



Roj: **SAP PO 1260/2018 - ECLI:ES:APPO:2018:1260**

Id Cendoj: **36038370012018100245**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **05/09/2018**

Nº de Recurso: **101/2018**

Nº de Resolución: **251/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER VALDES GARRIDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**PONTEVEDRA**

SENTENCIA: 00251/2018

N10250

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

Tfno.: 986805108 Fax: 986803962

PA

**N.I.G.** 36057 42 1 2017 0003455

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000101 /2018**

**Juzgado de procedencia:** XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 1 de VIGO

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000236 /2017

Recurrente: Inocencia

Procurador: GISELA ALVAREZ VAZQUEZ

Abogado: JORGE JAVIER ALONSO CARRERA

Recurrido: BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, Inocencia

Procurador: JOSE ANTONIO FANDIÑO CARNERO, GISELA ALVAREZ VAZQUEZ

Abogado: OSCAR JOSE SURIS REGUEIRO, JORGE JAVIER ALONSO CARRERA

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

**D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO**

**D<sup>a</sup> MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ**

**D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ**

**HA DICTADO**

**EN NOMBRE DEL REY**

**LA SIGUIENTE**

**S E N T E N C I A 251/18**

En PONTEVEDRA, a cinco de septiembre de dos mil dieciocho



VISTO en grado de apelación ante esta Sección 1, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 236 /2017, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 1 de VIGO, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 101 /2018, en los que aparece como **parte apelante-demandante, Inocencia** , representada por la Procuradora de los tribunales, Sra. GISELA ALVAREZ VAZQUEZ, asistido por el Abogado D. JORGE JAVIER ALONSO CARRERA, y **como parte impugnante-demandada, BANCO POPULAR ESPAÑOL SA** , representado por el Procurador de los tribunales, Sr. JOSE ANTONIO FANDIÑO CARNERO, asistido por el Abogado D. OSCAR JOSE SURIS REGUEIRO, **siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO.**

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia núm.1 de Vigo, con fecha 30 de octubre de 2017, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Estimando parcialmente la demanda promovida por la representación de Inocencia contra Banco Popular Español, debo declarar y declaro:

a/la nulidad por abusiva de la cláusula 5.1, relativa a gastos, de la escritura de préstamo de 18 de marzo de 2005, condenando a la demandada a reintegrar a la actora la cantidad de 144,15 euros, más intereses legales desde la fecha de cargo en cuenta

b/ la nulidad por abusiva de la cláusula 4.3, de la escritura de préstamo de 18 de marzo de 2005, relativa a la comisión por reclamación de posiciones deudoras.

c/ Condenar a la demandada a restituir a la actora la cantidad de 15.188,92 euros, más intereses legales desde la fecha de cada cargo en cuenta, en concepto de restituciones derivadas de la nulidad de la cláusula suelo hasta abril de 2015.

d/ Condenar a la demandada a restituir a la actora la cantidad de 938,29 euros, más intereses legales desde la fecha de cada cargo en cuenta, en concepto de cantidades indebidamente cobradas en el período devengado entre abril de 2015 y marzo de 2017.

No se hace expresa imposición de las costas procesales.

**SEGUNDO.-** Notificada dicha resolución a las partes, por la representación de la parte apelante-demandante Inocencia , se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala y se señaló el día 14 de junio de 2018 para la deliberación, votación y fallo de este recurso.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- El presente proceso de juicio ordinario se promueve por doña Inocencia contra la entidad "Banco Popular Español S.A." (sucesora del "Banco de Galicia S.A"), con base en la escritura pública de préstamo hipotecario, de fecha 18/3/2005, suscrita entre ambas partes, y objeto de ulterior ampliación y novación modificativa en escritura de fecha 20/4/2007, en ejercicio de una acción de nulidad de una serie de cláusulas contractuales que se sostienen abusivas, consistentes, concretamente, en la cláusula de gastos a cargo de la parte prestataria, de comisión por posiciones deudoras, de comisión de apertura tanto de la escritura de préstamo hipotecario de 18/3/2005 como de ampliación del capital del préstamo y novación modificativa de 20/4/2007, de la cláusula primera I párrafo 4º de la escritura de ampliación y novación modificativa del préstamo hipotecario, de fecha 20/4/2007, relativa a la contratación de un seguro de amortización de crédito por fallecimiento con la entidad "Eurovida S.A.", con condena de la demandada al cumplimiento contractual en cuanto al cálculo correcto del tipo de interés ordinario o, subsidiariamente, se declare la nulidad por redondeo al alza del tipo de interés, y asimismo condena de la demandada al abono de la cantidad de 28789,89 euros (conforme al siguiente desglose: 208,80 euros, en concepto de gastos de gestoría; 1354,05 euros, en concepto de actos jurídicos documentados; 497,77 euros, por gastos de notaría por la suscripción del contrato de préstamo hipotecario de fecha 18/3/2005; 144,15 euros, por gastos del Registro de la Propiedad; 398,95 euros, por gastos de notaría relacionados con el contrato de ampliación y novación de dicho préstamo hipotecario, de fecha 20/4/2007; 8307,71 euros, en concepto de pago de la prima del seguro de amortización del crédito por fallecimiento; 1126,25 euros, del importe de la comisión de apertura del préstamo hipotecario de 18/3/2005; 625 euros, del importe de la comisión de apertura por la ampliación y novación modificativa del préstamo hipotecario de 20/4/2007; 15188,92 euros, en concepto de devolución de cantidades satisfechas de más hasta



el mes de abril de 2015 en aplicación de la cláusula suelo del contrato de préstamo hipotecario ya declarada nula por sentencia firme del Juzgado de lo Mercantil núm.3 de Pontevedra, de fecha 13/2/2017; y de 938,29 euros, en concepto de cantidades indebidamente cobradas como intereses ordinarios por un cálculo incorrecto del tipo de interés en el periodo comprendido entre abril de 2015 y marzo de 2017), más los correspondientes intereses legales.-

La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda en el sentido de: 1) declarar la nulidad por abusiva de la cláusula de gastos a cargo de la parte prestataria del contrato de préstamo de 18/3/2005, condenando a la demandada a reintegrar a la actora la cantidad de 144,15 euros, más los intereses legales desde la fecha de su cargo en cuenta; 2) declarar la nulidad, por abusiva, de la cláusula del contrato de préstamo de 18/3/2005 relativa a la comisión por reclamación de posiciones deudoras; 3) condenar a la demandada a restituir a la actora la cantidad de 15188,92 euros, más los intereses legales desde la fecha de cada cargo en cuenta, en concepto de restituciones derivadas de la nulidad de la cláusula suelo hasta abril de 2015; 4) condenar a la demandada a restituir a la actora la cantidad de 938,29 euros, más los intereses legales desde la fecha de cada cargo en cuenta en concepto de cantidades indebidamente cobradas en el periodo devengado entre abril de 2015 y marzo de 2017; 5) no hacer expresa imposición de las costas procesales.

Frente a la sentencia de instancia recurre en apelación la actora, aprovechando la ocasión la parte demandada para formular impugnación de la resolución apelada.-

**SEGUNDO.-** El préstamo hipotecario, de fecha 18/3/2005, fue concertado por la demandante en calidad de prestataria, figurando como hipotecante no deudora y avalista su madre doña Benita, por un importe de 88500 euros y a devolver en treinta años, mediante el abono de 360 cuotas mensuales, con establecimiento de un tipo de interés remuneratorio fijo del 2,75% hasta el 4/4/2006, y variable a partir de entonces, consistente, de modo preferente, en el Euribor (tipo de referencia interbancario a un año) más un margen o diferencial de 1,25% puntos porcentuales, susceptible de bonificación de concurrir una serie de circunstancias, con una cláusula suelo del orden del 3%, de una comisión de apertura del 1,25% sobre el importe del préstamo, de una comisión por reclamación de posiciones deudoras del orden de 30,05 euros en cada situación, y de una cláusula de gastos a cargo del prestatario.

