



Roj: **SAP Z 997/2018 - ECLI:ES:APZ:2018:997**

Id Cendoj: **50297370052018100250**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **5**

Fecha: **14/05/2018**

Nº de Recurso: **128/2018**

Nº de Resolución: **374/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5**

**ZARAGOZA**

**SENTENCIA: 00374/2018**

N10250

DIRECCION.- C/ GALO PONTE Nº 1 DE ZARAGOZA-50.003

Tfno.: 976208053-055-051 Fax: 976208052

**N.I.G.** 50297 42 1 2017 0012700

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000128 /2018**

**Juzgado de procedencia:** JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 10 de ZARAGOZA

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000490 /2017

Recurrente: BANCO SANTANDER, S.A.

Procurador: MARIA LUISA HUETO SAENZ

Abogado: MANUEL MUÑOZ GARCIA-LIÑAN

Recurrido: Paula

Procurador: PALOMA GALLEGO SOLA

Abogado: GUILLERMO ROYO RUBIO

**SENTENCIA núm 374/2018**

**Ilmos. Señores:**

**Presidente :**

D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER

**Magistrados:**

D. JESUS IGNACIO PÉREZ BURRED

D. ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO

En ZARAGOZA, a catorce de mayo de dos mil dieciocho.

En nombre de S.M. el Rey,

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 5, de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 490 /2017, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 10 de ZARAGOZA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 128 /2018, en los que aparece como



parte apelante, BANCO SANTANDER, S.A., representado por el Procurador de los tribunales, Sra. MARIA LUISA HUETO SAENZ y asistido por el Abogado D. MANUEL MUÑOZ GARCIA-LIÑAN, y como parte apelada, Paula , representada por el Procurador de los tribunales, Sra. PALOMA GALLEGO SOLA y asistido por el Abogado D. GUILLERMO ROYO RUBIO, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan los de la **sentencia** apelada de fecha 27 de noviembre de 2017 , cuyo FALLO es del tenor literal: "FALLO: Que estimando la demanda formulada por Dña. Paula contra BANCO SANTANDER S.A., en declaración de nulidad de cláusulas de préstamo hipotecario por abusivas, debo declarar y declaro la nulidad de las Cláusulas Cuarta, Quinta y Sexta y de la escritura pública de préstamo hipotecario otorgado en fecha 7 de octubre de 2005, por repercusión de gastos hipotecario, interés de demora y comisiones de reclamación en caso de posiciones deudoras, eliminando las citadas cláusulas de la escritura, teniéndolas por no puestas, y manteniendo la vigencia del contrato sin ellas, condenando a la demandada a pagar a la parte actora la suma abonada por gastos hipotecarios, circunscritos al 50% de los Notarias y la totalidad de los registrales, no habiendo lugar a restituírle los impuestos cobrados por actos jurídicos documentos, en tal concepto de gastos restituibles, más el resto de las cantidades que se hayan generado por cobros indebidos con base en las cláusulas declaradas nula por abusividad, todo ello en ejecución de sentencia. Procede hacer pronunciamiento sobre costas procesales, imponiéndolas a la parte demandada. "

**SEGUNDO.-** Notificada dicha sentencia a las partes por la representación procesal de la parte demandada se interpuso contra la misma recurso de apelación.

Y dándose traslado a la parte contraria se *opuso* al recurso; remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia, previo emplazamiento de las partes.

**TERCERO.-** Recibidos los Autos ; y una vez personadas las partes, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado.

No considerando necesaria la celebración de vista, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 4 de mayo de 2018.

**CUARTO.-** En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Antecedentes procesales

Solicitó la parte actora la nulidad de diversas cláusulas, la Cláusula Financiera denominada "Gastos a cargo de la parte prestataria", la Sexta atinente a los intereses de demora y la Cláusula Cuarta atinente a las comisiones de la escritura pública de préstamo hipotecario de fecha 7 de octubre de 2006, así como la devolución de las cantidades abonadas por la actora y que debía haber abonado, a su juicio, la prestataria.

La demandada alegó que la cláusula de gastos era válida, que la misma, junto con el importe de los intereses y las comisiones obedecía a una misma oferta global, que la acción estaba prescrita o caducada. Igual conclusión mantuvo respecto a las cláusulas atinentes a los intereses moratorios y las comisiones.

La sentencia estimó parcialmente la demanda con imposición de costas a la demandada.

