Roj: **SJPI 427/2017** - ECLI: **ES:JPI:2017:427**

Id Cendoj: **50297420122017100003**
Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**
Sede: **Zaragoza**
Sección: **12**
Fecha: **21/07/2017**
Nº de Recurso: **5098/2017**
Nº de Resolución: **9/2017**
Procedimiento: **CIVIL**
Ponente: **ADRIAN CAMARA DEL RIO**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 12 Bis

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00009/2017

PLAZA EXPO, Nº 6; EDIFICIO "VIDAL DE CANELLAS", ESC. G, PLANTA 3

Teléfono: 976208689

Fax: 976208652

Equipo/usuario: SEG

Modelo: N04390

NIG: 50297 42 1 2017 0013880

OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0005098 /2017

Procedimiento origen: /

Sobre COND. GNRLS. CTRTO. FINAC. GARNT. INMO. PRSTARIO. PER. FIS.

DEMANDANTE D/ña: Pascual , Marina

Procurador/a Sr/a. TERESA CARMEN ENCINAS GOMEZ

Aboqado/ Sr/a. ADRIANA PEREZ RONCERO

DEMANDADO D/ña. IBERCAJA BANCO S.A.

Procurador/a Sr/a. JORGE LUIS GUERRERO FERRANDEZ

Abogado/a Sr/a. JOSE MANUEL BOLEA FERNANDEZ-PUJOL

SENTENCIA 9/2017

En Zaragoza, a 21 de julio de 2017.

Vistos por mí, Adrián Cámara del Río, Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 12 bis de Zaragoza, los autos del juicio ordinario nº 5.098/2.017, cuyo objeto, partes, Letrados y Procuradores son los que arriba constan, dicto esta sentencia a la que sirven de premisa los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 7 de junio de 2017, la Procuradora de los Tribunales Teresa Carmen Encinas Gómez, en el nombre y representación acreditados presentó demanda de juicio ordinario frente a la entidad financiera IberCaja Banco S.A., por la que con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimaba pertinentes terminaba suplicando el dictado de una Sentencia por la que "se declare la nulidad de la condición general de

la contratación incluida en el préstamo con garantía hipotecaria relativa a los gastos de hipoteca atribuidos al prestatario y devolución de las cantidades indebidamente cobradas por ese concepto por la ahora demandada, cuantificadas en cuatro mil trescientos treinta y siete con setenta euros (4.337,70 €) contra Grupo Caja 3-IberCaja y en su virtud, previos los trámites legales pertinentes dicte sentencia en su día por la que estime íntegramente la reclamación interpuesta por esta parte, con expresa condena en costas para la entidad demandada".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se emplazó a la parte demandada para personarse y contestar a la demanda interpuesta de contrario.

TERCERO.- En fecha 30 de junio de 2.017, el Procurador de los Tribunales Jorge Guerrero Fernández, actuando en nombre y representación de la entidad demandada, presentó escrito contestando y oponiéndose a la demanda interpuesta de contrario.

CUARTO.- Admitido a trámite el escrito de contestación se citó a las partes para la celebración de la Audiencia Previa, que tuvo lugar en fecha 21 de julio de 2.017 y a la que comparecieron todas las partes.

Fijadas las cuestiones controvertidas y recibido el pleito a prueba, tanto la parte actora como la demandada propusieron como tales únicamente la documental. que ya consta en autos.

Admitida la prueba propuesta en los términos registrados, ante la ausencia de prueba oral y limitándose el objeto del procedimiento a cuestiones jurídicas, los autos quedaron vistos para sentencia al amparo de los arts. 428 y 429 de la LEC , previa formulación de sus respectivas conclusiones por los Letrados de cada una de las partes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del pleito. Posiciones de las partes.

La parte actora ejercita en el presente procedimiento una acción individual de nulidad de una condición general de la contratación incluida en un contrato de préstamo hipotecario firmado entre las partes en fecha 10 de marzo de 2.011, en virtud de la cual se atribuye al prestatario el pago de los gastos de formalización de la escritura pública y de los impuestos, solicitando la declaración de su nulidad y la correlativa devolución de las cantidades abonadas en tal concepto por el actorconsumidor (concretamente 4.337,70 euros).

La parte demandada, en su escrito de contestación a la demanda, se opone a las pretensiones de la parte actora, alegando, entre otros motivos, que la cláusula impugnada es un elemento esencial del contrato y como tal supera los controles de incorporación y de transparencia, que no existe ley imperativa que imponga a la entidad bancaria el abono de dichos gastos, que el acuerdo contenido en la escritura es válido de conformidad con el principio de libertad contractual o que no determina un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes al computarse el mismo para la determinación de la Tasa Anual Equivalente (TAE) del préstamo finalmente concedido. Combate también la fundamentación ofrecida de adverso respecto a cada uno de los gastos impugnados, tal y como se analizará en la fundamentación jurídica de esta sentencia. Por todo ella, solicita la íntegra desestimación de la demanda, con expresa condena en costas a la parte actora.

