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» (art. 29 LITPyAJD).

4) El Reglamento de dicho impuesto, RD de 29 de mayo de 1.995, en su artículo 68 dispone : «Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario».

5) En la actualidad se aprecia una notable discrepancia o conflicto entre la jurisprudencia de la Sala de lo Civil y las de lo Contencioso administrativo sobre la cuestión, pues mientras la Sala Primera en la STS de 23 de diciembre de 2.015 viene a considerar que el sujeto pasivo es el prestamista, la segunda lo considera al prestatario. Dicha cuestión es de suma relevancia, pues la determinación del sujeto pasivo del impuesto está regulada en una norma imperativa o de "ius cogens".

6) La postura de la Sala Primera del Tribunal Supremo es recogida en la STS de 23.12.2.015 , en los siguientes términos. "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.

Ya dijimos en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre, si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, que la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión, era una cláusula **abusiva**, por limitar los derechos que sobre distribución de la carga tributaria estaban previstos en la legislación fiscal, por lo que la condición general que contuviese dicha previsión debía ser reputada nula." En esta resolución no se hace referencia al Reglamento del impuesto.

7) La postura de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, en el sentido de que el sujeto pasivo de dicho impuesto es el prestatario, se encuentra en la STS, Sala 3ª, de 31 de octubre de 2.006 , que, a su vez cita sentencias del Alto Tribunal de 20 de enero y 20 de junio de 2006 , 19 de noviembre de 2001 , entre otras: "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.....

En cualquier caso, la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible es el prestatario, de conformidad con lo establecido en el art. 8º.d), en relación con el 15.1 del Texto Refundido ITP y AJD, y en relación, asimismo, con el art. 18 del Reglamento de 1981, hoy art. 25 del vigente de 29 de mayo de 1995, que, por cierto, ya se refiere a la constitución de, entre otros, derechos de hipoteca en garantía de un préstamo y no a la de préstamos garantizados con hipoteca".

Con cita de la sentencia de 27 de marzo de 2006, refiere que dicha Sala, "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. De tal argumentación se infiere que, incluso cuando el contrato celebrado entre las partes pueda escindirse en un negocio jurídico contractual principal (préstamo concedido por la entidad bancaria al prestatario) y un negocio jurídico real accesorio (constitución de la hipoteca, como garantía real en caso de incumplimiento de la obligación principal de devolución de la cantidad prestada) desde el punto de vista tributario (a efectos fiscales) el hecho imponible (presupuesto que determina el nacimiento de la obligación de pagar un determinado impuesto) es único: el préstamo hipotecario.

Asimismo, la STS Sala 3 de 20 de enero de 2.004 indica que "el citado artículo 68 del RD 828/1995 no ha incurrido en una exlimitación del artículo 29 del RD Leg 1/1993 que lo habilita..."

8) Se planteó cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 29 del Real Decreto 1/1993 de 24 de septiembre, en relación con los artículos 8 d) y 15.1 del mismo Texto Refundido, y con el art. 68 del Reglamento, y tal petición no fue admitida a trámite en Autos del Tribunal Constitucional de 18 de enero y 24 de mayo de 2.005, al considerar que dicha normativa no vulnera el derecho a la igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas, ni el principio de capacidad económica previsto en el art. 31.1 de la Constitución, ni el derecho al disfrute a una vivienda digna. El objeto de dichos autos no es determinar el sujeto pasivo del impuesto, sino si es inconstitucional que el sujeto pasivo fuera el prestatario, a lo que da una respuesta negativa.

9) Ante tal contraposición, consideramos debe prevalecer la postura de la Sala de lo Contencioso. A tal efecto, y como recoge la SAP Pontevedra, Sec 1, de 28.03.2.017, en argumento que compartimos, "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 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.

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.....

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 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."