La demandada formula, a su vez, recurso de apelación fundada en que:

- La acción está prescrita, al menos los efectos de la misma que han de regirse por el plazo de prescripción de cuatro años.
- Las cláusulas anuladas de gastos e interés de demora son válidas y no abusivas.
- No procede la condena al pago de los conceptos reclamados.
- No procede la imposición de los intereses desde la suscripción del préstamo.
- No procede el abono de las costas.

La actora reitera los argumentos de la instancia en su escrito de oposición al recurso.

### SEGUNDO.- Nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios

Las recientes sentencias de esta Sala nº 159/2018 y nº 162/2018, ambas de fecha 26 de febrero , (Ponente: Sr. Pastor Oliver) ha resuelto la cuestión debatida al declarar la nulidad con carácter general de la denominada

cláusula de gastos de los préstamos hipotecarios, esto es, aquella que impone la totalidad de los gastos a los prestatarios originados en cualquier circunstancia y por cualquier causa.

Así, la indicada resolución se pronuncia en los siguientes términos:

#### **Gastos. Principios Generales.-**

La S.T.S. 705/2015, de 23-diciembre analiza a la luz de la legislación de protección de consumidores y usuarios las condiciones generales de contratación relativas a los gastos del negocio jurídico. Concretamente, del préstamo hipotecario.

El art. 89 del R.D. leg. 1/2007 de Defensa de Consumidores y Usuarios califica en todo caso como abusivas las cláusulas que impongan al consumidor los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. Y especifica respecto a la compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, resalta la citada S.T.S. 705/2013 ) una serie de supuestos concretos. Así, 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 (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división o cancelación) y c) la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.

Por lo que no cabe duda de la nulidad de la cláusula que genéricamente atribuye todos los gastos al prestatario.

**SEGUNDO.-** La resolución del Alto Tribunal en su apartado "g) *Séptimo motivo (cláusula de gastos del préstamo hipotecario)* " desarrolla dos principios que, a juicio de este tribunal, resultan paradigmáticos a los efectos de imputar la obligación de su pago: a) el *del interés principal* respecto a la concreta actuación de que se trate y b) *la distribución* de la carga tributaria según lo dispuesto en la legislación fiscal.

Todo ello sin olvidar que nos encontramos ante el examen abstracto de condiciones generales de contratación. Sin perjuicio de las circunstancias excepcionales que recogió la S.T.S. 171/17, 9-3 (negociaciones individualizadas).

Esta Sala ya se había pronunciado en los mismos términos con ocasión de las sentencias nº 264/2016, de 4 de mayo , la nº 560/2016, de 22 de noviembre , y el auto nº 17/2017, de 5 de enero.

Las recientes sentencias del Pleno del TS nº 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo ambas, han reiterado esta declaración de nulidad en los términos argumentados.

Por tanto, dicha cláusula con arreglo a los precedentes citados ha de estimarse nula.

#### **TERCERO.- Prescripción de la acción de nulidad**

Estima la entidad financiera recurrente que la acción ha caducado por el transcurso de cuatro años ex art. 1.301 del CC , subsidiariamente, de estimar que la acción es imprescriptible, no tendrían dicha cualidad las acciones tendentes a reclamar los efectos de la misma, que prescribirían a los cuatro años.

La sentencia de esta Sala nº 173/2018, de fecha 27 de febrero , ha mantenido sustancialmente que:

**Caducidad y prescripción** .-Tratándose de una declaración de nulidad radical como se infiere de los arts. 83 T.R.L.G.C.U y 8-2 de la L.C .G.C., no puede hablarse de prescripción ni de caducidad, pues no estamos ante una resolución contractual ni ante un supuesto de anulabilidad del art. 1301 Civil.

Por lo que, según la máxima "quod nullum est nullum producit effectum", la acción es imprescriptible (art. 19-4 LCGC).

Incluso en sede de derecho nacional eminentes autores estiman, con fundamento en doctrina antigua, que la acción de nulidad absoluta, tal es el caso, es imprescriptible. En cuanto a sus efectos, estima la Sala que, aun de estimarse que la acción para exigirlos prescribe, su plazo sería, con arreglo al art. 1964 del CC , el de las acciones personales que no tienen señalado termino especial. Este era de quince años, si bien tras la Disposición final 1 de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, que modificó dicho artículo se rebaja a cinco años; conforme a la disposición transitoria quinta de la misma norma, que remite al 1939 del CC , el plazo será el de 5 años desde la entrada en vigor de la citada modificación del art 1964 del CC .