Como punto de partida, conviene referir que no ha sido objeto de controversia entre las partes la condición de consumidor que ostenta la parte actora (de acuerdo con el art 3 de la ley de consumidores), ni la calificación de la cláusula impugnada como condición general de la contratación (cumpliendo los requisitos de contractualidad, predisposición, imposición y generalidad previstos en el art. 1 de la LCGC, a la que luego haremos alusión).

Teniendo en cuenta lo anterior, para determinar la nulidad, o validez, de la cláusula impugnada -de repercusión de los gastos de formalización del préstamo hipotecario al consumidor, se ha de analizar cada uno de los concretos gastos cuyo pago se impone (por la entidad bancaria) al prestatario, a la luz de la normativa (legal y reglamentaria) que regula esta materia -con especial referencia al artículo 89 de la ley de consumidores y usuarios-, y la correcta aplicación del control de abusividad o contenido -previsto en el art. 82 del mismo . texto legal-, de acuerdo con los pronunciamientos jurisprudenciales existentes en la actualidad.

SEGUNDO.- Impuestos

Se plantea en primer lugar por la parte actora el posible carácter abusivo, y consiguiente nulidad, de la cláusula 7ª del contrato de préstamo hipotecario, concretamente del apartado en virtud del cual se impone al prestatario la obligación de abonar todos los impuestos, presentes y futuros, que se devenguen a consecuencia de la celebración del contrato.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Para determinar la validez, o eventual nulidad por abusiva, de la cláusula impugnada se ha de partir de una serie de premisas fundamentales. En primer lugar, se ha de tener en cuenta que la determinación de quién es el sujeto pasivo (u obligado tributario) de los impuestos o tributos que son objeto de análisis en el presente procedimiento y de cuál es la correcta distribución de la carga tributaria contenida en los mismos viene prevista en normas de carácter imperativo (concretamente en Ja normativa fiscal a la que nos vamos a referir a continuación), que no admiten pacto en contrario.

Y en segundo lugar, 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 la hipoteca, como garantía real en caso de incumplimiento de la obligación principal de devolución de la cantidad prestada y de los intereses, en los plazos a tal efecto establecidos-, desde el punto de vista tributario (a efectos fiscales) el hecho imponible (presupuesto que determina el nacimiento de la obligación de pagar un determinado impuesto) es único (el préstamo hipotecario).

Teniendo en cuenta las premisas señaladas en los dos párrafos anteriores, cabría entender que un préstamo hipotecario (como el que se analiza en este procedimiento) estará gravado por dos impuestos diferentes, como son el impuesto sobre transmisiones patrimoniales (o IVA, en su caso) por un lado, y el impuesto sobre actos jurídicos documentados por otro (aun cuando ambos estén regulados en la misma ley). No obstante, aun cuando tanto la concesión de préstamos como la constitución de derechos reales (como la hipoteca) se conciben (por el art. 7 del TRLITPyAJD) como transmisiones patrimoniales sujetas a este impuesto (hecho imponible), el apartado 5º de este mismo precepto excluye de su ámbito de aplicación aquéllos (préstamos hipotecarios) que se realicen por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional. Esta exención también viene prevista expresamente en el art. 45.I.B,15º del mismo texto refundido (cuando el préstamo se conceda par particulares, extendiendo esta exención a las hipotecas constituidas en garantía del mismo, por remisión de los arts. 15 de la ley y 25 del reglamento, que la equiparan a estos efectos al préstamo)- En cuanto al Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), la ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido prevé en su art 20 .una serie de exenciones, entre las que destacan, en lo que aquí interesa, las previstas en el apartado 182 , letras C, ("la concesión de créditos y préstamos en dinero, cualquiera que sea la forma en que se instrumente, incluso mediante efectos financieros o títulos de otra naturaleza) y F. ("la prestación de fianzas, avales; cauciones y demás garantías reales o personales (...) extendiéndose a aquellas que garanticen préstamos o créditos"). De este modo, se entiende que el único impuesto que grava la concesión del préstamo hipotecaria (cuyo clausulado es objeto de análisis en el presente procedimiento) es el impuesto sobre actos jurídicos documentados (IAJD). No se aprecia la posible o eventual existencia futura de impuesto adicional alguno que pudiera tener que ser abonado por el consumidor.

Así, de cara a establecer quién es el sujeto pasivo (contribuyente u obligado tributario) del impuesto en cuestión, se ha de estar a lo previsto 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, concretamente en su artículo 8 , que establece que estará obligada al pago del Impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: a) en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (...) c) en la constitución de derechos reales, aquél a cuyo favor se realice este acto (...) d) en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el prestatario". No obstante, dicho precepto es matizado en el artículo 15.1 del mismo texto normativo, que señala que "la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo".

