

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 5 BIS DE ALICANTE

N.I.G. [REDACTED]

Procedimiento: Procedimiento Ordinario [ORD] - [REDACTED] 2023-MI

De: D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. ALMODOVAR GONZALEZ, MERCEDES

Abogado/a Sr/a. CANELLES PEREZ, ROBERTO

Contra: D/ña. BANKINTER SA

Procurador/a Sr/a. DONDERIS DE SALAZAR, GEMMA

Abogado/a Sr/a. MARTINEZ LAVARA, LUCIA

NOTIFICADO
CON FECHA
22/11/23

S E N T E N C I A N° 3082 / 2023

En Alicante, a 20 de noviembre de 2023.

D. José M^a Aparicio Boluda, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 5 de esta ciudad, habiendo visto los precedentes autos de juicio ordinario seguidos con el número arriba indicado a instancia de D^{ña}. [REDACTED] [REDACTED] contra la mercantil BANKINTER SA compareciendo ambas partes representadas por Procurador y defendidas por Letrado

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de la parte actora se interpuso demanda de juicio ordinario contra la mercantil demandada, y previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, suplicó al Juzgado que se dicte sentencia de conformidad con los pedimentos formulados en la demanda, con imposición de costas a dicha parte.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda y emplazada la parte demandada al objeto de que compareciera en autos y contestara a la demanda.

TERCERO.- Señalada audiencia previa, se celebró en los términos que constan en el correspondiente soporte audiovisual.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- PRETENSIONES DE LAS PARTES

Es objeto del presente procedimiento el análisis de determinada cláusula

que afecta a la escritura objeto de la presente litis (de fecha 14-10-2008), solicitándose la nulidad de la cláusula de gastos, reclamando devolución de cantidades relativas a notaría, registro, gestoría.

Se da por reproducida la contestación a la demanda.

- 1) Por lo que se refiere a la prescripción, tal cuestión ha sido resuelta por nuestra Audiencia Provincial de Alicante en sentencia n.º 106/18 de 12-3-18 sección 8ª en el sentido de que se evidencia la imposibilidad, no sólo general sino en particular, cuando de contratos entre profesionales y consumidores se trata, de disociar la nulidad de la abusividad con sus consecuencias que son efectivamente restitutorias pero en absoluto autónomas de la nulidad ni de su impronta en tanto la restitución no tiene otra causa que la nulidad misma (FD 2ª).

Por su parte, la Sentencia n.º 411/18 de 14 de septiembre de 2018 de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante afirma “no es aceptable tampoco el alegato de que la acción ejercitada por la parte actora esté prescrita o lo ha sido con retraso desleal, pues sobre tal extremo ya hemos dicho en diversas ocasiones que en primer lugar la acción de nulidad por abusividad encierra un caso de nulidad absoluta y por tanto la acción para denunciarla es imprescriptible (la caducidad es instituto reservado a la anulación de los contratos, no a la nulidad); en segundo lugar, desde luego no resulta de la prueba practicada que la acción se haya ejercitado con evidente abuso de derecho o mala fe, pues es evidente que la acción responde a un hecho social notorio desencadenado a raíz de la STS de 9 de mayo de 2013 que ha derivado en un cuestionamiento general de las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria; y, en tercero, que la consecuencia restitutoria de lo indebidamente cobrado no es una acción independiente, sino consecuencia inherente a la declaración de nulidad, por lo que no puede ser objeto de modulación ni puede considerarse prescrita en modo alguno”.

Por su parte la Sentencia n.º 377/18 de la citada Sección 8ª de 20 de julio afirma “En primer lugar, el efecto restitutorio de las prestaciones anudado a la nulidad de una cláusula contractual es un efecto ex lege derivado de la acción de nulidad como se desprende del art. 1303 del CC. En segundo lugar, en todo caso, si existiera un plazo para su ejercicio, al ser accesoria de la nulidad, el dies a quo sería cuando pudiera ejercitarse (art. 1969 Cc) y sólo puede ejercitarse cuando es declarada la nulidad mediante Sentencia. En tercer lugar, la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (asuntos C154/15, C 307/15 y C 308/15), después de declarar que el desarrollo en los Derechos nacionales del principio de no vinculación de los consumidores respecto de las cláusulas abusivas tiene la naturaleza de orden público (apartados 53 y 54), en el apartado 66 declara “Por consiguiente, si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se

materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, no es menos cierto que 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". Así pues, cualquier limitación o restricción a la restitución al consumidor de lo indebidamente abonado en virtud de las cláusulas abusivas es contrario al principio de no vinculación.