En parecido sentido se expresan diversas sentencias de la AP de Asturias, como la de su Sección 5ª de 31.07.2017, la cual concluye que "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. 89-3-3 c) del TRLDCU.", y la de la Sección Cuarta de 24.03.2017, al indicar que "siendo esto así, no se está ante el caso previsto en el art. 89.3.3º, letra C) TRLGCU, pues no se desplaza al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo sea el empresario, sino que, a lo más, se trataría de una cláusula superflua, al circunscribir su contenido a recordar una obligación legal e imperativa a cargo del prestatario. Ningún desequilibrio o abusividad cabe apreciar.", y respecto a la posible preferencia de la dictada por la Sala Primera sobre las dictadas en el ámbito contencioso-administrativo, refiere que "Se está ante una única sentencia, por más que hubiera sido dictada por el pleno de la Sala, insuficiente para generar jurisprudencia que, para que tenga la consideración de fuente complementaria del ordenamiento jurídico (art. 1.6 C.C.) requiere que plasme una doctrina "de modo reiterado". Es decir, en palabras del propio T.S., es necesario que, al menos, existan dos sentencias contestes sobre supuestos fácticos idénticos, análogos o muy similares, expresivas de un criterio uniformemente reiterado (así, sentencia de 29 de abril de 2005 y las numerosas que en ella se citan)....

Y, en fin, aunque es cierto que dada la existencia de distintos órdenes jurisdiccionales, la doctrina sentada en uno de ellos no tiene efecto vinculante en otro distinto (así, sentencia T.S. de 26 de mayo de 1994), este principio debe matizarse cuando el tema debatido se centra en lo que es objeto específico de una jurisdicción diferente, como sucede aquí con la determinación del sujeto pasivo de un impuesto respecto a la competencia que corresponde a las salas de lo contencioso-administrativo."

En consecuencia, se estima dicho motivo del recurso y se deja sin efecto la obligación de la demandada de abonar el importe satisfecho por el demandante en concepto de impuesto de actos jurídicos documentados por la constitución de la hipoteca". En el caso, no se está ante un supuesto de error padecido en la contratación u otro vicio del consentimiento.



Idem según Sentencias de esta Sala, de fechas 15-12 , 12-12 , 21-12 , 30-11 , 24-11 , 15-11 , 7-11 , 9-11 , 26-10-2017 ; y en la de fecha 21-12-17 , al igual que en la presente que: "En el caso, y respecto a los concretos gastos que en la referida cláusula se imputan al prestatario, consideramos lo siguiente:

a) *Gastos de gestaría*, consideramos acertado que los gastos de gestoría, en tanto que fue el propio Banco quién le encomendó la tramitación de la inscripción de la carga hipotecaria en el Registro de la Propiedad, debían ser asumidos por aquél. Si nos atenemos a la factura emitida por la Gestoría directamente designada por el Banco, fácil es deducir que la mayoría de las gestiones realizadas hacen referencia a las derivadas de a las actuaciones registrales, y aun cuando es cierto que también gestionó la liquidación y pago del impuesto sobre los Actos Jurídicos Documentados, cuyo obligado tributario es el prestatario, no existe en autos prueba que acredite que su actuación responda a un solicitud expresa del prestatario, que no cabe deducir tampoco de un contenido tan genérico como el que se incluye en la cláusula analizada.

b) *Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*. Aunque la doctrina jurisprudencial sobre dicha cuestión no es unánime, existiendo al respecto dos posturas, una que obliga a la devolución, basándose en la doctrina contenida en la STS de 23 de diciembre de 2015 , y la otra, que considera que si bien la cláusula es **abusiva** y debe tenerse por no puesta, entra en el examen de la determinación de quien es el sujeto pasivo de dicho impuesto, según Ley y Reglamento aplicable, para concluir que el obligado tributario es el propio prestatario; este Tribunal se inclina por esta segunda postura, con base a lo siguiente:

Cabe reseñar la siguiente normativa:

1) El artículo 17.5 de la Ley General Tributaria de 17 de diciembre de 2003, dispone que "Los elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares, que no producirán efectos ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas.

2) El artículo 89.3 del TRLCU señala que el obligado tributario tampoco puede ser alterado por actos o convenios de los particulares entre un profesional y un consumidor, en perjuicio de este último, y contiene una referencia expresa en su apartado c) para la compraventa de viviendas. Por tanto, en relaciones entre un profesional o empresario y un consumidor no puede imponerse a este último un impuesto cuyo sujeto pasivo es el profesional o empresario.