Más específicamente, en cuanto al impuesto sobre actos jurídicos documentados, el mismo se aplica por cuanto los documentos notariales (escrituras, actas y testimonios notariales) están sujetos a gravamen por el mismo (ex art 27 del mismo texto legal). En cuanto a quién es el sujeto pasivo (persona obligada a abonar el importe impuesto por el tributo) el art. 29 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 en cuyo interés se expidan". En aplicación de dicho precepto, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera (Civil), de 23 de diciembre de 2.015 (STS 705/2.015) declara que "(la entidad bancaria) será sujeto pasivo (del impuesto sobre actos jurídicos documentados) 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", declarando la nulidad de la cláusula que impone o repercute el pago íntegro de los mismos al consumidor, no solo por contravenir la imperativa disposición legal reseñada, sino también por su flagrante carácter abusivo ex art 89.3 c) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de tos Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarías (o TRLGDCU), que atribuye automáticamente la condición de abusiva a la cláusula o estipulación que "imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario". De esta manera, la Sala Primera del Tribunal Supremo sostiene que

la cláusula en virtud de la cual se impone al consumidor el abono de todos los impuestos que puedan gravar el préstamo hipotecarlo concertado es abusiva y consiguientemente nula, por cuanto entiende que la entidad bancaria también queda obligada (por aplicación del art 29 del TRLITPyAJD) al abono de parte del impuesto sobre actos jurídicos documentados (aun cuando no señala el porcentaje o cuantía correspondiente).

No obstante, esta doctrina de la Sala Primera 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 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera (Contencioso-Administrativo), Sección 21, de 20 de enero de 2.004 (STS 159/2.004) prevé que, si bien el art. 29 del TRLITPyAJD establece, con carácter genérico, 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", tal precepto ha sido objeto de desarrollo y concreción por el art. 68 del Real Decreto 828/1995 , de 29 de maya, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (y art. 25.1 del mismo texto reglamentario), que cierra la controversia señalando que "cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario". De esta manera, entiende la Sala Tercera que el sujeto pasivo (del IAJD) ha de ser en todo caso el prestatario, en aplicación del principio de especialidad (o "ley especial deroga ley general").

Por otra parte, remarca esta misma sentencia que en ningún caso el citado precepto reglamentario (art. 68 del RITPyAJD) incurre en una extralimitación 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 (Sanco) 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 18 de enero y 24 de mayo de 2.005 ; en cuanto a su adecuación al principio de capacidad económica exigido en el art. 31 de la Constitución .

Por último, en cuanto a qué orden jurisdiccional es el competente para resolver la cuestión suscitada en este pleito (quién es el sujeta pasivo del IAJD), la misma Sala Primera, en su reciente sentencia de 18 de mayo de 2.016 (recurso 416/2.014), establece, por remisión a la STS (de la misma Sala) de 17 noviembre de 2010 , que el conocimiento de las controversias entre particulares acerca del cumplimiento de obligaciones dimanantes de relaciones contractuales corresponde, en principio, al orden jurisdiccional civil, al que, según el artículo 9.1 LOPJ , corresponde el conocimiento de los conflictos "inter privatos" (entre particulares), puesto que se le atribuyen las materias que le son propias, además de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional (SSTS de 2 de abril de 2009 , de 16 de junio de 2010 y de 10 de noviembre de 2008). Según la STS de 10 de noviembre de 2008 , este principio alcanza a aquellos supuestos en que la procedencia de la obligación entre particulares tiene un presupuesto de carácter administrativo-tributario, como el devengo de un determinado tributo a cargo de un obligado tributario, salva en aquellos casos en que, por versar la controversia principalmente sobre la existencia o contenido de la obligación tributaria o sobre la determinación del sujeto que resulta obligado en virtud de la misma, no puede admitirse que el "thema decidendi" [cuestión que debe decidirse], de carácter jurídico-administrativo y llamado a ser resuelto por la jurisdicción de este orden, tenga carácter accesorio o prejudicial respecto de la cuestión civil planteada".

Todo ello conduce a la desestimación de la pretensión del actor relativa la declaración de nulidad (por abusiva) de la parte de la cláusula impugnada, en virtud de la cual se imponía al consumidor-prestatario el abono de los impuestos que gravasen el préstamo hipotecario, por ser conforme a las normas imperativas (legales y reglamentarias) tributarias citadas.

TERCERO.- Aranceles notariales y registrales

Se plantea también por la parte actora, la posible nulidad (por abusiva) del apartado de la cláusula 7ª del contrato de préstamo hipotecario en virtud del cual se establece que serán de cargo del prestatario los aranceles notariales y registrales que se originen en virtud de la formalización, rectificación, cumplimiento, ejecución y extinción del préstamo, incluyendo la primera copia para la Caja de la escritura debidamente liquidada e inscrita.

