



Roj: **SAP BU 230/2018 - ECLI:ES:APBU:2018:230**

Id Cendoj: **09059370032018100067**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **3**

Fecha: **21/03/2018**

Nº de Recurso: **33/2018**

Nº de Resolución: **94/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE IGNACIO MELGOSA CAMARERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3**

**BURGOS**

**SENTENCIA: 00094/2018**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE**

**BURGOS**

**Sección 003**

Domicilio : PASEO DE LA AUDIENCIA Nº 10

Telf : 947259950

Fax : 947259952

MPA

Modelo : SEN000

N.I.G.: 09059 42 1 2017 0004622

**ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000033 /2018**

Juzgado procedencia : JDO.DE 1A.INSTANCIA N.4 de BURGOS

Procedimiento de origen : OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000552 /2017

RECURRENTE : CAIXABANK CAJA DE AHORROS MUNICIPAL DE BURGOS

Procurador/a : MARIA CONCEPCION SANTAMARIA ALCALDE

Abogado/a : JESUS RIESCO MILLA

RECURRIDO/A : Efrain

Procurador/a : EUGENIO PIO ECHEVARRIETA HERRERA

Abogado/a : LUCIA ECHEVARRIETA MARTIN

La Sección Tercera de la Audiencia provincial de Burgos, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados **don Ildefonso Barcala Fernández de Palencia** , Presidente, **doña María Esther Villímar San Salvador** , y **don José Ignacio Melgosa Camarero** ha dictado la siguiente.

**SENTENCIA Nº. 94**

En Burgos, a veintiuno de marzo de dos mil dieciocho.

VISTO Por esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos el **Rollo de Sala núm. 33/2018** , dimanante del Juicio Ordinario 552/2017, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Burgos, sobre nulidad



cláusula, en recurso de apelación interpuesto contra Sentencia de fecha 9 de octubre de 2017, en los que aparece como parte demandada- apelante, **CAIXABANK CAJA DE AHORROS MUNICIPAL DE BURGOS**, representado por el Procurador de los tribunales, doña María Concepción Santamaría Alcalde, asistido por el Abogado don Jesús Riesco Milla; y, como parte demandante-apelante, DON Efrain, representado por el Procurador de los tribunales, don Eugenio Pio Echevarrieta Herrera, asistido por el Abogado doña Lucia Echevarrieta Martín, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. don José Ignacio Melgosa Camarero, que expresa el parecer de la Sala.

## ANTECEDENTES DE HECHO

1º: Los de la resolución recurrida, que contiene el siguiente FALLO: " **QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE** la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Eugenio Echevarrieta Herrera en nombre y representación de D. Efrain, contra CAIXABANK S.A, y en consecuencia: 1º Declaro la nulidad parcial de la CLÁUSULA QUINTA del contrato de préstamo hipotecario otorgado el 30 de octubre de 2008, por las partes ante notario del Ilustre Colegio de Castilla y León D. José Luis Herrero Ortega, al número 2.250 de su protocolo, que repercute de forma genérica y exclusiva a cargo del prestatario todos los gastos derivados de la formalización de la escritura del préstamo hipotecario. Declaro conforme a derecho el inciso contenido en la misma cláusula que impone al prestatario los gastos de Tasación del inmueble. 2º Condeno a la demandada a restituir a la parte demandante la cantidad de CUATROCIENTOS CUARENTA Y DOS EUROS CON NOVENTA CÉNTIMOS (442,90 €) correspondiente a la mitad de los gastos notariales (102,54 €), los gastos registrales de constitución de la hipoteca (141,23 €) y los gastos registrales de cancelación del préstamo hipotecario (199,13 €) más los intereses legales desde la fecha en que se pagaron dichas cantidades. 3º Declaro la nulidad parcial de la CLÁUSULA QUINTA del contrato de préstamo hipotecario otorgado el 17 de mayo de 2016, por las partes ante notario del Ilustre Colegio de Castilla y León D. Julián Martínez Pantoja, al número 1.564 de su protocolo, que repercute de forma genérica y exclusiva a cargo del prestatario todos los gastos derivados de la formalización de la escritura del préstamo hipotecario. Declaro conforme a derecho el inciso contenido en la misma cláusula que impone al prestatario los gastos de Tasación del inmueble, Seguro de daños del inmueble hipotecado y los derivados de la conservación del inmueble. 3º Condeno a la demandada a restituir a la parte demandante la cantidad de SETECIENTOS NUEVE EUROS CON TREINTA Y SEIS CÉNTIMOS (709,36 €) correspondiente a la mitad de los gastos notariales (231,03 €), los gastos registrales de constitución de la hipoteca (130,58 €) y mitad de los gastos de gestoría (347,75 €) más los intereses legales desde la fecha en que se pagaron dichas cantidades. 4º No se hace especial pronunciamiento en costas.