3) El Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por la que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, establece que "El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados es un tributo de naturaleza indirecta que, en los términos establecidos en los artículos siguientes, gravará: 1º Las transmisiones patrimoniales onerosas (...) 3º Los actos jurídicos documentados" (art. 1.1) "Son transmisiones patrimoniales sujetas (...) B) La constitución de derechos reales, préstamos (...)" (art. 7.1 LITPYAJD). A tenor del artículo 8 "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 préstamos de cualquier naturaleza, el prestatario". En su Título Tercero, que regula los Actos Jurídicos Documentados, según 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 aquellos en cuyo interés se expidan, con distinta cuota tributaria según sea la escritura matriz o copias autorizadas, en papel timbrado (art. 31.1 LITPYAJD) o la primera copia del acto o contrato inscribible (art. 31.2 LITPYAJD) "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"(art. 29 LITPYAJD).

4) El Reglamento de dicho impuesto, RD de 29 de mayo de 1995, en su artículo 68 dispone "Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario".

Frente a la postura que se recoge en la STS de 23 de diciembre de 2015 que parece sostener que el sujeto pasivo es el prestamista, la postura de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, se inclina por considerar que el sujeto pasivo de dicho impuesto es el prestatario; postura que se encuentra en la STS, Sala 3ª, de 31 de octubre de 2006 que, a su vez, cita sentencias del Alto Tribunal de 20 de enero y 20 de junio de 2006 , 19 de noviembre de 2001 , entre otras: "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 ...



En cualquier caso, la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible es el prestatario, de conformidad con lo establecido en el art. 8º.d), en relación con el 15.1 del Texto Refundido ITP Y AJD , y en relación, asimismo, con el art. 18 del Reglamento de 1981, hoy art. 25 del vigente de 29 de mayo de 1995, que, por cierto, ya se refiere a la constitución de, entre otros, derechos de hipoteca en garantía de un préstamo y no a la de préstamos garantizados con hipoteca".

Con cita de la sentencia de 27 de marzo de 2006 , refiere dicha Sala " entendiendo que el artículo 30 (hoy 20) 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 nulidad del hecho imponible en torno al préstamo, conforme ocurre en la modalidad de transmisiones onerosas - arts 8ºd), 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". De tal argumentación se infiere que, incluso cuando el contrato celebrado entre las partes pueda escindirse en un negocio jurídico contractual principal (préstamo concedido por la entidad bancaria al prestatario) y un negocio jurídico real accesorio (constitución de la hipoteca, como garantía real en caso de incumplimiento de la obligación principal de devolución de la cantidad prestada) desde el punto de vista tributario (a efectos fiscales) el hecho imponible (presupuesto que determina el nacimiento de la obligación de pagar un determinado impuesto) es único: el préstamo hipotecario.

Asimismo la STS Sal 3 de 20 de enero de 2004 indica que " el citado artículo 68 del RD 828/1995 no ha incurrido en una exlimitación del artículo 29 del RD Leg 1/1993 que lo habilita...".

Se planteó cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 29 del Real Decreto 1/1993 de 24 de septiembre , en relación con los artículos 8 d) y 15.1 del mismo Texto Refundido, y con el art. 68 del Reglamento, y tal petición no fue admitida a trámite en Autos del Tribunal Constitucional de 18 de enero y 24 de mayo de 2005 , al considerar que dicha normativa no vulnera el derecho a la igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas, ni el principio de capacidad económica previsto en el art. 31.1 de la Constitución , ni el derecho al disfrute a una vivienda digna. El objeto de dichos autos no es determinar el sujeto pasivo del impuesto, sino si es inconstitucional que el sujeto pasivo fuera el prestatario, a lo que da una respuesta negativa.

Ante tal contraposición, consideramos debe prevalecer la postura de la Sala de lo Contencioso y como recoge la SAP Pontevedra, Sec 1, de 28 de marzo de 2017 , en argumento que compartimos "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 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".

