

Roj: **SJPI 198/2018 - ECLI:ES:JPI:2018:198**Id Cendoj: **29067420182018100001**Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**Sede: **Málaga**Sección: **18**Fecha: **12/11/2018**Nº de Recurso: **1217/2017**Nº de Resolución: **942/2018**Procedimiento: **Civil**Ponente: **JESUS TORRES NUÑEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 18 BIS DE MALAGA CIUDAD DE LA JUSTICIA, C/FISCAL LUIS PORTERO GARCIA S/N TEATINOS

Tlf: 677981701

Procedimiento: Proced. Ordinario (Contratación-249.1.5) 1217/2017.**SENTENCIA Nº 942/2018**

En Málaga a 12 de noviembre de 2018.

En nombre de S.M. El Rey,

En la ciudad de Málaga a 12 de noviembre de dos mil dieciocho, Don Jesús Torres Núñez, Magistrado-Juez de Adscripción territorial ante el Juzgado de Primera Instancia número 18 bis de esta ciudad, ha visto los presentes autos de Juicio Ordinario tramitados en este Juzgado bajo el número 1217/2017, a instancia de DON Víctor representado por la Procuradora de los Tribunales **DOÑA MARIA CASTRILLO AVISBAL** y con asistencia letrada de **DON ÁLVARO JESÚS TORRES FERIA**, en ejercicio de la acción de **NULIDAD DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN, MÁS CONCRETAMENTE DE CLÁUSULAGASTOS** contra la entidad **BANCO SANTANDER, S.A.**, representada por el Procurador de los Tribunales **DON PEDRO BALLEÑILLA ROS** y la defensa letrada de **DOÑA ISABEL CARUANA RUBIO**. En virtud de ello, dicto la presente sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente proceso ha sido promovido en virtud de demanda interpuesta por DON Víctor representado por la Procuradora de los Tribunales **DOÑA MARIA CASTRILLO AVISBAL** y con asistencia letrada de **DON ÁLVARO JESÚS TORRES FERIA**, en ejercicio de la acción de **NULIDAD DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN, MÁS CONCRETAMENTE DE CLÁUSULA GASTOS** contra la entidad **BANCO SANTANDER, S.A.**, representada por el Procurador de los Tribunales **DON PEDRO BALLEÑILLA ROS** y la defensa letrada de **DOÑA ISABEL CARUANA RUBIO**.

SEGUNDO.- En virtud de lo expuesto en el antecedente de hecho primero de la presente resolución judicial, debe significarse que la parte demanda estando emplazada en legal forma procedió a efectuar el preceptivo trámite de contestación a la demanda.

Debe ponerse de manifiesto que en el **acto** de Audiencia Previa se procedió a la proposición de pruebas, sólo documentales, quedando los autos conclusos para dictar sentencia.

He aquí por tanto el fundamento o *ratio essendi* de la presente resolución judicial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Debe precisarse para la correcta comprensión de los autos, que de una manera muy simplista, los hechos controvertidos objeto del presente procedimiento vienen dados por la validez o no de las cláusulas



cuya licitud se cuestiona - gastos - y los efectos derivados de la declaración de validez *versus* invalidez. Como puede fácilmente comprenderse y tratándose de materia de Derecho de Consumo, cuando además estamos ante consumidor, cuestión en la que incidiremos más adelante, de lo que se trata es de dilucidar si estamos ante condiciones generales de la contratación y sentado lo anterior, el control de abusividad prevista en la normativa sectorial - normativa de consumo- que es tanto como decir si concurre o no el llamado doble control de transparencia, esto es, si la cláusula objeto de autos fue negociada y además informada no sólo de la existencia *per se* sino de las consecuencias jurídicas de su establecimiento.

No obstante lo anterior, antes de entrar en el fondo del asunto conviene precisar y resolver las siguientes cuestiones igualmente planteadas; a saber: 1) el desistimiento al que se opuso la parte demandada; 2) falta de legitimación activa que fue resuelta *in voce* al entenderse que como quiera que existe una cierta solidaridad y comunidad de intereses paralelos que no contra puestos, la relación **jurídico**-procesal estaba bien constituida; 3) falta de legitimación pasiva de la demandada habida cuenta de la imposibilidad de repercutir los gastos a dicha entidad demandada.

1.- En cuanto a la **petición de desistimiento parcial de la cantidad reclamada por la actora por el concepto del impuesto de Actos Jurídicos Documentados**, petición frente a la que la partedemandada se opuso, debemos ya adelantar que procede rechazarla petición de desistimiento instada, todo ello por la concurrencia de los siguientes elementos o factores: a) el desistimiento de todas o algunas de las pretensiones ejercitadas y en caso de verificarse antes de la contestación a la demanda no está sujeta a requisito *ab initio* alguno, entre otras razones porque presenta como fundamento o *ratio essendi* que al no haberse producido la contestación a la demanda el promotor del procedimiento puede modificar el objeto del proceso, es decir, ampliarlo y por tanto y *a contrario sensu* reducir dicho objeto por elementales consecuencias del principio de justicia rogada y principio dispositivo, máxime cuando todavía no se ha blindado jurídicamente el llamado "objeto de debate" al no haber contestación; b) partiendo de lo expuesto en la letra inmediatamente anterior, en caso de demandado ya emplazado, es el órgano judicial que conoce del asunto concreto y determinado quien resolverá lo procedente- siguiendo la terminología del artículo 20.3 inciso *in fine* de la Ley de Enjuiciamiento Civil -. Así las cosas, obsérvese la estructura y dinámica del propio artículo referido, porque lo que no será de recibo - y así lo dice expresamente el propio artículo en materia de renuncia que sí produce efectos de cosas juzgadas- es que el desistimiento sea legalmente inadmisibles; c) como corolario de lo que se acaba de apuntar, lo que no puede admitirse en modo alguno, porque así se desprende de la prohibición en nuestro Derecho, ex artículo 7 del Código Civil, acudir al instituto del desistimiento que no produce efecto de cosa juzgada pero en abuso de Derecho, máxime cuando ya existe litispendencia en el caso de autos con los efectos derivados de la misma tales como la *mutatio libelli* o si se prefiere el adagio latino *in lite pendente nihil innovetur*; d) no puede permitirse el desistimiento máxime cuando se efectúa a la luz de una Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 y que beneficia a la parte demandada en sus consecuencias jurídicas, las numerosas cuestiones prejudiciales habidas en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la auténtica catarata jurisprudencial que se está produciendo, y todo ello a previsión además de que pueda producirse un cambio jurisprudencial. Por ello, dejar el fondo mi- prejuzgado y que la demandante puede verse con la posibilidad de proceso posterior con idéntico objeto en detrimento de la demandada estando ya ante los efectos de litispendencia no es admisible. No puede admitirse dicha situación si existe expresa oposición, porque no es admisible ya que se pugnaría como quiera verse con un principio informador de nuestra Constitución del artículo 9.3 como es el principio de seguridad jurídica, auténtico pórtico normativo de nuestro sistema judicial.