2º: Notificada la anterior resolución a las partes por el Procurador Sr. Echevarrieta Herrera y por la Procuradora Sra. Santamaría Alcalde, en la representación que ostentan, presentaron escrito interponiendo recurso de apelación, acordándose dar traslado de los recursos a la otra parte, presentando escrito de oposición el Procurador Sr. Echevarrieta Herrera dentro del plazo concedido, no presentando escrito de oposición la representación de Caixaban, S.A., acordándose por el Juzgado, la remisión de los autos a la Audiencia Provincial de Burgos, habiendo correspondido en el reparto general de asuntos, a esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial.

3º : Recibidos los autos y formado el correspondiente Rollo de Sala, se turnó de ponencia, señalándose para votación y fallo el día 20 de marzo de 2018 en que tuvo lugar.

4º: En la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** Por el demandante se promovió juicio ordinario contra "Caixabank, SA" ejercitando acción individual de ejercitando acción individual de nulidad por abusiva de condición general de la contratación, y ello en relación con la escrituras de préstamo hipotecario otorgadas 30 de octubre de 2008 el préstamo hipotecario de 17 de mayo de 2016, solicitando que se declare la nulidad de la cláusula que impone al prestatario todos los gastos e impuestos derivados de la escritura y su registro, y solicitando la condena del banco a abonar todos los gastos pagados por el actor por tales préstamos, incluidos los generados por la cancelación del primero de ellos realizada por medio de escritura otorgada el 26 de julio de 2016. El banco demandado se opuso a tal demanda y la sentencia de instancia la estimó parcialmente, declarando nula la cláusula de gastos por abusiva, y condenando al banco demandado a abonar al actor la mitad de los gastos notariales y de gestoría, y la totalidad de los gastos del registrador, a la vez que desestima, la pretensión de reclamación de los gastos de tasación y del impuesto que grava el préstamo por considerar que corresponde su abono al prestatario. Y contra tal sentencia se alza, en primer lugar, el prestatario demandante que se interpone recurso de apelación solicitando su revocación parcial a fin que se dicte otra que estime la demanda en su integridad con condena



al banco a abonar la totalidad de los gastos reclamados, fundando el recurso en que siendo nula por abusiva la cláusula de gastos no procede moderar o limitar los efectos de la nulidad y por ello corresponde al banco abonar al actor todos los gastos que éste tuvo que sufragar por aplicación de tal cláusula, y que en todo caso los gastos reclamados deben ser abonados por el banco por ser éste el interesado en el otorgamiento de la escritura y su posterior inscripción para constituir la hipoteca que garantiza el crédito concedido; y en segundo lugar, el banco demandado, que también interpone recurso, por estimar válidas las cláusulas impugnadas y considerar que es el prestatario quien debe asumir los gastos de la escritura de préstamo hipotecario y su registro.