Por lo que se refiere a la prescripción de restitución de cantidades, este Juzgador seguirá la tesis mantenida por la Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 31-7-2020, a raíz de las sentencias del TJUE del 9 y 16 de julio de 2020.

La imprescriptibilidad de la acción para declarar la nulidad de pleno derecho es una cuestión pacífica en nuestra jurisprudencia. La tesis que diferencia la declaración de nulidad respecto de la acción de remoción de los efectos de la nulidad a la que se aplicaría un plazo de prescripción, encuentra apoyo en algunas resoluciones de Audiencias Provinciales y podría ser defendible por razones de seguridad jurídica. Recibe además respaldo en las recientes Sentencias del TJUE de 9 y 16 de julio de 2020.

El Tribunal Supremo, en las sentencias de Pleno del año 2019, de 23 de enero, considera que el art. 1303 del Código Civil no es directamente aplicable y que la acción de restitución debe asemejarse a la del enriquecimiento injusto. "Su fundamento es análogo al cobro de lo indebido o al enriquecimiento injusto" dice la Sentencia 47/2019 en el recurso 4912/2017 (ROJ: STS 103/2019 - ECLI:ES:TS:2019:103). Esta afirmación se hace en un determinado contexto y permite extraer diversas consecuencias, y no necesariamente la prescriptibilidad de la acción, decisión que no es explícita en la jurisprudencia del Tribunal Supremo hasta la fecha.

La acción de nulidad no está sometida a plazo de caducidad ni de prescripción alguno, por lo que este Juzgado ha rechazado hasta la fecha la aplicación de un plazo de prescripción a la restitución de efectos derivados de la declaración de nulidad sobre el que no existe precepto legal expreso en el ordenamiento interno y tampoco se ha fijado un criterio jurisprudencial claro.

El TJUE ha declarado que la fijación de plazos razonables para recurrir es compatible con el Derecho de la Unión (STJUE de 6 de octubre de 2009 o de 21 de diciembre de 2016). La Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 9 de julio de 2020 en los asuntos acumulados C 698/18 y C 699/18, se pronuncia en el sentido de que es compatible con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, una normativa nacional que, al mismo tiempo que establece el carácter imprescriptible de la acción cuyo objeto es declarar la nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, somete a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esa

declaración, siempre y cuando ese plazo no sea menos favorable que el aplicable a recursos similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, en particular por la Directiva 93/13 (principio de efectividad). Pero añade cautelas en cuanto al inicio del plazo de prescripción **en relación con el conocimiento que el consumidor pueda tener del carácter abusivo de la cláusula en cuestión.**

Y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2020 en las peticiones acumuladas de decisión prejudicial planteadas por el Juzgado de Primera Instancia nº. 17 de Palma de Mallorca (C 224/19) y por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta (C 259/19), dice que: "El artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el ejercicio de la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva quede sometido a un plazo de prescripción, siempre que **"ni el momento en que ese plazo comienza a correr ni su duración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución"**.

En concreto esta última y reciente Sentencia del TJUE se refiere a la aplicación de un plazo de prescripción de cinco años que comience a correr a partir de la celebración del contrato, en cuanto puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a este consumidor y, por lo tanto, vulnerar el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica.

En definitiva, la prescripción de la acción de restitución en este caso debe ser rechazada. Aunque se aplicara un plazo de prescripción el mismo **no podría empezar a contar desde la fecha del abono de los gastos sino desde el momento en que puede presumirse el conocimiento del consumidor del carácter abusivo de la cláusula gastos que bien podría estar relacionado con la declaración judicial de la nulidad de la cláusula abusiva.** Esta consideración junto con la inexistencia de normativa interna que fije un plazo concreto de prescripción en estos supuestos y la falta de jurisprudencia expresa por parte del TS obliga a este juzgador a mantener el criterio aplicado hasta la fecha, lo que determina que desestimemos la prescripción alegada.

A mayor abundamiento este Juzgador considera que no se ha acreditado por la entidad bancaria que el consumidor tuviera conocimiento de la abusividad de la cláusula en el momento de su pago.

