



JDO.1A.INST.E INSTRUCCION

SENTENCIA:

-

Teléfono:

Correo electrónico:

Equipo/usuario:

Modelo:

N.I.G.:

OR5 ORDINARIO CONTRATACION-

Procedimiento origen: /

DEMANDANTE D/ña. XXXXXXXXXXXXXXXX

Procurador/a Sr/a. XXXXX

Abogado/a Sr/a.

DEMANDADO D/ña. XXXXXXXXXXXXXXXX.

Procurador/a Sr/a. XXXXXXXXXXXXXXXX

Abogado/a Sr/a.

S E N T E N C I A

JUEZ QUE LA DICTA: XXXXXXXXXXXXXXXX.

Lugar: XXXXXXXXXXXX.

Fecha: seis de octubre XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.

Vistos por XXXXXXXXXXXXXXXX, Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número X de esta ciudad y su partido, los presentes autos de procedimiento ordinario seguidos con el número XXXXXXXXXXXXXXXX a instancia de D. XXXXXXXXXXXXXXXX, representado por la Procuradora D^a. XXXXXXXXXXXXXXXX, contra LIBERBANK SA, representado por la Procuradora D^a. XXXXXXXXXXXXXXXX, sobre condiciones generales de la contratación, se procede, en nombre de S.M. el Rey, al dictado de la presente resolución, con base en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por la Procuradora D^a. XXXXXXXXXXXXXXXX, en nombre y representación de D. XXXXXXXXXXXXXXXX, se presentó demanda de procedimiento ordinario señalando como

parte demandada a LIBERBANK SA, en solicitud de declaración de nulidad de la cláusula quinta, relativa a gastos, con las consecuencias inherentes a tal declaración.

SEGUNDO: Por decreto de 6 de abril de XXXX se admitió a trámite la demanda y se concedió a la demandada un plazo de veinte días para la personación en autos y presentación del escrito de contestación. Presentado en plazo el escrito de contestación por la entidad demandada, por medio de la Procuradora D^a. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, por diligencia de ordenación de 15 de junio de XXXX se señaló para la celebración de la audiencia previa el 30 de septiembre de XXXX.

TERCERO: En dicho día se celebró la audiencia previa, quedando los autos vistos para sentencia tras la fijación de los hechos controvertidos, al ser la única prueba admitida la documental ya aportada, de acuerdo con el art. 429.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se solicita por la parte actora en su escrito inicial de demanda la declaración de nulidad de la cláusula quinta de gastos, reclamando la devolución de cantidades por los gastos de formalización del préstamo hipotecario, gastos de notaría, registro y gestoría, por un importe total de 578,32 euros.

SEGUNDO: La demandada en su escrito de contestación se allana a la declaración de nulidad de la cláusula de gastos y a la restitución de cantidades de acuerdo con la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo acomodada a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2020.

En cuanto a las cantidades reclamadas únicamente reconoce parte de los gastos de gestoría por un importe de 162,40 euros, oponiéndose al abono del resto de cantidades por no haberse acreditado su pago.

TERCERO.- Entrando ya en la cláusula de gastos contenida en la estipulación quinta de la escritura de préstamo hipotecario suscrito, se ha de comenzar señalando que la demandada se ha allanado a la declaración de nulidad de la misma, y a la restitución de parte de las cantidades.

Se ha de partir de la concurrencia del presupuesto habilitante de la acción entablada, y es que el contrato litigioso está integrado por condiciones generales de la contratación, esto es, y con arreglo al art. 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, por "cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes [en este caso, la demandada, no siendo controvertido que la misma actuó en el contrato de préstamo hipotecario en el ámbito de su actividad comercial, y, por tanto, como profesional, mientras que la actora estaría en un ámbito ajeno a la misma y, por tanto, serían consumidores, todo ello con arreglo los arts. 3 y 4 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios], con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. 2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión".