Por tanto, en el concreto supuesto enjuiciado, ni siquiera en estos términos, de ser aceptados, se produciría la prescripción invocada.

#### **CUARTO.- Consecuencias de la declaración de nulidad**

Sentada la nulidad de la cláusula sus efectos serán los ya reflejados en las invocada SAP de Zaragoza nº 159/2018 y nº 162/2018 en los siguientes términos:



**Consecuencias de la declaración de nulidad** .-Como se desprende de la doctrina del T.J.U.E., por todas la más reciente sentencia de 21-12-2016 , la nulidad de una condición general por abusiva supone su expulsión del contrato ( art. 6-1 de la Directiva 93/13/CEE ), debiendo recuperar los afectados la situación patrimonial que tenían de no haberse aplicado dicha condición nula. Por tanto, los efectos que propugna el art. 1303 Civil.

Bien es cierto que las cantidades que pretende recuperar el consumidor-prestatario no las ha cobrado el Banco-prestamista, pero sí se ha beneficiado de la satisfacción por un tercero de lo que a aquél le correspondía. Por lo que abonándose a quien pagó por su cuenta, el consumidor recuperará la indemnidad en su patrimonio ( art. 1158 C.c ). Por lo que, no procede hablar de moderación de la cláusula nula.

#### QUINTO.-Gastos reclamados y su procedencia

En cuanto a los concretos gastos reclamados, esta Sala se ha decantado por los siguientes criterios -SAP de Zaragoza (Sección Quinta) nº 176/2018, de 27 de febrero y nº 270/2018, de 9 de abril , entre otras:-

##### 1-Notaría

**Notaría.**- La S.T.S. 705/2015 se refiere a este extremo cuando señala que la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real) está regulado en cuanto al pago de ese servicio por los respectivos aranceles de los cuerpos de Notarios y Registradores, atribuyendo su obligación de pago al *solicitante* del servicio y, en su caso, a los *interesados* según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente. (Norma sexta del Anexo 2 del R.D. 1426/1989, de 17 noviembre).

Y añade, dicha sentencia: "*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 ( art. 517 LEC ), constituye la garantía real ( arts. 1875 C.c . y 2.2 LH ) y adquiere la posibilidad de ejecución especial ( art. 685 LEC )*".

Ahora bien, añade, eso supone una cláusula sin la exigible reciprocidad con el consumidor cuando se hace recaer todo el pago de la escritura sobre el hipotecante. Por lo que -sin decidirlo de forma expresa- entiende que si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente, la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Por lo que, concluye, la normativa reglamentaria "*permitiría una distribución equitativa*".

Esto da opción a dos soluciones fundamentadas.

a) La necesidad de escritura notarial no reside tanto en el préstamo, pues préstamos pueden existir en documento privado, sino el negocio jurídico anexo de la hipoteca. Por lo que el realmente interesado en la escritura notarial, con la intervención del fedatario público es la *entidad prestamista*. Este debería, pues, pagar los gastos de escritura notarial.

b) Sin embargo, la concesión de aquél supone la constitución de ésta, por lo que el gasto de su formalización se entiende corresponde al 50% a cada uno de los intervinientes.

Todo ello, sin perjuicio de los casos concretos de solicitud de copias, testimonios, etc. (requerentes del servicio).

Por las razones expuestas este tribunal considera más conforme a los principios precedentes, la solución a).

##### 2-Registro de la Propiedad

**Registros.** Los aranceles registrales (R.D. 1427/1989, 17-noviembre) establece en la *norma octava del anexo II que "Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho"*( o por quien tenga *interés* en asegurar el derecho que se deba inscribir: art. 6-c) L.H ).

En base a lo expuesto este tribunal considera estas dos posibilidades:

a) Que el beneficiado por la hipoteca es el prestamista, pues con ella asegura la devolución del préstamo. Y es el interesado en asegurar el derecho de recuperación de lo prestado; así como el favorecido por dicho acto registral.

b) Que el concepto "favorecido "e "interesado" no es unívoco. Ha de entenderse referido a quien de forma *inmediata* pero también *mediata* tiene la condición de interesado en el acto registral. Es decir, el prestamista, pero también el prestatario, quien sin la inscripción hipotecaria quedaría huérfano de aquella entrega de dinero que le resulta de su interés.

En este caso, las razones que apoyan la resolución a), resultan claramente convincentes a este tribunal.

