



Roj: **SAP GI 1453/2018 - ECLI:ES:APGI:2018:1453**

Id Cendoj: **17079370012018100546**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **1**

Fecha: **10/12/2018**

Nº de Recurso: **416/2018**

Nº de Resolución: **596/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **CARLES CRUZ MORATONES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Secció núm. 01 Civil de l'Audiència Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.01)

Plaça Josep Maria Lidón Corbí, 1 - Girona

17001 Girona

Tel. 972942368

Fax: 972942373

A/e: aps1.girona@xij.gencat.cat

NIG 1706642120178031150

Recurs d'apel·lació 416/2018 1

Matèria: Apel·lació civil

Òrgan d'origen: Secció núm. 02 Civil de l'Audiència Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.02)

Procediment d'origen: Recurs d'apel·lació 157/2018

Part recurrent / Sol·licitant: Alicia , Mateo

Procurador/a: IRENE GUMÀ TORRAMILANS, IRENE GUMÀ TORRAMILANS

Advocat/ada: FRANCISCO JAVIER CANAL MOLINS

Part contra la qual s'interposa el recurs: ABANCA CORPORACION BANCARIA

Procurador/a: Pia Geli Bosch

Advocat/ada: Fernando Varela Borreguero

SENTÈNCIA NÚM. 596/2018

Magistrats:

Carles Cruz Moratones

Fernando Ferrero Hidalgo

Nuria Lefort Ruiz de Aguiar

Girona, 10 de desembre de 2018

FETS

PRIMER. El 16 d'abril de 2018 es van rebre les actuacions de Procediment ordinari núm. 364/17, procedents del Jutjat de Primera Instància núm. 5 de Figueres, a fi de resoldre el recurs d'apel·lació interposat per la procuradora IRENE GUMÀ TORRAMILANS en representació de Alicia i Mateo , contra la sentència de data



27/12/2017, en què consta com a part apel lada la procuradora Pia Geli Bosch, en representació de ABANCA CORPORACION BANCARIA.

SEGON. El contingut de la decisió de la Sentència objecte de recurs és el següent:

"Decisió

Estimo parcialmente la demanda presentada per Mateo i Alicia contra ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA, SA, i declaro la nul litat, per abusius, dels paràgrafs segon, tercer i quart de la Clàusula Cinquena. 1.c continguda en l'Escriptura atorgada davant el notari Miguel-Ángel Vera Moreno amb el número 2576 del seu Protocol, en data 26.07.2004 i, en conseqüència, declaro la no incorporació dels referits paràgrafs d'aquesta Clàusula al Contracte. Tenen el següent tenor literal:

"GASTOS A CARGO DEL PRESTATARIO: 1. El PRESTATARIO queda obligado a:

c) Abonar:

** Los gastos notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación del préstamo hipotecario, incluso los de expedición, liquidación fiscal y registro de una primera copia de los instrumentos notariales para la CAJA y los previstos en el párrafo último del número 2 de la cláusula SEGUNDA y en el número 2 de la cláusula SEXTA BIS.*

** Los impuestos que origine la constitución, desarrollo, modificación o cancelación del préstamo hipotecario.*

** Los gastos de tramitación ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos".*

Lliureu un Ofici al Registre de Condicions Generals de la Contractació als efectes que practiqui les anotacions derivades d'aquesta declaració de nul litat i no incorporació al contracte.

Com a conseqüència d'aquesta declaració de nul litat condemno la part demandada a abonar als actors la quantitat de 377,35 euros, més els interessos legals des que es van satisfer, interessos ue es liquidaran al moment processal oportú.

Sense expressa imposició de costes a cap de les parts."

TERCER. El recurs es va admetre i es va tramitar de conformitat amb la normativa processal per a aquest tipus de recursos. Assenyalat l'acte de deliberació, votació i decisió, ha tingut lloc el dia 12/11/2018.

QUART. En la tramitació d'aquest procediment s'han observat les normes processals essencials aplicables al cas.

Es va designar com a ponent el **magistrat Carles Cruz Moratones.**

FONAMENTS DE DRET

Primer. Acceptem els de la Sentència contra la qual s'apel la.

Segon. En el present procediment, la part demandant reclama la declaració abusivitat de la clàusula cinquena (clàusula de despeses) del contracte de préstec amb garantia hipotecària amb l'entitat demandada en el dia 26.7.04 amb la conseqüència de la devolució de totes les sumes lliurades en compliment de la dita clàusula de despeses i els interessos legals des de cada pagament, més les costes.

La sentència d'instància estima parcialment la demanda sense imposició de les costes i contra la mateixa decisió s'alça la part demandant.