Y es que la demandada no ha aportado prueba alguna de su negociación individualizada y de la posibilidad de los prestatarios de influir realmente en su redacción y contenido, incumbiéndole la carga de la prueba de ello de conformidad con el art. 82.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Cfr. punto 160 de la STS de 9 de mayo de 2013).

Lo cierto es que la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 ha considerado un hecho notorio «que en determinados productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados. Quien pretende obtenerlos, alternativamente, deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar. Así ocurre precisamente en el mercado de bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado a que alude artículo 9 del TRLCU. En él se cumple el fenómeno que una de las recurridas describe como "take it or leave it" -lo tomas o lo dejas-.

157. Entre ellos, como se ha indicado, se hallan los servicios bancarios y financieros».

Y concluye, en cuanto a este punto de oposición de la entidad demandada:

«a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su

contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario».

CUARTO: Según la demanda la pretensión de nulidad se basa en que nos encontramos ante una cláusula impuesta, no negociada individualmente, siendo consumidores los demandantes, la generalidad de la cláusula, incluyendo una gran cantidad de conceptos y partidas, que, de haber existido negociación individualizada, nunca se habría aceptado, concluyendo la abusividad de la citada disposición.

En los fundamentos jurídicos de la demanda sí se dice que la cláusula es contraria a las exigencias de la buena fe y causa un importante desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes y, aunque se sigue insistiendo en la generalidad, ello se conecta ya con la alegación de que no supera el control de abusividad, citando la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, y, concretamente, respecto de los aranceles notariales y registrales, Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, gastos de tasación y gestoría, y se concluye diciendo que la cláusula que imputa los gastos y tributos al consumidor, incluso los que corresponden al profesional o de los que él es sujeto pasivo, es abusiva, no pudiendo contravenirse normas imperativas ni dispositivas en perjuicio del prestatario como sucede en este caso.

Esta motivación sí ha de ser acogida, al menos en parte, y, de hecho, habiéndose pronunciado el Tribunal Supremo sobre determinadas cláusulas, se ha de estar al criterio del alto Tribunal, lógica consecuencia del principio de seguridad jurídica que consagra el art. 9 de la Constitución Española y de lo previsto en el art. 1.6 del Código Civil, no pudiendo admitirse los argumentos sostenidos por la demandada, pues no hay norma alguna que imponga tales gastos al prestatario, siendo gastos que se desembolsan precisamente en interés del prestamista, por lo que el justo equilibrio basado en la buena

fe exigiría que éste los asumiese o que fueran compartidos por ambos, siendo, por tanto, abusiva su imposición a la otra parte, con las salvedades que se han de precisar y sin que ello suponga conformidad con las consecuencias afirmadas en la demanda.

Efectivamente, la sentencia del Tribunal Supremo aludida resuelve lo siguiente:

«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.

4.- En lo que atañe a los gastos derivados de la contratación del seguro de daños, no parece que esta previsión sea desproporcionada o abusiva, por cuanto deriva de una obligación legal (art. 8 LMH), habida cuenta que cualquier merma del bien incide directamente en la disminución de la garantía. Es decir, no se trata de una garantía desproporcionada, en el sentido prohibido por el art. 88.1 TRLGCU, sino de una consecuencia de la obligación de conservar diligentemente el bien hipotecado y de asegurarlo contra todos los riesgos que pudieran afectarlo. Pero, en todo caso, se trata de una previsión inane, puesto que la obligación de pago de la prima del seguro corresponde al tomador del mismo, conforme al art. 14 de la Ley de Contrato de Seguro.