En lo relativo a estos gastos, se ha de distinguir entre los aranceles abonados al Notado -formalización en escritura pública- y los satisfechos al Registrador de la Propiedad -inscripción registral-.

En primer lugar, tal y como establece la STS de 23 de diciembre de 2.015 , de cara a apreciar el posible carácter abusivo de la cláusula impugnada se ha de estar al marco normativo especial aplicable en esta materia, como es en primer lugar el art. 89.3 TRLGDCU, que califica como cláusulas abusivas, en todo casa, tanto "la

transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (numero 2º), por ejemplo cuando se le impone el abono de los gastos ocasionados por la subsanación de errores o defectos en las escrituras no imputables al mismo, como "la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley correspondan al empresario" (número 3º) que vamos a. analizar a continuación. El propio artículo atribuye la consideración de abusiva, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición); a la estipulación en virtud de la cual el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.32, letra a).

La citada sentencia del TS (705/2.015) establece que, 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-, 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.

Así se prevé también en la normativa reglamentaria que regula estos sectores específicos, concretamente en el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios (norma 6ª del Anexo II) y en el Real Decreto 1427/1989, de 17 de Noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la. propiedad (norma 8ª del Anexo II)

No obstante, ninguno de estos preceptos establece claramente en favor de quién se solicita la intervención de los referidos profesionales, o quién ha de considerarse como interesado en la formalización, constitución e inscripción del préstamo hipotecario.

A estos efectos, la STS 705/2.015 declara la nulidad (por abusiva) de una cláusula que atribuye (de manera indiscriminada) al consumidor el abono de la totalidad de los gastos, tanto de Notario como de Registrador. No obstante, deja abierta la puerta a una eventual exclusión del carácter abusivo de una cláusula que permita una distribución "equitativa" (de acuerdo con la normativa reglamentaria), siempre que exista una mínima reciprocidad y equilibrio entre las obligaciones de las partes, entendiendo que, si bien la entidad bancaria ostenta el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria ["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)], el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como principal frente a la constitución de la hipoteca.

Así, de cara a establecer qué se ha de considerar una "distribución equitativa", en cuanto a los gastos derivados de la intervención del Notario (formalización de la escritura. pública del préstamo hipotecario y ulteriores copias o testimonios de la misma), se entiende que ostenta interés el prestatario-consumidor por cuanto supone la formalización o documentación -ante autoridad que otorga fe pública a lo acordado, con los efectos previstos en los arts. 143 y siguientes del Reglamento del Notariado, de 2 de junio de 1.944 - del préstamo concedido por el banco a su favor, permitiendo, a través de la constitución de la garantía hipotecaria, no solo la concesión del citado préstamo, sino también el establecimiento -por parte de la entidad- de unos plazos razonables de amortización o devolución del capital prestado -dilación temporal que difícilmente podría obtenerse de no existir tal garantía real-,y un tipo de interés inferior al que se fijaría en el caso de concederse un préstamo personal. Pero, tal y como avanzaba anteriormente, también el Banco ostenta interés en la formalización de la escritura. pública ante Notario, por cuanto 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-, sin la cual no podría adquirir el título ejecutivo, la garantía real y la utilización del procedimiento de ejecución especial señalados anteriormente.

Por lo que, se estima razonable realizar una interpretación de las normas antes reseñadas, en el sentido de considerar equilibrado el pacto en virtud del cual se impone al consumidor el abono del 30 % -y a la entidad bancaría el otro 70 %- de los aranceles notariales devengados por la formalización de la escritura matriz, así como por la expedición de las primeras y segundas copias autorizadas o testimonios de la misma, debiendo abonar el importe de ulteriores copias la parte que así lo haya solicitado" La diferencia porcentual se explica atendiendo al interés principal que ostenta la entidad bancaria en la formalización del préstamo hipotecario (tal y como ha sido declarado por el TS), frente al interés existente en el consumidor.

Todo ello no implica la automática consideración como abusiva de aquellas cláusulas que establezcan porcentajes de distribución distintos al previsto en el párrafo anterior -o un reparto diferente, teniendo en cuenta las escrituras o copias que haya de abonar cada parte, por ejemplo-, sino que se deberá analizar caso por caso.

De todos modos, se estima equilibrada la atribución al consumidor del pago del 50 % o menos de los gastos notariales, siempre que la. entidad bancaria quede obligada al abono del porcentaje (%) restante (50 % o más).