Por su parte, la SAP de Girona de 23-7-2020 afirma:

"En la sentencia número 89/2019 de 12 de febrero de 2.019 expresamos " TERCERO.- Sobre la prescripción de la acción.

La reclamación de las cantidades indebidamente pagadas se fundamenta en la nulidad de la cláusula de gastos al infringir una norma imperativa y prohibitiva, como es la legislación sobre protección de consumidores y usuarios, que prohíbe la incorporación a los contratos celebrados con consumidores de cláusulas abusivas, por lo que la acción, tanto para pedir su nulidad, como los efectos inherentes a la

misma, es imprescriptible, no siendo de aplicación el plazo de caducidad del artículo 1301 del CC que se refiere a la acción de anulabilidad.

La consecuencia de la nulidad es la devolución de las contraprestaciones realizadas como consecuencia de dicha nulidad y, aunque, los prestatarios satisficieron una serie de gastos a favor de terceros, se efectuaron por aplicación de una cláusula nula, que de no haber sido impuesta, parte de los referidos pagos los debería haber efectuado la entidad prestamista, por lo que debe equipararse la devolución de contraprestaciones a la reintegración que el prestamista debe hacer a favor de prestatario por un pago indebido e impuesto en una cláusula nula.

Pero, aunque se aceptase que la acción es independiente a la nulidad, en ningún caso estaría prescrita, pues el inicio del cómputo **deberá efectuarse desde el momento en que se declara nula la cláusula, pues mientras no se declare, no existe acción para reclamar lo indebidamente pagado.** Como establece el artículo 121-23.1. del CCC el plazo de prescripción se inicia cuando, nacida y ejercitable la pretensión, la persona titular de la misma conoce o puede conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan y la persona contra la cual puede ejercerse. **Por lo tanto, sin conocer que la cláusula era nula, lo cual se produce con la declaración judicial, no se iniciaría el plazo prescriptivo"**, habiendo reiterado la misma postura en sentencias número 159/2019 de 6 de marzo de 2.019 , número 166/2019 de 6 de marzo de 2.019 , número 185/2019 de 13 de marzo de 2.019 , número 186/2019 de 13 de marzo de 2.019 , número 196/2019 de 14 de marzo de 2.019 , número 237/2019 de 27 de marzo de 2.019 , número 240/2019 de 27 de marzo de 2.019 , número 281/2019 de 11 de abril de 2.019 y número 326/2019 de 2 de mayo de 2.019” .

Deberá tenerse en cuenta que la cuestión prejudicial planteada por el TS establece tres alternativas como dies a quo: o la declaración de nulidad en virtud de sentencia; o la STS de enero de 2019 o las sentencias del TJUE de julio de 2020.

SEGUNDO.- DE LOS GASTOS NOTARIALES, REGISTRALES, DE GESTORIA, IMPUESTO DE ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS Y TASACIÓN. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL ESTABLECIDA POR EL PLENO DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TS MEDIANTE SENTENCIAS DE 23-1-2019. SENTENCIA DE 26-10-2020 SOBRE GASTOS DE GESTORÍA.

Se da por reproducida dicha cláusula.

Pues bien, de la dicción de la cláusula en cuestión se deduce, sin dificultad alguna, que mediante la misma se atribuye al prestatario la totalidad, sin excepción, de los gastos que la operación de préstamo con hipoteca lleva consigo. No sólo los previos a la constitución de la garantía hipotecaria (gastos de tasación del inmueble) y los generados como consecuencia del otorgamiento de la Escritura Pública de Préstamo y de la constitución e inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad (Notaría, Registro, Gestoría) sino también todo eventual gasto futuro, en tanto en cuanto esta cláusula seguiría desplegando sus efectos al atribuir

al prestatario, sin salvedad de ningún tipo, cualquier gasto que surgiera durante la vida del contrato hasta su cancelación, incluidos los generados por esta misma.

En efecto, la generalización de la cláusula es tal que permite imputar al prestatario todo tipo de arancel y también todo tipo de impuesto o tributo futuros que pudieran devengarse tanto en caso de eventuales modificaciones o novaciones como hasta la definitiva amortización del préstamo y cancelación registral de la hipoteca amén de cualquier otro coste, incluso procesal, en caso de que el Banco accionara contra el prestatario por incumplimiento de su obligación de devolución del préstamo. Y ello sin efectuar discernimiento alguno de lo que, conforme a la ley, correspondería a la entidad prestamista hacer frente, como interesada que está en la operación, en concreto, en que la misma se garantice mediante una hipoteca.