**SEGUNDO.-** Resulta obvio y fuera de toda duda que el contrato de préstamo hipotecario en el cual están insertas las cláusulas discutidas por abusivas es un contrato celebrado entre un profesional (el banco prestamista) y un consumidor (los prestatarios) y que la cláusulas impugnadas son condiciones generales de la contratación predispuestas por el banco prestamista e impuestas al consumidor sin posibilidad de negociación individual, pues en todo caso el banco demandado no ha probado que dichas cláusulas hayan sido negociadas individualmente, siendo dicha parte la que en su condición de empresario tiene la carga de probar la existencia de negociación individual de la cláusula ( art. 82-2, párrafo 2º, del Real Decreto Legislativo 1/2007 ), a lo cual debe añadirse lo señalado por la juez de instancia en su sentencia de que es un hecho notorio que la contratación bancaria es una contratación seriada con el empleo de condiciones generales tipo que se imponen en todos los contratos celebrados sin negociación individual por parte del cliente consumidor, siendo tal el caso de las cláusulas sobre gastos generados por la concesión de préstamos hipotecarios, la de cláusula de intereses moratorios para el caso de impago.

Siendo las cláusulas discutidas condiciones generales de la contratación insertas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, según el art. 80 -1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, son requisitos de las mismas: a) concreción, claridad y sencillez en la redacción, b) accesibilidad y legibilidad, c) buena fe y justo equilibrio. A su vez el art. 82-1 del citado Texto Refundido fija el concepto de *cláusulas abusivas* señalando que " *se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra 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* ", señalando el apartado 3 de dicho precepto que "el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa".

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene establecido que una cláusula no negociada individualmente inserta en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor es contraria a las exigencias de la buena fe y por ello abusiva, cuando la misma imponga al consumidor obligaciones o cargas contractuales que pueda presumirse que éste no hubiera aceptado de haber existido una negociación individual en un plano de igualdad entre las partes. Asimismo tal Tribunal tiene establecido que una cláusula no negociada individualmente inserta en un contrato entre un profesional un consumidor causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato en perjuicio del consumidor, cuando la misma coloca al consumidor en una posición jurídica más desfavorable para sus derechos e intereses que la que le corresponde por la aplicación de la normativa estatal aplicable al caso. Y en relación a esto último hemos de señalar que si bien en el ámbito del Derecho privado, por regla general, las normas legales tienen un carácter dispositivo que permite su alteración por pacto entre los contratantes, cuando estamos ante un contrato entre un profesional y un consumidor y la estipulación no es objeto de negociación individual, si la misma altera el Derecho dispositivo en perjuicio del consumidor, sin que exista causa que lo justifique, la estipulación debe considerarse como abusiva.

Por su parte el art. 82-4 del mentado Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007 señala que: " *en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario, b) limiten los derechos del consumidor o usuario, c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato, d) impongan al consumidor o usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, e) resulten desproporcionadas en relación al perfeccionamiento y ejecución del contrato, o f) contravengan las reglas sobre competencia o derecho aplicable* ". En lo que a la resolución de este pleito interesa, el art. 89 del Texto Refundido susodicho señala que son cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato: " 2.- *La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de los errores administrativos o de gestión que no le sean imputables. 3.- La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la 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 naturaleza*



correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división o cancelación). ....c) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario. 4.- La imposición al consumidor y usuario de bienes o servicios complementarios o accesorios no solicitados ."

**TERCERO.-** La cláusula que se impugna por abusiva es la señalada como cláusula quinta de la escritura la escritura pública de préstamo hipotecario relativa a los gastos a cargo de la parte prestataria, que tiene el siguiente texto:

" Serán de cuenta exclusiva de la parte deudora todos los gastos que originen esta escritura hasta su inscripción en el Registro de la Propiedad, incluidos los derivados de la previa tasación de la finca que se hipoteca, una copia liquidada e inscrita en el mismo para la Caja acreedora, otra simple para la parte prestataria y los de modificación, si la hubiera, y cancelación en su día; las costas, gastos y perjuicios que se ocasionen al acreedor para hacer efectivo su préstamo, incluso los honorarios de abogado y derechos de procurador, si de ellos se valiese el acreedor y aunque no fuera preceptiva su intervención; los producidos si el deudor se allanase a la demanda, en caso de promoverse procedimiento judicial, y los del primer requerimiento que se haga, bien sea judicialmente o por medio de acta notarial. La Caja acreedora podrá suplir y reclamar las cantidades que resulten, directamente con cargo al préstamo o cifra de responsabilidad prevista para costas y gastos o, en lo que pudiera exceder del mismo, con cargo al préstamo supletorio para prestaciones accesorias.