En el presente caso, teniendo en cuenta que la cláusula impugnada impone, de manera total e indiscriminada el abono de tales gastos al consumidor, incluyendo no sola los supuestos de formalización, sino también los de rectificación, cumplimiento, ejecución y extinción, con independencia de quién lo solicite o la causa en virtud de la cual se lleven a cabo, se ha de declarar su carácter abusivo, no solo por cuanto impone al prestatario gastos de documentación que por su naturaleza debieran corresponder en parte al empresario, sino porque además genera, en detrimento del consumidor, un importante desequilibrio de los derechos y obligaciones que cada una de las partes ostenta en el contrato, no habiendo sido aceptada tal cláusula por al consumidor en una negociación individual en igualdad de condiciones -siendo por tanto contraria a las exigencias de la buena fe-.

Por último, en cuanto a los aranceles derivados de la intervención del Registrador de la Propiedad, se estima adecuado imponer el abono íntegro de los mismos a la entidad bancaría por cuanto que, como señalaba anteriormente, es ésta quien ostenta el interés principal en la constitución de la hipoteca, teniendo la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad carácter constitutivo -excepción prevista en el ordenamiento jurídico español, ex art. 1.875 CC -, limitándose tal acto a esta finalidad -a diferencia de la formalización-, y por cuanto sirve de garantía al cumplimiento de la obligación principal del prestatario -pudiendo la entidad bancaria hacer uso de los mecanismos especiales que la ley le concede en caso de impago-, ostentando además dicho crédito la condición de preferente (art. 1.923.3º CC) o de privilegio especial en caso de concurso de acreedores (ex art. 90.1-12 de la Ley Concursal).

En el presente caso, se impone su abono íntegramente al consumidor, contraviniendo directamente la interpretación de la norma arancelaria que lo regula, y generando, al igual que en el supuesto anterior, en detrimento del consumidor, un importante desequilibrio de los derechos y obligaciones que cada una de las partes ostenta en el contrato, no habiendo sido aceptada tal cláusula por el consumidor en una negociación individual en igualdad de condiciones -siendo por tanto contraria a las exigencias de la buena fe-.

Procede, por ello, decretar la nulidad por abusivos de los dos apartados anteriores.

CUARTO. Gestoría

Se plantea también por la parte actora, la posible nulidad por abusiva del apartado de la cláusula 7ª del contrato de préstamo hipotecario, que establece que "será de cargo de la parte prestataria (...) la tramitación de la inscripción registral de esta escritura y de aquéllas otras cuya inscripción previa sea precisa, a través de la gestoría que la Caja designe de mutuo acuerdo con la parte prestataria".

En lo relativo a estos gastos de gestoría, conviene advertir un primer aspecto que puede influir en el juicio de su eventual carácter abusivo, como es lo previsto en el art. 89 del TRLGDCU, que establece que "en todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas (...) 4) la imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (...) 5) 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".

A estos efectos, la entidad bancaria impone al consumidor la contratación de los servicios de gestión de otra entidad mercantil, con la finalidad de que sea ésta quien se ocupe de la tramitación de la escritura pública (y la expedición de sus consiguientes copias) y de la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad, repercutiendo su importe al consumidor.

Son dos las consideraciones a realizar. En primer lugar, la gestión de los trámites previstos anteriormente se impone unilateralmente por el banco al consumidor (como condición general no solicitada expresamente), siendo la entidad gestora (corno regla general) elegida o designada por el propio Banco -aun cuando se hace constar en la escritura que se designará de común acuerdo entre las partes-. Mas no hay que olvidar, que aun cuando se imponga por el Banco, la gestión también beneficia al consumidor, por cuanto supone la realización de los trámites -de carácter técnico o burocrático ante el fedatario público y el registrador- necesarios no solo para la constitución de la hipoteca, sino también para la formalización del préstamo concedido al demandante y, en su caso, el abono del IAJD -cuyo sujeto pasivo es el prestatario, tal y como hemos señalado anteriormente-.

De esta manera, es abusiva la cláusula que imponga su pago íntegramente al consumidor, mas será válida en cuanto establezca una distribución equitativa de su importe entre ambas partes. De esta manera, se considera proporcionado imputar al consumidor el abono del 50 % de los gastos de gestoría necesarios para la formalización de la escritura pública (y demás actos ante Notario), en consonancia con el porcentaje establecido anteriormente en cuanto al arancel notarial, así como el 100 % de aquellos que se refieran a la

liquidación y abono del IAJD ante la Hacienda Pública competente. El Banco deberá hacerse cargo como mínimo del 50 % del importe restante en cuanto a las gestiones ante el Notario, del 100 % de las relativas a la inscripción de la escritura en el Registro de la Propiedad - haciendo gala de los argumentos empleados en el FD anterior, y de todos aquellos otros distintos a los anteriormente analizados o no especificados en la escritura o factura. No obstante, si en la factura emitida por la entidad gestora no se desglosa el importe correspondiente a cada una de las operaciones realizadas; limitándose a señalar los honorarios o coste total de los servicios de gestoría o tramitación, se estima equilibrado y equitativo, aludiendo a los argumentos antes señalados, el pacto en virtud del cual se impone al consumidor el abono de un 40 % de los referidos gastos, debiendo la entidad bancaria satisfacer. el 60 % restante, siendo presumiblemente abusivo el pacto en virtud del cual se atribuya al consumidor un porcentaje mayor.