5.- En cuanto a los gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, y los derechos de procurador y honorarios de abogado contratados por la entidad prestamista, hemos de advertir en primer lugar que los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en los arts. 394 y 398 LEC, para los procesos declarativos, y en los arts. 559 y 561 de la misma Ley, para los procesos de ejecución. Tales normas se fundan básicamente en el principio del vencimiento, y en el caso concreto de la ejecución, las costas se impondrán al ejecutado cuando continúe adelante el despacho de ejecución; pero también podrán imponerse al ejecutante cuando se aprecie algún defecto

procesal no subsanable o que no se haya subsanado en el plazo concedido al efecto (art. 559.2 LEC), o cuando se estime algún motivo de oposición respecto del fondo (art. 561.2 LEC); y cuando la estimación sea parcial, cada parte deberá hacer frente a las costas devengadas a su instancia. Por consiguiente, la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales no solo infringe normas procesales de orden público, lo que comportaría sin más su nulidad ex art. 86 TRLCU y art. 8 LCGC, sino que introduce un evidente desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaer a todo trance las consecuencias de un proceso sobre una de ellas, sin tener en cuenta ni la procedencia legal de la reclamación o de la oposición a la reclamación, ni las facultades de moderación que la ley reconoce al Tribunal cuando aprecie serias dudas de hecho o de derecho.

Respecto a la imputación al cliente de los honorarios de abogado y aranceles de procurador de los que se haya servido el prestamista, incluso cuando su intervención no sea preceptiva, la estipulación contraviene de plano el art. 32.5 LEC, que excluye tales gastos de la eventual condena en costas, salvo que el tribunal aprecie temeridad o que el domicilio de la parte representada o defendida en juicio esté en un lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio. Por lo que, además de la falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes y la dificultad para el consumidor de valorar las consecuencias por desconocer en el momento de la firma del contrato el cúmulo de actuaciones en las que eventualmente podría valerse la entidad contratante de tales profesionales sin ser preceptivo (actos de conciliación, procedimiento monitorio, juicio verbal en reclamación de cantidad inferior a la establecida legalmente...), lo que de por sí sería suficiente para considerar la cláusula como abusiva, resulta correcta la declaración de nulidad de la misma, conforme a los arts. 86 TRLCU y 8 LCGC».

Poco más se puede añadir al respecto, debiendo estar a lo que ya ha declarado el Tribunal Supremo en criterio que, obviamente, ha de ser respetado, por cuanto se refiere a una cuestión jurídica y que no depende de la prueba practicada en el caso concreto. Así, con la mera reproducción de lo transcrito, se ha pronunciado también la Audiencia Provincial de Madrid, por ejemplo, en sentencia de la sección XXª de 29 de febrero de XXXX.

El 15 de marzo de XXXX, el Tribunal Supremo dictó dos sentencias relativas a la cláusula de gastos que ahora nos ocupa, en las que, partiendo de la falta de negociación individualizada, declaró abusiva la cláusula que carga sobre el consumidor los gastos e impuestos que, conforme a las

disposiciones legales aplicables en ausencia de pacto, se distribuyen entre las partes según el tipo de actuación. Dichas sentencias afirman que la cláusula controvertida es abusiva, *"y no solo parcialmente sino en su totalidad, en cuanto que, sin negociación alguna, atribuye al prestatario/consumidor el pago de todos los impuestos derivados de la operación, cuando la ley considera sujetos pasivos al prestamista o al prestatario en función de los distintos hechos imponible. O incluso en cuanto considera exentos de tributación determinados actos que, sin embargo, son incluidos en la condición general litigiosa como impuestos a cargo del prestatario"*.

Pues bien, del propio redactado de las cláusulas examinadas, al igual que en la cláusula analizada en las referidas sentencias del Tribunal Supremo, se deduce claramente que se atribuye a los prestatarios la totalidad de los gastos e impuestos que la constitución del préstamo hipotecario implica, es decir, impuestos, Notaria, Registro, Tasación y tramitación. Se trata, pues, de una cláusula de carácter general por la que se imputa al prestatario consumidor todo tipo de gastos e impuestos, sin que por parte del banco prestamista se asuma ninguno, por lo que razonablemente no puede pensarse que dicho banco hubiera podido esperar que, en un trato leal y equitativo con su cliente en el marco de una negociación individualizada, éste hubiera aceptado dichas cláusulas en su integridad.