Aquesta es centra en reclamar que la declaració de nul litat de la clàusula relativa a les despeses ja no permet al jutge entrar en el examen detallat de cada despesa i reclama la totalitat de les reclamades per despeses d'aranzels de Notari i Registre de la Propietat, així com de l'Impost de Transmissions Patrimonials i Actes Jurídics Documentats (ITPAJD). També reclama el pagament de les costes de la instància a càrrec de la demandada, encara que es confirmi l'estimació parcial de la demanda.

Tercer . La Clàusula objecte de controvèrsia en l'escriptura de 26.7.04 (foli 52 i seg.) disposa que seran a càrrec de la part prestatària totes les despeses com tributs, comissions, despeses ocasionades per a la concessió del préstec, sense cap exclusió. La sentència la declara nul la quan fa referència a les despeses de Notari, Registre de la Propietat i impostos, com ja hem transcrit en els antecedents.

Quart. A conseqüència de la decisió judicial ara impugnada, la part demandant recorre dos extrems: que se li paguin la totalitat de les despeses de Notari i Registre (i no només la meitat de cadascun, com decideix la sentència) com també la totalitat de l'ITPAJD i el pagament de les costes de la instància.

**Cinquè. Consideracions generals sobre les condicions generals de la contractació i el seu control d'abusivitat**

El Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris i unes altres lleis complementàries, a part d'establir unes normes generals sobre la contractació amb els consumidors, en els articles 85 a 90 efectua un elenc de clàusules abusives, bé per vincular el contracte a la voluntat de l'empresari, bé per limitar els drets bàsics del consumidor i usuari, bé per manca de reciprocitat, bé respecte al sistema de garanties dels béns o productes, bé per afectar al perfeccionament i execució del contracte, bé a la competència i dret aplicable.

Sisè. Consideracions generals sobre el préstec o crèdit amb garantia hipotecària.

El préstec es constitueix en escriptura pública perquè al mateix temps, i com a garantia de la concessió, es constitueix al seu torn el dret real d'hipoteca que exigeix, d'acord amb el Codi civil i la Llei hipotecària, la formalització de l'escriptura notarial i la inscripció corresponent en el Registre de la Propietat. Algun sector doctrinal i algunes resolucions judicials entenen que l'interès substancial del prestatari és que es formalitzi el préstec de la manera més simple possible i sense més garanties que la seva personal (els seus béns presents i futurs), i li és indiferent que en el cas d'exigir-se-li una garantia, com la hipoteca, s'inscriu o no en el Registre de la Propietat, mentre que l'interès del banc és el d'atorgar escriptura pública, fent feaent a efectes probatoris i executius l'existència del contracte, i perquè a més de cap altre manera podrà guanyar a favor seu el dret real d'hipoteca que es constitueix per a ell.

Ara bé, el consumidor que sol licita un préstec d'una quantitat considerable de diners no pot pretendre que l'entitat financera li ho presti sense garanties efectives de devolució, i la constitució d'una hipoteca sobre aquest és la més estesa i vinculada al finançament per adquirir un immoble, encara que també pot es garantir el préstec amb la hipoteca d'un immoble per a una finalitat diferent. La constitució d'hipoteca necessita per a la seva validesa d'escriptura pública i inscripció en Registre de la Propietat (article 1.875 del Codi civil i article 145 de la Llei hipotecària), per la qual cosa el prestatari només pot ser conscient que la sol licitud i obtenció d'un préstec d'una quantia elevada necessita una garantia, que en ser una hipoteca sobre un immoble generarà una sèrie de despeses per l'atorgament d'una escriptura pública i inscriure-la en el Registre de la Propietat.

D'altra banda, la prestació d'una o diverses garanties pel prestatari pot afectar a l'interès remuneratori que ha de satisfer per l'ajornament en la seva devolució o en els terminis per retornar i, així, en la pràctica financera un préstec amb la garantia de la hipoteca es concedeix amb l'obligació d'una devolució en terminis molt més llargs (20, 30 o fins i tot 40 anys) i amb un interès remuneratori més baix que els préstecs sense la garantia real de la hipoteca, que es concedeixen amb l'obligació de retornar en terminis molt més curts i amb el pagament d'un interès remuneratori més alt. I el banc o l'entitat financera és clar que també té un interès econòmic en la concessió del préstec, ja que part del seu negoci es fonamenta en això. I tant la taxació correcta del bé, com la intervenció del Notari i la inscripció en el Registre de la Propietat resulten essencials per garantir el bon fi del negoci.