##### 3-Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados



Las recientes STS de Pleno nº 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo, han venido a regular esta cuestión en los siguientes términos:

**QUINTO.- El impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados en los préstamos hipotecarios**

1.- Decíamos en la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, en lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, que el art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (LITPAJD) dispone que estará obligado al pago del impuesto de transmisiones patrimoniales a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en la «constitución de derechos reales», aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c); y en la «constitución de préstamos de cualquier naturaleza», el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el art. 15.1 LITPAJD 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.

A su vez, el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales en que se recoge el préstamo, 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, dijimos en la mencionada sentencia, la entidad prestamista no queda siempre y en todo caso 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 expedición de las copias, actas y testimonios que interese. Por lo que una cláusula que cargue indiscriminadamente el pago de todos los tributos al prestatario, sin distinción o salvedad alguna, puede ser abusiva, por aplicación analógica del art. 89.3 c) TRLGCU, que en los contratos de compraventa de viviendas considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario; dado que los préstamos sirven para financiar esa operación principal que es la adquisición de la vivienda.

2.- Respecto del hecho imponible del impuesto de transmisiones patrimoniales consistente en la constitución del préstamo hipotecario (art. 7.1.B LITPAJD), ya hemos visto que el art. 8 LITPAJD, a efectos de la determinación del sujeto pasivo, contiene dos reglas que, en apariencia, pueden resultar contradictorias. Así el apartado c) dispone que «en la constitución de derechos reales» es sujeto pasivo del impuesto aquél a cuyo favor se realice el acto; y el apartado d) prevé que, «en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza», lo será el prestatario. De manera que si atendemos exclusivamente a la garantía (la hipoteca), el sujeto pasivo sería la entidad acreedora hipotecaria, puesto que la garantía se constituye a su favor; mientras que, si atendemos exclusivamente al préstamo, el sujeto pasivo sería el prestatario (el cliente consumidor). Sin embargo, dicha aparente antinomia queda aclarada por el art. 15.1 de la misma Ley, que dispone: «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».

3.- La jurisprudencia de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de este Tribunal Supremo ha interpretado tales preceptos en el sentido de que, tanto en préstamos como en créditos con garantía hipotecaria, el sujeto pasivo del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario (sentencias de 19 de noviembre de 2001 [RC 2196/1996]; 20 de enero de 2004 [RC 158/2002]; 14 de mayo de 2004 [RC 4075/1999]; 20 de enero de 2006 [RC 693/2001]; 27 de marzo de 2006 [RC 1839/2001]; 20 de junio de 2006 [RC 2794/2001]; 31 de octubre de 2006 [RC 4593/2001]; 6 de mayo de 2015 [RC 3018/2013]; y 22 de noviembre de 2017 [RC 3142/2016]). En tales resoluciones se indica 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 lo establecido en el art. 8 d), en relación con el 15.1, LITPAJD.

En su virtud, respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, en armonía con la jurisprudencia de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo, debemos concluir que el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario.

4.- Asimismo, frente a alguna duda de constitucionalidad que se ha manifestado doctrinalmente, debemos traer a colación dos resoluciones del Tribunal Constitucional en las que se resuelven sendas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña respecto del art. 29 LITPAJD, en relación con los arts. 8.d) y 15.1 del mismo texto refundido, y con el 68 del Reglamento del Impuesto, por si pudieran ser contrarios a los arts. 14, 31.1 y 47 de la Constitución Española. Se trata de los autos 24/2005 de 18 de enero, y 223/2005, de 24 de mayo. En la primera de tales resoluciones se dice:





«[...]es una opción de política legislativa válida desde el punto de vista constitucional que el sujeto pasivo de la modalidad de "actos jurídicos documentados" lo sea el mismo que se erige como sujeto pasivo del negocio jurídico principal (en el impuesto sobre el valor añadido o en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados), tanto cuando se trata de préstamos con constitución de garantías (aunque la operación haya sido declarada exenta en ambos impuestos), como cuando se trata de constitución de garantías en aseguramiento de una deuda previamente contraída, pues en ambos supuestos se configura como obligado tributario de aquella modalidad impositiva a la persona que se beneficia del negocio jurídico principal: en el primer caso, el prestatario (el deudor real); en el segundo supuesto, el acreedor real (el prestamista)».