Con posterioridad, en virtud de escritura pública de fecha 20/4/2007, se vino a ampliar el préstamo en 58446,71 euros, así como a novar determinados aspectos del mismo, en el sentido de fijar un periodo de carencia desde el 20/4/2007 al 4/5/2007 y un periodo de amortización de 335 cuotas mensuales, con establecimiento de un interés remuneratorio fijo del 4,50% hasta el 4/4/2008, y variable a partir de entonces en los mismos términos que en el contrato inicial de préstamo, si bien con una cláusula suelo del orden del 4%, así como de una comisión de apertura por un importe de 625 euros, con establecimiento de la siguiente estipulación:

"El/los prestatario/s declara/n en este acto que el capital ahora ampliado de CINCUENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS EUROS CON SETENTA Y UN CENTIMOS DE EURO, ha sido ingresado por el BANCO DE GALICIA S.A en la cuenta nº- NUM000 que la parte prestataria mantiene en la sucursal de O PORRIÑO, O.P del citado Banco, otorgando carta de pago por dicho importe.\_\_\_\_\_

Mediante la presente, la parte prestataria da orden de transferencia desde la citada cuenta por importe de OCHO MIL TRESCIENTOS SIETE EUROS CON SETENTA Y UN CENTIMOS DE EURO a favor de EUROVIDA, S.A a la cuenta de dicha entidad número 0075-0125-44-061-00417-44, en concepto de pago de prima de seguro de amortización de crédito por fallecimiento."

**TERCERO.-** En la resolución impugnada, y por lo que aquí interesa, la Juzgadora de instancia fundamenta esencialmente su decisión: 1) por lo que respecta a la restitución de las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula suelo contenida en la escritura de préstamo y la escritura de novación, que fué declarada nula en virtud de sentencia de fecha 13/2/2017 dictada en juicio ordinario núm.115/2015 del Juzgado de lo Mercantil núm.3 de Pontevedra, en que el objeto de aquél procedimiento venía limitado a la declaración de nulidad de la cláusula litigiosa y no se ejercitaba la acción restitutoria por aplicación del efecto previsto en el art.1303 CC, no llegando aquélla sentencia a pronunciarse sobre ello, por lo que no cabe apreciar la concurrencia de cosa juzgada por aplicación del principio de preclusión del art.400 LEC; 2) por lo que particularmente se refiere a los honorarios de gestión de la operación de préstamo hipotecario, que en realidad se vienen a corresponder con los honorarios por tasación del inmueble, correspondiendo la atribución de este gasto al cliente prestatario, al ser la tasación un requisito para verificar la suficiencia de la garantía real ofrecida por el prestatario para obtener el préstamo; 3) por lo que hace al impuesto de actos jurídicos documentados, en que su abono ha sido efectuado por el obligado al pago según normas imperativas, que es el prestatario, en cuanto obligado tributario al pago del impuesto; 4) por lo que atañe a los gastos de notario, en que su abono procede atribuirlo a la parte prestataria, en razón a no haberse practicado prueba alguna relativa a quién solicitó la intervención del notario y tener que acudir al segundo criterio de la Norma Sexta del Anexo II del Arancel de notarios aprobado



por Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, conforme al cuál se viene a imputar los gastos de las escrituras al obligado fiscalmente al pago del impuesto de ellas derivado, que no es otro que el prestatario; 5) por lo que concierne a los importes de las comisiones de apertura, tanto del inicial contrato de préstamo como de la posterior ampliación y novación modificativa del mismo, por considerar que los costes repercutidos (que no hay elementos para estimarlos desproporcionados) obedecen a un servicio prestado al cliente, pues las gestiones necesarias para decidir, evaluar y preparar la concesión del préstamo suponen un coste en medios personales y materiales para el Banco y se prestan a favor del cliente que lo solicita; 6) finalmente, por lo que se refiere a la contratación del seguro de amortización del préstamo en caso de fallecimiento, por cuanto la mención relativa a la contratación del seguro se contiene en el párrafo cuarto de la cláusula primera I que se limita a indicar que se procede a transferir de la cuenta donde se ingresa el importe de la ampliación del préstamo la cantidad de 8307,71 euros a la entidad "Eurovida", en concepto de pago de prima de seguro de amortización de crédito por fallecimiento, inexistiendo en la escritura, por lo tanto, una cláusula o condición general que imponga la concertación del préstamo, de modo que la pretensión de restitución del importe de la prima del seguro no tiene cabida en la abusividad de condición general alguna, no llegando a formularse pretensión de nulidad del contrato de seguro, siendo así que la contratación de dicha clase de seguro también resulta beneficiosa para la parte prestataria al liberar a los herederos del pago de amortización del préstamo en caso de fallecimiento de la prestataria causante.

En su escrito de interposición de recurso de apelación, la actora recurrente interesa la íntegra estimación de la demanda, con la consiguiente condena de la demandada al abono de los importes de gastos objeto de reclamación e inatendidos. Con base a las sustanciales alegaciones que seguidamente se pasan a exponer.-

Así, por lo que se refiere a los gastos reclamados de gestión, que lo abonado a la mercantil "Tecnitasa Gestión Hipotecaria S.A", por un importe de 208,80 euros, fueron gastos de gestoría que no de tasación del inmueble.

Que dicha gestoría fué impuesta por la entidad bancaria a la recurrente. Que encomendó a la gestoría los trámites en el Registro de la Propiedad y en la oficina tributaria en su beneficio o, cuando menos, en beneficio de ambas partes.

Que, aún cuando parte de la jurisprudencia considera que procede el pago de tales gastos por mitad, tal distribución supondría una inadmisibles moderación de la cláusula abusiva.

De modo que debe condenarse a la entidad bancaria al pago del total de los gastos (208,80 euros) o al abono de la mitad de dicha cantidad.

Por lo que hace al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, que el sujeto pasivo del impuesto es la entidad bancaria prestamista, a favor de quién se constituye la hipoteca.

Por lo que respecta a los gastos notariales, que la intervención del notario viene exigida por la entidad prestamista. Que la recurrente acude al Banco solicitando financiación, siendo la entidad bancaria la que le exige plasmar el préstamo en escritura pública y la constitución de la garantía hipotecaria.

Que la entidad bancaria es la interesada en el otorgamiento de la escritura pública, según las normas sustantivas. Que, en último término, deberían haberse abonado los gastos de forma solidaria entre las dos partes.

En cuanto al gasto consistente en el abono de la prima del seguro de amortización del préstamo en caso de fallecimiento, que la entidad bancaria demandada impuso a la prestataria recurrente la contratación de dicho seguro de vida como condición necesaria para la concesión del préstamo hipotecario. Que la entidad aseguradora "Eurovida" estaba participada a fecha de la suscripción de la ampliación y novación del préstamo por la entidad bancaria prestamista, entonces denominada "Banco de Galicia". Que en este caso se impuso a la cliente prestataria la obligación de suscribir el contrato de seguro de vida con una entidad vinculada a la prestamista y, además se le exigió el pago de la cantidad de 8307,71 euros ya en el momento de la suscripción de la novación, aplicando parte del montante de ampliación del préstamo (del orden de 58446,71 euros) a su abono.

Que el art.89 del TRLGDCU atribuye la condición de abusivas a las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art.89-4) 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.89-5).

Por ello, debe reputarse nula la cláusula y condenar a la entidad bancaria a la devolución de lo pagado por la recurrente en concepto de seguro de amortización de préstamo por fallecimiento.



Finalmente, en cuanto a los importes satisfechos en concepto de comisión de apertura, que las entidades bancarias solo pueden establecer el cobro de comisiones en cuanto las mismas obedezcan a la prestación efectiva de servicios a sus clientes. Y en el presente supuesto no se señalan en las escrituras ni se ha justificado de forma alguna por parte de la entidad bancaria cuáles han sido esos supuestos servicios prestados.

