



Roj: **SAP GI 94/2019 - ECLI: ES:APGI:2019:94**

Id Cendoj: **17079370012019100059**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **1**

Fecha: **04/02/2019**

Nº de Recurso: **793/2018**

Nº de Resolución: **53/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FERNANDO FERRERO HIDALGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 01 Civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.01)

Plaza Josep Maria Lidón Corbí, 1 - Girona - C.P.: 17001

TEL.: 972942368

FAX: 972942373

EMAIL:aps1.girona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 1707942120178149575

Recurso de apelación 793/2018 -1

Materia: Apelación civil

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Girona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) 1875/2017

Parte recurrente/Solicitante: CAIXABANK, S.A., Edmundo

Procurador/a: Ma. Àngels Vila Reyner, Pere Ferrer Ferrer

Abogado/a: IÑAKI FRADE JUANOLA, Jose Vicente Espinosa Bolaños

Parte recurrida:

Procurador/a:

Abogado/a:

SENTENCIA N° 53/2019

Magistrados:

Fernando Ferrero Hidalgo

Carles Cruz Moratones

Nuria Lefort Ruiz de Aguiar

Girona, 4 de febrero de 2019

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO . En fecha 12 de julio de 2018 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) 1875/2017 remitidos por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Girona a fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por el Procurador Pere Ferrer Ferrer, en nombre y representación de CAIXABANK, S.A. y la procuradora Ma. Àngels Vila Reyner, en nombre y representación de Edmundo contra la sentencia de 25/04/2018 .



SEGUNDO . El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

" FALLO

ESTIMO PARCIALMENTE la demanda presentada por Edmundo contra CAIXABANK, S.A., y:

A) DECLARO la nulidad de la cláusula relativa a la imposición de gastos, mora, comisiones y vencimiento anticipado contenidas en la escritura de préstamo hipotecario y su correspondiente eliminación;

B) CONDENO a la entidad financiera demandada a satisfacer el importe de 921,58 € más los intereses legales de dicha cantidad desde las respectivas fechas de pago de cada uno de los importes objeto de condena.

No se hace expresa imposición de costas a ninguna de las partes. Cada una pagará las causadas a su instancia y las comunes por mitad."

TERCERO. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo. Que ha tenido lugar el día 14/01/2019.

CUARTO. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente al **Magistrado Fernando Ferrero Hidalgo**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia, en cuanto no contradigan los de esta resolución.

SEGUNDO.- Se interpuso recurso de apelación por ambas partes contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Girona de 25 de abril del 2018 , en la que se estimó parcialmente la demanda interpuesta por D. Edmundo contra CAIXABANK, S.A.

En dicha demanda se solicitaba la nulidad de las siguientes cláusulas del contrato de préstamo hipotecario suscrito el 15 de abril del 2015:

De la cláusula 5ª de gastos, que establece la imposición de la totalidad de ellos a la parte prestataria, con devolución de las cantidades indebidamente pagadas.

De las cláusulas de vencimiento anticipado, intereses de demora y comisiones por posiciones deudoras.

La sentencia estimó parcialmente la demanda, declarando la nulidad de todas las cláusulas impugnadas y condenando a devolver la cantidad de 921,50 euros en concepto de gastos indebidamente abonados por el prestatario.

El recurso de CAIXABANK impugna la declaración de nulidad de la cláusula de gastos, así como la condena a pagar el importe de los mismos, que en su momento asumió el prestatario. Y el demandante impugna la estimación parcial de la demanda en lo referente a los gastos notariales, considerando que debe pagarlos íntegramente la entidad prestamista y solicita una condena adicional de 175,5 euros por el exceso en la liquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, dado que si se suprime el cómputo de los intereses de demora garantizados por la hipoteca, cuya nulidad se ha decretado la cantidad a pagar por dicha impuesta hubiera sido inferior y en dicha diferencia de la cantidad pagada. Se impugna también la cuantía del procedimiento.

TERCERO.- **Consideraciones generales sobre las condiciones generales de la contratación y su control de abusividad.**

El 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 los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aparte de establecer unas normas generales sobre la contratación con los consumidores, en los artículos 85 a 90 efectúa un elenco de cláusulas abusivas, bien por vincular el contrato a la voluntad del empresario, bien por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario, bien por falta de reciprocidad, bien respecto al sistema de garantías de los bienes o productos, bien por afectar al perfeccionamiento y ejecución del contrato, bien a la competencia y derecho aplicable.