En parecido sentido se expresan diversas sentencias de la AP de Asturias, como la de su Sección 5ª de 31 de julio de 2017 , que concluye " 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. 89.3.3 c) del TRLDCU", y la de la Sección Cuarta de 24 de marzo de 2017, al indicar " siendo esto así, no se está ante el caso previsto en el artículo 89.3.3º letra c) TRLDCU, pues no se desplaza al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo sea el empresario, sino que, a lo más, se trataría de una cláusula superflua, al circunscribir su contenido a recordar una obligación legal e imperativa a cargo del prestatario. Ningún desequilibrio o abusividad cabe apreciar" y respecto a la posible preferencia de la dictada por la Sala Primera sobre las dictadas en el ámbito contencioso-administrativo, refiere que "Se está ante una única sentencia, por más que hubiera sido dictada por el pleno de la Sala, insuficiente para generar jurisprudencia que, para que tenga la consideración de fuente complementaria del ordenamiento jurídico (art. 1.6 CC) requiere que plasme una doctrina "de modo reiterado". Es decir, en palabras del propio TS, es necesario que, al menos, existan dos sentencias contestes sobre supuestos fácticos idénticos, análogos o muy similares, expresivas de un criterio uniformemente reiterado (así, sentencia de 29 de abril de 2055 y las numerosas que en ella se citan)... Y, en fin, aunque es cierto que dada la existencia de distintos órdenes jurisdiccionales, la doctrina sentada en uno de ellos no tiene efecto vinculante en otro distinto (así, STS de 26 de mayo de 1994), este principio debe matizarse cuando el tema debatido se centra en lo que es objeto específico de una jurisdicción diferente, como sucede aquí con la determinación del sujeto pasivo de un impuesto respecto a la competencia que corresponde a las salas de lo contencioso administrativo".



Procede, en consecuencia, excluir de la restitución interesada la cantidad de 6.022,35.- euros, abonada por la actora en concepto de Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

c) *Gastos notariales y del Registro*. En sentencia de este mismo Tribunal de fecha 26 de octubre de 2017, ya tuvimos ocasión de señalar que el responsable de los gastos notariales y registrales derivados de la escritura que constituye el préstamo con garantía hipotecaria, es aquel que resulte "interesado" en la constitución de dicha garantía, el banco, por ser acorde con la normativa que regula los Aranceles notariales y del Registrador (RD 1426/1989, de 17 de noviembre por el que se aprueba el Arancel de los Notarios; RD 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad) y que no podíamos compartir, con base a la doctrina sentada por aquella Sentencia de Pleno, "la argumentación que realiza la parte apelante en orden a que el prestatario sí tiene un interés en el otorgamiento de la escritura pública de préstamo hipotecario e inscripción registral, por lo que debe entenderse que como solicitante de los servicios debe asumir los gastos derivados de la intervención del fedatario público, al igual que con los gastos derivados de la inscripción del registro, pues lo que se indica en la Sentencia de Pleno citada es que es preciso discriminar entre la obligación principal (préstamo) en el que el principal interesado es el consumidor, y la accesoria (la garantía hipotecaria) que favorece directamente a la entidad bancaria por los motivos que expone (*obtiene un título ejecutivo, constituye la garantía real y adquiere la posibilidad de ejecución especial*)". En consecuencia, en este extremo, confirmamos el pronunciamiento de instancia que obliga a la demandada a restituir los gastos notariales y registrales repercutidos indebidamente al prestatario".

Se estima parcialmente el recurso en tanto la oposición al pago del impuesto indicado de ITP y AJD.

CUARTO.- Sobre la posible nulidad de la cláusula de intereses de demora, al tipo mínimo del 24% anual, capitalizables mensualmente, no le falta razón a la parte demandante, en tanto que: " debemos recordar que, a tenor del art. 82.1 del RDL 1/2007, " *Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato* ". Entre los supuestos específicos de cláusulas de tal tipo, conforme al artículo 85.6 de la misma norma, se hallan " *Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones*".

En el mismo sentido, la STJUE 21 de febrero de 2013, indica que"40. En virtud del artículo 3, apartado 1, de la Directiva, las cláusulas se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Conforme al artículo 4, apartado 1, de esa Directiva, dicha apreciación deberá realizarse teniendo en cuenta la naturaleza de los servicios que sean objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

41. *Para apreciar el carácter eventualmente abusivo de la cláusula contractual en que se base la demanda de la que conozca, el juez nacional debe tener en cuenta el resto de las cláusulas del contrato.*"

Es preciso recordar que el Tribunal Supremo en sentencias de 22 de abril de 2.015, 7 y 8 de septiembre de 2.015, 23 de diciembre de 2.015, 18 de febrero de 2.016, y 3 de junio de 2.016 señala que es abusivo un interés moratorio cuando supere en más de dos puntos el interés remuneratorio pactado.