5.- En cuanto al impuesto sobre actos jurídicos documentados por la documentación del acto -préstamo con garantía hipotecaria- en escritura pública ( arts. 27.3 y 28 LITPAJD y 66.3 y 67 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 -en adelante, el Reglamento-), tiene dos modalidades:

a) Un derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta (art. 69 del Reglamento).

b) Un derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas (arts. 71 y ss. del Reglamento).

El art. 29 LITPAJD , al referirse al pago del impuesto por los documentos notariales, dice:

«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».

Pero el art. el art. 68 del Reglamento del Impuesto contiene un añadido, puesto que tras reproducir en un primer párrafo el mismo texto del art. 29 de la Ley, establece en un segundo apartado:

«Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario».

Aunque se ha discutido sobre la legalidad de dicha norma reglamentaria, la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo a que antes hemos hecho referencia no ha apreciado defecto alguno de legalidad (por todas, sentencia de 20 de enero de 2004 ). Y como hemos visto, el Tribunal Constitucional también ha afirmado su constitucionalidad.

6.- Así pues, en lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta (art. 69 del Reglamento), será sujeto pasivo el prestatario, por indicación expresa del art. 68 del mismo Reglamento.

Y en cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas (arts. 71 y ss. del Reglamento), habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas.

Respecto de la matriz, conforme al ya citado art. 68 del Reglamento y la interpretación que del mismo hace la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, corresponde el abono del impuesto al prestatario. Salvo en aquellos casos en que pudiera existir un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales. Como el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor -por la obtención del préstamo-, como el prestamista -por la hipoteca-, es razonable distribuir por mitad el pago del impuesto (solución que, respecto de los gastos notariales y registrales, apunta la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 2016).

Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite, según se desprende del propio art. 68 del Reglamento.

Por tanto, en el presente supuesto, tanto el importe del impuesto referente a la constitución de la hipoteca, como el del timbre abonado serán a cargo de la parte actora, en cuanto esta no ha acreditado que parte del mismo corresponda a la demandada, partiendo de que ambas partes estaban en idénticas condiciones para hacerlo con arreglo a los principios de facilidad y proximidad probatoria y, en esta situación, la carga de la prueba del hecho constitutivo, que su pago correspondía a la contraria, era a cargo de la actora.

#### 4-Gestoría

**Gestoría.**- Los gastos de dicho intermediario no son imprescindibles, pero sí favorecen a ambas partes del negocio jurídico, pues son las dos las que, con la intervención del gestor, quedan libres de una tramitación que interesa y precisan ambas partes en el negocio: prestamista y prestatario. Así encomienda de escritura, satisfacción del impuesto correspondiente y previo a la inscripción registral.

### **5-Comisión de apertura**

**COMISION DE APERTURA.**- Para determinar si es o no abusiva la cláusula de comisión de apertura, es preciso partir de una serie de presupuestos.

En primer lugar, que su análisis ha de hacerse desde la óptica de la abusividad que se basa en la causación de un importante desequilibrio en perjuicio del consumidor.

En segundo lugar, la normativa sectorial relativa a comisiones bancarias exige que respondan a "servicios efectivamente prestados" y que dichos servicios hayan sido aceptados o solicitados por el cliente (art. 87-5 TRLGDCU; OEHA/ 12-12- 1989; Circular del Banco de España 8/1990, de 7-septiembre; OEHA/1608/2010, de 14 de junio; OEHA 2899/2011, de 28 de octubre y Circular del Banco de España 5/2012 de 27 de junio. Todo ello bajo el amparo de la Ley 26/1988 de Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito).

Por tanto, no están prohibidas de forma general. De hecho, a ellas se refiere la Directiva 2014/17/UE del Parlamento y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, relativa a contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

En tercer lugar, no podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente (Norma Tercera de la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre). Evitándose así cargos genéricos de difícil o imposible comprobación y que sumirían al cliente en la imposibilidad de contradicción, defensa o negación de una imposición "oscura" por indeterminada y prácticamente indeterminable.

**VIGESIMOPRIMERO.**- Que el Banco de España reconozca y distinga entre "Comisión de estudio" y "Comisión de apertura" para remunerar a la entidad bancaria de gestiones y análisis para verificar la solvencia y los términos de la operación solicitada, así como los trámites, formalidades y puesta a disposición del cliente de los fondos prestados, no significa que esa aceptación dogmática se convierta en eficacia jurídica y práctica sin más.