En realitat, deixant de banda les obligacions fiscals que genera el procés de concessió d'un préstec amb garantia hipotecària, ambdues parts, prestador i prestatari, tenen interès en què el préstec es garanteixi amb una hipoteca, per a la qual cosa és necessària l'escriptura pública i inscriure-la en el Registre de la Propietat (art. 145 de la Llei Hipotecària). Tot el procés de concessió d'un préstec amb garantia hipotecària ha de ser qualificat de forma unitària i no dissociar-se cadascuna de les seves parts. El prestatari sol licita d'una entitat financera un préstec per una quantitat considerable i per tal que li concedeixin ha de prestar una garantia suficient, per la qual cosa s'exigeix la taxació d'aquesta per tal de demostrar que ho és. Resulta necessària la intervenció d'un Notari, un registrador i habitualment actua un gestor aliè a ambdues parts, que actua en interès d'aquestes, i inscriu l'escriptura i paga els impostos que es generen per tot aquest procés.

Podria ser discutible si un o un altre té un major o menor interès en els actes que han de dur a terme fins a consumir el contracte, però naturalment, ambdues parts hi tenen interès.

Setè. La sentència del Tribunal Suprem de 23 de desembre del 2015

Atès que la part recurrent esmenta i fonamenta el seu recurs en dit pronunciament judicial, hem de dir que el Tribunal Suprem s'ha pronunciat en sentència de ple, de 23 de desembre del 2015, pel que fa a les clàusules contractuals en què s'imposa als prestataris una sèrie de despeses derivades de l'atorgament del préstec hipotecari i la inscripció en el Registre de la Propietat. Aquest pronunciament diu literalment:

2.- *La clàusula cuestionada es del siguiente tenor:*

"Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación -incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía- y ejecución de este contrato, y por los



pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11ª.

La parte prestataria faculta al banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que en este acto se constituye y de los títulos previos a esta escritura, así como los gastos derivados de la cancelación de cargas y anotaciones preferentes a dicha hipoteca. Los gastos suplidos podrán ser cargados en cuenta a la parte prestataria en la forma y condiciones que se indican al final de esta cláusula.

Los mencionados servicios complementarios que, a solicitud de la parte prestataria, el Banco decida libremente realizar, serán facturados por éste con arreglo a las tarifas de comisiones y gastos que tenga vigentes el Banco en el momento de dicha solicitud. En todo caso, se considerará que constituyen un servicio objeto de facturación los trabajos de preparación de antecedentes que deba realizar el Banco para el otorgamiento de la escritura de cancelación de hipoteca.

La parte prestataria queda obligada a satisfacer y resarcir al Banco cuantos daños, perjuicios, costas y gastos procesales o de otra naturaleza, se generen u originen al Banco por incumplimiento del contrato o para el cobro del crédito, incluyendo los gastos y costes directos o indirectos, causados por las actuaciones del Banco que tengan por objeto la reclamación de la deuda (tales como, en especial, los requerimientos de pago por correo, teléfono, telegrama, notariales), así como los derivados de los procedimientos judiciales o extrajudiciales motivados por todo ello, incluidos los honorarios de Abogado y Procurador aun cuando su intervención en las actuaciones y procedimientos judiciales o extrajudiciales no fuere preceptiva.

El Banco queda facultado para cargar en cuenta o reclamar en cualquier momento a la parte prestataria cuantas cantidades se le adeuden por los conceptos antes indicados. Las cantidades así adeudadas al BANCO devengarán, desde la fecha en que éste las hubiera satisfecho y sin necesidad de reclamación, intereses de demora con arreglo a la cláusula 6ª, y quedarán garantizadas con arreglo a la cifra prevista para gastos y costas en la cláusula 9ª.

Decisión de la Sala:

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

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

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



y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU).

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

3.- En lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, nuevamente no se hace distinción alguna. El art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el art. 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Pero el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

De tal manera que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho.

Ya dijimos en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre, si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, que la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión, era una cláusula abusiva, por limitar los derechos que sobre distribución de la carga tributaria estaban previstos en la legislación fiscal, por lo que la condición general que contuviese dicha previsión debía ser reputada nula."

Aquesta Sentència va ser dictada en un procés en què una organització de consumidors (OCU) exercia la nul·litat d'una sèrie de clàusules incorporades als contractes de préstec hipotecari que havien atorgat el BBVA i el BANCO POPULAR ESPAÑOL. Per tant, d'una banda, la força de cosa jutjada només té efectes davant aquestes entitats bancàries i, d'altra banda, els efectes jurídics d'aquestes sentències s'han d'interpretar en els termes justos, atès que són dictades en processos d'accions col·lectives, i pot ser diferent la decisió que es dicti en els processos individuals exercits pels consumidors.