Esta reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo fija un parámetro objetivo para determinar cuándo una cláusula que contiene un interés moratorio en contrato de crédito, en este caso, con garantía hipotecaria, con un consumidor, es abusivo. A este respecto, la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2.016 señala :

" 4. - *Control de contenido de la cláusula de intereses.*

En la sentencia 265/2015, de 22 de abril, razonamos por qué la cláusula de intereses de demora es susceptible de control de contenido de abusividad (si, en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor y usuario, causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato).....

»La Sala, a la vista de lo anteriormente expuesto, considera que el profesional o empresario no podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría en el marco de una negociación individual una cláusula de interés de demora en un préstamo personal que supusiera un incremento considerable del interés remuneratorio. Además, una cláusula de interés de demora que supusiera un incremento excesivo del tipo porcentual respecto del interés remuneratorio no sería adecuada para garantizar la realización de los objetivos que las normas que establecen un interés de demora en distintos campos de la contratación



persiguen, e iría más allá de lo necesario para alcanzarlos, perjudicando desproporcionadamente al consumidor, en contra de las exigencias de la buena fe».

»La Sala considera que el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores, que no suponga la imposición de una indemnización alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones. Se trata del criterio previsto para el interés de demora a devengar por la deuda judicialmente declarada y a cuyo pago se ha condenado al demandado. Tiene un ámbito de aplicación general, no ceñido a un campo concreto del Derecho sustantivo, evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio, indemniza de un modo proporcionado los daños que sufre el demandante que ha vencido en el litigio por el retraso del condenado en el cumplimiento de la obligación judicialmente declarada, y asimismo contiene un factor disuasorio para que el condenado no demore en exceso el cumplimiento de la sentencia.

»La adición de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales supondría un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que resultan de la aplicación de las normas nacionales a que se ha hecho referencia».

En este momento, si partimos del presupuesto condicionante de que el límite legal previsto en el art. 114.3 LH para los intereses de demora en préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la primera vivienda no sirve de criterio para el control de abusividad, y advertimos la conveniencia, por seguridad jurídica, de establecer un criterio objetivo, no encontramos razones para separarnos del adoptado en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales."

En consecuencia, aplicando esta doctrina jurisprudencial al supuesto enjuiciado, comporta que la cláusula deba resultar **abusiva** por sobrepasar los dos puntos porcentuales al interés remuneratorio pactado, en el caso que nos ocupa, seis puntos, y ello aunque difícilmente pueda alcanzar el tipo del triplo del interés legal del dinero".

Ídem según Sentencias de esta Sala, de fechas 30 y 15 de noviembre, 26 y 17 de octubre y 28 de septiembre de 2017; y de 27 de septiembre, por la cual: " En cuanto al objeto del recurso consistente en la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la cláusula de intereses de demora. La Sala Primera resolvió que el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas debía consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no excediera de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio concertado en cada caso, pues:

i) la adición de un porcentaje mayor conllevaría un alejamiento injustificado de los porcentajes que la legislación nacional establece para los supuestos de ausencia de pacto;

ii) el profesional o empresario no podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría en el marco de una negociación individual una cláusula de interés de demora que supusiera un incremento del interés remuneratorio superior a lo usual en los contratos por negociación.

Las sentencias del Tribunal Supremo 705/2015, de 23 de diciembre, 79/2016, de 18 de febrero, y 364/2016, de 3 de junio (9), aplicaron el mismo criterio (límite de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio) para el control de abusividad de la cláusula del interés de demora en los préstamos con garantía hipotecaria concertados con consumidores. Estas sentencias siguieron la doctrina establecida por el TJUE (10) y declararon que, al margen de la finalidad perseguida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que modificó el artículo 114 de la Ley Hipotecaria e introdujo un límite a los intereses de demora del triple del interés legal, ese límite no garantizaba el control de abusividad, pues el interés de demora convenido puede ser inferior al límite legal y, aun así, ser abusivo.

En todas estas sentencias, el Tribunal Supremo también estableció una doctrina jurisprudencial sobre cuáles debían ser los efectos de la apreciación de abusividad de una cláusula sobre interés de demora, por superar ese límite de dos puntos sobre el interés remuneratorio.