En efecto, como afirma la doctrina jurisprudencial mayoritaria, el hecho de que la entidad prestamista investigue el riesgo del cliente o asuma determinados gastos para averiguar su solvencia, no exceden de las actividades propias de toda la actividad bancaria; son actividades internas de la entidad que por sí mismas no proporcionan servicio alguno al cliente. Están en la dinámica del propio negocio bancario que no se explica bien que haya de ser retribuido al margen y además de las propias condiciones financieras del préstamo (intereses). Hablar de gastos inherentes a la "actividad de la empresa", los hace aún más evanescentes.

Sobre todo cuando se cobra un porcentaje sobre el capital del préstamo lo que aleja aún más dicha comisión del exigible equilibrio prestacional y de su ineludible obligación de proporcionalidad ( Ss. A.P. Pontevedra, secc. 1ª 599/17, 18-12 , Baleares, secc.5ª 377/17, 14-12 y Asturias secc 6ª, 411/17, 15-12 ).

Por todo lo cual, procede concluir la nulidad de dicha Condición General.

### **SEXTO.- Cantidades reconocidas**

Aplicando los criterios referidos, las cantidades en que se ha de estimar la demanda son las ya fijadas en el fallo de la resolución recurrida excluyendo de la condena la mitad del concepto timbre incluido en la factura de la Notaría (11,42 euros /2)

En consecuencia, el recurso de la entidad ha de ser parcialmente estimado en la pequeña cantidad señalada.

### **SEPTIMO.- Intereses de demora**

La cláusula en litigio establece un interés de demora equivalente al interés remuneratorio pactado incrementado en 10 puntos.

A estos efectos, ha mantenido esta Sala en resoluciones como la sentencia nº 586/2017, de 4 de octubre o el auto nº 131/2017, de 2 de marzo, por remisión a las STS nº 705/2015, de 23 de diciembre , la nº 79/2016, de 18 de febrero , o la de Pleno nº 364/2016, de 3 de junio , que cláusulas de este tenor son claramente nulas por abusivas en cuanto, por remisión de las sentencias indicadas a la STS nº 265/2015, de 22 de abril , también de aplicación a préstamos hipotecarios, mantiene la resolución de Pleno de Sala invocada que:

»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.

Si bien, para justificar el diferencial de dos puntos respecto del interés remuneratorio, advertíamos que en el préstamo personal el interés remuneratorio habitualmente es mucho más elevado, en atención a la ausencia de garantía real, esta diferencia no justifica que variemos de criterio en el caso del préstamo hipotecario. Y de hecho, aunque referido a los efectos derivados de la nulidad de la cláusula de intereses de demora, ya advertíamos en las *sentencias 705/2015, de 23 de diciembre*, y *79/2016, de 18 de febrero*, que «resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual».

Por tanto, la cláusula en litigio se manifiesta como claramente abusiva, con desestimación del recurso en este extremo.

#### **OCTAVO.- Intereses legales**

También por aplicación del citado art. 1303 C.c., dichas cantidades producirán intereses desde el momento de su pago por parte del consumidor.

#### **NOVENO.- Costas procesales**

En el presente caso, las dudas jurídicas que la cuestión suscita, en tanto no se vayan forjando con el tiempo criterios sólidos, imponen que no proceda a hacerse pronunciamiento alguno sobre las costas ni en la instancia, ni en la apelación.

En virtud de lo expuesto,

### **FALLO**

La Sala acuerda estimar el recurso de apelación interpuesto por **BANCO SANTANDER S.A.** contra la sentencia de 27 de noviembre de 2017 y el auto de aclaración de 11 de diciembre del mismo año dictados por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia Nº 10 de Zaragoza al que el presente rollo se contrae, revocando la resolución recurrida en el sentido modificar la condena al abono del 50% de los honorarios del notario detrayendo la suma de 5,71 euros, sin hacer declaración sobre la imposición de las costas ni en la instancia, ni en el recurso interpuesto, y confirmando la resolución recurrida en todos sus demás extremos.

Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir dada la parcial estimación del recurso.

Contra la presente resolución cabe recurso de casación y extraordinario por interés casacional, ante esta Sala en plazo de veinte días, del que conocerá el Tribunal competente, debiendo el recurrente al presentar el escrito de interposición acreditar haber efectuado un depósito de 50 euros para cada recurso en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección (nº 4887) en BANCO DE SANTANDER, debiendo indicar en el recuadro Concepto en que se realiza: 04 Civil-Extraordinario por infracción procesal y 06 Civil-Casación, y sin cuya constitución no serán admitidos a trámite.

Remítanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, junto con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.