Asimismo será a cargo del prestatario cualquier otro gasto que corresponda a la efectiva prestación de un servicio, relacionado con el préstamo, que no sea inherente a la actividad de la Entidad de crédito dirigida a la concesión o administración del préstamo ".

Sobre el carácter abusivo de este tipo de cláusulas insertas en contratos de préstamo hipotecario celebrados por una entidad financiera y un consumidor y por las cuales se imponen todos los gastos generados por la concesión del préstamo al prestatario, ha tenido la oportunidad de pronunciarse la Sala Civil del Tribunal Supremo en la Sentencia nº 705/2015, de 23 de diciembre ( Ponente, don Pedro José Vela Torres), al pronunciarse sobre el séptimo motivo del recurso de casación (cláusula de gastos del préstamo hipotecario, señalando tal Sentencia, en lo que aquí interesa que:

1.- En primer lugar, resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones [como veremos] contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto.

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

2.- Sobre tales bases legales, no cabe considerar que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguna de las normas legales citadas como infringidas, al declarar la abusividad de la cláusula. Baste recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo ( artículo 517 LEC ), constituye la garantía real ( arts. 1875 CC y 2.2 LH ) y adquiere la posibilidad de ejecución especial ( art. 685 LEC ). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un



*desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU).*

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

*5.- En cuanto a los gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, y los derechos de procurador y honorarios de abogado contratados por la entidad prestamista, hemos de advertir en primer lugar que los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en los arts. 394 y 398 LEC, para los procesos declarativos, y en los arts. 559 y 561 de la misma Ley, para los procesos de ejecución. Tales normas se fundan básicamente en el principio del vencimiento, y en el caso concreto de la ejecución, las costas se impondrán al ejecutado cuando continúe adelante el despacho de ejecución; pero también podrán imponerse al ejecutante cuando se aprecie algún defecto procesal no subsanable o que no se haya subsanado en el plazo concedido al efecto ( art. 559.2 LEC ), o cuando se estime algún motivo de oposición respecto del fondo ( art. 561.2 LEC ); y cuando la estimación sea parcial, cada parte deberá hacer frente a las costas devengadas a su instancia. Por consiguiente, la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales no solo infringe normas procesales de orden público, lo que comportaría sin más su nulidad ex art. 86 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.*

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

Pues bien, considerando la doctrina expuesta en el anterior fundamento de Derecho y la fijada en la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, hemos de dar la razón a la juez de instancia cuando concluye que la cláusula litigiosa referida es una cláusula que debe reputarse abusiva por cuanto que estamos ante una cláusula no negociada individualmente en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor causa un importante desequilibrio en los derechos y obligaciones derivados del contrato, y ello es así por cuanto que estamos ante una cláusula que de modo genérico e indiscriminado, atribuye al prestatario todos los gastos derivados del contrato, sin limitación alguna, y por ello sin considerar los distintos gastos concretos, sin atender a lo establecido por la normativa sectorial concreta sobre la parte que debe soportarlos, sin atender a la reciprocidad de intereses propia de los contratos onerosos, ni a la parte que por ser especialmente favorecida por el gasto tiene interés en el mismo, atribuyendo incluso al prestatario todas las costas y gastos judiciales que puedan generarse, incluido los de abogado y procurador cuando su intervención no sea preceptiva, y los que se generen en caso de allanamiento, vulnerando con ello lo dispuesto en el art. 1.168, inciso final, del Código Civil, que establece que sobre los gastos judiciales decidirá el tribunal conforme las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil ( arts. 394, 398, 538-2, 561 y 695 de la LEC ), el art. 32-5 de la LEC, que excluye los honorarios de abogado y derechos de procurador cuando su intervención no sea preceptiva, salvo que se aprecie temeridad en la parte vencida o que quien se vale de ellos tenga su domicilio en lugar distinto al que se sigue el juicio, y el art. 395 de la LEC que excluye la imposición de costas en los casos de allanamiento salvo que se a posterior a la contestación o aprecie mala fe en el allanado.