En aquest cas, la part demandada és ABANCA CORPORACION BANCARIA, SA i la clàusula incorporada al contracte de préstec hipotecari objecte de l'acció de nul·litat és similar a la declarada nul·la en aquesta Sentència del Tribunal Suprem, en imposar al prestatari totes les despeses de taxació de l'immoble, aranzels notarial, fins i tot la primera còpia, registrals i els impostos relatius a la constitució, modificació i cancel·lació de la hipoteca; les despeses de tramitació de l'escriptura davant el Registre de la Propietat i l'Oficina Liquidadora d'Impostos; els derivats de la conservació de l'immoble, assegurança d'incendis i danys; i totes les despeses derivades de l'exigència del compliment del que s'hagi pactat.

Per aquesta raó, la sentència declara la clàusula nul·la per abusiva, és a dir, per contravenir una sèrie de normes imperatives que es relacionen en la Sentència relativa a carregar al consumidor despeses o impostos que no li corresponen, però no declara la nul·litat per no ser transparent. La clàusula no afecta l'objecte principal del contracte, ni el preu o retribució, per tant, no s'ha d'efectuar el seu control a l'emparedat de si la clàusula és o no clara o si ha estat o no acceptada pel prestatari o l'hipotecant, sinó si contradiu una norma imperativa que prohibeix determinades clàusules incorporades a contractes amb consumidors.

Només, com hem vist, es podria excloure l'abusivitat de la clàusula si es prova complidament l'existència d'una negociació expressa i les contrapartides que aquest consumidor concret va obtenir per la inserció de clàusules que afavoreixen la posició del professional o empresari. Ni s'al·lega aquesta qüestió ni es prova.

Per tant, la clàusula és nul·la per contravenir l'article 89.3 del TRLGCU en imposar al consumidor el pagament de totes les despeses i l'article 82.1 de la mateixa Llei en contravenir els principis de la bona fe i ocasionar



al consumidor un desequilibri important en el seu drets i obligacions. En conseqüència, la Sentència no ha incorregut en cap incongruència.

Però, com s'indica en les sentències del Tribunal Suprem de 15 de març del 2018, (dues) sobre la base de l'abusivitat de l'atribució indiscriminada i sense matisos del pagament de totes les despeses i els impostos al consumidor (en aquest cas, el prestatari), haurien de ser els tribunals qui decideixin en processos posteriors, davant les reclamacions individuals dels consumidors, qui concretés com es distribueixen en cada cas les despeses i impostos de l'operació.

Per això, el motiu del demandant relatiu als efectes de la declaració de nul litat i de la impossibilitat d'integració de les clàusules abusives no pot ser acollit en els termes pretesos, és a dir, la devolució de totes les quantitats pagades com a conseqüència de l'aplicació de la clàusula nul la, sinó només d'aquelles quantitats indegudament pagades pel consumidor atès que correspon pagar-les al prestador. No es pot aplicar la Sentència del TJUE de 21 de desembre del 2016, que es va referir a la clàusula sòl, atès que no té res a veure amb la clàusula que s'impugna en aquest procediment. Per això, s'haurà d'examinar cada despesa concreta si corresponia pagar-la al prestador, al prestatari o fins i tot a ambdós, decisió que no té res a veure amb la moderació d'una clàusula abusiva declarada nul la. I això perquè no es tracta de quantitats indegudament percebudes pel banc, ja que aquest no les ha percebut, atès que ho ha fet un tercer -el Notari, el Registrador, el taxador, el gestor- i, per tant, el que s'haurà de decidir és a qui li corresponia el pagament.

Vegem doncs les despeses de l'Impost d'actes jurídics documentats, Notaria, i Registre que són les específiques que impugna la part recurrent.

Vuitè. Sobre l'impost de transmissions patrimonials i actes jurídics documentats

La part demandant insisteix en la procedència de la seva reclamació que se li restitueixi el que ha pagat en concepte d'impost de transmissions patrimonials i actes jurídics documentats.

La clàusula cinquena estableix que han de ser compte de la part prestatària totes les despeses i els tributs.

Seguint el raonament que efectua el Tribunal Suprem en la Sentència citada de 23.12.15, només es pot confirmar que resulta abusiva en els termes tan amplis en què està redactada i sense cap distinció a l'interès que pugui tenir cada part o a les normes legals o reglamentàries. Encara que això no significa que hagi de ser el prestador qui hagi de pagar tots els impostos derivats de la concessió del préstec hipotecari.