Con lo cual, deben ser objeto de restitución las cantidades abonadas, en concepto de comisión de apertura, tanto de la escritura de préstamo hipotecario de 18/3/2005 como de la ampliación y novación de 20/4/2007, por un importe de 1106,25 euros y 625 euros, respectivamente.

Por su parte, la entidad bancaria prestamista, en su impugnación de la resolución impugnada vuelve a reiterar la existencia de cosa juzgada en relación con la prestación y correlativa condena al abono a la actora de la cantidad de 15188,92 euros, en concepto de restituciones derivadas de la nulidad de la cláusula suelo hasta el mes de abril de 2015.

Argumentando esencialmente, al respecto, que no es posible obtener la revisión de una sentencia firme por el hecho de que una sentencia posterior establezca una jurisprudencia que sea incompatible con los razonamientos que fundamentan el fallo de la sentencia anterior.

Y, esencialmente, con base en el efecto preclusivo del art. 400 LEC, al no existir razón para reservar la acción de reclamación de cantidad que ahora se ejercita vinculada a la pretensión principal de nulidad de la cláusula suelo ya ejercitada en el procedimiento ordinario núm.115/15 tramitado ante el Juzgado de la Mercantil núm.3 de Pontevedra. Al poder la contraparte reclamar entonces la devolución de los intereses abonados de más.

Que, en tal sentido, la STS de fecha 28/10/2013 viene a señalar que "La cosa juzgada se extiende incluso a cuestiones no juzgadas, en cuanto no deducidas expresamente en el proceso, pero que resultan cubiertas igualmente por la cosa juzgada impidiendo su reproducción en ulterior proceso, cual sucede con peticiones complementarias de otra principal u otras cuestiones deducibles y no deducidas, como una indemnización de daños no solicitada, siempre que entre ellas y el objeto principal del pleito exista un profundo enlace, pues el mantenimiento en el tiempo de la incertidumbre litigiosa, después de una demanda donde objetiva y causalmente el actor pudo hacer valer todos los pedimentos que tenía contra el demandado, quiebra las garantías jurídicas del amenazado ( SSTS de 28 de febrero de 1991 y 30 de julio de 1996), postulados en gran medida incorporados explícitamente ahora al art.400 de la nueva LEC".

De modo que el profundo enlace entre la nulidad de una condición general de la contratación y los efectos de la nulidad, complementarios de aquella, impide ejercitar la acción principal por un lado, y, posteriormente, la reclamación de los efectos de la misma, pues eran deducibles en el primer proceso.

**CUARTO.**-Empezando por la impugnación de la resolución apelada formulada por la entidad bancaria demandada, que viene a sostener la inadmisibilidad de reclamación en ulterior proceso de los efectos de la declaración de nulidad del art. 1303 CC, esto es, en el caso de litis, de restitución de los intereses abonados de más por la prestataria demandante como consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula suelo del contrato de préstamo litigioso (pretensión ésta única y exclusivamente objeto de solicitud en pleito anterior) por apreciación de la excepción de cosa juzgada ( art.222 LEC) y en atención al principio de preclusión ( art. 400 LEC) procede la desestimación del recurso. Con base a los argumentos recogidos en la sentencia de esta Sección, de fecha 10/11/2017, con cita de otra anterior de la Sala, de fecha 20/9/2017. Del siguiente tenor:

" Tradicionalmente en nuestro derecho ha sido una máxima que la cosa juzgada cubre tanto lo deducido como lo deducible, sin embargo, concretar lo deducible que quedaba cubierto por el manto de la cosa juzgada entrañaba no pocas dificultades. La razón de aplicación de dicha máxima se buscaba en evitar juzgar dos veces la misma cosa, aunque no se hubiera deducido expresamente, y la seguridad jurídica. La sentencia firme que produce el efecto de cosa juzgada hace precluir la posibilidad de un nuevo proceso para plantear nuevos argumentos dentro de los límites objetivos de la acción ejercitada.

Ahora bien, antes de la vigente LEC el propio TS dejó de aplicar dicha máxima cuando los nuevos hechos, razones o argumentos esgrimidos determinaban una causa de pedir distinta, variando un elemento esencial de la acción, la causa de pedir, incluso aunque la petición de tutela fuera la misma.

Con la LEC 1/2000 queda positivizada en el art. 400 LEC la máxima de que la cosa juzgada cubre lo deducido y lo deducible, pero con perfiles diferentes a la jurisprudencia y doctrina anteriores. La cosa juzgada abarca a los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio si hubiesen podido alegarse en un juicio anterior. Pero sobre la base de "lo que se pida". El legislador ha querido que la petición de una concreta tutela quede definitivamente resuelta en un solo proceso judicial, sin admitir en otro juicio posterior la misma petición de tutela con fundamento en otros hechos o argumentos jurídicos. A sensu contrario, debe entenderse que la cosa juzgada y el efecto de preclusión relacionado con la misma y previsto ahora en el art. 400 LEC, no abarca aquellas cuestiones que no han sido objeto de petición en el proceso y, por lo tanto, no han conformado su





objeto. En este razonar se considera que ya se trate de pretensiones complementarias, o efectos que puedan derivar de una acción principal, tales como la devolución de cantidades que aquí se plantea, o como pudiera ser una reclamación de daños y perjuicios derivados de un hecho daños cuya responsabilidad ha sido declarada en juicio previo, no han de incluirse bajo la previsión del art. 400 LEC, especialmente si, aun relacionados con la acción principal, tienen o pueden tener una configuración autónoma.

Aunque no hay un discurso unánime en la Jurisprudencia del TS. Pero en línea con lo anteriormente expuesto puede citarse la STS de 7 de noviembre de 2007 que admitió un segundo proceso sobre cuáles eran los efectos de declarar una parrillas inservibles, de forma que en el segundo proceso no se pide su reparación sino el pago del coste de su sustitución, admitiendo el alto Tribunal que el principio dispositivo que informa el proceso civil hace factible que el titular de derechos pueda ejercitarlos en su totalidad o parcialmente, es decir, que pueda solicitar todas o parte de las consecuencias de tal ejercicio. Lo que se pretende con el art. 400 LEC es que si se pretende la nulidad de un negocio se aleguen todas las posibles razones o motivos que puedan fundamentarla, evitando ulteriores procesos en que sobre la misma petición se aleguen nuevos hechos, argumentos o títulos, pero no abarca a aquello que no ha sido pretendido aun cuando esté relacionado con la pretensión ejercitada. No es lo mismo los hechos o fundamentos sobre la que se funda una petición o pretensión, que son a los que se refiere el art. 400 LEC, y peticiones o pedimentos que pudiendo haberse alegado, no lo fueron en un juicio previo. Estos no están en el ámbito del art. 400 LEC.

TERCERO.- Trasladando lo anteriormente expuesto al caso que nos ocupa, nos encontramos en la misma línea que la plasmada en la SAP Palencia, de 23 de diciembre de 2016, o la SAP León de 8 de febrero de 2017. Examinando esta misma cuestión señala la primera resolución citada:

*En definitiva sin dejar de considerar que el artículo 400 de la LEC es un precepto de difícil contracción en cuanto a sus efectos y alcance, es lo cierto es que una interpretación demasiado formalista del mismo puede conducir a restricciones del derecho defensa y sobre todo del derecho a la tutela judicial efectivo ( art. 24 de la C.E.), cerrando el camino a nuevas acciones cuando éstas se planteen entre quienes ya han sido partes en un juicio anterior. Por ello parece razonable entender que cuando dicho precepto cierra el camino a la alegación de nuevos hechos y fundamentos jurídicos,, se está refiriendo a la acción ya ejercitada en la que se ha debatido una concreta pretensión, pero no a las nuevas acciones cuyo contenido lo integran pretensiones no ejercitadas con anterioridad pues, como señala la doctrina constitucional, faltaría en este caso la identidad subjetiva que reclame el Instituto de las cosa juzgada ". No puede obviarse el hecho de que el propio artículo 400 de la LEC comienza su relación refiriéndose de forma explícita a lo que se pide la demanda (1. Cuando lo que se pide la demanda pueda fundarse.."), lo que parece centrar el contenido del precepto en aquello que ha sido pedido en el primer proceso, máxime cuando la previsión del número 2., es subordinada de ese primer párrafo, según ha considerado la jurisprudencia, para quien" únicamente se justifica su aplicación cuando en ambos procesos se deduzca- en las demandas de uno y otro- igual pretensión) ( SS Tribunal Supremo 25 junio 2009 , 8 de octubre de 2014 y Auto Tribunal Supremo 2 de diciembre de 2015 ).*

*Precisamente la doctrina del Tribunal Supremo también ha seguido en los últimos pronunciamientos igual tesis al afirmar que el artículo 400 LEC , no impide al demandante volver a formular una nueva demanda si en ella lo que se ejercita es una acción distinta aunque se hubiera podido acumular en el primer pleito, relegando la aplicación de la cosa juzgada a aquellos procesos en que se produzca igual pretensión en las demandas de uno y otro. Es en tal caso, cuando no cabe iniciar válidamente un segundo proceso para solicitar lo mismo con apoyo en distintos hechos o diferentes fundamentos jurídicos, pues en tal caso la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil obliga a estimar bien la excepción de litis pendencia si el primer proceso se haya pendiente o la de cosa juzgada, si en él mismo ha recaído sentencia dotada de efectos de cosa juzgada material. ( Sentencia TS de 25 de junio de 2009 , de 10 de marzo y 30 de marzo de 2011 , 9 de enero y 5 diciembre 2013 , 8 de octubre y 19 noviembre 2014 , 2 de diciembre de 2015 y 21 julio 2016 ).....*

*..... Por su parte la STS de 5 de diciembre de 2013 también ha interpretado el reiterado artículo 400 en iguales términos: Del texto del precepto se desprende que no pueden ejercitarse posteriores acciones basadas en distintos hechos, fundamentos o títulos jurídicos cuando lo que se pide es lo mismo que se solicitó anteriormente y cuando tales fundamentos, fácticos y jurídicos, pudieron ser esgrimidos en la primera demanda"; añadiendo la STS de 19 noviembre 2014 , que "lo que no supone tal precepto es que el litigante tenga obligación de formular en una misma demanda todas las pretensiones que en relación a los mismos hechos tenga contra el demandado". Conforme a esta doctrina el artículo 400 de la LEC permite tener aducidos todos los hechos y fundamentos o títulos jurídicos en que el demandante pudiera haber fundado lo pretendido en su demanda, hayan sido alegados efectivamente la demanda o no lo hayan sido, pero no permite tener por formulado un pedimento, a efectos de litigios posteriores, que efectivamente no lo haya sido en el litigio anterior:"La preclusión alcanza solamente a las causas de pedir deducibles pero no deducidas, no a las pretensiones deducibles pero no deducidas"( STS de 19 de noviembre de 2014 ). Por ello para que sea efectiva la previsión que contiene el artículo 400 de LEC se*



requiere como presupuesto previo, la existencia de identidad de pretensión y que está, como resulta obvio y la propia norma exige,- que se haya formulado en demanda o en su caso en reconvencción ( STS de 10 de marzo de 2010 ), siendo exigible para que pueda aplicarse el efecto preclusivo que sea igual lo que se pida en la demanda en uno y otro proceso.( STS 14 de julio de 2014 ).

En definitiva lo que excluye el artículo 222 de la LEC , es un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso ya resuelto, exclusión perfectamente concordante con lo dispuesto en el artículo 400.1 de la LEC que excluye la posibilidad de ejercitar acciones posteriores basadas en distintos hechos o fundamentos jurídicos que pudieran alegarse en el anterior pleito cuando lo que se pide es lo mismo, pues una misma pretensión sólo puede plantearse una vez, al margen de los concretos hechos y fundamentos jurídicos que la puedan sustentar (ST de 5 diciembre 2013 y 19 de noviembre de 2014). Pero, conforme a esta misma doctrina y a la propia literalidad de los preceptos, ninguno de esos dos artículos que se acaban de citar impiden un pleito en el que se formulen pretensiones distintas, aunque estén vinculadas con la pretensión formulada en un pleito anterior y aunque pudieran haberlo sido, por cuanto que la acumulación objetiva de acciones es facultativa y no preceptiva para el actor, conforme resulta de lo dispuesto en el art.71.2 de la LEC .

Asumida la anterior doctrina por esta Sala, lo cual supone una variación de criterio en el caso concreto respecto de lo acordado en su momento en la sentencia de 3 de junio de 2016 , no es posible aceptar la petición que la parte apelante hacer su recurso.

La condena al pago de cantidad dineraria es una acción sustancialmente distinta de la mera declaración de nulidad de una cláusula contractual y ello aunque la primera presuponga la segunda, pues que una acción sea presupuesto de otra no quiere decir que el actor venga obligado a agotar todo aquello que puede pedir contra un demandado; Por el contrario, y dependiendo de cada caso, un demandante puede no ejercitar, según su interés y posibilidades, alguna pretensión subordinada, accesoria o derivada para, como ocurre en este caso concreto, adaptarse a la doctrina jurisprudencial existente en el momento y que por haber cambiado posibilita el planteamiento de una cuestión que hasta ese momento no podía serlo de forma eficaz. Lo que impide el artículo 400 de la LEC , es otra cosa, que con el pretexto de nuevas alegaciones que pudieron hacerse en el pleito anterior se reproduzcan los mismos pedimentos.

Como se desprende de la ya citada sentencia de Tribunal Supremo de 21 de julio de 2016 , la situación del actor que pide en un primer proceso la declaración de la existencia de su derecho para dejar la determinación de la deuda para un procedimiento posterior es similar al derecho que le permite ejercitar el artículo 219.3 de la LEC : "Se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades, o productos cuando ésta sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades". No en vano la sentencia del citado tribunal de 17 de abril de 2015 ha hecho aplicación de este artículo para permitir al demandante reclamar a una compañía de seguros la indemnización que resultaba de una previa sentencia en la que se había reconocido su derecho a ser indemnizado, pero sin que se determinasen en ese primer procedimiento las cantidades a percibir.

En consecuencia el ejercicio inicial de la acción de nulidad de la denominada cláusula suelo existente en el contrato de préstamo hipotecario concertado entre las partes no puede considerarse excluyente o preclusivo del actual ejercicio de la acción de reclamación de las cantidades cobradas en exceso por la entidad bancaria como consecuencia de la aplicación de la cláusula declarada nula en el primer proceso y hasta el momento en que tal declaración se produjo. Debe en consecuencia, confirmarse el razonamiento que contiene la sentencia apelada, así como su conclusión condenatoria, máxime cuando tal criterio es el que ya rige en casos sustancialmente idénticos en la doctrina de Audiencias Provinciales (SS AP de Jaén de 10 de junio de 2015, de Zaragoza de 1 de julio de 2016)...".

Se considera que la pretensión en diferente proceso de devolución de cantidades indebidamente cobradas en virtud de una cláusula contractual que posteriormente se declara nula, ya se considere como una acción diferente e independiente como acción de condena de la previa acción declarativa de nulidad de la cláusula, ya como una pretensión complementaria ligada a la anterior por ser un efecto de la misma, no quedan comprendidas bajo las previsiones del art. 400 LEC cuando no se han ejercitado en un proceso previo de declaración de nulidad.

Máxime en un supuesto como el presente en que, precisamente, el efecto devolutivo que nos ocupa ha adquirido una clara autonomía y contornos propios, justificando incluso una decisión prejudicial del TJUE, concretamente la que resuelve su sentencia de 21 de diciembre de 2016, centrada precisamente en los efectos de esa declaración de nulidad en la forma más acorde para cumplir con los dictados de la Directiva 93/13. De ahí que también la eficacia del Derecho comunitario y la Jurisprudencia que lo interpreta, especialmente en esta materia de protección de consumidores para restablecer en su derecho al afectado por una cláusula abusiva, apunta también en la interpretación restrictiva del marco de aplicación del art. 400 LEC."



**QUINTO.**- Pasando al análisis del recurso de apelación interpuesto por la demandante, en relación a la cláusula de gastos a cargo de la parte prestataria, consentida la declaración de nulidad de la misma por la entidad bancaria prestamista, toca revisar ahora la atribución del gasto de alguna de sus partidas (concretamente, de los gastos notariales, de gestoría y del impuesto de actos jurídicos documentados)

De modo que, a tenor del criterio que viene manteniendo este tribunal y a la vista de las singularidades que presenta el caso sometido a enjuiciamiento, se pasa a examinar la correspondiente atribución del gasto en relación a los conceptos objeto de particular controversia.

Así, en relación a los gastos notariales, procede reproducir aquí las consideraciones al respecto contenidas en la sentencia de esta Sección, de fecha 28/3/2017:

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

" *Sexta.* - *La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que **hubieren requerido** la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente .*

El TS en su SS de 23 de diciembre de 2015, ha dicho que "*en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real -o sea la hipoteca-), tanto el arancel de los notarios como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo, constituye la garantía real, y adquiere la posibilidad de ejecución especial*".

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

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

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

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

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

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

Así mismo, visto el planteamiento de la demanda en la que se solicita la nulidad de la Cláusula Quinta en abstracto y el reintegro en su totalidad de los pagos efectuados en concepto de aranceles, sin hacer precisión alguna sobre los concretos pagos efectuados en este caso al Notario, en cuya factura se giran aranceles *por honorarios y copias*, se desconoce por completo si alguna de ellas pudo ser instada también por la entidad





financiera por lo que tampoco es posible concluir que a ésta correspondía, en este caso, efectuar algún pago de la misma."

La aplicación de las anteriores consideraciones al caso de litis conlleva a que los gastos notariales abonados por la prestataria no deban ser objeto de devolución.

Por lo que se refiere a los gastos de gestoría (factura de honorarios y suplidos devengados por la tramitación del asunto referenciado como compraventa no sujeta a IVA y préstamo hipotecario bonificado-Galicia, de la entidad "Tecnitasa Gestión Hipotecaria S.A." por importe de 208,80 euros, obrante al folio 68 de los autos)- y que , efectivamente la resolución impugnada conceptúa erróneamente como de honorarios por tasación del inmueble-, en la sentencia de esta Sección, de fecha 18/1/2018, se viene a señalar:

"El mismo control de contenido es el que debe realizarse sobre la cláusula de la estipulación quinta, apartado 1 d), que imponen al prestatario los gastos de tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la Oficina liquidadora del impuesto, así como los correspondientes a escrituras previas que resulten necesarias para su inscripción.

La parte demandante sostiene que estos gastos de gestión son en beneficio de la demandada, para que el préstamo quedase perfectamente documentado en beneficio exclusivo de la entidad bancaria, que además elegía al gestor que incluso es una sociedad de su mismo grupo.

La parte demandada sostiene que es una cláusula conocida y aceptada por los demandantes, apoderando incluso a la entidad tramitadora en la misma escritura.

Como decíamos, esta cláusula que hace alusión a prestaciones accesorias o instrumentales relativas únicamente a la realización de gestiones para inscripción registral y pago de impuestos, debe examinarse desde un control de contenido, al igual que la cláusula sobre comisión de apertura. Señala el art. 3 de la Directiva 93/13 que *las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente 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*. En trasposición del mismo, el art. 82.1 TRLGCU establece que *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*.

No puede decirse que, conforme al art. 89.3 del TRLGCU , se haya producido mediante esta cláusula a la transmisión al consumidor de las consecuencias de gestión que no le sean imputables, de los gastos de tramitación y documentación que por ley correspondan al empresario, o de servicios accesorios no solicitados, pero desde luego tales gastos tampoco son obligatoriamente a cargo del consumidor. Es por ello que, como es el caso, ante la generalidad de la cláusula, que abarca diversos gastos de tramitación, algunos como los de registro de interés exclusivamente o principal, de la entidad financiera, no se encuentra justificación para que su totalidad se imponga al consumidor, salvo su explicación por la posición de mayor poder contractual de esta que, en detrimento de un reparto proporcionado, consigue imponer su total pago al consumidor.

Es por ello que, en dichos términos, dicha cláusula debe considerarse abusiva pues, en contra de las exigencias de la buena fe causa, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de sus derechos y obligaciones que derivan del contrato al tener que asumir un gasto, otro más, que es impuesto y que en modo alguno puede justificarse mediante la asunción voluntaria del mismo por el consumidor, cuya influencia en el contenido de la cláusula predispuerta es nula en realidad.

En cuanto al efecto de dicha declaración de nulidad, como señalamos en nuestra sentencia de 18 de diciembre de 2017 (pt. Sr. Almenar Belenguer), corresponde su pago por mitad a las partes contratantes. Decíamos entonces:

*En efecto, la declaración de nulidad y consiguiente expulsión de la cláusula del contrato comporta que no exista pacto alguno que regule entre las partes la asunción del precio de los servicios de la gestoría por la tramitación del préstamo.*

*En consecuencia, teniendo en cuenta que nos encontramos ante un contrato de arrendamiento de servicios, previsto en los arts. 1544 y 1583 y ss. del Código Civil , es preciso señalar que se trata de un contrato oneroso, pudiendo consistir la retribución del prestador del servicio en una suma de dinero (precio) o en cualquier bien o servicio económicamente valuable; sin precio no puede haber arrendamiento de servicios (la prestación gratuita de servicios se incardina en el ámbito de las liberalidades o donaciones - STS 25 de mayo de 1992 -).*

*El precio ha de reunir el requisito de la certeza, lo que se entiende cumplido no solo cuando esté determinado en el momento de celebración del contrato, sino también posteriormente, de acuerdo con los criterios previstos en*



*aquél ( STS 14 de junio de 1989 ), o, incluso, cuando no habiéndose pactado nada al respecto, puede determinarse conforme a los usos o a la costumbre ( STS 3 de febrero de 1998 ). Se estima que, ante la ausencia del pacto sobre el precio, es suficiente si puede determinarse por un tercero (tasación pericial) o aún de forma discrecional por el propio prestador del servicio siempre que atienda a determinadas pautas comúnmente asumidas, como la entidad del servicio prestado, esto es, amplitud y complejidad de la tarea desempeñada, valor económico y naturaleza del asunto ( STS 12 de julio de 1984 ), pudiendo ser, en otro caso, fijado judicialmente ( STS 20 de noviembre de 2003 ).*

*Lógicamente, la obligación de pago del precio recae sobre quien contrata los servicios y, si fueran varios, sobre todos ellos, que responderán frente al prestador de los servicios conforme a lo pactado, y, a falta de pacto, salvo que la obligación expresamente se constituya con el carácter de solidaria o fuera indivisible, habrá que estar a lo dispuesto en las reglas generales en materia de obligaciones, y, más concretamente, en el art., 1138 CC, de acuerdo con el cual "el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros". "*

La aplicación de las anteriores consideraciones al caso de la litis conlleva a acoger parcialmente en dicho aspecto la pretensión actora, y, en consecuencia, a condenar al Banco demandado al abono del 50% del importe de los honorarios de gestoría (del orden de 208,80 euros), lo que comporta el pago por la entidad bancaria a la demandante de la suma de 104,40 euros.-

Por lo que concierne al impuesto de actos jurídicos documentados, en la sentencia de esta Sección anteriormente referenciada, de fecha 28/3/2017, asimismo se vino a concluir que el abono de su importe corresponde a la parte prestataria:

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

Veamos los argumentos:

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

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

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

La norma desarrolla lo dispuesto en el art.28 de la Ley del Impuesto y sitúa al prestatario como sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados de forma expresa.

Por lo demás, en la reciente STS de fecha 15/3/2018 en relación al pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados en los préstamos hipotecarios, se ha venido a resolver de la siguiente forma:

"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, será sujeto pasivo el prestatario.

En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en el que se redacten la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre



el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario, salvo en aquellos casos en que exista un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales en los que también se distribuirá el pago del impuesto por la matriz. Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quién las solicite".

Y ello en razón a las siguientes consideraciones:

**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. 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.

**7.-** Por último, y puesto que en la cláusula litigiosa se hace mención expresa a los tributos que gravan la cancelación de la hipoteca, debe tenerse en cuenta que el art. 45 B.18 LITPAJD declara exentas las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase en cuanto al gravamen gradual de la modalidad «Actos Jurídicos Documentados» que grava los documentos notariales. "

De modo que, dado que la cantidad cuya restitución se solicita por la actora prestataria por el pago del impuesto (del orden de 1354,05 euros, folio 69 de los autos) no es objeto de desglose, desconociéndose si alcanza a incluir alguna partida correspondiente a derechos por la expedición de copias a solicitud de la entidad bancaria, por lo demás de escasa incidencia económica, no procede la devolución de cantidad alguna a la parte prestataria.-

**SEXTO.-** Por lo que se refiere a los importes abonados por la actora prestataria, en concepto de comisiones de apertura, tanto por el inicial contrato de préstamo hipotecario de fecha 18/3/2005 como por la posterior ampliación y novación del mismo de fecha 20/4/2007 (del orden de 1106,25 euros y 625 euros, respectivamente), por la entidad bancaria prestamista se expresa en su escrito de oposición al recurso de apelación interpuesto de adverso su coincidencia con el criterio de la Juzgadora de instancia, de obedecer a un servicio efectivamente prestado por el cliente, pues las gestiones necesarias para decidir, evaluar y preparar la concesión de un préstamo suponen un coste de medios personales y materiales para el Banco y se prestan a favor del cliente que lo solicita.

A tenor de lo dispuesto en la Orden de 12 de diciembre de 1989, por la que se fijan los tipos de interés y comisiones así como las normas de actuación, información a clientes y publicación de las entidades de crédito, y la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (de aplicación al contrato de litis), si bien es cierto que las entidades de crédito pueden establecer libremente sus tarifas de comisiones por las operaciones de servicios prestados, también lo es que tales comisiones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos, sin que tampoco puedan cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente.





En torno a la cláusula de comisión de apertura, el criterio de este Tribunal es considerarla abusiva por causar un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor. Por no razonar el Banco qué concretos servicios ha prestado al cliente para poder concluir la procedencia de su cobro. Pudiendo citarse en el sentido expresado la sentencia de esta Sección, de fecha 18/1/2018, con cita de otra sentencia de la misma Sala de fecha 18/12/2017, en donde se indica que "El alcance de su justificación (por parte del Banco) lo adjetivamos como genérico, cuando alude tan solo a la necesidad de que al concertar préstamos se investigue el riesgo del cliente o se asuman determinados gastos para averiguar su solvencia. Pero si bien se miran las cosas, estos gastos son los propios de toda la actividad bancaria, o al menos no se justifica que se trata de gastos específicos en relación con la concreta operación enjuiciada...Por tales razones, no justificados en el caso los gastos sufridos por el prestamista, a cuyo abono respondiera la comisión enjuiciada, consideramos que la sentencia de primera instancia ha apreciado correctamente la nulidad de la estipulación".

En sentido semejante, la SAP Asturias, Sección 6ª, de fecha 2/2/2018, llega a la misma conclusión, viniendo a señalar que:

"En este caso se pretende que con la citada comisión se hace frente a los gastos generados por las gestiones previas a la formalización del préstamo, ahora bien en la estipulación no se hace expresa referencia al gasto que genera la misma, que permanece por ello en la más completa indefinición, al establecerse sin explicación alguna ni referencia a que gastos la justifican. Por otra parte su cuantía, responde a un porcentaje sobre el total importe del préstamo, que varía por ello en función de la cantidad prestada y no del coste de las labores preparatorias que cada concreto préstamo requiera. Además de ello la mayoría de los gastos de personal a que se alude en el recurso, de estudio de viabilidad y preparación del préstamo, tampoco justificarían sin más la comisión y su repercusión al cliente bancario, entre otras razones, porque la recepción de solicitud de préstamo, el estudio posterior sobre solvencia y la instrumentalización del préstamo son actuaciones internas del Banco que en sí mismas consideradas ningún servicio prestan al cliente de ahí que no puedan, sin una expresa asunción por el cliente, con plena información sobre su coste y efectiva negociación, ser puestos a cargo del mismo.

No habiendo acreditado por ello en este caso la entidad financiera demandada que el importe de la comisión responda a retribución de gastos efectivamente generados por la concesión y tramitación del citado préstamo, la declaración de abusividad y con ello su nulidad y el derecho al reintegro que establece la recurrida, debe ser mantenida."

En consecuencia, debe también reputarse nula, por abusiva, las cláusulas de comisión de apertura objeto de controversia. Lo que comporta la también condena de la demandada al abono de 1106,25 euros (importe de la comisión de apertura por el préstamo hipotecario de fecha 18/3/2005) y de 625 euros (importe de la comisión de apertura la ampliación y novación del préstamo hipotecario de fecha 20/4/2007).

**SEPTIMO.**-Por lo que hace a la estipulación primera I párrafo 4º del contrato de ampliación y novación modificativa del préstamo hipotecario, de fecha 20/4/2007, referida al pago de prima de seguro de amortización del préstamo por fallecimiento de la prestataria, (objeto de reseña en el fundamento de derecho segundo de la presente resolución), se nos ofrece como una condición impuesta por el Banco a la prestataria para la concesión de la ampliación del préstamo y, por tanto, no sujeta a negociación individual.

En atención a sus características, de tratarse de un seguro de amortización de préstamo en caso de fallecimiento de la prestataria, en específico interés del Banco prestamista beneficiario del seguro, concertada con aseguradora vinculada al Banco y con abono de prima única de importante cantidad que hace también descartable para la prestataria un cambio de aseguradora a su elección. A lo que hay que añadir que el importe de la prima del seguro se detrae del nominal del préstamo por conveniencia del beneficiario del seguro (el Banco prestamista) cuya contratación le interesa como sobregarantía de la devolución del préstamo, pese a disponer ya de la garantía hipotecaria y también de la prestada por la madre de la prestataria en calidad de avalista del préstamo.

La controvertida estipulación, por más que se redacte a modo de indicación por la prestataria de una orden de transferencia, ésta se vincula directamente a la contratación del seguro. Aunque en el párrafo de la estipulación primera I del contrato de ampliación y novación modificativa del préstamo hipotecario, de fecha 20/4/2007, no se recoja un contenido obligacional específico sí responde a una cláusula que impone el aseguramiento. Y tanto en el art.82 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la LGDCU, (como en el art. 10 bis de la anterior Ley 26/1984, de 19 de julio), se vienen a considerar abusivas tanto las estipulaciones no negociadas individualmente como las prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.



En definitiva, cabe concluir que la estipulación I párrafo 4º del contrato de ampliación y novación modificativa del préstamo hipotecario, de fecha 20/4/2007, incorpora una cláusula de imposición del aseguramiento en los términos predispuestos por el Banco prestamista.

Siguiendo el criterio expuesto en la SAP León, Sección 1ª de fecha 4/10/2017, con ocasión de analizar un supuesto similar al aquí objeto de enjuiciamiento, es de señalar que la exigencia de aseguramiento como garantía de pago de un crédito no se puede incardinar, como regla general y absoluta en los supuestos establecidos en los arts.82 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la LGDCU. Ahora bien, como así resulta de la STS de 9/5/2013, la abusividad de una cláusula no solo resulta de su contenido intrínseco sino también cuando no es negociada con la debida transparencia.