A la vista de dicho elenco de cláusulas podría efectuarse la siguiente clasificación:

1ª Cláusulas abusivas por quedar subsumidas en alguno de los supuestos legales.



Son aquellas que no precisan realizar ninguna interpretación o valoración de tal forma que si en el contrato existe alguna o algunas cláusulas que se ajustan a alguno de los supuestos legales, serán nulas y se tendrán por no puestas conforme al artículo 83 de dicha Ley. Resulta indiferente que la cláusula haya sido aceptada expresamente por el consumidor o haya sido incluida de una forma clara y precisa y de forma destacada en el contrato. Solamente se excluirá su carácter abusivo si se negoció de forma expresa individual y se explican las razones de ello.

Según se razona por el Tribunal Supremo en la sentencia de 3 de junio del 2016 :

" Para que se considere que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación no tienen el carácter de condiciones generales, o de cláusulas no negociadas, y se excluya el control de abusividad, "es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario " (sentencia 265/2015, de 22 de abril).

Como recordábamos en la citada sentencia 265/2015, de 22 de abril , "[e]s un hecho notorio que en determinados sectores de la contratación con los consumidores, en especial los bienes y servicios de uso común a que hace referencia el art. 9 TRLCU, entre los que se encuentran los servicios bancarios, los profesionales o empresarios utilizan contratos integrados por condiciones generales de la contratación. De ahí que tanto la Directiva (art. 3.2) como la norma nacional que la desarrolla (art. 82.2 TRLGDCU) prevean que el profesional o empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba de esa negociación. Así lo recuerda la STJUE de 16 de enero de 2014, asunto C-226/12, caso Constructora Principado , en su párrafo 19". Y es que, "el sector bancario se caracteriza porque la contratación con consumidores se realiza mediante cláusulas predispuestas e impuestas por la entidad bancaria, y por tanto, no negociadas individualmente con el consumidor, lo que determina la procedencia del control de abusividad previsto en la Directiva 1993/13/CEE y en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, salvo que se pruebe el supuesto excepcional de que el contrato ha sido negociado y el consumidor ha obtenido contrapartidas apreciables a la inserción de cláusulas beneficiosas para el predisponente".

Así, por ejemplo, el artículo 90 recoge entre otras como abusivas la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble. La imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor y usuario en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante.

2ª Cláusulas abusivas que precisan de interpretación o valoración judicial .

En el elenco legal de cláusulas abusivas nos encontramos con algunas en las que el legislador utiliza expresiones como " *plazo excesivamente largo* ", " *plazo desproporcionadamente breve* ", " *motivos graves* ", " *garantías desproporcionadas* ", o " *indemnización desproporcionadamente alta* ". En estos casos, es preciso que el Juez realice una interpretación y valoración del contrato, bien, en atención a la naturaleza del mismo, bien a las circunstancias en las que se ha suscrito, bien en atención a su ejecución, a fin de decidir si nos encontramos ante cláusulas abusivas.

El caso más habitual con el que nos encontramos es el de los intereses de demora. El artículo 85.6 considera abusivas " *Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones* ". Pues bien, para valorar si el interés de demora establecido o no en el contrato es o no abusivo, debe acudirse a una serie de criterios para decidir si es o no abusivo el interés estipulado.

3ª Cláusulas que de forma abstracta podrían ajustarse a los requisitos legales, pero su abusividad puede derivarse de su ejercicio concreto por el acreedor.

Existen determinadas cláusulas cuya inclusión en el contrato viene exigida por la propia Ley para poder ejercitar determinadas acciones derivadas del contrato, especialmente, en los procedimientos de ejecución y ejecución hipotecaria, pero su ejercicio debe estar condicionado por otros principios como el abuso de derecho, la buena fe (artículo 82 TRLCU), etc.

4ª Cláusulas cuya abusividad deriva de su forma de incorporarse al contrato.