Es así que el carácter omnicomprendivo de la cláusula (la entidad bancaria no asume ningún gasto y todos los gastos habidos y por haber los ha de pagar el prestatario) impide entender que el profesional hubiera podido razonablemente esperar que, en un trato leal y equitativo con su cliente en el marco de una negociación individualizada, éste hubiera aceptado la cláusula en su integridad.

En resumen, sin dificultad alguna de valoración conforme a los criterios de equilibrio de derechos y obligaciones, la cláusula que nos ocupa no resiste este primer análisis. Como se ha dicho, debe hacerse abstracción de la mayor o menor trascendencia económica de la aplicación de la cláusula. Lo relevante es que, por la omnicomprendividad en la atribución de todo tipo de gasto pensable, previo, presente y futuro, al prestatario, se genera un evidente desequilibrio que debe conducir a la nulidad de la cláusula.

El Tribunal Supremo, en la reciente sentencia 148/2018 de 15 de marzo de 2018, viene a declarar la abusividad de aquellas cláusulas que imponen al consumidor todos los gastos generados por la constitución de una hipoteca para la financiación de la adquisición de una vivienda, reiterando la doctrina ya sentada en las sentencias 550/2000, de 1 de junio, 842/2011, de 25 de noviembre y 705/2015, de 23 de diciembre.

De este modo, y aplicando la referida jurisprudencia al caso concreto en litigio, no hay duda de que la cláusula de gastos que contiene la hipoteca suscrita es nula, en tanto no distingue entre los gastos que genera el otorgamiento de la hipoteca los que debe abonar el hipotecante y la entidad prestamista, sino que impone de una forma indiscriminada al prestatario la totalidad de los gastos, expresando como tales los de tasación del inmueble, otorgamiento de la escritura, gestión ante el Registro de la Propiedad y pago de tributos.

Como afirma **la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante sección 8^a de 19-4-18** *“vista la doctrina establecida por la STS de 23 de diciembre de 2015 sobre el carácter abusivo de estos gastos parece evidente que la conclusión no puede ser otra que la de afirmar que la imposición a la prestataria con carácter exclusivo de todos los gastos correspondientes a la escritura de préstamo hipotecario es una conducta contractualmente abusiva que vicia de*

nulidad la cláusula que los impone lo que merece un pronunciamiento positivo, no desde la perspectiva de su aplicabilidad sino desde el marco de la existencia contractual misma de la cláusula y, por consiguiente de un pronunciamiento autónomo en la parte dispositiva de la sentencia en relación a la pretensión así deducida en la demanda que en el caso, es la primera de las ejercitadas.

Procede en consecuencia estimar el motivo y declarar la nulidad de la cláusula quinta sin matiz ni limitación alguna, estimación que afecta a la pretensión principal”

El Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, Sentencia 46/2019 de 23 Ene. 2019, Rec. 2128/2017 tiene establecido que:

“SEGUNDO.- Único motivo de casación. Gastos derivados de la contratación de un préstamo hipotecario por un consumidor. Abusividad de la cláusula que atribuye su pago en exclusiva al consumidor

Planteamiento:

1.- El Sr. Julio interpuso un recurso de casación, con un único motivo, en el que denunció la infracción del art. 89.3.3º del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLUCU), en relación con el art. 82.4 c) del mismo texto legal y con la jurisprudencia establecida en la SSTS 705/2015, de 23 de diciembre, y 550/2000, de 1 de junio.

2.- En el desarrollo del motivo se alega, resumidamente, que la sentencia recurrida vulnera los citados preceptos y las sentencias que se invocan, al no declarar la abusividad de una cláusula que atribuye, sin distinción, el pago de todos los gastos e impuestos al prestatario.

Decisión de la Sala:

1.- En primer lugar, debe advertirse que la cita del precepto infringido es incorrecta, por cuanto el contrato de préstamo es de fecha anterior al TRLUCU, por lo que éste no resulta aplicable, sino que regía la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante LGCU).