Todo ello conlleva que la cláusula impugnada es nula en su integridad, pues no permiten una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos e impuestos producidos, sino que hacen recaer su totalidad sobre los prestatarios; es decir, les atribuye de forma genérica e indiscriminada todos los gastos e impuestos, lo que razonablemente no hubieran aceptado en el marco de una negociación individualizada, por lo que debe ser subsumida dentro del catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU y 10.22 de la LGCU).

Por tanto, debe declararse la nulidad pretendida de la cláusula quinta en su integridad.

QUINTO.- Ahora bien, una cosa es que proceda la declaración de nulidad y otra diferente su consecuencia, no resuelta inicialmente en la sentencia del Tribunal Supremo por dar respuesta la misma a una acción colectiva.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil dictó cinco sentencias, de fecha 23 de enero de XXXX,

Sentencias XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, en las que fijaba doctrina relativa a los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula que atribuye la totalidad de los gastos e impuestos al prestatario y que ya fue declarada nula por la sentencia XXXXX, de 23 de diciembre, transcrita en parte en fundamentos anteriores de esta resolución. Las citadas resoluciones afirman, "Una primera precisión a realizar es que no se trata de cantidades que el consumidor haya de abonar al prestamista en concepto de intereses o comisiones. Son pagos que han de hacerse a terceros como honorarios por su intervención profesional con relación al préstamo hipotecario. La declaración de abusividad no puede conllevar que esos terceros dejen de percibir lo que por ley les corresponde.

Al atribuir a una u otra parte el pago de los gastos, tras la declaración de abusividad de la cláusula que atribuye el pago íntegro al consumidor, no se modera la estipulación contractual ni se desconoce el efecto disuasorio que el TJUE ha atribuido a la Directiva 93/13 respecto de los predisponentes de cláusulas abusivas. Decretada la nulidad de la cláusula y acordada su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si tal cláusula nunca se hubiera incluido, y el pago de los gastos discutidos deberá ser afrontada por la parte a la que corresponde, según preveía el ordenamiento jurídico en el momento de la firma del contrato.

El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva y previsto en el art. 1303 del Código Civil no es directamente aplicable, en tanto que no son pagos hechos por el consumidor al banco que este deba restituir, sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva.

No obstante, como el art. 6.1 de la Directiva 93/13 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, debe imponerse a la entidad prestamista el pago al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubiera correspondido pagar de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias XXXXXX y XXXXXX, de 15 de marzo, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas.

Como dice la STJUE de 31 de mayo de XXXXX, asunto C-XXXXXXX, caso XXXXXXXX y XXXXXXXXXX:
«34. [...] la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de

Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva».

Aunque en nuestro Derecho interno no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, descartada la aplicación del art. 1303 del Código Civil por las razones expuestas, nos encontraríamos ante una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Así lo hemos declarado en la sentencia XXXXXXXXX, de 19 de diciembre."

Así, en el caso que nos ocupa, se reclama los siguientes conceptos por los importes abonados por la subrogación del préstamo hipotecario, la totalidad de los gastos de notaría por importe de 544,85 euros, gastos registrales por importe de 87,61 euros, gastos de gestoría por importe de 154,50 euros.

Las citadas resoluciones del Tribunal Supremo de 23 de enero de XXXX repartían los gastos y establecían que el prestatario debería ser reintegrado del 50% de los gastos abonados por notaría y gestoría, y el 100% de los gastos de registro, sin hacer pronunciamiento alguno respecto de los gastos de tasación, sin reconocer devolución por la liquidación del impuesto de actos jurídicos documentados, atribuyendo el pago de estos al prestatario.