En el presente caso, teniendo en cuenta que la escritura impone, en su totalidad, el abono de los mismos al consumidor, al igual que en los dos supuestos anteriores, procede decretar su abusividad y consiguiente nulidad, no solo por la concurrencia de la causa prevista en el art. art. 89.3, letra a) del TRLGDCU, sino por cuanto genera, en detrimento del consumidor, un importante desequilibrio de los derechos y obligaciones que cada una de las partes ostenta en la relación contractual, no habiendo sido aceptada tal cláusula por el consumidor en una negociación individual en igualdad de condiciones -siendo por tanto contraria a las exigencias de la buena fe-.

QUINTO.- Tasación

Por último, plantea la parte actora el posible carácter abusivo, y consiguiente nulidad, del apartado de la cláusula 7ª del contrato de préstamo hipotecario celebrado entre las partes, en virtud de la cual se atribuye al consumidor la obligación de satisfacer los gastos de tasación del inmueble.

Respecto a los gastos de tasación del bien inmueble que es objeto de hipoteca, se han de tener en cuenta diversos aspectos. En primer lugar, si bien la literalidad de la cláusula impone al consumidor el abono de los gastos de tasación del inmueble dando lugar con frecuencia a que sea la entidad bancaria la que elija la sociedad de tasación que va a prestar dicho servicio, ello no impide al consumidor encomendar dicha función a una empresa distinta, tal y como establece el art. 3 bis 1 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo , de regulación del Mercado Hipotecario, que afirma -tras la reforma operada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre-, que "las entidades de crédito, incluso aquellas que dispongan de servicios propios de tasación, estarán obligadas a aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en la presente Ley".

En segundo lugar, se ha de valorar quién es el verdadero beneficiado o quién ostenta el principal interés en la tasación del inmueble. A estos efectos) si bien se estima que el Banco pueda tener interés en la realización de la tasación, por cuanto constituye uno de los requisitos necesarios para la iniciación del procedimiento de ejecución y le permite obtener certeza de cuál es el importe real del bien que garantiza su operación, no ha de perderse de vista que es el consumidor el que ofrece el bien al Banco como garantía o aval del préstamo solicitado, logrando en su caso mediante la acreditación de su valor real- la concesión del citado préstamo y la elaboración por parte del Banco de las condiciones que le van a ser ofertadas (en cuanta a capital, plazos de amortización, tipa de interés...). Así se entiende también por la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 1511, en su sentencia de 17 de octubre de 2.016 .

Por último, se han de tener en cuenta las garantías que la ley actual prevé con base en la existencia de la citada tasación, por ejemplo de cara a determinar el tipo de subasta o el porcentaje mínimo de dicho tipo por debajo del cual no se podrá adjudicar el bien en un procedimiento de ejecución (ex arts. 682.2,1 º y 670 LEC , 234 RH o 129.2 LH). Es el consumidor, por tanto, el principal interesado en la realización de la tasación del bien inmueble que ofrece como garantía, no resultando abusiva la repercusión de su importe.

Por todo ello, la inclusión de dicho apartado no contraviene disposición legal imperativa alguna, ni implica desequilibrio relevante en los derechos y obligaciones de las partes en el contrato, por lo que no procede su declaración de nulidad, ni la devolución del importe abonado por el actor a consecuencia del mismo.

SEXTO. Prescripción/caducidad de las acciones ejercitadas

Finalmente, el demandado alega en su escrito de contestación la posible prescripción de las acciones ejercitadas. En primer lugar, parte de la base de que lo que solicita el actor es que se declare que existió un error en el consentimiento del demandante. que en el momento de celebración del contrato consideró erróneamente que tenía que abonar esos gastos, dando lugar a lo que se conoce como "error vicio", del art. 1.266 del CC . A ello anuda que la pretensión del actor sea la anulación de la cláusula en cuestión, siendo de aplicación el plazo de caducidad o prescripción -existe discrepancia doctrinal y jurisprudencial sobre esta cuestión-- de 4 años que, para estos casos, se prevé en el art. 1.301 del CC .