Respecte a l'impost de transmissions patrimonials, l'article 29 del Text refós de la Llei de transmissions patrimonials i actes jurídics documentats disposa que " *serà subjecte passiu [del IAJD] l'adquirent del bé o dret i, si no, les persones que instin o sol licitin els documents notariais, o aquells en interès dels quals s'expedeixin*". D'altra banda, l' article 8 estableix que " *estarà obligat a pagar l'impost a títol de contribuent, i qualssevol que siguin les estipulacions establertes per les parts en contrari: d) En la constitució de préstecs de qualsevol naturalesa, el prestatari*". I l' article 15 preceptua que " *la constitució de les fiances i dels drets d'hipoteca, penyora i anticresi, en garantia d'un préstec, tributen exclusivament pel concepte de préstec*". I l' article 68 del Reglament d'aquesta Llei estableix que " *És subjecte passiu l'adquirent del bé o dret i, si no, les persones que instin o sol licitin els documents notariais, o aquells en interès dels quals s'expedeixin. Quan es tracti d'escriptures de constitució de préstec amb garantia es considera adquirent el prestatari*".

Això ha estat confirmat pel Tribunal Suprem en les sentències de 15 de març del 2018 (dos de la mateixa data), tancant la discrepància en els criteris de les Audiències Provincials, que basant-se en les sentències de la mateixa Sala 550/2000, d'1 de juny, 842/2011, de 25 de novembre i en la sentència 705/2015, de 23 de desembre, abans citada, en què no es va pronunciar sobre el resultat concret de l'atribució de despeses (en sentit ampli) entre les parts d'un contracte de préstec hipotecari, sinó que, en el control realitzat ho va ser en el marc d'una acció col lectiva en defensa dels interessos de consumidors i usuaris, i declaren abusiu que s'imputessin indiscriminadament al consumidor totes les despeses i els impostos derivats de l'operació.

En aquestes sentències de 15.3.18 es raona que:

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.

...

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.

I en aquestes es decideix que:

En lo que afecta al pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados habrá que estar a las siguientes reglas:

a) Respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario.

b) 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.

c) 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, 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 quien las solicite.

d) Las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase están exentas en cuanto al gravamen gradual de la modalidad "Actos Jurídicos Documentados" que grava los documentos notariales.

En conseqüència, per aplicació de la LGDCU és nul la clàusula només en la mesura que pot imposar al prestatari el pagament d'impostos dels quals no és subjecte passiu, que no és el cas, per la qual cosa no és procedent traslladar a l'entitat el reintegrament de l'impost pagat. En conseqüència el motiu del recurrent sobre la decisió de la instància de no concedir el reintegrament de l'import abonat per ITPAJD ha de ser desestimat.

Novè. Sobre les despeses per l'atorgament de l'escriptura de préstec hipotecari (546,25€)

Com hem raonat, el préstec es constitueix en escriptura pública perquè al mateix temps, i en la seva garantia, es constitueix al seu torn el dret real d'hipoteca i el Codi civil i la Llei Hipotecària exigeix que es formalitzi l'escriptura notarial i la inscripció corresponent en el registre de la propietat.

El Tribunal Suprem en la sentència citada de 23 de desembre del 2015 fa una sèrie de valoracions en què indica que qui té interès principal en la documentació i inscripció de l'escriptura del préstec amb garantia hipotecària és, sens dubte, el prestador, ja que així obté un títol executiu, constitueix la garantia real i adquireix la possibilitat d'execució, però després diu que la normativa reglamentària permetria una distribució equitativa, ja que el beneficiari pel préstec és el client i aquest negoci pot conceptuar-se com el principal davant la constitució d'hipoteca, sense perdre de vista que la garantia s'adopta en benefici del prestador.

Aquesta afirmació ha portat a considerar que el Tribunal Suprem no ha dit de forma contundent que les despeses de l'escriptura i inscripció siguin a càrrec del prestador, per la qual cosa són diversos els criteris que s'estan sostenint.

Com ja hem avançat, resulta simplista l'afirmació que l'interès del prestatari seria que se li concedís el préstec en un simple document privat i sense cap constitució de garantia. Ningú pot creure que se li concedirà un préstec d'una quantia considerable, documentant-ho en un contracte privat i sense cap garantia. A part que, com hem vist, la constitució d'aquestes garanties genera beneficis per al prestatari en obtenir els préstecs amb interès més baixos i la seva devolució en terminis més llargs.