No obstante, como hemos dicho en ocasiones similares (verbigracia, sentencias 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo), al tratarse de un texto refundido, el art. 89.3 c) no fue realmente una norma de nuevo cuño, sino que fue reflejo de la refundición o reajuste de una norma previa. Por ello, a estos efectos, en función de la fecha del contrato (2 de mayo de 2001), deberemos tener en cuenta lo previsto en el art. 10 bis LGCU, en la redacción conferida por la Disposición Adicional Segunda de la Ley 7/1988, de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), que se remitía a la Disposición Adicional Primera de la propia

LGCU, en la que se contenía un listado de cláusulas abusivas, entre las cuales, la 22 [«La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por Ley imperativa corresponda al profesional. En particular, en la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación)»], es equivalente al actual art. 89.3 c) TRLCU.

2.- En las sentencias de pleno 705/2015 de 23 de diciembre y 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo, declaramos la abusividad de las cláusulas que, en contratos de préstamo con consumidores, sin negociación y de manera predispuesta, atribuyen indiscriminadamente al consumidor el pago de todos los gastos que genera la operación.

A los efectos de determinar si dicha imposición produce un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes, resulta de interés la STJUE de 16 de enero de 2014. C-226/12 (Constructora Principado), cuando dice:

«21 A este respecto el Tribunal de Justicia ha juzgado que, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente (véase la sentencia Aziz, antes citada, apartado 68).

»22 Se pone de manifiesto así que, para determinar si existe ese desequilibrio importante, no basta con realizar una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que descansa en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro.

»23 Por el contrario, un desequilibrio importante puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales.

»24 En este aspecto el Tribunal de Justicia ha recordado que, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva, el carácter abusivo de una cláusula contractual debe apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o de los servicios que sean objeto del contrato de que se trate y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas de dicho contrato (véase la sentencia de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank, C-472/11, apartado 40). De ello resulta que, en este contexto, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable a tal contrato, lo que exige un examen del sistema jurídico nacional (véase la sentencia Aziz, antes citada, apartado 71).

»25 El Tribunal de Justicia también ha puesto de relieve, en relación con el artículo 5 de la Directiva, que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, apartado 44)».

3.- Bajo tales parámetros resulta claro que, si de no existir la cláusula abusiva, el consumidor no tendría que pagar todos los gastos e impuestos de la operación, puesto que en virtud de las disposiciones de Derecho español aplicables (Arancel de los notarios, Arancel de los Registradores, Código Civil, etc.) no le corresponde al prestatario en todo caso el abono de la totalidad de tales gastos y tributos, la introducción de dicha estipulación implica un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato. Máxime teniendo en cuenta la naturaleza del servicio objeto del contrato, que es la financiación de la adquisición de un bien de primera necesidad como es la vivienda habitual.

4.- La Audiencia Provincial no contraviene la normativa sobre consumidores al afirmar que el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados es el prestatario, puesto que lo único que hace es aplicar la legislación en la materia, que viene constituida por la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y su Reglamento. Si bien la resolución recurrida debe ser matizada o aclarada conforme a lo resuelto por esta sala en las sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, cuando dijimos:

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

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

»b) *En lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, será sujeto pasivo el prestatario.*

»c) *En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario, salvo en aquellos casos en que exista un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales, en los que también se distribuirá el pago del impuesto por la matriz. Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite.*

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

Estas consideraciones han sido reafirmadas por las conclusiones de las sentencias del pleno de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo 1669/2018, 1670/2018 y 1671/2018, de 27 de noviembre, que mantienen la anterior jurisprudencia de esa Sala, a la que nos habíamos remitido en nuestras citadas sentencias de 15 de marzo de 2018.

Y no quedan cuestionadas por el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (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.

5.- La sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, que se invoca en el recurso, no se pronunció sobre el resultado concreto de la atribución de gastos entre las partes de un contrato de préstamo hipotecario, sino que, en el control realizado en el marco de una acción colectiva en defensa de los intereses de consumidores y usuarios, *declaró abusivo que se imputaran indiscriminadamente al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la operación.*

A falta de negociación individualizada (pacto), se consideró abusivo que se cargaran sobre el consumidor gastos e impuestos que, conforme a las disposiciones legales aplicables en ausencia de pacto, se distribuyen entre las partes según el tipo de actuación (documentación, inscripción, tributos). Pero sobre esa 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 y concretaran en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación.

6.- Aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real), ambas son inescindibles y conforman una institución unitaria. Como dijo la sentencia de esta sala 1331/2007, de 10 de diciembre, «el crédito garantizado con hipoteca (crédito hipotecario) no es un crédito ordinario, ya que está subsumido en un derecho real de hipoteca, y por ello es tratado jurídicamente de forma distinta».

Lo que determina la distribución de gastos en los términos que se expondrán a continuación, que resultan del ordenamiento jurídico vigente en el momento relevante, que en este caso es la firma de la escritura de préstamo hipotecario. El legislador puede modificar la normativa aplicable y establecer otros criterios de atribución del pago de estos gastos, por razones de política legislativa, como parece que realizará en el proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario que se tramita en las Cortes. Pero esas nuevas normas no pueden ser aplicadas con carácter retroactivo, salvo que en ellas se disponga lo contrario (art. 2.3 CC).

TERCERO.- Gastos notariales

1.- En lo que respecta a los *gastos de notaría*, el art. 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en Arancel.

En primer lugar, la diversidad de negocios jurídicos -préstamo e hipoteca- plasmados en la escritura pública no se traduce arancelariamente en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado; sino que, en armonía con lo antes razonado, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario.

A su vez, la norma Sexta del Anexo II, del Real Decreto 1426/1989, 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».

Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4ª LEC), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria.

Es decir, como la normativa notarial 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 a un interés generalmente inferior al que pagaría en un contrato sin garantía real-, como el prestamista -por la garantía hipotecaria-, es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento.

2.- Esta misma solución debe predicarse respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación.

3.- En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto.

4.- Por último, respecto de 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.

CUARTO.- Gastos de registro de la propiedad

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 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.

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.*

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.*

QUINTO.- Gastos de gestoría

1.- 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 6/2000, 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 26/ 1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito.

2.- Ante esta realidad y dado que, *cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad.*

SEXTO.- Aplicación de estos criterios por la sentencia recurrida. Estimación del recurso de casación. Asunción de la instancia

1.- En la medida que la sentencia recurrida no se adapta a estos criterios, el recurso de casación debe ser estimado.

2.- Al haberse estimado el recurso de casación, debe asumirse la instancia, a fin de resolver el recurso de apelación formulado por el prestatario y la impugnación formulada el banco.

3.- En primer lugar, debe estimarse en parte el recurso de apelación, porque *la cláusula controvertida es abusiva*, y no solo parcialmente, como resuelve la sentencia de primera instancia, sino en su totalidad, *en cuanto que*, como dijimos en la sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, *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 imposables*. 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.

4.- Cuestión distinta es que, *una vez declarada la abusividad de la cláusula y su subsiguiente nulidad (art. 8.2 LCGC y 83 TRLGCU)*, haya que *decidir cómo ha de distribuirse entre las partes el pago de los gastos e impuestos derivados del contrato de préstamo con garantía hipotecaria*. Pero eso no afecta a la nulidad en sí, por abusiva, de la estipulación contractual examinada, sino a las consecuencias de dicha nulidad.

Decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido en el contrato, debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico.

El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva y previsto en el art. 1303 CC no es directamente aplicable, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver, sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, tasador, 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 abono al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubieran correspondido abonar de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, 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 2018, C-483/2016:

«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».

Hemos dicho en la sentencia de pleno 725/2018, de 19 de diciembre, que aunque en nuestro Derecho nacional no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, se trataría de 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. Y también tiene similitudes analógicas con el pago de lo indebido, en cuanto que el consumidor hizo un pago indebido y la entidad prestamista, aunque no hubiera recibido directamente dicho pago, se habría beneficiado del mismo, puesto que, al haberlo asumido indebidamente el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía.

5.- En consecuencia, deben estimarse en parte el recurso de apelación y la impugnación contra la sentencia de primera instancia, a fin de *declarar la abusividad de la cláusula controvertida y ordenar la distribución de los gastos derivados del préstamo hipotecario en la forma establecida en esta sentencia. Con la consiguiente obligación de la entidad prestamista de abonar al prestatario las cantidades indebidamente pagadas como consecuencia de la aplicación de la cláusula anulada, con los intereses legales devengados desde la fecha de su pago (sentencia 725/2018, de 19 de diciembre)*.

Por su parte, el FALLO indica:

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Julio contra la sentencia núm. 126/2017, de 24 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 4ª), en el recurso de apelación núm. 87/2017, que casamos y anulamos.

2.º- Estimar en parte el recurso de apelación y la impugnación formulados contra la sentencia núm. 247/2016, de 9 de diciembre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Oviedo, en el juicio ordinario núm. 538/2016, que revocamos parcialmente, a fin de estimar en parte la demanda formulada por el Sr. Julio contra Liberbank S.A., a fin de declarar la abusividad de la cláusula quinta de la escritura de préstamo hipotecario de 30 de octubre de 2006 y ordenar la distribución de los gastos derivados del préstamo hipotecario de la siguiente forma:

a) *Impuesto de actos jurídicos documentados*: como se establece en el fundamento jurídico segundo, apartado 4.

b) *Gastos de notaría: escrituras de otorgamiento y modificación del préstamo, por mitad; escritura de cancelación de la hipoteca, pago por el prestatario; copias, por quien las solicite.*

c) *Gastos de registro de la propiedad: los derivados de la inscripción de la garantía hipotecaria, al prestamista; los de cancelación, al prestatario.*

d) *Gastos de gestoría: por mitad.*

Condenando a Liberbank a *abonar al Sr. Julio las cantidades abonadas en exceso como resultado de la aplicación de la cláusula anulada, con sus intereses legales desde la fecha de los respectivos pagos*".

A ello debemos añadir las recientes STS de 26-10-2020 y 27-1-2021 que establecen el 100% de gestoría y 100% de tasación a favor del consumidor.

TERCERO.- EFECTOS

La parte actora en el suplico de la demanda también solicita la devolución de las cantidades que se detallan en la demanda.

Al haberse declarado la nulidad de la cláusula respecto de la atribución de dichos gastos, **procede la restitución del 50% de notaría, 100% de registro, 100% de gestoría, en la cuantía que se fijará en el fallo de la sentencia.**

Las consecuencias de la abusividad conforme ha señalado la STJUE de 21 de diciembre de 2016 el alcance de la declaración de nulidad comporta, la restitución al consumidor de los gastos que hubiera satisfecho en aplicación de dicha cláusula y que según la normativa vigente correspondiera asumir al empresario así como la imposibilidad de devengo de nuevos gastos en aplicación de la cláusula declarada abusiva. Efecto de la nulidad, previsto en el artículo 83 TRLCYU y concretado en el Real Decreto Legislativo 1/2007 implica que el consumidor no debe hacer frente a todos los gastos que se estipulan en dicha cláusula.

CUARTO.- INTERESES

Las cantidades a devolver al actor por la entidad bancaria **devengarán interés legal desde la fecha de su cobro**. El global resultante devengará el interés legal del artículo 576 LEC desde el día de hoy.

QUINTO.- COSTAS.

En el caso de autos nos encontramos ante una estimación total, por lo que procede la imposición de costas a la parte demandada, siguiendo también el criterio de la STJUE de 16-7-2020 en materia de costas procesales.

Vistos los preceptos legales y generales de aplicación.

FALLO

Que ESTIMO la demanda interpuesta por la representación de DÑA. [REDACTED] contra la mercantil BANKINTER SA contra la mercantil BANCO SANTANDER SA y en consecuencia:

Se declara la nulidad de la cláusula relativa a gastos de la escritura objeto de la presente litis de fecha 14-10-2008, condenando a la parte demandada a la devolución de 349,94 euros (notaría), 109,91 euros (registro) 298,20 euros (gestoría), más intereses legales desde el cobro.

Se condena en costas a la parte demandada.

La cantidad declarada devengará el interés legal del dinero con arreglo a lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de enjuiciamiento Civil desde el dictado de esta sentencia.

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

Una vez firme la sentencia diríjase mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo (art. 22 de la ley 7/1998 de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación).

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas.

Esta sentencia no es firme. Contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días (artículos 455 y ss LEC) ante este juzgado, el cual no tendrá efectos suspensivos, exponiendo las alegaciones en las que base su impugnación, los pronunciamientos que impugna, y el precepto que resulta infringido el cual será resuelto por la Audiencia Provincial de Alicante.

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