No obstante, hay que tener en cuenta que la acción que ejercita el actor, y que se acoge parcialmente en esta sentencia, es la de declaración de nulidad por abusividad de la cláusula de un contrato celebrado entre una entidad bancaria y un consumidor. A estos efectos, tanto el art. 83 del TRLGDCU, como el art. 8.2 de la LCGC, establecen categóricamente que las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho -nulidad absoluta-) descartando por ello la aplicación del plazo de prescripción -o caducidad- previsto en el art. 1.301 CC , el cual se aplica únicamente a los supuestos de nulidad relativa o anulabilidad -tal y como ha establecido reiteradamente la Jurisprudencia, por ejemplo en SSTS de 18 de marzo de 2.008 , 18 de octubre de 2.005 o 5 de junio de 2.000 , entre otras-.

De este modo, siendo tales cláusulas nulas de pleno derecho, no habrán producido efecto alguno -quod nullum est, nullum producit effectum-, debiendo reponer al demandante en la situación de hecho y de Derecho en la que se encontrase de no haber existido nunca tal cláusula -como se analizará en el FD siguiente-, siendo la acción ejercitada imprescriptible -tal y como establece el art. 19.4 de la LCGC-, por cuanta que el paso del tiempo no puede subsanar los actos nulos de origen -quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalecere.

Por los mismos motivos, se ha de desestimar la excepción planteada por la parte demandada de prescripción de la acción de reclamación de cantidad, por cuanto constituye un efecto legal inherente e inescindiblemente unido a la declaración de nulidad -ex art. 1.303 del CC -, no siendo aplicables los arts. 1.967 y 1.968 del Código Civil .

SÉPTIMO.- Efectos

Teniendo en cuenta lo razonado hasta el momento sobre cada uno de los gastos a los que alude la escritura, se ha de proceder a declarar la nulidad por abusivos de los siguientes apartados de la cláusula 7ª del contrato de préstamo hipotecario celebrado entre la entidad demandada y el actor:

"Son a cargo de la parte prestataria todos los gastos (...), presentes y futuros, que se originen en virtud de la formalización, rectificación, cumplimiento, ejecución y extinción del préstamo.....Son de su cargo una primera copia para la Caja de la escritura debidamente liquidada e inscrita (...) aranceles notariales y registrales (...) tramitación de la inscripción registral de esta escritura y de aquellas otras cuya inscripción previa sea precisa, a través de la gestoría que la Caja designe de mutuo acuerdo con la parte prestataria".

El resto de apanados de la cláusula, como son los relativos al abono de los tributos o impuestas que gravan el préstamo hipotecario, los gastos de tasación del inmueble o del seguro de daños conservan su validez, por cuanto no contravienen disposiciones legales imperativas, ni pueden reputarse como abusivos. Esta nulidad parcial de la cláusula, manteniendo la validez del resto de la misma, es admitida por la jurisprudencia, teniendo en cuenta además la conocida como blue pencil rule o regla del lápiz azul -reiteradamente utilizada por el Tribunal Supremo Federal Alemán, e incluso alegada por el Tribunal Supremo Español en su Auto de 8 de febrero de 2.017 , en virtud del cual plantea cuestión prejudicial al TJUE en lo relativo a la. posible nulidad parcial de la cláusula de vencimiento anticipado-.

En cuanto a los efectos derivados de la declaración de nulidad de los apartados que se consideran abusivos, se ha de estar a lo dispuesto en el art. 1.303 del CC , que impone a las partes la obligación de restituirse recíprocamente las prestaciones que hubiesen sido objeto del contrato (en este caso las cantidades satisfechas por el consumidor en aplicación de los apartados declarados nulos), tratándose de una nulidad radical o de pleno derecho (ex art. 83 TRLGDCU y 8.2 LCGC), no habiéndose producido efecto alguno desde el momento mismo de celebración del contrato (quod nullum est nullum producit effectum), y debiéndose restituir la situación de hecho y de Derecho en la que se encontrase el consumidor de no haberse incluido dicha cláusula en el contrato.

Mas dicha restitución no ha de tener por objeto únicamente aquellas cantidades que el consumidor hubiese satisfecho de más, por corresponder el abono de parte de su cuantía al Banco. Tal y como hemos señalado con anterioridad, dada la generalidad y falta de concreción de las normas que regulan los aranceles de Notarios y Registradores (y por extensión los gastos de gestoría), se admite -a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con los impuestos- la posibilidad de existencia de pactos en virtud de los cuales las partes lleven a cabo un reparto o distribución equitativa de los mismos -tal y como afirma el TS en su Sentencia 705/2.015 -. No obstante, la declaración de nulidad de las cláusulas que impidan todo reparto equitativo de los gastos, imponiendo íntegramente su abono a la parte más débil del contrato, no ha de conllevar la aplicación de los porcentajes que en esta sentencia se consideran más equilibrados, por cuanto podría suponer una integración o moderación de la cláusula declarada nula, eliminando el efecto disuasorio que persigue la Directiva 93/13/CEE del Consejo (sobre el efecto disuasorio y el principio de no vinculación, SSTJUE de 21 de diciembre de 2.016, 21 de enero de 2.015, 30 de abril de 2.014, 30 de mayo de 2.013 o 14 de junio de 2.012). Solo de este modo se puede garantizar la no vinculación del consumidor a la cláusula declarada abusiva, así como la disuasión de la entidad bancaria de cara a seguir incluyendo las mismas en sus contratos, por cuanto que de

lo contrario, sabiendo que en el peor de los casos dicha cláusula se declarará nula y se aplicará lo previsto en la ley, podría resultar rentable para la entidad continuar empleando las mismas.

En el presente caso, el Banco demandado deberá devolver al consumidor actor la cantidad de 1.022,45 euros, que se corresponde con los gastos de notaría - cuyo pago ha quedado acreditado mediante la presentación de la factura de 624,10 euros, de fecha 15 de marzo de 2.011, como documento nº 5 de la demanda, los del Registro de la Propiedad -cuyo pago ha quedado acreditado mediante la presentación de la factura de 138,75 euros, de fecha 28 de marzo de 2.011, como documento nº 3 de la demanda- y los de la gestoría Juárez & Jiménez, S.L -cuyo pago ha quedado acreditado mediante la presentación de la factura de 259,60 euros (220 + 18 % IVA), de fecha 28 de marzo de 2.011, como documento nº 2 de la demanda-.

No procede la devolución del resto de cantidades reclamadas (3.315,25 euros), por haber sido desestimada la declaración de nulidad de los apartados de la cláusula en virtud de los cuales el actor abonó tales importes.

OCTAVO.- Intereses

Las cantidades que son objeto de condena en la presente sentencia, se incrementarán con los intereses legales devengados por cada una de ellas, desde el momento en el que se efectuó su pago por el consumidor (ex art. 1.303 del CC).

Dichas cantidades devengarán los intereses de mora procesal del art. 576 de la LEC (interés legal más dos puntos porcentuales) desde el dictado de la presente sentencia.

NOVENO.- Costas

En materia de costas, impera el principio de vencimiento cuasi objetivo previsto en el art 394 de la LEC , en virtud del cual "en los procesos declarativos las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho". No obstante, ante la declaración de nulidad de parte de los apartados impugnados, así como la condena a abonar parte de la cantidad total reclamada, nos hallamos ante un supuesto de estimación parcial por lo que, no apreciándose temeridad en el comportamiento procesal de ninguna de las partes, procede aplicar lo dispuesto en el segundo apartado del citado precepto, que establece que "si fuere parcial la estimación a desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Teresa Carmen Encinas Gómez, en nombre y representación de Pascual y de Marina , frente a la entidad financiera IBERCAJA BANCO S.A. (o Grupo Caja 3), y en consecuencia:

1) Declaro la nulidad por abusivos de los siguientes apartados de la cláusula 7ª del contrato de préstamo hipotecario celebrado entre las partes en fecha 10 de marzo de 2.011, ante el Notario D. Esteban Sánchez Sánchez, nº de protocolo 515:

"Son a cargo de la parte prestataria todos los gastos (...), presentes y futuros, que se originen en virtud de la formalización, rectificación, cumplimiento, ejecución y extinción del préstamo .....Son de su cargo una primera copia para la Caja de la escritura debidamente liquidada e inscrita (...) aranceles notariales y registrales (...) tramitación de la inscripción registral de esta escritura y de aquellas otras cuya inscripción previa sea precisa, a través de la gestoría que la Caja designe de mutuo acuerdo con la parte prestataria".

Subsistiendo la vigencia del resto del contrato, en todo lo no afectado por la presente resolución.

2) Condeno a IBERCAJA BANCO S.A. a abonar a los actores la cantidad de MIL VEINTIDÓS EUROS CON CUARENTA y CINCO CÉNTIMOS (1.022,45 €), así como a los intereses legales devengados desde el momento en el que se efectuó su pago, y los intereses del art 576 de la LEC desde el dictado de esta sentencia.

No hago especial pronunciamiento en materia de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer RECURSO DE APELACIÓN ante este Juzgado, el cual no tendrá efectos suspensivos, dentro de los 20 días siguientes a su notificación, exponiendo las alegaciones en que se base la impugnación, los pronunciamientos que impugnan, y el precepto/s que estiman infringido/s, el cual será resuelto por la Audiencia Provincial de Zaragoza.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

No se admitirá el recurso a trámite si quien lo pretende no acredita, al prepararlo, que ha consignado en la cuenta de depósitos de este Juzgado la cantidad de 50 euros.

Por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos principales con nº 5.098/2.017, y cuyo original se incluirá en el libro de sentencias de este Juzgado, lo acuerdo, mando y firmo, el Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 12 bis de Zaragoza, Adrián Cámara del Río.

Doy fe, la Letrada de la Administración de Justicia.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