També s'argumenta que de conformitat a la normativa notarial, el pagament al Notari l'ha de fer qui sol licita els seus serveis. La norma que regula els aranzels notariais, RD 1426/1989, de 17 de novembre, imposa el pagament (annex II norma sisena) " a aquells que haguessin requerit la prestació de funcions o els serveis del Notari i, si escau, els interessats segons les normes substantives i fiscals". És cert que no sol ser el consumidor el que selecciona el Notari per formalitzar l'escriptura, ni el que proporciona la minuta amb les condicions del préstec i la hipoteca, però el requeriment de la intervenció del Notari no s'ha d'interpretar literalment, sinó de manera finalista o teleològica, en el sentit que la intervenció del Notari es fa en consideració a qui sigui l'interessat en l'atorgament de l'escriptura pública. I, així, en consideració al que s'ha dit, resulta evident que són ambdues parts les interessades en la intervenció del Notari i que són les que intervenen en l'atorgament de l'escriptura pública. D'una banda, el consumidor perquè si no presta la garantia de la hipoteca no obtindrà el finançament de l'entitat bancària i perquè sigui efectiva s'ha d'atorgar l'escriptura pública. I, d'altra banda, l'entitat financera, ja que com va dir el Tribunal Suprem en la sentència citada, perquè així obté un títol executiu (article 517 LEC), constitueix la garantia real (articles 1875 CC i 2.2 LH) i adquireix la possibilitat d'execució especial (article 685 LEC). Fins i tot, si es formalitza amb tots els requisits exigits per la Llei del mercat hipotecari de 25 de març de 1981, l'entitat financera podrà emetre cèdules hipotecàries i, en conseqüència, transmetre el risc a tercers que les adquireixen.

Per tant, s'estima que ambdues parts satisfacin els aranzels del Notari per meitat respecte a la intervenció del Notari en l'atorgament de l'escriptura pública de préstec amb garantia hipotecària. Serà diferent l'expedició de còpies, atès que seran a càrrec de qui les sol liciti, ja que l'interès és exclusiu.

En conclusió aquest motiu ha de ser desestimat perquè la sentència ja condemna a pagar a la part demandada la meitat d'aquell import.

Desè. Sobre les despeses per la inscripció en el Registre de la Propietat de la garantia hipotecària (208,45€)

El RD 1427/1989, de 17 de novembre, regulador de l'aranzel registral preveu el pagament per aquell o aquells a favor dels quals s'inscriu el dret en el Registre de la Propietat. No hi ha dubte que la garantia hipotecària s'inscriu a favor de l'entitat prestadora. I encara que la hipoteca és accessòria al préstec, en realitat no s'inscriu el préstec, en generar només obligacions personals, sinó que l'objecte d'inscripció registral és el dret real i els límits de responsabilitat que cobreix aquesta garantia, de manera que només accedeixen al Registre les clàusules amb transcendència real que influeixin en aquesta responsabilitat.

Basant-se en això, potser, la majoria de les Audiències Provincials consideren que ha de ser satisfet per la part prestadora. Però novament no podem compartir que l'interès en la inscripció de la garantia sigui exclusiva del Banc, ja que és el prestatari qui presta una garantia - la hipoteca d'un immoble-, d'una banda, per aconseguir el préstec que no l'obtindria sense aquesta garantia i, de l'altra, per obtenir un finançament més favorable en les seves condicions sense la garantia esmentada. Si la inscripció registral de la hipoteca, a diferència d'uns altres drets reals, és constitutiva en el nostre dret, la inscripció també interessa al prestatari ja que sense aquesta no obtindria ni el préstec, ni les condicions financeres per aquest.

Per això, estimem que les despeses d'inscripció de la hipoteca també han de ser repartides recíprocament entre ambdues parts i per meitat. En conclusió aquest motiu ha de ser desestimat perquè la sentència ja condemna a pagar a la part demandada la meitat d'aquell import.

Onzè. Costes de la instància

Malgrat l'estimació només parcial de la demanda interposada, el criteri de la Sala és el de manteniment de la imposició a la part prestamista, En la condemna en costes de la instància en casos de consumidor apliquem el criteri sostingut pel Ple del Tribunal Suprem en la recent sentència de 4.7.17 (419/2017) i reiterat en l'Aute de 14.9.17. L'esmentada sentència de Ple diu el següent sobre el tema que ara ens ocupa:

<<QUINTO.- Decisión de la sala. Interpretación de los arts. 394 y 398 LEC conforme al principio general del vencimiento en relación con los principios de no vinculación y efectividad. Imposición de las costas al demandado.

Esta sala, al estimar después de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 recursos de casación similares al presente, ya se ha pronunciado sobre las costas de las instancias, y lo ha hecho imponiéndoselas a la parte demandada, conforme al art. 398.1 en relación con el art. 394.1, ambos de la LEC, para las costas de segunda instancia, y conforme al art. 394.1 LEC para las de primera instancia, si bien en el

caso de estas últimas la condena resultaba de la confirmación de la sentencia de primera instancia no impugnada especialmente sobre este punto en apelación (sentencias 247/2017, 248/2017, 249/2017, las tres de 20 de abril, 314/2017, de 18 de mayo, y 357/2017, de 6 de junio, entre otras).



No obstante, en ninguno de esos casos la parte recurrida en casación había planteado con una mínima claridad que su petición de no imposición de costas se refiriera a las de las instancias, que serían las problemáticas puesto que ninguna duda cabe de que la estimación del recurso de casación comporta, según el art. 398.2 LEC, que no se condene a ninguna de las partes litigantes en las costas del propio recurso de casación.

En el presente caso, en cambio, la parte recurrida, demandada y apelante en las instancias, sí ha planteado la cuestión con claridad, proponiendo que, en lugar de la regla general del vencimiento (art. 394.1, párrafo primero, LEC, aplicable a las costas de primera instancia y también, por remisión del art. 398.1 LEC, a las de segunda instancia), se aplique la salvedad contenida en el mismo párrafo del apdo. 1 del art. 394 en relación con el segundo párrafo del mismo apartado; es decir, que no se le impongan las costas de las instancias por presentar el caso, desde que contestó a la demanda hasta la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, serias dudas de derecho sobre el alcance temporal de los efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo.

La tesis del banco demandado no carece de fundamento porque, ciertamente, el acuerdo de esta sala de 27 de enero de 2017 sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal prevé que el carácter sobrevenido de la doctrina jurisprudencial pueda tomarse en consideración para resolver sobre las costas. Este carácter sobrevenido se valoró, incluso, en la sentencia 123/2017, de 24 de febrero, que fue la primera por la que ajustó la doctrina jurisprudencial a la de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, para no imponer las costas del recurso de casación, pese a su desestimación, al banco recurrente.

Sin embargo, en trance de sentar un criterio sobre las costas de las instancias para todos los casos similares al presente en que, debido a la estimación del recurso de casación del demandante, esta sala deba pronunciarse sobre esas costas, no puede prescindirse de unos elementos tan relevantes como son, primero, que el pronunciamiento afecta directamente a un consumidor que vence en el litigio y, segundo, que el cambio de doctrina jurisprudencial se debe a una sentencia del TJUE que, como la del 21 de diciembre de 2016 y según se desprende con toda claridad de su apdo. 71, se funda esencialmente en el derecho de los consumidores a no estar vinculados por una cláusula abusiva (art. 6, apdo. 1, de la Directiva 93/13).

A su vez, la circunstancia de que la modificación de la jurisprudencia nacional se deba a lo resuelto por el TJUE debe ponerse en relación con el principio de efectividad del Derecho de la Unión, **conforme al cual la seguridad jurídica no debe salvaguardarse en un grado tan elevado que impida o dificulte gravemente la eficacia del Derecho de la Unión**, por ejemplo porque permita proyectar hacia el futuro los efectos de la cosa juzgada y extenderlos a situaciones sobre las que no haya recaído resolución judicial definitiva con posterioridad a la sentencia del TJUE que contradiga lo afirmado en la sentencia de un tribunal nacional (STJUE de 3 de septiembre de 2009, asunto C-2/08, Olimpiclub).

El principio de efectividad, así entendido, ya ha sido tomado en consideración por esta sala al resolver asuntos sobre cláusulas suelo después de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016. Así, el auto de 4 de abril de 2017 (asunto 7/2017) lo valora para inadmitir a trámite una demanda de revisión de una sentencia firme que, ajustándose a la anterior doctrina jurisprudencial de esta sala, había limitado en el tiempo los efectos restitutorios derivados de la nulidad de una cláusula suelo, razonando esta sala que lo pretendido en la demanda era proyectar la jurisprudencia del TJUE no sobre un asunto todavía pendiente de sentencia firme sino sobre un asunto ya resuelto por sentencia firme. Y la sentencia de esta sala 314/2017, de 18 de mayo, también lo toma en consideración, pero esta vez en favor del consumidor porque se trataba de resolver un recurso de casación interpuesto por el demandante, de modo que aún no había recaído sentencia firme, y el banco demandado-recurrido pretendía que, pese a lo ya resuelto por el TJUE, la primera sentencia de esta sala sobre cláusulas suelo, es decir, la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, produjera efectos de cosa juzgada en cuanto a la limitación temporal de los efectos restitutorios.

.....

Pues bien, en virtud de todas las anteriores consideraciones esta sala considera que el criterio más ajustado al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y al principio de efectividad del Derecho de la Unión **es que las costas de las instancias en casos similares al presente se impongan al banco demandado**. Las razones en que se concretan esas consideraciones son las siguientes:

1.ª) El principio del vencimiento, que se incorporó al ordenamiento procesal civil español, para los procesos declarativos, mediante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, es desde entonces la regla general, pues se mantuvo en el art. 394.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, de modo que la no imposición de costas al banco demandado supondría en este caso la aplicación de una salvedad a dicho principio en perjuicio del consumidor.

2.ª) **Si en virtud de esa salvedad el consumidor recurrente en casación, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación en las instancias, o en su caso de**



informes periciales o pago de la tasa, no se restablecería la situación de hecho y de derecho a la que se habría dado si no hubiera existido la cláusula suelo abusiva, y por tanto el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos. En suma, se produciría un efecto disuasorio inverso, no para que los bancos dejaran de incluir las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios sino para que los consumidores no promovieran litigios por cantidades moderadas.

3.ª) La regla general del vencimiento en materia de costas procesales favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión y, en cambio, la salvedad a dicha regla general supone un obstáculo para la aplicación de ese mismo principio.

4.ª) En el presente caso, además, la actividad procesal del banco demandado no se limitó a invocar a su favor la anterior doctrina jurisprudencial de esta sala sobre los efectos restitutorios derivados de la nulidad de la cláusula suelo. Muy al contrario, como con más detalle resulta de los antecedentes de hecho de la presente sentencia, antes de contestar a la demanda pidió la suspensión del curso de las actuaciones por prejudicialidad civil; al contestar a la demanda planteó dos excepciones procesales, se opuso totalmente a la nulidad de la cláusula suelo, no solo a la restitución de lo indebidamente cobrado en virtud de la misma, y reiteró su petición de suspensión por prejudicialidad civil, interesó subsidiariamente el sobreseimiento del litigio y, para el caso de no acordarse este, solicitó la desestimación total de la demanda; al recurrir en apelación reiteró de nuevo su petición de suspensión del curso de las actuaciones por prejudicialidad

civil, pese a que ya había sido rechazada en la audiencia previa, e interesó la revocación total de la sentencia de primera instancia, es decir, no sólo del pronunciamiento que condenaba al banco a devolver todo lo percibido en virtud de la cláusula suelo; y en fin, al personarse ante esta sala, cuando todavía no se había dictado la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, interesó la inadmisión del recurso de casación del consumidor demandante, pero insistió en esta misma petición de inadmisión, con carácter principal, incluso después de haberse dictado dicha sentencia y ser entonces ya evidente que el recurso de casación estaba cargado de razón y correctamente formulado. >>

Aplicada aquesta doctrina al cas present no pot restar cap mena de dubte que cal imposar les costes de la instància al banc demandat el qual va imposar una clàusula general de despeses totes a càrrec del seu client sense cap mena d'excepció i va oposar-se a les sumes referides en la demanda i a la imposició de les costes. Per aquesta raó, ara un cop coneguda la doctrina jurisprudencial dictada per la Sala Primera en Ple, cal aplicar el dit criteri i mantenir les costes de la instància a la part demandada per les raons ja expressades del principi d'efectivitat del Dret de la Unió Europea i del principi de venciment recollit en la nostra legislació.

El motiu ha de prosperar.

Dotzè. Atesa l'estimació parcial del recurs no fem pronunciament sobre les costes d'aquesta alçada, en aplicació del que disposa l' article 398.2 de la LEC.

DECISIÓN

1. ESTIMEM PARCIALMENT el recurs d'apel·lació interposat per la representació processal de Mateo i Alicia .

2. REVOQUEM PARCIALMENT la Sentència de data 27/12/2017 dictada pel Jutjat de Primera Instància i Instrucció núm. 5 de Figueres, en les actuacions de procediment ordinari núm. 364/2017 de les quals dimana aquests Rotlle en el sentit d'imposar el pagament de les costes de la instància a la part demandada. Mantenim la resta del pronunciament.

No fem imposició de les costes d'aquesta alçada.

Contra aquesta sentència hi cap recurs de cassació per interès cassacional davant el Tribunal Suprem, en els termes indicats en l' article 476-2-3ª i 3 de la LEC.

També hi cap recurs extraordinari per infracció processal d'acord amb l' article 469 i la Disposició Final 16 de la LEC.

Aquesta és la nostra Sentència que, jutjant de manera definitiva, pronunciem, manem i signem i que es dipositarà al Llibre de sentències d'apel·lació.