La consecuencia jurídica de una cláusula declarada abusiva es que la misma es nula de pleno derecho y se debe tener por no puesta ( art. 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 ), y tal como tiene dicho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la conocida Sentencia de 21 de diciembre de 2016, una cláusula abusiva no debe ser vinculante para el consumidor, y no debe por ello producir efecto jurídico alguno, debiendo el consumidor a quien se ha impuesto ser restituido en la situación fáctica y jurídica que tuviese de no haber sido impuesta tal cláusula. Asimismo, conforme la jurisprudencia del referido Tribunal europeo en Sentencias de 14 de junio de



2012 y 30 de mayo de 2013, una cláusula abusiva debe suprimirse del contrato, sin que queda su integración, y por ello la moderación de la cláusula, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato y la integración opere en el beneficio del consumidor, cual no es el caso presente en que, como es obvio, el contrato puede seguir subsistiendo sin la cláusula discutida.

La parte actora ha solicitado que como consecuencia de la nulidad por abusiva de la cláusula el banco demandado sea condenado a restituir o pagar a dicha parte todos los gastos que la misma tuvo que afrontar por efecto de la imposición de la misma (gastos de notario, registrador, tasación, gestoría e impuesto de actos jurídicos documentados). Ahora bien, en el presente caso concurre la peculiaridad que los gastos cuya restitución se reclama han sido abonados por los prestatarios aquí demandantes a terceros (el notario, el registrador, la empresa de tasación, la gestoría que han girado las correspondientes facturas, y la Junta de Castilla y León que ha liquidado el impuesto de actos jurídicos documentados) y no al banco demandante que no les ha percibido, por lo cual tal como con acierto señala la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Álava nº 501/2017, de 17 de noviembre (Ponente don Iñigo Elizburu Aguirre) no opera lo dispuesto por el art. 1.303 del Código Civil como efecto jurídico directo de la nulidad de un contrato en orden a la restitución recíproca de las cosas que hubieran sido objeto del contrato, con sus frutos, y el precio con sus intereses, pues reiteramos el banco demandado no ha recibido de forma directa cantidad alguna por los referidos gastos, por lo cual con base al citado precepto no es posible su condena a la restitución de tales gastos. No obstante lo anterior, es obvio que los prestamistas se han visto obligados a pagar los gastos por mor de la cláusula litigiosa que les impone su pago, y en tal sentido el abono de gastos que no les corresponde pagar, ora por cuanto que su pago corresponde en exclusiva al banco ora porque tal pago corresponde a ambas partes, les ha supuesto un evidente perjuicio al sufrir una carga que no estaban obligados a soportar, y ello con correlativa ventaja o beneficio para el banco que ha eludido el pago de gastos cuyo abono le hubiera correspondido en todo o en parte. Por ello, considerando que la consecuencia jurídica de la nulidad de una cláusula abusiva es que esta no debe producir ningún efecto juicio vinculante para el consumidor a quien se ha impuesto tal cláusula, y que tal consumidor debe ser restituido a la situación fáctica y jurídica que hubiera existido de no haberse impuesto la cláusula abusiva, resulta fuera de toda cuestión que la parte prestataria a la que se ha impuesto el abono de todos los gastos derivados del contrato, tiene derecho a la restitución, pero no de todos ellos, sino sólo de los gastos que no le hubiese correspondido haber pagado. En tal sentido procede establecer que gastos no corresponde abonar al prestatario, o que gastos le corresponde abonar sólo en parte, y ello en consideración de tres parámetros: primero, la normativa sectorial que regula de forma específica el gastos y establece quien debe afrontarlo; segundo, la parte que por verse favorecida por el mismo tiene interés directo en su realización, y tercero el principio de reciprocidad de intereses, en favor del cual deben resolverse las dudas interpretativas en los contratos onerosos, según dispone el art. 1.289 del Código Civil, teniendo asimismo en consideración lo dispuesto en art. 1.138 del CC para el caso de obligaciones en que existan dos o más deudores, en el sentido que la deuda se entenderá dividida en tantas partes iguales como deudores haya.

Conclusión la seguida que ha venido a ser confirmada por la reciente *Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo nº 148/2018, de 15 de marzo*, que señala que una vez declarada nula por abusiva la cláusula inserta en una escritura de préstamo hipotecario que interpone de modo general e indiscriminado al prestatario todos los gastos derivados de su otorgamiento y el registro de la hipoteca, se debe estar a los gastos concretos generados para determinar si los mismos deben ser abonados por el prestatario o por el banco prestamista, casó éste en el que corresponde a la entidad financiera abonar al prestatario su importe.

**TERCERO.-** Procede examinar las cantidades reclamadas según el concepto a que se corresponden.

#### **Gastos notariales.-**

El Arancel de los Notarios está regulado por el Real Decreto 1.426/1989, de 17 de noviembre, que en su regla sexta señala: "la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieran requerido la prestación de las funciones o servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueran varios, a todos ellos solidariamente".

No consta que una de la dos partes haya requerido de forma exclusiva los servicios del Notario que autorizó la escritura, y el hecho que ésta se otorgase según minuta aportada por la entidad financiera no implica que ésta sea quien requiere en exclusiva la intervención notarial, siendo perfectamente posible que ambas partes soliciten la intervención del Notario para redactar una escritura conformada por las condiciones generales de la contratación predispuestas por el banco prestamista. Entra por ello en juego la regla del interesado en el otorgamiento de la escritura notarial que formaliza el préstamo hipotecario, y aquí hemos de señalar que ambas partes están interesadas en su otorgamiento, la entidad financiera en cuanto que con la misma obtiene un título ejecutivo que unido a su inscripción la permite acudir a un procedimiento especial de ejecución en caso de impago del préstamo, y el prestatario en cuanto que con la misma puede obtener un préstamo hipotecario con el cual conseguir financiación para comprar su vivienda habitual, siendo obvio por otra parte que en con



el préstamo hipotecario los intereses remuneratorios a pagar son más bajos que un préstamo personal que no precisa del otorgamiento de escritura. Por ello rige el principio de reciprocidad de intereses y ambas partes deben quedar obligadas a pagar por su mitad la minuta del Notario que autoriza la escritura del préstamo hipotecario, y ello conforme lo dispuesto en los arts. 1.289 y 1.138 del CC . Este es el criterio seguido por la juzgadora de instancia y por la mayoría de las Audiencias que se han pronunciado sobre el tema.

#### **Gastos registrales. -**

El Arancel de los Registradores de la Propiedad aparece regulado por el Real Decreto 1.427/1989, de 17 de noviembre, que en su regla octava señala que: "Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquellos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a las personas que hayan presentado el documento...."

Pues bien, la hipoteca en cuanto derecho real o gravamen que garantiza el préstamo concedido se inscribe a favor de la entidad financiera que concede el préstamo como prestamista y es por ello acreedora con la garantía de la hipoteca, siendo a su vez la principal interesada en tal inscripción con la cual queda garantizado su crédito, pues la inscripción de una hipoteca tiene carácter constitutivo, y su existencia y vigencia es requisito imprescindible para iniciar un procedimiento especial de ejecución hipotecaria contra el deudor moroso que ha incumplido el préstamo. No obstante, hemos de señalar que la hipoteca también favorece e interesa al prestatario, pues gracias al gravamen que representa y que garantiza el cumplimiento del préstamo, el prestatario tiene la opción de obtener financiación para adquirir su vivienda, y sin la misma, ora no tendría acceso a tal financiación ora el préstamo personal que se le concedería tendría un interés más elevado, pues como es sabido sin hipoteca hay mayor riesgo y a mayor riesgo el interés a pagar aumenta, por lo cual no sería abusiva una cláusula que repartiéndose por partes iguales el pago de los gastos registrales. No obstante ello, siendo nula por genérica y omnicomprendensiva la cláusula que impone al prestatario todos los gastos derivados del préstamo, en aplicación del Arancel de Registrador los gastos registrales por la inscripción de la hipoteca deben imponerse al banco acreedor en favor del cual se ha inscrito, debiéndose por ello confirmar el criterio de la juzgadora de instancia.

#### **Gastos de gestoría .-**

Al ser prestados por una empresa privada no existe normativa que los regule, correspondiendo su pago a quien contrata los servicios de la misma, debiendo presumirse que es la entidad financiera por ser la primera interesada en que se gestione tanto la liquidación del correspondiente impuesto y la inscripción de la escritura de préstamo hipotecario, debiendo señalarse que estamos ante un servicio privado que no es necesario, pudiendo el prestatario asumir personalmente tales tareas de gestión, que no implican gran complejidad como para requerir los servicios de un profesional , o contratar tales servicios con una gestoría de su elección, que puede cobrar honorarios menores, debiendo por lo dicho considerarse que estamos ante la imposición al consumidor de un servicio complementario o accesorio no solicitado por el mismo, y que como tal está contemplada por el art. 89-4 del Real Decreto Legislativo 1/2007 como cláusula abusiva. En este extremo la sentencia de instancia condena al banco demandado a abonar la mitad de los gastos de gestoría, y por ello debe darse la razón al prestatario apelante, y con revocación parcial de la sentencia de instancia condenarse al banco demandado a abonar la totalidad de los gastos de gestoría reclamados.

#### **Gastos de tasación de la finca que se hipoteca. -**

La juzgadora de instancia considera que tales gastos son de cuenta exclusiva del prestatario, por lo cual desestima la reclamación que de los mismos se hace al banco. No compartimos tal criterio y tal como adelantábamos en la Sentencia nº 30/2018, de 1 de febrero , tales gastos, al igual que sucede con los gastos de notaría, deben ser compartidos por igual por el prestatario y el banco prestamista, y ello atendiendo tanto al criterio de reciprocidad, como al interés que tienen ambas partes en tal tasación, el prestamista por cuanto que la tasación de la finca que va a hipotecarse sirviendo de garantía del préstamo le permite solicitar y acceder al mismo, y el banco prestamista por cuanto que está interesado en garantizar el crédito que concede con la hipoteca y por ello en la tasación de la finca hipotecada dado que ello es un requisito necesario para constituir la hipoteca, dado que debe figurar en la misma el importe por el cual se ha tasado. Debe por ello estimarse en este punto el recurso de apelación y condenarse al banco demandado al pago de la mitad de los gastos de tasación reclamados.

#### **Impuesto que grava el préstamo.-**

Tal como de modo acertado señala la juez de instancia el Real Decreto Legislativo nº 1/1993, de 24 de septiembre que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone en su artículo 8º que: "está 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 en cuyo favor se realice este acto...d) en la constitución de préstamos de cualquier clase, el prestatario", señalando por su parte el art. 15-1 del mismo texto normativo que: "la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo". Por su parte el criterio de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, establecido de modo constante y pacífico, es que tanto en los créditos como en los préstamos con garantía hipotecaria, el sujeto pasivo sobre el impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario, y ello considerando que la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible sea el prestatario, de conformidad con la normativa citada. Y por último la reciente *Sentencia de la Sala Civil nº 148/2018, de 15 de marzo*, confirma el criterio que el mentado impuesto debe ser pagado por el prestatario en cuanto que sujeto pasivo del mismo, con la consecuencia que pese a ser nula la cláusula que impone al prestatario todos los gastos e impuestos derivados de la escritura de préstamo hipotecario y su posterior registro, el prestatario no puede reclamar al banco prestamista el abono de la cantidad que pagó en concepto de impuesto, pues el pago de tal impuesto corresponde por ley al prestatario, y no cabe en vía civil cuestionar tal imposición, máxime cuando el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la norma tributaria que impone al prestatario el pago de tal impuesto. Se confirma por ello el correspondiente pronunciamiento de la sentencia de instancia, que desestima la reclamación de la cantidad pagada en concepto de impuesto por razón del préstamo.

#### **Gastos derivados de la cancelación de la hipoteca .-**

Mención especial debe hacerse a los gastos derivados de la cancelación de la hipoteca. Aquí hemos de señalar, de forma contraria lo dicho por la juez de instancia, que es el prestamista titular del bien hipotecado la persona interesada en tal cancelación de la que a su vez se beneficia, pues con la misma queda libre de tal carga el bien gravado por la hipoteca, lo cual indudablemente le beneficia, y ello con independencia que el banco para otorgar un nuevo préstamo hipotecario exija que la finca esté libre de cargas hipotecarias, careciendo por ello el banco prestamista de interés en tal cancelación. Por ello al ser el demandante el interesado y beneficiado por tal cancelación es quien debe correr con todos los gastos de notario y registro generados por la escritura de cancelación de la hipoteca otorgada el 26 de julio de 2016. Debe en este extremo revocarse la sentencia.

**CUARTO.-** La estimación parcial de los dos recursos conlleva la no imposición de las costas generadas en la segunda instancia ( art. 398-2 de la LEC ).

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

En nombre de S. M. el Rey de España, administrando la justicia que emana del pueblo español y ejercitando la potestad jurisdiccional que la Constitución y las leyes confiere a este tribunal.

#### **FALLAMOS**

**Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Efrain y por la representación procesal de "CAIXABANK, SA" contra la Sentencia nº 226/2017, de 9 de octubre dictada en Autos de Juicio Ordinario nº 552/17 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Burgos promovido por el primero contra la segunda entidad y, en su consecuencia, revocar parcialmente tal Sentencia y en su lugar dictar otra por la que declarar nula por abusiva la cláusula quinta inserta en las escrituras públicas de préstamo hipotecario otorgadas por las partes en fecha 30 de octubre de 2008 y 17 de mayo de 2016 que impone al prestatario todos los gastos e impuestos derivados de la concesión del préstamo, y se condena al banco demandado a abonar al actor la totalidad de los gastos de registro (141,23 y 130,58 euros) y gestoría (695,50 euros) generados por dichos préstamos, así como la mitad de los gastos de tasación y notariales de tales préstamos (213,94 y 151,25 euros, según los importes del hecho cuarto de la demanda, lo que suma un total de 1.331,6 euros, y ello con más el interés legal del dinero devengado por las respectivas cantidades desde su abono, que se verán incrementadas en dos puntos desde la fecha de la sentencia de primera instancia y hasta su completo pago, desestimando la reclamación de las cantidades pagadas por el impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, que grava el préstamo hipotecario, y los gastos derivados de la escritura de cancelación de la hipoteca otorgada el 26 de julio de 2016, sin imposición de las costas en primera instancia. Todo ello sin imponer las costas generadas en la segunda instancia por los dos recursos.**

**La estimación parcial de los recursos de apelación conlleva la devolución a los apelantes del depósito para recurrir previsto en la disposición adicional 15ª de la L.O.P.J .-**

**Notifíquese esta Sentencia a las partes con la advertencia que no es firme y que contra la misma cabe interponer en el plazo de veinte días desde su notificación y mediante escrito presentado en este**





**Tribunal recurso extraordinario por infracción procesal y /o de casación, cuyo conocimiento y resolución corresponderá a la Sala Civil del Tribunal Supremo.-**

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, **no** tificándose legalmente a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