Planteada cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Union Europea por el Juzgado de Primera Instancia nº XX de Palma de Mallorca y por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta, éste resolvió las mismas por Sentencia de 16 de julio de XXXX, en la que niega la facultad moderadora del Juez nacional respecto a la imputación de los gastos de constitución y cancelación de un préstamo hipotecario, salvo que haya una norma expresa de derecho interno que establezca la atribución de las distintas partidas. Así la citada resolución explica,

"Mediante estas cuestiones prejudiciales, los órganos jurisdiccionales remitentes preguntan, fundamentalmente, si el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva XXXX deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula contractual abusiva que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, el juez

gastos de constitución y cancelación de hipoteca en defecto de acuerdo entre las partes. Pues bien, si estas disposiciones hacen recaer sobre el prestatario la totalidad o una parte de estos gastos, ni el artículo 6, apartado 1, ni el artículo 7, apartado 1, de la Directiva XXXXX se oponen a que se niegue al consumidor la restitución de la parte de dichos gastos que él mismo deba soportar.

Habida cuenta de las anteriores consideraciones, debe responderse a las cuestiones prejudiciales primera a sexta en el asunto XXXXXXXXXXXX y a las dos cuestiones prejudiciales en el asunto XXXXXXXXXXXX que el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva XXXXXXXX deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula contractual abusiva que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de esta cláusula, salvo que las disposiciones de Derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula impongan al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos".

Pues bien, teniendo en cuenta lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos, debe ser la devolución de las cantidades abonadas al prestatario por la aplicación de la misma, salvo que el derecho interno imponga al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de los gastos.

Posteriormente a la resolución dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se ha pronunciado igualmente el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, en reciente Sentencia de 24 de julio de XXXX, en la que mantiene que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ratificado la doctrina ya fijada en Sentencias de 23 de enero de XXXX, entendiendo que se debe aplicar las normas de derecho interno si estas existieran; si no es así, se debe entender que la declaración de nulidad de la cláusula implica la devolución de la totalidad de cantidades abonadas. Así dispone la citada resolución, "Esta doctrina jurisprudencial de esta Sala ha sido confirmada por la reciente sentencia del TJUE de 16 de julio de XXXX, en los asuntos acumulados XXXXXX y XXXXXXXXXXXX. Esta sentencia recuerda que, según reiterada jurisprudencia:

«una vez que se declara el carácter abusivo de una cláusula y, por lo tanto, su nulidad, el juez nacional debe, con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva XXXX, dejar sin

aplicación esta cláusula con el fin de que no produzca efectos vinculantes para el consumidor, salvo si este se opone a ello (véanse, en particular, las sentencias de 14 de junio de XXXX, Banco Español de Crédito, XXXXXXXX, XXXXXXXXXXXX, apartado 65, y de 26 de marzo de XXXX, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, apartado 52 y jurisprudencia citada)» (apartado 50); [...]

»debe considerarse que, en principio, una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula (sentencia de 21 de diciembre de XXXXXXXX, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX y otros, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXXX, apartado 61)» (apartado 52) [...]

»el juez nacional debe deducir todas las consecuencias que, según el Derecho interno, deriven de la comprobación del carácter abusivo de la cláusula considerada, a fin de evitar que la mencionada cláusula vincule al consumidor (sentencia de 30 de mayo de XXXX, XXXXXXXXXXXX y de XXXXXXXXXXXXXXXX, XXXXXX, XXXXXXXXXXXX, apartado 49). En particular, la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes (sentencia de 21 de diciembre de XXXX, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX y otros, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, apartado 62)» (apartado 53).

Después de recordar estas consideraciones, la citada sentencia del TJUE de 16 de julio de XXXX, fija la siguiente doctrina sobre la cuestión objeto de la presente litis, coincidente con la jurisprudencia de esta Sala: «el hecho de que deba entenderse que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido justifica la aplicación de las disposiciones de Derecho nacional que puedan regular el reparto de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en defecto de acuerdo entre las partes» (apartado 54).