Y para verificar el control de transparencia de una cláusula en caso de contratación con consumidor, es de aplicación la normativa de protección de consumidores y usuarios ( arts. 10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio , 60 y 80 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), los arts. 1, 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación y la normativa sectorial.

También por el TS se ha establecido un cuerpo de doctrina (que se inicia en la sentencia de fecha 9/5/2013), consistente en que, además del filtro o control de incorporación, referido a la claridad, concreción y comprensión gramatical de la estipulación, a la cláusula debe aplicarse un control de transparencia reforzado o de comprensibilidad real cuando se refiera a elementos esenciales del contrato, tendente a permitir conocer con sencillez al cliente adherente tanto la carga económica que realmente supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.

En el supuesto de litis, con al impuesta contratación del seguro de amortización del préstamo en caso de fallecimiento, se produce una relevante detracción del montante de la ampliación del préstamo (del orden de 58446,71 euros) para el pago de la prima única del seguro (por importe de 8307,71 euros) lo que comporta una muy sensible reducción de la suma entregada para la finalidad propia del préstamo. Alcanzando a ser el porcentaje del nominal de la ampliación del préstamo detraído del orden del 14,21%.

Por otro lado, en la estipulación sexta de la escritura pública de ampliación y novación del préstamo hipotecario, de fecha 20/4/2007 relativa a la tasa anual de equivalencia (TAE), se recoge en su apartado a):

"SEXTA.- TASA ANUAL DE EQUIVALENCIA.- A efectos meramente informativos, los representantes del Banco hacen constar:\_\_\_\_\_

a.-) Que la suma de intereses, comisiones y gastos repercutibles, es equivalente a un tipo de interés efectivo anual postpagable del CINCO COMA CUATROCIENTOS CUARENTA Y DOS por ciento que se corresponde con el coste efectivo de la presente operación considerando para el primer período de interés, el tipo pactado y para los restantes, el tipo resultante de añadir el margen pactado al tipo de interés de referencia vigente quince días naturales anterior a la fecha de formalización, sin perjuicio de la bonificación que proceda en cada caso. \_\_\_\_\_

Se excluyen de este cálculo , los impuestos, primas de seguro y/o garantías, gastos por transferencias de fondos y gastos suplidos a cargo del cliente. \_\_\_\_\_"

Lo que supone una infracción del art. 18 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo (vigente a la fecha de la contratación) y de aplicación al caso de litis. Con incumplimiento del deber de transparencia. Al calcularse la TAE (indicador clave para que la prestataria consumidora pueda comparar correcta y debidamente otras ofertas de préstamo existentes en el mercado) con exclusión del pago de la prima del seguro de amortización del préstamo por fallecimiento, cual requiere el citado precepto.

Dicho incumplimiento de normativa legal en relación con la verificación del control de transparencia viene a argumentarse detalladamente en la reseñada SAP León, Sección 1ª, de fecha 4/10/2017, de la siguiente forma:

" Incumplimiento de normativa legal.

- En **relación** con el **contrato de préstamo**.

En el apartado 1 del artículo 2 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo (vigente a la fecha de la contratación), se establece que a los **contratos** en los que el importe del crédito sea superior a los 20.000 euros les es de aplicación únicamente lo dispuesto en su Capítulo III. Y entre los preceptos contenidos en él se encuentran el artículo 16 (oferta vinculante) y el artículo 18 que regula la delimitación del coste total del crédito y tasa anual equivalente y prevé, como cargas integrantes de dicho coste, " *los de seguros de amortización del*



*crédito por fallecimiento, invalidez, enfermedad o desempleo del titular, que sean exigidos por el empresario para la concesión del mismo* ". Como ya se ha indicado, no se hace alusión alguna a tales costes en la escritura pública. En la condición financiera quinta se detallan los " *Gastos y obligaciones a cargo del prestatario* ", y se alude, por ejemplo, al seguro de incendios y daños, pero se omite todo lo relativo al seguro de amortización del **préstamo**.

En el Anexo I de la escritura pública se indica que el tipo de interés efectivo anual postpagable (TAE) es de 3,393%. Para su cálculo expresamente excluye el pago de primas de seguro, a pesar de que el art. 18

El artículo tercero de la Orden de 12 de diciembre de 1989, vigente a la fecha de la contratación, prevé, en su apartado 3, que los tipos de interés que apliquen las entidades financieras deben expresarse, cualquiera que sea su tipo nominal y forma de liquidación, en términos de coste efectivo equivalente de una operación con intereses anuales postpagables. Por su parte, el Banco de España dictó la Circular número 8/1990, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. En el apartado 1 de la norma octava se establece de manera imperativa la inclusión del "COSTE Y RENDIMIENTO EFECTIVOS DE LAS OPERACIONES" en los documentos contractuales "QUE AFECTEN AL CONSUMO Y A LA ADQUISICION HIPOTECARIA DE VIVIENDAS" (por remisión del apartado "B" de la norma octava a lo establecido en el apartado 3 de la norma primera). Y como conceptos a incluir, para el cálculo del coste, se han de incluir los referidos a primas de seguros que tengan por objeto garantizar a la Entidad el reembolso del crédito en caso de fallecimiento, invalidez, o desempleo de la persona física que haya recibido el crédito, siempre que la Entidad imponga dicho seguro como condición para conceder el crédito (párrafo último del apartado 4 de la letra "a" de la norma octava, según redacción otorgada por la Circular número 13/1993, de 21 de diciembre, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/90, sobre transparencia de las operaciones y protección a la clientela).

En el presente caso se ha producido una clara omisión que añade otro incumplimiento del deber de transparencia, al calcular un TAE sin incluir un concepto exigible y, además, muy relevante: el prestatario tiene la idea de un TAE del 3,393% cuando es muy superior, ya la prima del seguro se ha de computar como un gasto vinculado al **préstamo**, por más que pueda reportar una eventual garantía (para el prestamista y para el prestatario).

Tal y como se indica en la información que facilita el Banco de España en su página Web: " *La T.A.E. es muy útil porque permite comparar distintos productos u opciones de inversión, con independencia de sus condiciones particulares. Esto es así especialmente entre productos de igual naturaleza, en los que los restantes elementos, y en particular el riesgo que tienen, son idénticos. A la hora de comparar **préstamos**, tenemos que distinguir dos situaciones: antes de contratar el **préstamo** y una vez que ya estamos devolviéndolo. Así, antes de contratar el **préstamo**, el indicador clave es la Tasa Anual Equivalente (T.A.E.). Pero una vez que dispongamos del **préstamo**, para efectuar una buena comparación entre nuestro **préstamo** y otras ofertas que puedan existir en el mercado, nuestro indicador sólo debería tener en cuenta lo que nos queda por pagar del **préstamo**. Podemos definir ahora un nuevo indicador, el Coste Efectivo Remanente (C.E.R.), que representa el coste efectivo correspondiente al tiempo que nos queda para la total amortización o devolución del **préstamo**. En el cálculo de este concepto únicamente se tienen en cuenta los pagos que tenemos que hacer hasta el vencimiento [...] Las entidades están obligadas a informar sobre la TAE, (o del CER, según corresponda) de sus operaciones en la publicidad que hagan de sus productos, en los **contratos** que formalicen con sus clientes, en las ofertas vinculantes que realicen y en los documentos de liquidación de operaciones activas y pasivas* ".

En este caso, la entidad financiera ha omitido el cumplimiento de las normas reguladoras de la transparencia en la contratación del **préstamo**.

- En **relación** con el **contrato** de seguro.

El artículo 62 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, y el artículo 6 del Reglamento de los Comisionados para la Defensa del Cliente de Servicios Financieros (RD 303/2004, de 20 de febrero, vigente a la fecha de la contratación, otorgan a la Dirección General de Seguros competencia de control y potestad sancionadora por práctica abusivas en la comercialización y contratación de seguros. Y en virtud de esa competencia, resolviendo sobre quejas y reclamaciones formuladas, ya ha dicho de forma reiterada: " *En consecuencia, se considera la imposición por parte de la entidad aseguradora de un seguro a prima única al tomador inadecuada y contraria a las buenas prácticas y usos en el ámbito de los seguros privados* ".

En particular, en el Informe Anual de su Servicio de Reclamaciones (año 2006, anterior, por lo tanto al **contrato** que nos ocupa), dice en su apartado 5: " *Asimismo, también ha sido motivo de reclamación la exigencia de contratación, con ocasión de la concesión de un **préstamo** hipotecario, de un seguro de vida a prima única* "



portodo el período de vida del **préstamo** hipotecario, que es cargada al prestatario y tomador de la póliza mediante un incremento del capital prestado. En estos **contratos** el beneficiario es la entidad prestamista. Se observa que esta práctica se está extendiendo en el mercado, siendo una actuación que es considerada por el Servicio de Reclamaciones como inadecuada y, en ciertas ocasiones, claramente abusiva ". Las quejas no son aisladas, y también en el Informe del año 2007 hace alusión al expediente NUM000 : " Falta de rigor informativo sobre el método de cálculo del valor de rescate en un seguro de vida " .

Para no extender en exceso la argumentación, nos limitaremos a indicar que si la mediadora de seguros opera a través de las sucursales de la entidad prestamista debe de asumir las obligaciones propias de la comercialización del producto, y más si la aseguradora es de su propio grupo empresarial. Pues bien, no consta -ni por asomo- que se hubiera ofrecido al cliente la posibilidad de contratar un seguro de prima temporal anual renovable, y tampoco que se le hubiera ofrecido información tan relevante como los criterios de cálculos del valor de rescate ni, por supuesto, el elevado coste que suponía el pago de la prima única que, además, debía de ser financiado. Y todo ello con la finalidad primordial de proteger el pago a la beneficiaria del **contrato** de seguro (la prestamista).

Control de contenido.

La carencia de transparencia en el control formal pone de manifiesto una más evidente falta de transparencia del control de contenido, ya que las consecuencias jurídico- económicas de lo pactado son totalmente ajenas a los prestatarios que -ya de entrada- ignoran por completo la TAE y, por ende, el coste real de la financiación que asumen. Pero tampoco se les informa que al ser financiado el **contrato** de seguro su finalidad principal (financiar la adquisición de una vivienda) va a suponer que durante el periodo de vigencia del **contrato** de **préstamo** van a estar pagando los costes de financiación de la prima, cuando si la prima hubiera sido periódica ese coste no existiría.

En definitiva: se contrata un **préstamo** por un principal de 83.068,91 euros, para la adquisición de una vivienda, y solo se reciben 70.000 euros. Sin embargo se pagan intereses por el total del principal, elevando considerablemente el coste financiero sin informar de manera destacada al asegurado ni ofrecerle otras alternativas. En algunos casos, la contratación del seguro de amortización opera como bonificación del tipo de interés y opera como una contrapartida. Pero en el presente caso ni siquiera consta que la contratación del seguro haya supuesto una reducción del tipo de interés que se hubiera aplicado."

Tal falta de superación del control de transparencia, a lo que hay que añadir las circunstancias concurrentes de tratarse de una estipulación (imposición de la contratación de un seguro de amortización del préstamo por fallecimiento) establecida en interés del Banco prestamista beneficiario del seguro que refuerza así la garantía de la devolución del préstamo -por más que pueda favorecer también a los herederos de la prestataria- y en que la concertación del seguro se efectúa con una entidad aseguradora ("Eurovida S.A.") vinculada con el Banco prestamista a través del abono de una elevada prima única que es detrída del nominal del préstamo, lo que, según expresión de la prestataria apelante, viene a comportar que la entidad bancaria gane doblemente, dado que, por un lado, la entidad aseguradora participada vende un seguro con pago íntegro de la prima a su inicio, y, por otro, el Banco se beneficia del cobro de intereses sobre la suma del préstamo empleada para el abono de la prima del seguro, conlleva a tener dicha cláusula/práctica como abusiva, con la consiguiente declaración de su nulidad y expulsión del contrato, con aplicación de los efectos restitutorios del art. 1303 CC.

La declaración de nulidad de la cláusula/práctica contenida en la estipulación primera I párrafo 4º del contrato de ampliación y novación modificativa del préstamo hipotecario, de fecha 20/4/2007, relativa a la transferencia de 8307,71 euros de la cuenta de la prestataria (en donde fue ingresado el nominal de la ampliación del préstamo, por un importe total de 58446,71 euros) a una cuenta de titularidad de "Eurovida S.A." en concepto de prima de seguro de amortización de crédito por fallecimiento), supone simplemente la nulidad del pago dispuesto por la entidad bancaria conforme al sistema por la misma ideado, en concepto de prima única del seguro de amortización de crédito por fallecimiento, como garantía adicional de devolución del préstamo. De modo que, al ser nulo el pago dispuesto, la entidad bancaria prestamista debe entregar a la prestataria la totalidad del nominal de ampliación del préstamo, lo que comporta la condena del Banco demandado al abono del importe de la prima del seguro (8307,71 euros) cuya transferencia a la aseguradora impuso a la prestataria consumidora.

En atención a las anteriores consideraciones, procede la estimación parcial del recurso de apelación y la desestimación de la impugnación de la resolución apelada.

**OCTAVO.-** Dada la estimación parcial del recurso de apelación no se hace especial imposición de las costas procesales derivadas de su interposición, mientras que, al ser desestimada la impugnación de la resolución





apelada, las costas procesales derivadas de su formulación se imponen a la entidad demandada impugnante ( art. 398-1 y 2 LEC).

### LA SALA ACUERDA

Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la actora doña Inocencia , se desestima la impugnación de la resolución apelada formulada por la entidad "Banco Popular Español S.A.", y se revoca parcialmente la sentencia de instancia impugnada, en el sentido de acordar:

1.- **La declaración de nulidad**, por abusiva, de la **cláusula 4.1** del contrato de préstamo hipotecario de litis, de fecha 18/3/2005, relativa a la comisión de apertura, así como también de la cláusula quinta de la escritura de ampliación y novación modificativa del referido préstamo hipotecario, de fecha 20/4/2007, relativa asimismo a la comisión de apertura, condenando a la entidad bancaria demandada a que restituya a la actora las cantidades de 1106,25 euros y de 625 euros, cobradas respectivamente por tal concepto, más los intereses legales desde las fechas de sus respectivos cargos en cuenta.

2.- **La declaración de nulidad**, por abusiva, de la **estipulación Primera I párrafo 4º** de la escritura de ampliación y novación modificativa del referido préstamo hipotecario, de fecha 20/4/2007, relativa a la disposición de parte del capital de la ampliación del préstamo para la contratación de un seguro de amortización de crédito por fallecimiento , condenando a la entidad bancaria demandada al abono a la actora de la cantidad de 8307,71 euros, importe de la prima única del seguro detraído del nominal del préstamo, más los correspondientes intereses legales de dicha suma desde la fecha de su cargo hasta su completo pago.

3.- La condena de la entidad bancaria demandada al abono a la actora de la cantidad de 104,40 euros, equivalente al 50% de los gastos de gestoría, más los correspondientes intereses legales de dicha suma desde su cargo en cuenta.-

Manteniendo en lo demás los pronunciamientos de la sentencia apelada.

Dada la estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por la actora, no se hace especial imposición de las costas procesales derivadas de su interposición; mientras que al ser desestimada la impugnación de la resolución apelada formulada por la entidad demandada, se imponen a dicha impugnante las costas procesales derivadas de su interposición.

Hágase devolución a la actora del depósito constituido para poder recurrir en apelación.-

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