El artículo 80 del TRLGDCU, que regula los requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente, en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente deberán cumplir los siguientes requisitos:

- a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.
- b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.
- c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

Por otro lado, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación regula en sus artículos 5 y siguientes los requisitos de incorporación de las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes

Estas cláusulas suelen afectar al objeto principal del contrato, respecto de las cuales no puede efectuarse un control de abusividad conforme a los supuestos primero a tercero, pero puede declararse su nulidad por no pasar la cláusula el doble control de inclusión y transparencia que dependiendo de cada cláusula se viene exigiendo. Ello ha ocurrido con las denominadas cláusulas suelo respecto de las cuales se ha declarado su nulidad, a pesar de integrar el objeto principal del contrato o del precio retribución, por falta de transparencia.

CUARTO.- Sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre del 2015

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en sentencia de pleno, de 23 de diciembre del 2015, respecto de las cláusulas contractuales en las que se impone a los prestatarios una serie de gastos derivados del otorgamiento del préstamo hipotecario y su inscripción en el Registro de la Propiedad. Tal pronunciamiento es del tenor literal siguiente:

2.- La cláusula 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 aún 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.

Tal sentencia fue dictada en un proceso en el que se ejercitaba por una organización de consumidores (OCU) la nulidad de una serie de cláusulas incorporadas a los contratos de préstamo hipotecario otorgados por el BBVA y por EL BANCO POPULAR ESPAÑOL. Por lo tanto, por un lado, la fuerza de cosa juzgada sólo tiene efectos frente a dichas entidades bancarias y, por otro lado, los efectos jurídicos de estas sentencias deben interpretarse en sus justos términos, dado que son dictadas en procesos de acciones colectivas, pudiendo ser diferente la decisión que se dicte en los procesos individuales ejercitados por los consumidores.

En el presente caso, la parte demandada es CAIXABANK y la cláusula incorporada al contrato de préstamo hipotecario objeto de la acción de nulidad es muy similar a la declarada nula en dicha sentencia del Tribunal Supremo, por lo que los efectos de la cosa juzgada respecto a la cláusula son claros en cuanto a la nulidad de la misma, no respecto de los efectos, sobre los cuales no se pronunció.

La cláusula se declara nula por abusiva, es decir, por contravenir una serie de normas imperativas que se relacionan en la sentencia relativa a cargar al consumidor gastos o impuestos que no le corresponden, pero no declara la nulidad por no ser transparente. La cláusula no afecta al objeto principal del contrato, ni al precio o retribución, por lo tanto, no debe efectuarse su control al amparo de si la cláusula es o no clara o si ha sido o no aceptada por el prestatario o el hipotecante, sino si contradice una norma imperativa que prohíbe determinadas cláusulas incorporadas a contratos con consumidores.

Solamente, como hemos visto, podría excluirse la abusividad de la cláusula si se prueba cumplidamente la existencia de una negociación expresa y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario. Ni se alega tal cuestión ni se prueba.

Pero, como se indica en las sentencias de 15 de marzo del 2.018, sobre la base de la abusividad de la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor (en este caso, el prestatario), deberían ser los tribunales quienes decidieran en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, quienes concretaran cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación.

En dicha decisión deberán tenerse en cuenta las normas legales reguladoras del pago de todos los gastos que genera el proceso de concesión del préstamo hipotecario, que, como veremos, no es cierto que se atribuyan tales gastos al prestatario, salvo el Impuesto de Transmisiones patrimoniales por la concesión del préstamo, siendo necesario realizar una interpretación de dichas normas para fijar a quien le corresponde, y también debe tenerse en cuenta el interés de cada parte. En definitiva, no puede aceptarse que, de no existir tal cláusula, el ordenamiento jurídico impusiera al prestatario el pago de todos los gastos de notario, registrador o gestor, por ejemplo. Incluso si nos atuviéramos al mero tenor literal de la norma, incluso habría que sostener lo contrario. Sin embargo, no haremos una interpretación literal, sino lógica y finalista.

QUINTO.- Consideraciones generales sobre el préstamo o crédito con garantía hipotecaria.

El préstamo se constituye en escritura pública porque al mismo tiempo, y como garantía de su concesión, se constituye a su vez el derecho real de hipoteca que exige, de acuerdo con el Código Civil y la Ley Hipotecaria, la formalización de la escritura notarial y la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad. Algún sector doctrinal y algunas resoluciones judiciales entienden que el interés sustancial del prestatario es que se formalice el préstamo de la manera más simple posible y sin más garantías que la suya personal (sus bienes presentes y futuros), y siéndole indiferente que en el caso de exigirsele una garantía, como la hipoteca, se inscriba o no en el Registro de la Propiedad, mientras que el interés del banco es el de otorgar escritura pública, haciendo fehaciente a efectos probatorios y ejecutivos la existencia del contrato, y porque además de ningún otro modo podrá ganar a su favor el derecho real de hipoteca que se constituye para él.

Ahora bien, el consumidor que solicita un préstamo de una considerable cantidad de dinero no puede pretender que la entidad financiera se lo preste sin efectivas garantías de devolución, siendo la más extendida y vinculada a la financiación para adquirir un inmueble, la constitución de una hipoteca sobre el mismo, aunque puede también garantizarse el préstamo con la hipoteca de un inmueble para una finalidad distinta. La constitución de hipoteca precisa para su validez de escritura pública e inscripción en Registro de la Propiedad (artículo 1.875 del Código civil y artículo 145 de la Ley Hipotecaria), por lo que el prestatario no puede más que ser



consciente que la solicitud y obtención de un préstamo de una elevada cuantía precisa de una garantía, que al ser una hipoteca sobre un inmueble, generará una serie de gastos por el otorgamiento de una escritura pública y su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Por otro lado, la prestación de una o varias garantías por el prestatario puede afectar al interés remuneratorio que debe satisfacer por el aplazamiento en su devolución o en los plazos a devolver y, así, en la práctica financiera un préstamo con la garantía de la hipoteca se concede con la obligación de su devolución en plazos mucho más largos (20, 30 o incluso 40 años) y con un interés remuneratorio más bajo que los préstamos sin la garantía real de la hipoteca, que se conceden con la obligación de devolver en plazos mucho más cortos y con el pago de un interés remuneratorio más alto. Y el banco o la entidad financiera es claro que también tiene un interés económico en la concesión del préstamo, pues parte de su negocio se fundamenta en ello. Y tanto la correcta tasación del bien, como la intervención del Notario y la inscripción en el Registro del Propiedad resultan esenciales para garantizar el buen fin del negocio.

En realidad, dejando de lado las obligaciones fiscales que genera el proceso de concesión de un préstamo con garantía hipotecaria, ambas partes, prestamista y prestatario tiene interés en que el préstamo se garantice con una hipoteca, para lo cual es necesaria la escritura pública y su inscripción en el Registro de la Propiedad. Todo el proceso de concesión de un préstamo con garantía hipotecaria debe ser calificado de forma unitaria y no disociarse cada una de sus partes. El prestatario solicita de una entidad financiera un préstamo por una cantidad considerable y para su concesión debe prestar una garantía suficiente, por lo que se exige la tasación de la misma a fin de demostrar que lo es, resulta necesaria la intervención de un Notario y un Registrador y habitualmente actúa un gestor ajeno a ambas partes, que actúa en interés de ellas, inscribiendo la escritura y pagando los impuestos que se generan por todo dicho proceso.

Podría ser discutible si uno u otro tiene un mayor o menor interés en los actos que deben llevar a cabo hasta consumar el contrato, pero desde luego, ambas partes tiene interés en ello.

El Tribunal Supremo en las cinco sentencia de 23 de enero del 2019 mantiene similar criterio, y salvo respecto a los gastos de inscripción de la hipoteca, considera que deben pagarse por mitad los gastos notariales y del gestor.

SEXTO.- Sobre los gastos por el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario.

Como hemos razonado, el préstamo se constituye en escritura pública porque al mismo tiempo, y en su garantía, se constituye a su vez el derecho real de hipoteca exigiendo el Código Civil y la Ley Hipotecaria la formalización de la escritura notarial y la correspondiente inscripción en el registro de la propiedad.

El Tribunal Supremo en la sentencia citada de 23 de diciembre del 2015 realiza una serie de valoraciones en la que indica que quien tiene interés principal en la documentación e inscripción de la escritura del préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo, constituye la garantía real y adquiere la posibilidad de ejecución, pero después dice que la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues el beneficiario por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de hipoteca, sin perder de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista.

Tal afirmación ha llevado a considerar que el Tribunal Supremo no ha dicho de forma tajante que los gastos de la escritura e inscripción sean a cargo del prestamista, por lo que son diversos los criterios que se vienen sosteniendo.

Como ya adelantamos resulta simplista la afirmación de que el interés del prestatario sería que se le concediera el préstamo en un simple documento privado y sin constitución alguna de garantía. Nadie puede creer que se le va a conceder un préstamo de una cuantía considerable, documentándolo en un contrato privado y sin garantía alguna. A parte de que, como hemos visto, la constitución de estas garantías genera beneficios para el prestatario al obtener los préstamos con interés más bajos y su devolución en plazos más largos.

También se argumenta que de conformidad a la normativa notarial, el pago al notario lo debe realizar quien solicita sus servicios. La norma que regula los Aranceles notariales, R.D. 1426/1989, de 17 de noviembre, impone el pago (Anexo II norma sexta) "a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, los interesados según las normas sustantivas y fiscales". Es cierto que no suele ser el consumidor el que selecciona al Notario para la formalización de la escritura, ni el que proporciona la minuta con las condiciones del préstamo y la hipoteca, pero el requerimiento de la intervención del notario debe interpretarse no literalmente, sino finalísimamente, en el sentido de que la intervención del notario se hace en atención a quien sea el interesado en el otorgamiento de la escritura pública. Y, así, en atención a lo dicho no puede más que sostenerse que son ambas partes las interesadas en la intervención del notario y que son la que intervienen en el otorgamiento de la escritura publica. Por un lado, el consumidor porque si no



presta la garantía de la hipoteca no obtendrá la financiación de la entidad bancaria y para que sea efectiva debe otorgarse la escritura pública. Y, por otro lado, la entidad financiera, pues como dijo el Tribunal Supremo en la sentencia citada, porque 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). Incluso, si se formaliza con todos los requisitos exigidos por la Ley del Mercado Hipotecario de 25 de marzo de 1981, la entidad financiera podrá emitir cédulas hipotecarias y, en consecuencia, transmitir el riesgo a terceras que las adquieren.

Por lo tanto, se estima que ambas partes satisfagan los aranceles del Notario por mitad respecto a la intervención del Notario en el otorgamiento de la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria. Distinto será de la expedición de copias que serán a cargo de quien las solicite, pues el interés de éste es exclusivo.

En el presente caso, examinada la minuta se aprecia la expedición de una copia autorizada, sin mayor precisión, pero hay que suponer que se emitió para su inscripción en el Registro de la Propiedad, por lo que según lo razonado se pagará por mitad. Y tres copias simples, que al no especificarse debe presumirse que se entregó una a cada parte y la otras deberá pagarse por mitad.

En cuanto a los suplidos, que se trataría del impuesto de actos jurídicos documentados, las sentencias de 15 de marzo del 2.018 del Tribunal Supremo establecieron que:

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.

Vista la factura la cantidad de 2,85 euros por el papel matriz corresponde al prestatario, en cuanto a los suplidos por las copias, al no constar a favor de quien se emitieron, se pagarán por mitad. Por lo tanto, la cantidad correcta a reintegrar debe ser de 182,11 euros.

SÉPTIMO.- Sobre los gastos por la inscripción en el Registro de la Propiedad de la garantía hipotecaria.

El Tribunal Supremo en cinco sentencias del 23 de enero del 2019 ha resuelto la cuestión en los siguientes términos:

1.- En lo que atañe a los gastos del registro de la propiedad, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1º, que:

"Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria , se abonarán por el transmitente o interesado".

Con arreglo a estos apartados del art. 6 LH , la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (c).

A diferencia, pues, del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho.

2.- Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario 16

3.- En cuanto a la inscripción de la escritura de cancelación, ésta libera el gravamen y, por tanto, se inscribe en favor del prestatario, por lo que le corresponde este gasto.

Por lo tanto, no cabe más que mantener el mismo criterio que fijan dichas sentencias del más alto Tribunal.

OCTAVO.- Sobre los gastos de gestoría.



El argumento principal para imputar los gastos de gestoría a la entidad prestamista se fundamenta en que su contratación debe ser voluntaria para el consumidor y en ningún caso puede admitirse como válida su imposición por el empresario, pues de acuerdo con el artículo 89.5 TRLCU se declara como condiciones abusivas: " *los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamiento, 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*".

Tal argumento podría aceptarse si los servicios los realizara la entidad financiera prestamista, pero ello no es así, dado que los servicios los realiza una tercera persona o una entidad ajena a ambas partes, que actúa en interés de ambos, cuya función principal es la de llevar la escritura a su inscripción en el Registro de la Propiedad, pagar los honorarios del Registrador y del Notario, pagar los impuestos, etc. Actuaciones que se realizan en interés de ambas partes, una de ellas, como es el pago de los impuestos, en interés exclusivo del prestatario, intervención que también suele comprender la gestión de la actuaciones registrales y notariales de la compraventa de la vivienda, cuando el préstamo hipotecario esta vinculado a la financiación de dicha compraventa (En este sentido SS A.P. de Asturias (Oviedo) 2 de junio del 2.017 y 29 de septiembre del 2017).

Es cierto que el artículo 40 del Real Decreto-Ley 6/200, de 23 de junio exige a la entidades de crédito que hagan constar en los folletos informativos previos a la formalización de los préstamos garantizados con hipoteca inmobiliaria el derecho que le asiste al prestatario a decidir de mutuo acuerdo la persona o entidad que vaya a llevar a cabo la tasación del inmueble, **la que se vaya a encargar de la gestión administrativa de la operación** y la entidad aseguradora, pero ello no sólo no excluye lo razonado sino que lo confirma en el sentido de que son gastos, por lo menos en parte, que deberían ser asumidos por el prestatario. Que pueda existir falta de transparencia en ocasiones u opacidad en la designación de los gestores no significa que el consumidor no deba asumir parte de los gastos si interviene un gestor en la tramitación de determinados asuntos, unos en interés de ambos y otros en interés exclusivo del consumidor. Hemos visto que la inscripción de la hipoteca también se hace en interés del consumidor, por lo que lo lógico es que sea un tercero el que se encargue de su inscripción, pues no puede quedar a la voluntad del consumidor la inscripción de la escritura que podría no hacerlo con pérdida de la garantía si se produce una inscripción anterior. Distinto sería si se demostrase que el gestor facturase de forma excesiva los servicios prestados por tener una especial relación con el empresario.

Por otro lado, no puede aceptarse que como el gasto de la gestoría fue realizado por una entidad ajena al prestamista y que la factura ha sido emitida por aquella frente al consumidor, éste no tiene acción para reclamar frente al banco, y ello porque si fue así lo fue porque la entidad financiera lo impuso al prestatario al incluir la cláusula de gastos declarada nula. No consta que el encargo lo realizara el consumidor prestatario, sino que se trata de un encargo generalmente solicitado por el Banco y, como se ha razonado, en interés de ambos, que el prestatario ha pagado íntegramente, cuando tal gestor realizó una serie de trámites en interés de ambos, por lo que si así fue, el banco debe reintegrar al consumidor la parte que pagó indebidamente.

NOVENO.- Sobre los gastos de tasación.

Como continuación de todo lo que se ha razonado, es claro, por un lado, que si el prestatario ofrece una garantía como es la hipoteca sobre un bien inmueble, deberá justificar la suficiencia de la misma. No necesariamente existe la obligación legal de presentar una tasación pericial, pudiendo justificar la suficiencia mediante cualquier medio de prueba, entre ellos, la propia escritura de compraventa si es coetánea al otorgamiento del préstamo, aunque lo normal y habitual es que se proceda a una tasación pericial.

Pero, también es de interés de la prestamista, por un lado, que realmente esa valoración se corresponde con la realidad y, por otro lado, la tasación beneficia al prestamista pues la valoración a efectos de subasta constituye un requisito para el acceso al procedimiento hipotecario y la existencia de una tasación con los requisitos exigidos por la Ley del Mercado Hipotecario 607/1981, le permite acogerse a los beneficios establecidos en la misma, sobre todo a efectos de emitir bonos, cédulas y participaciones hipotecarias sobre el préstamo hipotecario.

Por lo tanto, es procedente mantener el mismo criterio de su pago por mitad.

DÉCIMO.- Sobre el exceso pagado por el ITPAJD derivado de la nulidad de la cláusula del interés de demora.

Recorre el demandante argumentando que si el banco no hubiera incluido una cláusula de interés moratorio abusiva, el importe pagado por el referido impuesto hubiera sido inferior pues la base imponible del impuesto se calcula en atención a la totalidad de la cantidad garantizada con la hipoteca.

Según el artículo 10.2 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre c) *Las hipotecas, prendas y anticresis se valorarán en el importe de la obligación o capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otro concepto análogo. Si no constare expresamente el importe de la cantidad garantizada, se tomará por base el capital y tres años de intereses .*



Si en la determinación de la cuota se ha tenido en cuenta el total de las cantidades garantizadas que según el pacto octavo del contrato de préstamo con garantía hipotecaria ascendía a 122.200 euros, en la cual estaba incluida la cantidad de 17.550 euros por intereses de demora, cuyo importe se fundamentaba en una cláusula que se ha declarado nula en la propia sentencia, sin que sea procedente incluir cantidad alguna por tal concepto, es claro que la cantidad a pagar por el impuesto hubiera sido de 1.046,50 y no de 1.222 euros, por lo que se pagó en exceso la cantidad de 175,50 euros, siendo procedente su reintegro por la entidad prestamista por daños y perjuicios derivados de la inclusión de un cláusula abusiva.

UNDÉCIMO.-Sobre las costas de primera Instancia.

Esta Sala, de forma reiterada, en los procedimientos en los que se está impugnando la cláusula de gastos está estableciendo que de conformidad con el artículo 394 de la L.E.C . y sentencia del T.S. de 4 de julio del 2.017 , que aunque se refiere a la imposición de costas en los litigios de cláusula suelo, su jurisprudencia puede ser también aplicable al presente, de acuerdo con los principios de no vinculación y efectividad del Derecho Comunitario, es procedente la condena en costas a la demandada, dado que, por un lado, la acción de nulidad de la cláusula de gastos fue estimada y su nulidad se mantiene, debiendo la entidad bancaria demandada haberla suprimido sin necesidad de reclamación y ofreciendo, en el caso de los gastos, la cantidad que según su criterio era procedente pagar a cada parte en atención a las diversas sentencias de las Audiencias y del Tribunal Supremo que se estaban dictando, en cuyo caso, se hubiera apreciado que existiría buena fe. Al no haber actuado de tal forma, negarse a pagar cantidad alguna y haber obligado al consumidor a acudir a los Tribunales, reclamando la nulidad de la cláusula de gastos a la que se ha opuesto el demandado sin fundamento alguno, y a pesar de la estimación parcial de la demanda, deben ser impuestas las costas a la demandada (Sentencias de 19/12/2018 , 30/11/2018 , 29/11/2018 , entre otras muchas). Así como el resto de cláusulas impugnadas.

Y dicho criterio debe ser mantenido. La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre del 2.015 fue clara y contundente al declarar la nulidad de la cláusula de gastos incorporada a los contratos de préstamo hipotecario, en virtud de la cual se imponen a los prestatarios todos los gastos generados por el contrato de préstamo con garantía hipotecaria y la oposición del demandado a dicha nulidad carecía de fundamento. Ciertamente es que dicha sentencia no resuelve a quien correspondía pagar cada uno de los gastos, pero da unas pautas para determinarlo. Pautas que, ciertamente, han generado diversas sentencias contradictorias, pero la mayoría de ellas obligan a las entidades prestamistas a pagar parte de los gastos. Por lo tanto, ante una reclamación extrajudicial la más mínima buena fe exigía una propuesta de pago, que, si así hubiera ocurrido, no existirían dudas sobre la improcedencia en la imposición de costas. Pero, lo que no puede aceptarse ante tal sentencia del Tribunal Supremo, que se obligue a los consumidores a recurrir a los Tribunales a defender sus derechos frente a la inclusión de cláusulas abusivas que se niegan a suprimir, con el gasto que para ellos les genera, por lo que, aunque exista una estimación parcial de la demanda respecto de la cláusula de gastos, la plena efectividad del Derecho Comunitario obliga a imponer las costas al demandado.

DUODÉCIMO.- Sobre la cuantía del procedimiento.

Por ultimo se impugna la cuantía del procedimiento, sosteniendo que la misma debe entenderse como indeterminada.

Esta cuestión no es pacífica en la doctrina de las Audiencias Provinciales, pues, por un lado, algunas Audiencia Provinciales entran a decidir sobre la determinación de la cuantía, como ocurre en la sentencia que cita el recurrente, o en la de la AP de Palma de Mallorca de 15 de noviembre del 2018 .

Mientras que otras Audiencias Provinciales entienden que la impugnación de la cuantía no puede ser objeto del recurso de apelación, pues, por un lado, no es un pronunciamiento de la sentencia y, por otro lado, la impugnación de la cuantía solo procede su resolución en la audiencia previa o de acuerdo con el incidente previsto en el artículo 255 si ello es determinante para la determinación del procedimiento o para la procedencia del recurso de casación. Así, sentencias de la AP de Cantabria de 7 de noviembre del 2018 , de Guadalajara de 30 de junio del 2.018 , de Madrid de 21 de enero del 2015 , Murcia de 5 de marzo del 2018 .

Esta Sala no puede más que seguir este último criterio. En la sentencia no existe ningún pronunciamiento sobre la cuantía, pues la cuestión fue resuelta en la audiencia previa. En esta, el demandante no formuló recurso de reposición contra la decisión de fijar la cuantía como indeterminada, sino que simplemente se limitó a formular protesta. Pero, aunque hubiera formulado recurso de reposición, debe entenderse que en ningún caso podría apelarse contra el auto que resuelve el recurso de reposición, pues no era el momento procedente para decidir sobre la cuantía del procedimiento, dado que el artículo 422 solo permite plantear la inadecuación del procedimiento por razón de la cuantía, pero no ésta si la misma es indiferente para la determinación del procedimiento o para decidir si es procedente el recurso de casación (artículo 255 de la L.E.C .). El presente



procedimiento se tramita por el ordinario en atención de la materia (artículo 249.5 LEC), por lo que la cuantía es indiferente para la naturaleza del procedimiento ni para formular recurso de casación.

La cuantía sólo es relevante a efectos de costas y será en el incidente de la tasación de costas donde se debería determinar si la cuantía es determinada o indeterminada. La mayoría de las AAPP consideran que cuando la cuantía del proceso sólo tiene efectos con relación a una eventual condena en costa y no con el procedimiento a seguir o con la procedencia del recurso de casación, no procede seguir el trámite del artículo 255 de la LEC , ni dictar ninguna resolución al amparo del artículo 422 de la misma Ley , pero podrá se discutido en el incidente de tasación de costas.

DÉCIMO TERCERO.- Por todo lo dicho, procede estimar parcialmente ambos recursos y de acuerdo con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no procede pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación

FALLAMOS

Que debemos **estimar parcialmente** el recurso de apelación formulado por CAIXABANK, S.A. y **desestimar** el recurso formulado por D. Sabino contra la sentencia de fecha 25/04/2018 dictada por el JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 1875 /2017, en los autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO.

Debemos **REVOCAR PARCIALMENTE** la misma en el sentido de fijar la condena del CAIXABANK, S.A. en la cantidad de 620.94 euros por gastos de aranceles notariales y registrales, tasación y gastos de gestoría y 175,50 euros por el exceso pagado por el ITPAJD derivado de la nulidad del interés de demora. Con imposición de costas de primera instancia a la demandada. Confirmándola en todo lo demás.

No procede pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Devuélvase el depósito constituido para recurrir.

De acuerdo con lo dispuesto en la disposición final decimosexta y transitoria tercera de la LEC 1/2000 , contra esta sentencia cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo si concurre la causa prevista en el apartado tercero del número 2 del artículo 477 y también podrá interponerse recurso extraordinario por infracción procesal previsto en los artículos 468 y siguientes ante el mismo Tribunal, si concurre alguno de los motivos previstos para esta clase de recurso y se interpone conjuntamente con el recurso de casación.

Lo acordamos y firmamos.

Los Magistrados : D. Fernando Ferrero Hidalgo, D. Carles Cruz Moratones i Dña. Nuria Lefort Ruiz de Aguiar.