Y añade en el mismo apartado: «Pues bien, si estas disposiciones hacen recaer sobre el prestatario la totalidad o una parte de estos gastos, ni el artículo 6, apartado 1, ni el artículo 7, apartado 1, de la Directiva XXXX se oponen a que

se niegue al consumidor la restitución de la parte de dichos gastos que él mismo deba soportar».

En correspondencia con esta conclusión, responde a las cuestiones planteadas en relación con el tema de los efectos de la nulidad de la cláusula que se refiere a los gastos de constitución y cancelación de hipoteca del siguiente modo:

«el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva XXXX deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula contractual abusiva que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de esta cláusula, salvo que las disposiciones de Derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula impongan al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos» (apartado 55).

4.- Es por ello que, una vez declarada nula y dejada sin efecto por abusiva la cláusula que atribuía todos los gastos al prestatario consumidor, el tribunal debía entrar a analizar a quién, con arreglo a las reglas legales y reglamentarias, correspondía satisfacer cada uno de los gastos cuestionados”.

Teniendo en cuenta el análisis de los distintos gastos abonados realizado por la Sentencia del Tribunal Supremo, hay norma expresa que atribuye el abono de gastos notariales y registrales y de liquidación del impuesto de actos jurídicos documentados, no así de los gastos de gestoría y tasación, por lo que la entidad bancaria tendría la obligación de restituir todos ellos al prestatario.

Gastos Notariales

La norma Sexta del Anexo II, del Real Decreto XXXXXXXX, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone:

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

Así, el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de julio de XXXX afirma "Respecto a los gastos de notaría, en la sentencia XXXXXXXX, de 23 de enero, concluimos que, como «la normativa

notarial (el art. 63 Reglamento Notarial, que remite a la norma sexta del Anexo II del RD XXXXXXXXXX, de 17 de noviembre) habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor -por la obtención del préstamo-, como el prestamista -por la garantía hipotecaria-, es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento».

El mismo criterio resulta de aplicación a la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación.

En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, como el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, a él le corresponde este gasto.

Y por lo que respecta a las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario, deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés.

Por tanto, de acuerdo con las normas de Derecho nacional aplicables en defecto de cláusula, los gastos notariales generados por el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario debían repartirse por mitad”.

Pues bien, procede la devolución al prestatario de la mitad de los gastos de notaría abonados tanto si se trata de la escritura de constitución del préstamo hipotecario, como de la modificación o novación del mismo, no así respecto de la cancelación, que corresponderá el abono de los gastos al prestatario, por ser el interesado en la liberación del gravamen.

Gastos de registro de la propiedad

Respecto a los gastos de Registro de la Propiedad, el Tribunal Supremo en las citadas sentencias ya los atribuía en su totalidad al prestamista, manteniendo en su totalidad su argumentación respecto a los mismos en la Sentencia de 24 de julio de XXXX, argumentando lo siguiente,

“En lo que atañe a los gastos del registro de la propiedad, el Real Decreto XXXXXXXXXX, 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 1.º, 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.

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.

Gastos de gestoría

El Tribunal Supremo fija respecto de los citados gastos su abono por mitad por prestamista y prestatario, al ser gastos destinados a la formalización del préstamo hipotecario que atañe a ambos en las resoluciones dictadas el 23 de enero de XXXX. En la Sentencia de 24 de julio de XXXX en la que el Tribunal Supremo da por ratificada su doctrina jurisprudencial no hay reclamación de gastos de gestoría.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo fijada en resoluciones de 23 de enero de XXXX disponía, En cuanto a los gastos de gestoría o gestión, no existe norma legal que atribuya su pago al prestamista o al prestatario. En la práctica, se trata de una serie de gestiones derivadas de la formalización del préstamo hipotecario: la llevanza al notario de la documentación para la confección de la escritura, su presentación en el registro de la propiedad o su presentación ante la Agencia Tributaria para el pago del impuesto de actos jurídicos documentados.