El Tribunal Supremo declaró que el TJUE (11) ha deducido de la redacción de los artículos 6.1 y 7.1 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. Si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en dicho precepto, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales.

El Tribunal Supremo razonó asimismo que, declarada la abusividad de una cláusula, tampoco era posible aplicar de modo supletorio una disposición de carácter dispositivo de Derecho nacional, pues 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 vea obligado a anular el contrato en su totalidad, y el consumidor quede expuesto a consecuencias que representarían para él una penalización.

En concreto, cuando se declara **abusiva** una cláusula que fija el interés de demora en un contrato de préstamo, el Tribunal Supremo tuvo en cuenta que el TJUE (13) ha declarado improcedente la integración del contrato, pues tal declaración de abusividad no puede acarrear consecuencias negativas para el 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. El juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, no puede reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, pues debe excluir plenamente su aplicación.

Por esas razones, el Tribunal Supremo concluyó que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula que fija el interés de demora es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria del Derecho nacional, y sin que pueda integrarse el contrato, pues no se trata de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato en beneficio del consumidor, dado que la supresión de la cláusula de interés de demora solo conlleva la minoración de la cantidad a pagar por el consumidor al profesional o empresario.

Para la aplicación de esta doctrina, las referidas sentencias del Tribunal Supremo tomaron en consideración que la naturaleza de la cláusula que establece el interés de demora, examinada desde el plano del control de abusividad, consiste en la adición de determinados puntos porcentuales al tipo de interés remuneratorio. Por ejemplo, en el caso objeto de nuestra sentencia 469/2015, de 8 de septiembre, la cláusula del interés de demora cuya abusividad se enjuiciaba consistía en la adición de veinte puntos porcentuales al tipo de interés remuneratorio, de carácter variable, aplicable en cada momento.

El Tribunal Supremo consideró que suprimir también el devengo del interés remuneratorio, que retribuye que el prestatario disponga del dinero durante un determinado tiempo, no debe ser una consecuencia de la nulidad de la cláusula de interés de demora **abusiva**, pues debe tenerse en cuenta cuál es la razón de la abusividad: que el incremento del tipo de interés a pagar por el consumidor, en caso de demora, por encima de un 2% adicional al tipo del interés remuneratorio supone una indemnización desproporcionadamente alta por el retraso en el cumplimiento de las obligaciones del consumidor (artículo 85.6 TRLCU y artículo 3 y anexo 1.e de la Directiva 93/13/CEE).

En consecuencia, lo que procede anular y suprimir completamente, privándola de su carácter vinculante, es esa cláusula **abusiva**, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en el pago de las cuotas del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, cuyo carácter "proporcionado" respecto del servicio que retribuye está excluido del control de abusividad (sentencias TJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, y 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13) y que sigue cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución.

Procede estimar el recurso de la entidad apelante y declarado nulo el interés de demora en caso de incurrir en esta procede aplicar el remuneratorio"; y de 26 de septiembre, 9 de junio, 21 de febrero y 2 de febrero de 2017; y STS de 19 de septiembre y 3 de junio de 2016; entre otras muchas.

QUINTO.- La estimación parcial del recurso de apelación impide hacer expresa imposición a las partes de las costas causadas en esta alzada, manteniéndose la imposición a la parte demandada de las causadas en la instancia por estimación sustancial de la demanda; en estricta aplicación de los principios objetivo y de vencimiento, y conforme a lo prevenido en los artículos 398, 395 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En atención a todo lo precedentemente expuesto, esta Sala de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca acuerda,

FALLAMOS

1º) Estimar en parte el recurso de Apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a María Borrás Sansaloni, en representación de "Banco Mare Nostrum, SA", contra la Sentencia de fecha 6-junio-2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 13 de esta Capital, en los autos de Juicio Ordinario nº 109/2017, de que dimana el presente Rollo de Sala; cuya resolución en parte se revoca; y en su virtud,

2º) Confirmar los pronunciamientos que la resolución impugnada contiene; salvo que no se estima nula la cláusula F, en lo relativo al ITP y AJD, y que no procede la devolución del importe de 1.018,75 Euros, más sus intereses legales, por tal concepto.

3º) No procede hacer especial pronunciamiento respecto de las costas procesales devengadas en esta alzada.



Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de sala, definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