La cuestión reviste importante matiz, porque una cosa es el desistimiento del proceso mismo y que es la terminación anormal del proceso *per se* y que es a lo que hace referencia la Ley de Enjuiciamiento Civil, y otra cosa es el desistimiento y con oposición de la materialización u objeto de alguna acción entablada que *ab initio* no es de recibo porque teniendo en cuenta el objeto del proceso considerado como todo, podría incluso darse el riesgo de dividir la llamada continencia de la causa. Es más, no estamos ante un supuesto del artículo 413 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de ahí un pronunciamiento sobre el fondo.

Obviamente, se entrará por tanto en el fondo del impuesto con todas sus consecuencias, es decir, en lo favorable y no favorable que pudiera tener para cualesquiera de las partes de este proceso.

2.- En cuanto a la falta de legitimación activa que fue resuelta *in voce* al entenderse que como quiera que existe una cierta solidaridad y comunidad de intereses paralelos que no contra puestos, la relación **jurídico**-procesal estaba bien constituida; tanto así, que ello se entiende sin perjuicio de que como quiera que entre los hipotéticos legitimados activamente para reclamar sus derechos perseguirían intereses paralelos que no contrapuestos, al existir dicha comunidad de intereses en lo que les beneficia, que no en lo que les perjudique, siempre quedará salvo por el vínculo de la llamada solidaridad interna, las acciones que pudieran existir entre sí entre todos los hipotéticos legitimados activamente para accionar. Por ello, dicha cuestión planteada debe ser desestimada.



3.- *En la presente quaestio facti no concurre falta delegitimación ad causam, todo ello por la concurrencia de lossiguientes elementos o factores: a) cierto es que los terceros queintervinieron para la eficaz constitución del negocio jurídico realizado - Notario autorizante, Registrador, etc- fue consentidapor ambas partes, las que son las partes strictu sensu en este procedimiento; b) dicha intervención fue además necesaria para la existencia y plena validez del referido negocio en el mundo del Derecho ; c) teniendo en cuenta lo expuesto en las dos letrasinmediatamente anteriores, la cuestión no estriba en el derecho apercibir sus honorarios los profesionales que intervinieron sinoque en materia de condiciones generales de la contratación cuyavalidez por nulidad se discute y por tanto con dos elementospersonales, esto es, predisponente y adherente, lo cierto es quecuando se fija en la cláusula cuestionada quién debe cargar condichos pagos, como quiera que existe una asimetría en lasposiciones de las partes, habrá de dilucidarse que como quieraque ello se refleja en el contrato que une a las partes, habrá dedilucidarse quién en todo caso debe correr con dichos gastos, es decir, una parte, la otra, o en proporción entre ambas y que es loque dilucidaremos a lo largo de esta sentencia; dicho de formasimplista, aquí lo que se discute es quién debe abonarlos y no el derecho de los terceros a recibirlos.*

SEGUNDO.- En virtud de lo expuesto en el apartado de antecedentes de hecho de la presente resolución judicial, no podemos olvidar que la estipulación consistente en "**cláusula de gastos**" contenida en la escritura de PRÉSTAMO HIPOTECARIO de fecha 24 de junio de 2014 -cláusula QUINTA- y al estar en presencia de consumidor al no resultar hecho controvertido, lo cierto es que está sometida a un doble control, esto es, al llamado control de incorporación a que se refiere la Ley de Condiciones Generales de Contratación pero también al llamado control de transparencia *per se* que es tanto como decir el cumplimiento de lo preceptuado en la normativa de consumidores y usuarios. Debe precisarse que dada la catarata normativa y jurisprudencial que se ha producido en materia de abusividad de las llamadas condiciones generales de contratación, se debe ser muy riguroso, como no podía ser de otro modo, para constatar si se dio o no el doble control de transparencia de cara a la licitud *versus* ilicitud de la cláusula impugnada y por ende de los efectos derivados de la misma. La cuestión no es baladí, máxime cuando en materia del llamado "derecho de consumo" existe una auténtica inversión de normas de carga de la prueba sobre la entidad financiera o de crédito, de tal manera que lo único que le corresponde desde el punto de vista del *onus probandi* a la parte demandante-consumidor es precisamente probar la condición de tal y que no es el caso por lo expuesto.

En el presente caso, ya debemos adelantar que el primer control, el llamado control de incorporación se da - se habla de estipulación legible, delimitada en el cuerpo de la escritura, de forma separada y desde una perspectiva general-. Debe precisarse además que la cláusula de gastos impugnada *per se* no es nula siempre que se demuestre que el consumidor hubiera sido informado de lo que estaba contratando, en definitiva que hubiera sido objeto de negociación entre las partes de la relación jurídica.

Dilucidada la cuestión anterior, ya debemos adelantar que la condición cuya nulidad se pretende por la parte demandante, es condición general de la contratación y nula, todo ello por la concurrencia de los siguientes elementos o factores:

1.- A tal efecto debemos traer a colación el artículo 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación que establece: "Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos".

La citada norma ha llevado a considerar como requisitos para la consideración de una cláusula como condición general de la contratación, tal y como recoge la STS de 9/05/2013 en su razonamiento **jurídico** 137, los siguientes:

"a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) Predisposición: la cláusula ha de estar pre-redactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos.

c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes (...), de tal forma que el bien o el servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin (...).

La norma transcrita en ningún momento exige una incorporación "masiva" de la cláusula a los contratos celebrados en su actividad profesional por la entidad bancaria. Basta con que se trate de una cláusula



redactada para ser incorporada a una pluralidad de contratos, debiendo entenderse dicho concepto en su sentido estricto de diversidad, multiplicidad y en definitiva en su dimensión excluyente de no tratarse de un pacto o cláusula destinado a formar parte de un contrato único, excepcional o exclusivo.

Nada de esto se acredita por la entidad bancaria demandada (a quien correspondía la carga de la prueba), que haya sucedido en el supuesto que nos ocupa, esto es, no se acredita que la cláusula impugnada no sea condición general de la contratación no pre-redactada para una pluralidad de contratos y que se hayan negociado de forma individual, cuestión en la que incidiremos seguidamente. Por el contrario, se infiere lo contrario del contenido del contrato de *litis* y de su redacción literal.

Pero es que en lo relativo a la cláusula gastos, la realidad de la vida cotidiana y por ende de la vida jurídica nos demuestra que en la inmensa mayoría de las escrituras con garantía hipotecaria los gastos recaen de manera exclusiva en quien contrata con la propia entidad bancaria o de crédito. Realmente son condiciones generales de la contratación -esta cláusula de gastos- por la concurrencia de dos elementos: a) por la asimetría de las partes intervinientes en el contrato: b) sirva de complemento a lo que se acaba de exponer en la letra inmediatamente anterior que precisamente por esa asimetría y con la apoyatura jurídica de la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y de la reciente sentencia de 15 de marzo de 2018 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, precisamente y como quiera que incluso el hecho de la constitución de una garantía como lo es la hipoteca y que ha de ser inscrita ex 1875 del Código Civil en el Registro de la Propiedad porque hipoteca no inscrita es inexistente, por ello y a título de ejemplo en este caso, es el banco el interesado en la inscripción de la hipoteca se produzca para que nazca el título ejecutivo en el mundo del derecho; luego en consecuencia, la atribución genérica de gastos a la parte consumidora, como quiera verse, es condición general de la contratación, en tanto en cuanto recae exclusivamente en la parte débil de la relación jurídica-contractual.

2.-Es necesario la existencia, para enervar la acción de la actora, de acreditación de la existencia del doble control de transparencia que según la misma STS de 9/05/2013, consiste en:

- "la transparencia a efectos de incorporación en el contrato: (...) las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC - "**Laredacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez**" -, y 7 LCGC -"No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de celebración del contrato (...); b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles (...)

- el control de transparencia de condiciones incorporadas a contratos con consumidores"

A través del primer filtro de incorporación, se examina la claridad de la propia cláusula, así como la manera en la que se incorpora al contrato, y el mismo resulta aplicable tanto en el caso de que el adherente sea un profesional como un consumidor.

En este examen también se tiene presente la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 reguladora del proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios (derogada por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios). Por fecha de la operación sería la de 2011 pero cuyos principios estructurales es la salvaguarda de la información de los consumidores.

La Orden Ministerial impone una serie de deberes de información previa a la formalización del contrato que pueden resumirse en: la entrega al solicitante de un folleto informativo, de la posterior oferta vinculante que incluya las condiciones financieras, la posibilidad de examinar la escritura durante los tres días anteriores al otorgamiento y la formalización del préstamo en escritura pública con la obligación de que el Notario informe a las partes y les advierta sobre las circunstancias de lo que se vinculan.

En el segundo filtro, de control de contenido, "la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato".

Para efectuar dicho segundo control, el Tribunal Supremo señala diversos criterios que serían reveladores de falta de transparencia de la cláusula objeto de análisis. En concreto: a) la falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, pues cuando las entidades les dan un tratamiento impropiaamente secundario el consumidor y no percibe su verdadera relevancia; b) la información de las consecuencias de cara a ver que la negociación fue correcta.



3.- En el caso de autos, lo cierto es que la demandada no halagrado acreditar que no estábamos ante cláusula abusiva, o lo que es lo mismo, la existencia de negociación y de información como demostrativo de que la parte consumidora sabía lo que contrataba y las consecuencias jurídicas de hacerlo. Efectivamente, a juicio de este juzgador no se da ninguno de los elementos del control de transparencia, todo ello por la concurrencia de los siguientes elementos o factores: a) en primer lugar la parte demandante dentro de sus posibilidades y atendiendo a la facilidad probatoria a que se refiere el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil incorpora con la demanda los documentos que le son propios y de los que puede disponer; b) de igual forma, no se constata la existencia de información, y como puede fácilmente colegirse, al menos a efectos interpretativos, qué duda cabe que ese deber de información deberá materializarse en entrega de documentación; c) asistimos a un deber de información que supondría demostrar que la cláusula de gastos objeto de controversia fue negociada y lo cierto es que incumbía a la parte demandada dicha prueba porque en materia del llamado "derecho de consumo" se produce una inversión de la carga de la prueba en la demandada y no lo ha hecho, y además hubiera sido fácil con prueba documental, documentos que debieron en todo caso haberse incorporado con el escrito de contestación, todo ello de conformidad con el artículo 265 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que hace referencia a los llamados "*documentos fundadores de hechos impositivos o extintivos de la pretensión procesal*" con el consiguiente perjuicio para dicha parte por no haberlos incorporado. Más concretamente no queda acreditado, porque no se practicó prueba alguna distinta de la documental, que se le informara a la parte consumidora de los pormenores de los gastos que tenía que asumir y de otros tantos que podrían a lo sumo verse reducidos; piénsese por ejemplo en la búsqueda de otra gestoría, la posibilidad de elegir otra notaría o incluso el hecho de repartirse los gastos entre las partes.

Por todo ello, procede declarar en primer lugar la nulidad de las cláusulas de gastos incluidas en la escritura objeto de autos. De igual forma y atendiendo a justicia rogada, se declara nula y se tiene por no puesta, procediendo por ende también la eliminación de la misma.

En cuanto a los efectos de esta declaración de nulidad, debe tenerse por no puesta, de conformidad con la normativa de consumidores.

En consecuencia, habiéndose declarado la nulidad de pleno derecho de la cláusula objeto de este procedimiento, de acuerdo con el art. 6 de la mencionada Directiva y con los efectos propios de la nulidad recogidos en nuestra legislación restitución de las cantidades que procedan con sus intereses (artículo 1303 del CC), cuestión en la que incidiremos más adelante una vez cuantificada la cantidad a restituir a la parte demandante.

Debe precisarse que la nulidad de las cláusulas no implica las cláusulas en su totalidad sino que, dada la generalidad de las misma y en los términos a los que se refiere, debe quedar excluido todo extremo referido a primas del seguro de daños, incendio o gastos que recaigan directamente sobre la propiedad del inmueble.

TERCERO.- Por lo que se refiere a la denominada cláusula de gastos, recogida en la escritura pero en el particular de los gastos hipotecarios por los conceptos de Aranceles de Notario y Registrador derivados de la Constitución de la **Hipoteca**, así como Liquidar el Impuesto de **Actos Jurídicos Documentados** al que se sujeta la misma y gastos de Gestoría. De manera significativa y de forma ejemplificativa las cantidades que incluye son :

-796,34 euros de gastos notariales.

-119,20 euros de gastos registrales.

- 453,75 euros de Gestoría.

-Impuesto de **Actos Jurídicos Documentados**: 1.246,07 euros.

La escritura aportada con la demanda, tal y como puede vislumbrarse de los documentos incorporados con el escrito de demanda, dada su tipología, objeto y partes contratantes (entidad prestadora del dinero y consumidor), se enmarca en el ámbito de la contratación de consumo, y máxime cuando estamos ante consumidor por lo expuesto.

CUARTO.- En cuanto a las consecuencias de la nulidad de la cláusula gastos y a la justicia rogada, dicha parte demandante reclama los gastos indebidamente repercutidos, y aporta la justificación de los gastos satisfechos por el prestatario en concepto de Notaría, Registro de la Propiedad, Gestoría e Impuesto de **Actos Jurídicos Documentados**.

Pues bien, tal y como señala la STJUE de fecha 21/12/16, una vez declarada abusiva una cláusula (y por tanto, nula), no puede tener efectos frente al consumidor y debe restablecerse la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula; esto es, el consumidor tiene derecho



a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento suyo en virtud de la cláusula abusiva.

Por tanto, el consumidor no debe hacer frente a todos los gastos que preveía la cláusula. Lo que la entidad demandada debe restituir son los gastos que hubiese tenido que asumir con arreglo a Derecho positivo, y de no existir la cláusula que ahora se ha declarado abusiva.

Ahora bien, una cosa es el control de la cláusula en cuestión y su expulsión de la norma del contrato, y otra las condiciones concretas en que se hayan determinado las obligaciones de las partes en cada relación contractual; dicho de otro modo, expulsar la estipulación nula del contrato no significa atribuir necesariamente al predisponente- prestamista el pago de los concretos gastos reclamados en el presente litigio, pues ello dependerá bien de la exigencia de una norma imperativa, bien de norma que regule el concreto gasto en que el acreedor es un tercero ajeno al contrato, o bien del concreto pacto contractual concertado con pleno conocimiento de sus consecuencias, como producto de la negociación individual. Es decir, se trata de mantener la imputación de gastos que corresponda por normativa o fruto de la negociación individual, considerando abusivo que el empresario traslade o repercuta los que le incumben, lo que no releva al prestatario de pagar los gastos que le correspondan.

De manera que, declarada nula por abusiva la cláusula referida, deben determinarse las consecuencias de dicha nulidad, para lo cual es preciso hacer las siguientes consideraciones:

-Por lo que se refiere a los *aranceles notariales y registrales*, se debe distinguir entre los abonados al Notario (formalización en escritura pública) y los satisfechos al Registrador de la Propiedad (inscripción registral).

El Tribunal Supremo, en su Sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, establece, " (...) en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas en el Registro de la Propiedad (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho, o a quien solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (artículos 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial. (artículo 685 LEC).

En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la **hipoteca**, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art.89.2 TRLGCU).

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

- En relación al pago de los aranceles del Notario, la parte actora solicita la cantidad de 796,34 euros por esta partida.

A tal respecto, según la norma 6ª del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, "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". En este caso, ambas partes tienen interés en la intervención del Notario: la demandante cuenta con el asesoramiento de un Notario que debe velar por el respecto de los derechos de los consumidores y usuarios (artículo 147 del Reglamento Notarial), y la intervención del mismo supone la formalización o documentación del préstamo concedido por el Banco a su favor, permitiendo, a través de la constitución de la garantía hipotecaria, no sólo la concesión del citado préstamo, sino también el establecimiento de unos plazos razonables de amortización o devolución del capital del préstamo personal; por su parte, el Banco ostenta interés en la formalización de la escritura pública ante Notario, por cuanto la misma constituye un requisito o conditio sine qua non para el posterior acceso de la **hipoteca** al Registro de la Propiedad (teniendo tal inscripción carácter constitutivo).



De manera que, no constando suficientemente acreditado en las actuaciones qué persona concreta requirió la prestación de funciones o los servicios del Notario, y teniendo en cuenta que el negocio se concierta en unidad de **acto** y que beneficia a ambos contratantes, por lo que ambos tienen la condición de interesados, está justificado que el coste del servicio deba ser repartido entre ambas partes (50% cada una).

Por consiguiente, debe acogerse la pretensión planteada por la parte actora relativa a esta partida exclusivamente con relación a la cantidad de **398,17 euros (50% de 796,34 euros)**.

-En cuanto a **los aranceles derivados de la intervención del Registrador de la Propiedad, la parte actora reclama la cantidad de 119,20 euros por este concepto**.

Según la norma 8ª del Anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, "Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho". Así, se estima adecuado imponer el abono íntegro de los mismos a la entidad bancaria, por cuanto la garantía hipotecaria se adopta, y por tanto se inscribe, en beneficio del prestamista. El pago corresponde a la entidad demandada en la medida que no se aprecia que concurra, a los efectos de poder justificar que el abono corresponda al consumidor, ni el supuesto recogido en la letra b) ("por el que lo transmita") ni el supuesto recogido en la letra c) ("por el que tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir") del artículo 6 de la Ley Hipotecaria.

Por consiguiente, debe acogerse la pretensión planteada por la parte actora en relación a esta partida 119,20 euros.

- **La parte actora reclama asimismo la cantidad de 453,75 euros en concepto de g estoría**. La entidad bancaria impone al consumidor la contratación de los servicios de gestión de otra entidad mercantil, con la finalidad de que ésta sea quien se ocupe de la tramitación de la escritura pública y de la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad, repercutiendo su importe al consumidor.

La gestión de los trámites previstos anteriormente se impone unilateralmente por el Banco a los consumidores por falta de acreditación de todo punto de vista, siendo la entidad gestora elegida o designada por el propio Banco (no consta que la entidad gestora fuera elegida por los consumidores). Sin embargo, no hay que olvidar que, aun cuando se imponga por el Banco, la gestión también beneficia a la parte consumidora, por cuanto supone la realización de los trámites necesarios no sólo para la constitución de la **hipoteca**, sino también para la formalización del préstamo concedido al demandante. Dado que pueden existir diferencias de honorarios según la entidad gestora que realice los trámites, y no acreditándose (por la parte demandada, que es a quien le correspondía) que se le diera a la parte actora la opción de acudir a una entidad de su elección, este juzgador, entiende justificado que el coste del servicio deba ser repartido entre ambas partes (50% cada una).

De manera que debe acogerse la pretensión planteada por la parte actora exclusivamente en la cantidad de 226,87 euros (50% de 453,75 euros).

-Mención diferenciada merece el Impuesto de **Actos Jurídicos Documentados**, porque lo cierto es que nos encontramos en el momento presente ante una de las cuestiones más interesantes con las que se puede encontrar el aplicador del Derecho, sin duda alguna. De una manera simplista, en la presente temática concurren una serie de elementos dignos de mención; a saber: a) durante una importante trayectoria, la jurisdicción contencioso-administrativa estableció quién era el **sujeto pasivo** del impuesto que nos ocupa y que era el prestatario; b) en este orden de cosas, el Tribunal Supremo, Sala I, a título prejudicial y al amparo de la Ley de Enjuiciamiento Civil entendió en Sentencia de 15 de marzo del año presente, con eco en la jurisdicción especializada, que como quiera que el **sujeto pasivo** del impuesto referido es el prestatario no puede entenderse como consecuencia de la nulidad la restitución de dicho importe, precisamente porque el prestatario consumidor sería el **sujeto pasivo** del impuesto; c) así las cosas, se dicta sentencia por la Sala III, sección II, del Tribunal Supremo que en Sentencia de 16 de octubre del presente año dice -a diferencia de la doctrina anterior- que el **sujeto pasivo** del impuesto es el **sujeto** prestamista, resolución que fue seguida de dos resoluciones más de dicho Alto Tribunal; d) en *pro* de lo anterior y ante doctrinas discrepantes del mismo tribunal, en reunión en Pleno de la Sala III del Tribunal Supremo - cuestión en la que incidiremos más adelante porque todavía no se ha publicado dicho extremo- decide que el **sujeto pasivo** del impuesto es el prestatario; e) finalmente y en virtud de Real Decreto-Ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y **Actos Jurídicos Documentados**, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, se establece en su artículo único, punto uno, que "**será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho, y en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan./ Cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista**". Obsérvese que no existe Disposición Transitoria y sí una reflexión en el párrafo primero del referido artículo único que dice que la reforma se aplica "**a los hechos imponderables devengados a partir de la entrada en vigor de este real**



decreto-ley", disposición normativa que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, es decir, entró en vigor el pasado día 10 de noviembre de 2018.

Analicemos por tanto, toda la trayectoria expuesta.

- *Ab initio* y aun cuando el contrato celebrado entre las partes pueda deslindarse en un negocio **jurídico** contractual principal (como es el préstamo concedido por la entidad bancaria al prestatario o consumidor) y un negocio **jurídico** real accesorio (como es la constitución de **hipoteca**), desde el punto de vista tributario, el hecho imponible es único (el préstamo).

De cara a establecer quién es el **sujeto pasivo** del Impuesto sobre **Actos Jurídicos Documentados**, debe estarse a lo previsto - nos referimos a la regulación originaria antes de la reforma por Decreto- Ley- en el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y **Actos Jurídicos Documentados**. La anteriormente citada STS 705/5015, de 23 de diciembre, hace referencia al mismo al señalar que, "El artículo 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y **Actos Jurídicos Documentados** dispone que estará al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y derechos, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este **acto** (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d)". Por otro lado, el artículo 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de **hipoteca**, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos patrimoniales, por el concepto de préstamo. Pero el artículo 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de **actos jurídicos documentados** los documentos notariales, indicando el artículo 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".

Pues bien, en relación a este punto debe indicarse que ciertamente los argumentos de la Sentencia referida son correctos, pero no debe perderse de vista el artículo 29 del mismo Texto Refundido que, en relación al impuesto, y en la modalidad de documentos notariales del IAJD, establece 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 a cuyo interés se expidan". En aplicación del mismo, la Sala Primera del TS, en la citada Sentencia 705/15 declara que, "(la entidad bancaria) será **sujeto pasivo** en lo que se refiere a la constitución del derecho (de **hipoteca**) y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese (...)".

Sin embargo, esta doctrina contrasta frontalmente con la establecida reiteradamente por la Sala Tercera de lo Contencioso- Administrativo, del mismo Tribunal Supremo, en orden a la determinación del **sujeto pasivo** del Impuesto sobre **Actos Jurídicos Documentados**. A estos efectos, la STS, Sala Tercera, Sección 2ª, de 20 de enero de 2004 (STS 159/2004), prevé que el citado artículo 29 ha sido objeto de desarrollo y concreción por el artículo 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y **Actos Jurídicos Documentados**, que cierra la controversia señalando que, "Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario". Remarca esta misma Sentencia que en ningún caso el precepto reglamentario citado incurre en una exlimitación del artículo legal que lo habilita (art. 29 TRLITPyAJD), por cuanto se limita a desarrollar y especificar la correcta aplicación del mismo, no contradiciéndolo, en tanto que entiende que es el prestatario el adquirente del derecho al que se alude en el texto legal (el préstamo recibido de la entidad bancaria, como obligación principal del contrato), no pudiendo referirse en caso alguno al acreedor hipotecario (Banco) por cuanto que la **hipoteca** no se adquiere, ni se transmite, sino que se constituye como garantía de la obligación principal. La constitucionalidad de dicho precepto ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional en sendos autos de fecha 18/01 y 24/05/05.

En el sentido apuntado, las sentencias de los Tribunales del orden contencioso-administrativo son unánimes y señalan como **sujeto** obligado al prestatario. Por ello, en relación con esta partida no se produce un desplazamiento de la carga tributaria que debía soportar el profesional hacia la parte consumidora, ni por ende, concederse cantidad alguna a éste último.

Además, en este punto, hay que tener en cuenta la reciente STS 148/2018 de 15 de marzo, que en su Fundamento de Derecho Quinto dispone que, "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)". Lo mismo es de aplicación al particular del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales por razón del afianzamiento en razón del **sujeto pasivo** del mismo.



Debe significarse que si bien la sentencia referida se pronuncia a efectos prejudiciales en consonancia con lo que había venido estableciendo la misma jurisprudencia especializada del Alto Tribunal en su Sala III o de lo Contencioso-administrativo, sin embargo se ha producido una auténtica modificación del criterio hasta ahora sustentado por el Tribunal Supremo en cuanto al particular de quién debe ser considerado como **sujeto pasivo** del impuesto de **Actos Jurídicos Documentados**. Efectivamente, nos estamos refiriendo a la reciente sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 16 de octubre del presente año 2018 que afirma categóricamente que el **sujeto pasivo** del impuesto referido no es el prestatario; todo lo contrario, es la parte acreedora del negocio **jurídico** hipotecario. De una manera simplista y resumida, podemos decir que las consideraciones en que se basa la nueva sentencia son las siguientes: a) en primer lugar parte la nueva resolución judicial de la unidad del hecho imponible en el recto entendimiento de que si asistimos única y exclusivamente a un préstamo sin más, estaríamos ante un negocio **jurídico** que tributaría por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales; no por el contrario, cuando estamos ante la variante de un negocio **jurídico** que podríamos calificar de complejo, es decir y en el caso que nos ocupa, un préstamo pero garantizado con un derecho real de garantía como lo es una **hipoteca**. Pues bien, partiendo del concepto de unidad de hecho imponible, evitando una doble imposición, lo determinante es si el objeto del negocio **jurídico** conjuntamente considerado tiene vocación de inscripción en el Registro de la Propiedad y como quiera que así es con la **hipoteca**, porque **hipoteca** no inscrita es inexistente, ex 1.875 del Código Civil y concordantes, lo cierto es que si ponemos el énfasis en el artículo 30 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto - y además poniéndolo en conexión con el artículo 31 de la Constitución como lo hace su voto particular que completa el análisis también desde el sentido o finalidad constitucional como lo es el llamado principio de "capacidad económica" o contributiva- lo cierto es que como quiera que de acuerdo con esa capacidad económica sólo el prestatario recibe el préstamo y éste debe su devolución y pago de los intereses, mientras que por el contrario el acreedor hipotecario es el verdadero y único interesado en la constitución de la garantía porque además si y sólo si puede acudir al llamado procedimiento especial hipotecario diseñado en pro de los derechos de éste, de ahí que sea éste el destinatario del impuesto de **actos jurídicos documentados**; b) precisamente por todo ello, el Tribunal Supremo declara nulo por el llamado "exceso de reglamento" el contenido del artículo 68.2 del Reglamento del Impuesto cuando dice que: "*cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirenteal prestatario*". La conclusión del Tribunal es que el Reglamento innova algo que no dice la ley - que es tanto como decir que se extralimita-. Por tanto se entiende que ya no se trata de una aclaración a efectos interpretativos.

Llegados a este punto, la siguiente problemática que se originaba era si dicha solución del Tribunal Supremo *ex novo* podía aplicarse a resoluciones pendientes de dictado porque estaban vistas para sentencia, y que por tanto se encontraban pendientes y no resultas todavía en la instancia. A juicio de este juzgador la respuesta es categóricamente sí y todo ello por la concurrencia de los siguientes elementos o requisitos:

1) En primer lugar no podemos olvidar que ya de por sí las normas interpretativas de instituciones jurídicas - principio general del Derecho- son tácitamente retroactivas en tanto en cuanto tienen un efecto interpretativo, que no innovadoras, y esto es precisamente lo que suele ocurrir en la legislación sectorial de carácter tuitivo; supuesto paradigmático en el bloque llamado de "Derecho de Consumo".

2) Si bien es cierto lo que se acaba de apuntar en el número inmediatamente anterior, no lo es menos que en el caso que nos atañe no hablamos de normas, hablamos de criterio interpretativo jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo y además ante un criterio de *ratio decidendi*, por lo que a ello ha de estarse en el momento de dictarse sentencia. Sirva de complemento a todo ello que la Sala III del Tribunal Supremo tenía criterio consolidado y a partir de esta sentencia cambia dicho criterio, cambio al que habrá de estarse porque además, con independencia de que hubiera resoluciones hipotéticas posteriores, lo cierto es que hay un dato incontestable y que es que el artículo 68.2 del Reglamento del impuesto ha sido anulado y que es el que establecía -vía reglamentaria- que el **sujeto pasivo** era el prestatario, luego por tanto ya no existe ese precepto en nuestro Ordenamiento **Jurídico**. Por tanto ya no cabe hablar de ese precepto ni siquiera a efectos interpretativos, y por tanto desde la perspectiva constitucional y legal, y dentro de la independencia de este juzgador, debe acogerse ese criterio aunque sólo sea una sentencia, de la misma manera que cuando también se aplicó la sentencia de 15 de marzo del presente año.

3.- Es más, dicha solución casa perfectamente con el criterio mayoritario de la llamada jurisprudencia menor, y que comparte plenamente este juzgador, por la que se otorgaba el 100% de los gastos registrales a los prestatarios por el argumento de que el interesado en la inscripción es siempre el acreedor hipotecario.

-Si andamos en la trayectoria jurídica expuesta, esta resolución fue seguida de dos más. Como quiera que se produjo un giro total en la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo, se produjo la convocatoria de un Pleno de la Sala III del Tribunal Supremo de cara a vislumbrar finalmente cuál era la doctrina que debía prevalecer. Debe precisarse que este juzgador *ab initio* y con independencia de que se haya hecho saber en



los medios de comunicación, lo cierto es que el acuerdo finalmente alcanzado, y la argumentación jurídica que en su caso pueda darse, no ha sido publicado de cara a un conocimiento por parte de este juzgador. No obstante lo anterior y como quiera que un Juez habla y resuelve a través de sus resoluciones judiciales, de cara a vestir jurídicamente la presente resolución judicial lo cierto es que de la lectura atenta del Real Decreto-Ley del Gobierno de España en su Exposición de Motivos, que aunque no tiene contenido normativo, sí tiene una importante misión en no pocos casos interpretativa, establece en su penúltimo párrafo que : "**Con posterioridad, el 6 de noviembre de 2018, el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, ha acordado volver a hacer recaer sobre el prestatario la obligación del pago del impuesto**".

Llegados a este punto, para este Juzgador no cabe duda que en la presente controversia, el impuesto de **Actos Jurídicos Documentados** debe recaer su pago en la entidad prestamista, porque la disposición del gobierno que se acaba de dictar resuelve una laguna interpretativa y por tanto, y en cuanto tal, es tácitamente retroactiva, máxime cuando hablamos en nuestro campo de Derecho Civil, más concretamente de Derecho de Consumidores y cuando estamos ante un carácter tuitivo de tal rama jurídica, y cuando además el retorno o devolución del pago del impuesto en caso de nulidad, es consecuencia misma y directa de la nulidad decretada en esta sentencia.

Procedamos por tanto a exponer más detalladamente lo que se acaba de adelantar; a saber:

1.- Debe precisarse que con carácter general las normas son irretroactivas salvo que se diga en las mismas lo contrario, pero no es menos cierto que por una interpretación *a contrario sensu* del artículo 9.3 de la Constitución, las normas favorables, que no restrictivas de derechos individuales, pueden ser retroactivas, retroactividad que puede ser expresa o tácita, cuestión en la que incidiremos más adelante. Pues bien es el propio Tribunal Supremo el que reconoce esta idea. Efectivamente el Tribunal Supremo en sentencia nº 220/12, ya se pronunció sobre esta cuestión en el sentido de que "la doctrina jurisprudencial contenida entre otras en STS de 3 de junio de 1995 y 24 de noviembre de 2006, sienta como regla a seguir la de la irretroactividad de las normas, afirmando que el artículo 2.3 CC establece el principio de irretroactividad de las leyes si no dispusieren lo contrario, inspirándose nuestro ordenamiento **jurídico** positivo en el principio "*tempus regit actum*" o de irretroactividad, en cuya virtud cada relación jurídica se disciplina por las normas rectoras al tiempo de su creación, sin que venga permitido alterarla por preceptos ulteriores a menos que ofrezca inequívoco carácter retroactivo, todo ello en observancia al principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución Española), al criterio de confianza y certeza sobre el ordenamiento **jurídico** vigente, lo que implica el respeto a los derechos adquiridos y a las situaciones jurídicas beneficiosas o más favorables - T.S. 1ª SS. de 6 de abril de 1993, 25 de mayo de 1995, 3 de noviembre de 1997 y 19 de octubre de 1999, entre otras muchas". No obstante lo anterior, no es menos cierto que a raíz de ciertas instituciones jurídicas- como en materia de sociedades anónimas *et aliae*- el Tribunal Supremo ha venido admitiendo la llamada retroactividad tácita - T.S. 1ª SS. de 7 de julio de 1987, 16 de junio de 1993 y 29 de septiembre de 1997 - . Pero debemos preguntarnos

¿cuándo podemos hablar de retroactividad tácita), y entendemos que procede- siguiendo al propio Tribunal Supremo- cuando estemos ante

*"las normas interpretativas, las complementarias, de desarrollo o ejecutivas, las que suplan lagunas, las procesales, y, en general, las que pretendan eliminar situaciones pasadas incompatibles con los fines **jurídicos** que persiguen las nuevas disposiciones, pues de otro modo no cumplirían su objetivo* - T.S. 1ª SS. de 5 de julio de 1986 y 9 de abril

de 1992 -, que aunque se refiere a materia de sociedades y responsabilidad de los administradores, lo importante es que hacen hincapié en la idea de "penalidad o sanción" - T.S. 1ª SS. de 15 de julio de 1997, 29 de abril, 12 de noviembre y 22 de diciembre de 1999, 30 de octubre y 20 de diciembre de 2000, 20 de julio de 2001, 18 de julio de 2002 y 26 de abril de 2005, 9 de enero de 2006 entre otras muchas-

- véase a tal efecto la interesante Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección VI, de 3 de junio de 2013-

2.- Como puede fácilmente comprenderse y así se entiende por este juzgador a efectos prejudiciales para resolver la presente *quaestio facti* y *quaestio iuris* objeto de autos, en el presente caso con la nueva norma del gobierno dictada asistimos a una norma interpretativa porque además resuelve, al menos a efectos civiles, una importante duda interpretativa como han sido los actuales acontecimientos, y por tanto tácitamente retroactiva. Debe precisarse que en el Decreto- Ley no hay disposiciones del llamado "Derecho Transitorio" y si bien es cierto que el inicio del único artículo dice que **la reforma se aplica "a los hechos imponibles devengados a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley"**, ello no quiere decir que sea a modo de



dogma irretroactiva, y no lo dice, entiende este juzgador, por la concurrencia de los siguientes factores: a) cuando el legislador enuncia una proposición normativa puede hacerlo en vía positiva o en vía negativa y ello es lo que se ha dado en llamar "supuesto de hecho", y a partir de aquí fija una consecuencia jurídica; b) partiendo de lo expuesto en la letra inmediatamente anterior, lo cierto es que el legislador dice lo que dice porque no se puede enunciar de otro modo, ya que en la escrituras públicas otorgadas antes de la norma, y como quiera que el pago del impuesto en la *praxis* entra dentro de la llamada provisión de fondos, lo cierto es que ya se ha devengado el impuesto y se ha pagado; dicho de otro modo, en dicho aspecto, se ha agotado o consumado; c) tampoco dice nada aseverativo de interpretación porque no es su función, la interpretación va dirigida al aplicador del Derecho que debe buscar la llamada *voluntas o mens legis* que no la *voluntas legislatoris*, por la sencilla razón de que una vez que la norma entra dentro del Ordenamiento **Jurídico** tiene vida propia y se desgaja de su emisor.

3.- Sentadas las anteriores consideraciones, lo cierto es que el Derecho Civil, tiene sus características, sus principios informadores; más aún en el llamado Derecho de Consumo, porque lo cierto es que cuando un cláusula de gastos en cuanto condición general de la contratación es nula por sobrepasar el llamado doble control de incorporación y/o transparencia, amén del llamado control de abusividad o desequilibrio, lo cierto es que se producen unos efectos en cuanto a sus consecuencias y *ex lege*, todo ello de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1.303 del Código Civil, y lo cierto es que aquí de lo que se trata es de dilucidar no quien tiene derecho a cobrar que siempre será Hacienda, sino quién tiene obligación de pagar y si se puede o no exigir a otro su pago, ya que hablamos de condiciones generales de contratación con importante asimetría o posición entre las partes de la relación jurídica. En el caso de autos, qué duda cabe que en defecto de Disposiciones de Derecho Transitorio del Decreto Ley, rigen las disposiciones de Derecho Transitorio del Código Civil -y aplicable a cualquier ramo del Derecho al ser Derecho Supletorio, tal y como se desprende de la llamada jurisprudencia menor, tales como Audiencias Provinciales de Barcelona (Sección 15ª) en sentencias de 24 de abril de 2008 y 16 de enero de 2009 y de Sevilla (Sección 5ª) de 12 de noviembre de 2007, 18 de enero de 2008 y 6 de marzo de 2009 o la Audiencia Provincial de Málaga Sección VI, de 3 de junio de 2013 - y lo cierto es que el pago de un impuesto y su exigibilidad como efecto de nulidad - el repercutirlo al consumidor cuando ni siquiera estaba claro- es un "gravamen" o "penalidad civil" por así decirlo, luego en consecuencia y además acudiendo a la Disposición Transitoria 3ª del Código Civil que dispone expresamente que "las disposiciones del Código que sancionan con penalidad civil o privación de derechos **actos** u omisiones que carecían de sanción en las leyes anteriores, no son aplicables al que, cuando éstas se hallaban vigentes, hubiese incurrido en la omisión o ejecutado el **acto** prohibido por el Código", especificando en su inciso segundo que "cuando la falta esté también penada por la legislación anterior, se aplicará la disposición más benigna".

Evidentemente, dada la asimetría de las partes, atendiendo al principio del *favor debitoris* como principio informador en la duda del llamado Derecho Contractual español, a la duda interpretativa resuelta en el decreto-ley porque recordemos que en pocos días ha habido doctrinas discrepantes del Tribunal Supremo por lo que se evidencia más aún dicho aspecto interpretativo de la nueva norma, y que en el bloque llamado de Derecho de Consumo rige el *principio pro consumidor e indemnidad del mismo*, la laguna interpretativa que resuelve el Decreto-Ley junto a las normas propias del Derecho Civil entendido como un orbe o todo, impone necesariamente entender que el pago del impuesto debe soportarlo a los efectos de esta litis la entidad demandada que no la parte consumidora, porque insistimos se zanja con el Decreto-Ley desde el punto de vista interpretativo quién debe ser el pagador del Impuesto de **Actos Jurídicos Documentados** y hacia atrás al efectos derechos subjetivos privados e inter-partes.

Por tanto debe prosperar dicho pedimento de la actora de reclamación y en la cantidad de 1.246,07 euros.

Por tanto en concepto de gastos corresponde a la partedemandante la cantidad de 1.990,31 euros, con los intereses legales del artículo 1303 del Código Civil al estar ante frutosciviles, siendo de aplicación lo expuesto anteriormente en cuanto cláusula abusiva y por ende nula - videm a los efectos de los intereses a los efectos del artículo 1303 del Código Civil las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 30/11/16 y 1/12/16 -.

A modo de conclusión procede devolver la cantidad referida de **1.990,31 euros, con los intereses legales desde la fecha de cada pago por los conceptos referidos de conformidad con el artículo 1303 del Código Civil y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil**.

QUINTO.- En el presente caso, debemos ya adelantar que procede un pronunciamiento condenatorio en materia de costas, todo ello por la concurrencia de los siguientes factores: a) con carácter general la Ley de Enjuiciamiento Civil establece *in genere* el criterio llamado de "vencimiento objetivo" pero no lo es menos que existen excepciones a la regla general como son las llamadas dudas de hecho o de derecho, que establece el propio precepto -artículo 394 y concordantes-, y todo ello sin olvidar la concurrencia o no del llamado requisito de la buena fe *versus* mala fe; b) partiendo de lo expuesto en la letra inmediatamente anterior, lo cierto es que una de las evoluciones más significativas en nuestro Ordenamiento **Jurídico** ha sido en la materia de Derecho



de Consumo; tanto así que ha dado lugar a sendos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea e incluso motivó toda una catarata normativa de modificaciones de nuestro sistema, empezando por el sistema hipotecario y la Ley de Enjuiciamiento Civil, de cara a reforzar el carácter tuitivo del consumidor en los llamados contratos de consumo; c) como quiera verse, lo cierto es que todo ha sido motivado por un cambio jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, auténtica fuente del Derecho de acuerdo con el principio del respeto al llamado acervo comunitario en las que además no podemos olvidar la inversión de normas de carga de la prueba en favor del consumidor; d) así las cosas, lo cierto es que la parte demandante formula reclamación a la entidad demandada y lo cierto es que cuando el Ordenamiento **Jurídico** establece derechos en favor de un colectivo son para ejercitarse; e) pero es más, si analizamos el contenido de las acciones ejercitadas, lo cierto es que a mayor abundamiento asistimos a un supuesto de sustancial de la demanda que no de estimación parcial de la demanda;

f) efectivamente, no podemos olvidar que las excepciones a reglas generales tienen que ser en cuanto excepcionales, objeto de interpretación estricta; g) no podemos olvidar que en materia de condiciones generales de contratación **se ha venido imponiendo el principio de indemnidad del consumidor que abarcaría también el concepto de costas** pero también de igual forma se ha reivindicado de forma constante ya no sólo el Tribunal Supremo sino también el Tribunal Constitucional que debe regir la justicia del caso concreto. Pues bien, si atendemos al presente caso, el grueso de lo peticionado ha sido disminuido mínimamente por este juzgador, por lo que fácilmente y valorando todo lo expuesto, realmente asistimos a un supuesto de estimación sustancial de la demanda.

No asistimos a un supuesto de estimación parcial de la demanda, porque como bien recuerda el Tribunal Supremo en materia de acciones de nulidad con reclamación de cantidades de cara al resarcimiento de lo reputado contrario a Derecho - véase a tal efecto la interesante Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2003- para la aplicación de la doctrina de la llamada "estimación sustancial de la demanda" en los supuestos en que la pretensión económica, resarcitoria o como quiera llamarse y que esté relacionada con otra pretensión ya sea en forma accesoria, subordinada o condicionada, cuando la pretensión económica es aminorada desde el punto de vista de lo económico del proceso de manera significativa, estaremos ante un supuesto de estimación parcial de la demanda. En el caso de autos se ve claramente cómo el montante económico de la petición accesoria de nulidad en materia de gastos se reduce mínimamente, ya que de los 2.615,36 euros originariamente reclamados se ha acogido la cantidad de 1.990,31 euros y de ahí la estimación sustancial de la demanda, y máxime cuando la acción base de nulidad ha sido estimada.

FALLO

En atención a lo expuesto, **ESTIMO EN LO SUSTANCIAL**, la demanda formulada por DON Víctor representado por la Procuradora de los Tribunales **DOÑA MARIA CASTRILLO AVISBAL en ejercicio de la acción de NULIDAD DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN, MÁS CONCRETAMENTE DE CLÁUSULA GASTOS** contra la entidad **BANCO SANTANDER, S.A.**, representada por el Procurador de los Tribunales **DON PEDRO BALLEÑILLA ROS y en consecuencia acuerdo:**

- **DECLARO la NULIDAD de la CLÁUSULA FINANCIERA**

QUINTA de la escritura de PRÉSTAMO HIPOTECARIO de fecha

24 de junio de 2014 -cláusula QUINTA-, relativa a los GASTOS, especificando a efectos interpretativos que por la generalidad de la misma, no se extiende a los gastos y/o primas del seguro para la conservación de la finca, hogar o incendio o gastos distintos a la garantía hipotecaria que pudieran haberse establecido.

- No accediéndose a la petición de desistimiento en cuanto al particular del Impuesto de **Actos jurídicos Documentados**, **CONDENO** a la demandada a **ABONAR** a la parte demandante la **CANTIDAD de 1.990,31 euros relativo a los conceptos de gastos de notaría, registro, gestoría e impuesto de Actos Jurídicos Documentados, todo ello en los términos expuestos, más los intereses legales del artículo 1303 del Código Civil, esto es, desde la fecha de los pagos, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.**

- **CONDENO** a la demandada a **ELIMINAR** la citada estipulación del contrato en los términos referidos.

- **DECLARO la subsistencia, en lo demás, del contrato.**

- **CONDENO en costas a la parte demandada.**

Contra esta resolución cabe recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de MALAGA (artículo 455 L.E.C.). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS**



hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículo 458 L.E.C.).

Para la admisión a trámite del recurso previamente deberá efectuarse constitución de depósito en cuantía de 50 euros, debiendo ingresarlo en la cuenta de este Juzgado de Banco Santander, indicando en las Observaciones del documento de ingreso que se trata de un recurso de apelación seguido del código '02', de conformidad en lo establecido en la Disposición adicional Decimoquinta de la L.O 6/1985 del Poder Judicial, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en la misma (Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y organismos autónomos dependientes de todos ellos) o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN .- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por el/la Sr./Sra. MAGISTRADO/JUEZ que la dictó, y tras su firma, de lo que yo, el/la Letrado/a de la Administración de Justicia doy fe, en MALAGA.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