Estas gestiones no necesitan el nombramiento de un gestor profesional, ya que podrían llevarse a cabo por el propio banco o por el propio cliente. Sin embargo, el Real Decreto-Ley XXXXXXXX, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios da por supuesta la prestación de este servicio en su art. 40 , que establece la obligación de ponerse acuerdo en el nombramiento del gestor y considera el incumplimiento de esta obligación como una infracción de lo preceptuado en el párrafo segundo del art. 48 de la Ley XXXXXXXXXXXX, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito .

En este caso, procedería, a la luz de la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de Europea la devolución de la totalidad del importe abonado, al no constar norma legal que atribuya su pago a ninguna de las partes.

Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Respecto a dichos gastos si que hay una atribución expresa en el derecho interno al prestatario, por lo que no procedería devolución alguna.

La doctrina jurisprudencial fijada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en sentencias nº XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, de 23 de enero no hace sino mantener lo ya expuesto en las sentencias XXXXXXXXXXXX, de 15 de marzo, cuya doctrina se corresponde con la de las sentencias del pleno de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo XXXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXXX y XXXXXXXXXXXX, de 27 de noviembre, que mantienen la anterior jurisprudencia de esa misma Sala Tercera, conforme a la cual, el sujeto pasivo de ese impuesto es el prestatario.

A esta doctrina jurisprudencial común no le afecta el Real Decreto-ley XXXXXXXXXXXX, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (convalidado por el Congreso de los Diputados el 22 de noviembre siguiente), puesto que dicha norma, conforme a su propia previsión de entrada en vigor, solamente es aplicable a los contratos de préstamo hipotecario celebrados con posterioridad a su vigencia y no contiene regulación retroactiva alguna.

Gastos de Tasación

Sobre los gastos de tasación no se ha pronunciado expresamente la sala primera del Tribunal Supremo en la doctrina jurisprudencial establecida en sus sentencias nº XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX de 23 de enero.

En cuanto a los gastos de tasación, es criterio de este Juzgado entender que los gastos de tasación deben ser íntegramente sufragados por la parte prestamista por cuanto favorecen al acreedor al determinar el valor de la garantía que ofrece el deudor para cubrir el riesgo de su operación.

En este sentido, la Audiencia Provincial de XXXXXX, sección 2ª, en sentencia nº XXXXXXXXXXXXXXXX, de 15 de noviembre, indica que *"Así la cláusula que determina que todos los gastos necesarios para la constitución de la hipoteca corresponderán al prestatario implica que se le impida la presentación de su propia tasación, debiendo asumir el gasto de la tasación del inmueble, por una entidad impuesta por el prestamista. Por tanto, la cláusula supone un claro desequilibrio, determinante de su carácter abusivo pues, permitiendo la norma una distribución equitativa del gasto (al no determinar quién ha de ser el sujeto pasivo del mismo), aquélla impone éste al prestatario cuando, además, el interesado en dicha tasación es el propio prestamista, al que se le exige la tasación para la constitución de la garantía de su crédito."*

Por tanto, los gastos de tasación serán abonados en su integridad por la parte prestamista. Ello queda avalado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al establecer la devolución de todas las cantidades si no existe en el derecho interno una norma que realice la atribución de este gasto, como ocurre en este caso.

SEXTO: Como consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula quinta del contrato de préstamo hipotecario el suplico de la demanda solicita que se elimine la cláusula, lo cual procede, según ya se ha visto, y que se declare que el obligado al pago de los gastos notariales, registrales y de gestoría, es la demandada, lo cual, como también se ha visto, no procede de forma tan general.

Además, se solicita la condena de la demandada al pago de dichas cuantías, que desglosa en

Gastos correspondientes a la constitución del Préstamo Hipotecario de 8 de julio de XXXX,

503,49 euros por la totalidad de los gastos de Notaría, reclamándose el 50% de dicho importe.

171,90 euros por la totalidad de los gastos de Gestoría

154,68 euros por la totalidad de los gastos de Registro

A la vista de lo expuesto y de las facturas aportadas, la consecuencia de la nulidad será únicamente la obligación de la demandada de devolver los gastos abonados por los demandantes y que, de no haberse pactado la estipulación declarada nula, habría debido abonar tal entidad financiera de acuerdo con la doctrina fijada por la reciente Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de XXXX; esto es, la mitad de los gastos de notaría, y la totalidad de los gastos de registro y gestoría, tasación.

La parte actora aporta la factura de liquidación de los gastos abonados elaborada por la gestoría, en la que consta todos los importes abonados detallados por cada concepto, y que es suficiente para acreditar el abono de los mismos. En cuanto al importe de los gastos de gestoría se debe excluir el importe reclamado por la parte actora al constar en la factura los gastos de gestoría por importe de 162,40 euros.

Ello supone un importe total de 568,82 euros, 251,74 euros de los gastos de notaría, 162,40 euros por los gastos de gestoría, 154,68 euros por la totalidad de los gastos de registro.

SEPTIMO.- Al importe anterior se ha de añadir el interés legal del dinero desde la fecha del abono por el demandante de cada una de las cantidades, de acuerdo con el art. 1303 del Código Civil y lo ya resuelto por el Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil en Sentencia de 19 de diciembre de 2018 y el del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de la sentencia.

OCTAVO.- En cuanto a las costas del presente procedimiento, también se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 16 de julio de XXXX, afirmando lo siguiente *"El artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva XXXX, así como el principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del*

importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo, dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la Directiva XXXX, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales". Ello debe entenderse que implica que una vez declarada la nulidad de la cláusula de gastos, la consecuencia de la misma en cuanto a la devolución de cantidades no debe afectar a considerar que se trata de una estimación íntegra de la demanda, por lo que poniendo dicha sentencia en relación con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede la imposición de costas a la parte demandada, estimándose igualmente la nulidad de las restantes cláusulas.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

ESTIMAR INTEGRAMENTE la demanda presentada por la Procuradora D^a. XXXXXXXXXXXXXXXX, en nombre de D. XXXXXXXXXXXXXXXX, frente a LIBERBANK SA, representada por la Procuradora D^a. XXXXXXXXXXXXXXXX, y, en consecuencia:

Declarar la nulidad de la cláusula de gastos contenida en la estipulación quinta, de la escritura pública de préstamo hipotecario otorgada entre las partes el 8 de julio de XXXX, con la consiguiente condena a LIBERBANK SA a abonar a D. XXXXXXXXXXXXXXXX la cantidad de QUINIENTOS SESENTA Y OCHO EUROS Y OCHENTA Y DOS CÉNTIMOS (568,82 EUROS), con el interés legal del dinero devengado por dicho importe desde la fecha del abono por el demandante de cada una de las cantidades y el del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de la sentencia.

Con imposición de costas del presente procedimiento a la parte demandada.

Líbrese testimonio de la presente resolución para su unión a los autos principales, y llévase el original al libro de Sentencias de este Juzgado.

Líbrese mandamiento al titular del REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN para la inscripción de la presente resolución, en relación a la nulidad y no incorporación de las condiciones generales de la escritura objeto de las presentes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la LCGC.

Notifíquese a las partes.

Esta Sentencia no es firme; contra la misma cabe interponer recurso de apelación del que conocerá la Audiencia Provincial de XXXXXXXXXXXX, que deberá presentado ante este Juzgado en el plazo de veinte días contados desde el siguiente a su notificación y que, conforme establece la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deberá acompañarse de resguardo de ingreso en la cuenta de consignaciones del Juzgado de la suma de 50 euros, sin cuyo requisito no podrá ser tenido por interpuesto, salvo que el recurrente fuera una entidad pública.

Así por ésta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el mismo Magistrado-Juez que la dictó, estando celebrando Audiencia Pública en el mismo día de su fecha; doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA
