

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 3**

Avenida Pedro San Martín S/N
Santander
Teléfono: 942357022
Fax.: 942357023
Modelo: TX004

Proc.: **PROCEDIMIENTO
ORDINARIO (CONTRATACIÓN -
249.1.5)**

Nº: **0000295/2017**

NIG: 3907542120170003292

Materia: Obligaciones: otras cuestiones

Resolución: Sentencia 000165/2017

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Demandante		ANA MARÍA ALVAREZ MURIAS
Demandado	LIBERBANK SA	CARMEN QUIROS MARTÍNEZ

SENTENCIA Nº 165/2017

En Santander, a 14 de julio de 2.017.

Vistos por mí, Eva Aja Lavín, Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Santander y su correspondiente partido judicial, los presentes autos de juicio **ORDINARIO**, registrado con el número **295/2017**, seguidos en este Juzgado y en el que intervienen como parte demandante, , representado por la procuradora Dña. Ana M^a Álvarez Murias, y defendido por el letrado D. Juan Manuel Brun Murillo, y como parte demandada, Liberbank S.A, representada por la procuradora Dña. Carmen Quirós Martínez y defendida por la letrada Dña. Alejandra Sevares Carás, sobre acción de nulidad, con arreglo a los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por la procuradora Dña. Ana M^a Álvarez Murias, en la representación que tiene acreditada en autos, se presentó el día 16 de marzo del año 2.017 demanda de juicio ordinario ante este Juzgado, en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que en la misma constan y que por brevedad se dan por reproducidos, termina suplicando que se dicte sentencia en los términos contenidos en el suplico de la demanda.

SEGUNDO. Admitida a trámite la demanda por decreto de fecha 3 de abril de 2.017, por el que se daba traslado a la parte contraria a fin de que en el plazo de 20 días contestara a la demanda.

Por la procuradora Dña. Carmen Quirós Martínez, en nombre y representación de Liberbank S.A, tal y como tiene acreditado en autos, se contestó a la demanda en fecha 10 de mayo de 2.017 en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de

Descargado en www.asufin.com



derecho que en el mismo constan y que por brevedad se dan por reproducidos, termina suplicando se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, y con expresa condena en costas a la actora.

TERCERO. Por diligencia de ordenación de fecha 17 de mayo de 2.017 se tuvo por contestada la demanda por el procurador Dña. Carmen Quirós Martínez en nombre y representación de Liberbank S.A, y se citó a las partes señalando para la celebración de la audiencia previa prevenida en los artículos 414 y concordantes de la NLEC el día 8 de junio de 2.017, con el resultado que obra en el acta levantada al efecto y que se halla unida a los autos, documentándose asimismo tal actuación en soporte que recoge la imagen y el sonido de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 147 y 187 de la NLEC.

CUARTO. No alegadas ni apreciadas de oficio excepción de tipo procesal alguna, se recibió el juicio a prueba proponiendo la parte actora: 1) Documental: por reproducida la aportada con el escrito de demanda. Por la parte demandada: 1) Documental por reproducida la aportada con el escrito de contestación a la demanda. Admitida la prueba propuesta por la parte actora y siendo la misma únicamente prueba documental tal obrante en autos es por lo que quedando los autos vistos para sentencia de conformidad con el artículo 429.8 de la LEC

QUINTO. En la tramitación del presente procedimiento se han observado las oportunas prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La parte actora ejercita la acción de nulidad de la condición general de la contratación contenida en las cláusula 5ª de la escritura de préstamo hipotecario suscrita en fecha 13 de marzo de 2.009 entre el actor y la demandada, al entender que se trata de una cláusula abusiva que produce un claro desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes contractuales, y que infringen los artículos 82 y siguientes del RD 1/07 de 16 de noviembre que recoge el texto refundido de la normativa de consumidores y usuarios, así como la LCGC. Ejercita de forma acumulada la acción de reclamación de cantidad e interesa que se condene a la demandada a reintegrarle los importes abonados en conceptos de gastos notariales en la suma de 508,75€, Registrales en la suma de 155,20€, de gestoría en la suma de 194,88€ y de tasación en la suma de 207,19€. Subsidiariamente, interesa la condena al pago de todas esas sumas excepto la relativa a gastos de tasación.

La entidad demandada se opone a la pretensión de contrario alegando que se trata de una cláusula de la que fue plenamente informado el actor, que fue negociada con aquel y aceptada, sin que la misma produzca desequilibrio alguno entre las partes. Por lo que respecta a la cláusula quinta sostiene que tanto los impuestos como los aranceles notariales y registrales serán de cuenta del prestatario según la legislación vigente.

SEGUNDO. Del conjunto de la prueba practicada resultan plenamente probados los siguientes hechos:



1º-Con fecha 13 de marzo de 2.009 suscribió contrato de préstamo con garantía hipotecaria con la entidad Caja de Ahorros de Santander y Cantabria. (doc. 1 de la demanda).

2º-Caja de Ahorros de Santander y Cantabria pasó a integrarse en Liberbank S.A, tras el proceso de fusión y absorción de varias entidades bancarias. (hecho no controvertido).

3º-La cláusula quinta del contrato establece: “serán de cargo de la parte prestataria, los gastos, impuestos y demás conceptos relacionados a continuación, debiendo aquella satisfacerlos y autorizando y ordenando no obstante a la Caja para que en caso de no efectuarlo y si dicha entidad lo estima pertinente, pueda abonarlos y acumularlos al saldo deudor de este préstamo, imputándolos a la partida presupuestada correspondiente, o bien de forma alternativa, cargándolos en las cuentas corrientes, de ahorro o depósito expresadas en la estipulación séptima: serán imputables a la partida presupuestada para los gastos derivados de lo pactado en este escritura y tramitación de la misma hasta que cause inscripción en el Registro de la Propiedad, tales como aranceles notariales y registrales, gestión de documentos, entre los que se comprenden la tramitación de esta escritura ante el Registro de la Propiedad, la Oficina Liquidadora de impuestos, los de actas notariales de entrega de cantidades expresados en la estipulación primera; tasación pericial del inmueble e informaciones registrales sobre la situación del mismo, impuestos en su caso, así como todos aquellos que pudieran afectar de alguna manera a la eficacia de este contrato, seguridad del mismo e inscripción de la hipoteca, tales como gastos e impuestos de la compraventa anterior, aplazamiento del precio o cualesquiera otros; primas de seguro contra incendio u otros riesgos del inmueble o inmuebles gravados, pudiendo además el establecimiento acreedor contratar las pólizas libremente por cuenta de la parte prestataria, si lo considera necesario; primas de seguro de amortización del préstamo en su caso; tributos que recaigan sobre la finca hipotecada, así como los gastos de comunidad, impuestos, tasas e igualmente gastos ocasionados por tercerías tanto de dominio como de mejor derecho, u otros procedimientos que se entablaren en defensa de os derechos de citada entidad para la salvaguardia de la finca hipotecada. Si pesare sobre la finca cualquier carga, anotación o hipoteca anterior, también se autoriza a la Caja para saldarla y pagar los gastos que origine la cancelación notarial, hasta su inscripción en el Registro de la propiedad, pudiendo cargar sus importes en la cuenta del préstamo o bien en las cuentas expresadas en la estipulación séptima. Serán igualmente de cuenta de la prestataria, los gastos, impuestos y otros devengos que se deriven de la cancelación de esta hipoteca. Serán imputables a la partida presupuestada para costas, los gastos y costas de la reclamación judicial o extrajudicial y de su preparación, tales como los que pudieran ocasionar los requerimiento notariales previstos en los artículos 581.2 de la LEC y en el artículo 236-a del Reglamento hipotecario, honorarios de letrado y derechos de procurador u otras personas, si la institución acreedora se valiera de su intervención. Sin perjuicio de lo pactado en la presente estipulación, y con la finalizada de atender los devengos y honorarios por aranceles notariales y registrales, gestión de documentos y tasación pericial del inmueble a que se ha hecho referencia anteriormente, la parte prestataria autoriza y ordena de forma expresa e irrevocable a la Caja para que comunique cuantos datos resulten necesarios o convenientes a fin de que sean adeudados por los profesionales emisores de los mismos, o a su instancia, en la cuenta o cuentas que se expresan en la estipulación séptima, sirviendo la presente autorización como la más formal orden de domiciliación”. (doc. 1 de la demanda).

TERCERO. Antes de analizar la cláusula respecto de la que se solicita la declaración de nulidad por ser condición general de la contratación abusiva, se hace preciso partir del concepto de condición general de la contratación. El artículo 1.1 de la ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) dispone que "Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, 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".

La STS de 9 de mayo de 2013 regula los requisitos que deben concurrir para que pueda hablarse de que se trata de una condición general de la contratación al establecer que "constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes:

- a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.
- b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.
- c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.
- d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse."

Como indica la STS de 3 de junio de 2016, conforme a lo previsto en el artículo 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE, «se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión». Y hemos venido entendiendo, en sentencias 241/2013, de 9 de mayo, 222/2015, de 29 abril, y 265/2015, de 22 de abril, que hay «imposición» de una cláusula contractual, a efectos de ser considerada como condición general de la contratación, cuando la incorporación de la cláusula al contrato se ha producido por obra exclusivamente del profesional o empresario. No es necesario que el otro contratante esté obligado a oponer resistencia, ni que el consumidor carezca de la posibilidad de contratar con otros operadores económicos que no establezcan esa cláusula. La imposición supone simplemente que la cláusula predispuesta por una de las partes no ha sido negociada individualmente, como es el caso en que no consta acreditada la negociación. Para que se considere que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación no tienen el carácter de condiciones generales, o de cláusulas no negociadas, y se excluya el control de abusividad, «es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de

modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario» (STS 265/2015, de 22 de abril).

Por su parte la STS 265/2015, de 22 de abril establece, «es un hecho notorio que en determinados sectores de la contratación con los consumidores, en especial los bienes y servicios de uso común a que hace referencia el artículo 9 TRLCU, entre los que se encuentran los servicios bancarios, los profesionales o empresarios utilizan contratos integrados por condiciones generales de la contratación. De ahí que tanto la Directiva (artículo 3.2) como la norma nacional que la desarrolla (artículo 82.2 TRLGDCU) prevean que el profesional o empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba de esa negociación. Así lo recuerda la STJUE de 16 de enero de 2014 (TJCE 2014, 7), asunto C-226/12, caso Constructora Principado, en su párrafo 19». Y es que, «el sector bancario se caracteriza porque la contratación con consumidores se realiza mediante cláusulas predispuestas e impuestas por la entidad bancaria, y por tanto, no negociadas individualmente con el consumidor, lo que determina la procedencia del control de abusividad previsto en la Directiva 1993/13/CEE y en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, salvo que se pruebe el supuesto excepcional de que el contrato ha sido negociado y el consumidor ha obtenido contrapartidas apreciables a la inserción de cláusulas beneficiosas para el predisponente».

En el presente caso la parte demandada sostiene que negoció cada una de las cláusulas con el actor, y por tanto, pese a que admite el carácter de condición general de la contratación de la cláusula quinta, la existencia de negociación se trata de una mera manifestación de parte carente de toda prueba, pues la documental aportada con la contestación no contiene explicación alguna sobre cuál fue la supuesta negociación seguida, ni se justifica cuáles fueron los supuestos beneficios obtenidos por el actor al estipular la citada cláusula. Ni siquiera se ha practicado la testifical del empleado del banco con el que en su caso habrían llevado a cabo esa negociación, recayendo la carga de la prueba sobre la entidad bancaria conforme al artículo 217 de la LEC, la conclusión a la que cabe llegar no puede ser otra que la de que la citada cláusula es de las que de forma constante y habitual introduce la entidad bancaria en sus contratos de préstamo celebrados con sus clientes, las cuales vienen prerredactadas por la misma y sin opción de negociación o modificación alguna por sus clientes y que se tratan de verdaderas condiciones generales de la contratación.

En cualquier caso se debe indicar que el mero hecho de tratarse de una condición general de la contratación no conlleva automáticamente que deba ser considerada como abusiva. La directiva 93/13/CEE sobre protección del consumidor y cláusulas abusivas establece con carácter imperativo las circunstancias básicas que han de ser tenidas en cuenta y valoradas a la hora de establecer la abusividad de una cláusula como son: que cause en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes; que se consideren todas las circunstancias que concurran en el momento de la celebración del contrato y que se refiera a unas condiciones accesorias y no al objeto principal del mismo.

En nuestro derecho el artículo 82.1 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios establece que son cláusulas abusivas las estipulaciones no negociadas individualmente y las prácticas no consentidas expresamente que en contra de las exigencias de la buena fe causen en perjuicio del consumidor y usuario un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Y a continuación en los preceptos siguientes se incluye todo un catálogo de cláusulas que deben considerarse abusivas.

CUARTO. Entrando ya en el examen de la cláusula de gastos bancarios contenida en la estipulación quinta del contrato, la parte actora sostiene que su abusividad viene dada por el carácter genérico e indiscriminado con que se atribuye la obligación de pago de los gastos de tramitación, constitución, modificación, cancelación del préstamo hipotecario, incluida la tasación del inmueble, las comisiones y gastos del otorgamiento de la carta de pago, seguros e impuestos de la operación, los gastos de gestoría por la tramitación de la hipoteca ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora del impuesto y otros gastos y comisiones allí contemplados. Lo primero que debe destacarse es la falta de claridad en el pedimento introducido en la demanda, pues no se tiene claro si se insta la nulidad de toda la cláusula en todas y cada uno de las imputaciones que la misma contiene o si se está instando una nulidad parcial respecto de los conceptos que se enumeran de forma individualizada en el suplico de la demanda. Ello tiene trascendencia puesto que algunos de los gastos que se imputan no puede considerarse abusiva su atribución al prestatario como los gastos de seguro de incendios, o los de comunidad de propietarios o las primas de seguro de amortización del préstamo, pues en todo caso son gastos que generan un claro beneficio para el prestatario y están vinculados a su condición de propietario del inmueble (gastos de comunidad de propietarios), por lo que es lógico que su abono se le impute a él y que nada deba corresponder a la prestamista. Si analizamos el suplico de la demanda parece que se delimitan conceptos concretos de los señalados como gastos de constitución, cancelación, modificación de la escritura de préstamo, como los notariales, registrales, gestoría y tasación, pero al final se introduce una mención genérica a todos los demás referidos en el hecho segundo, en el que se transcribe casi en su integridad la cláusula quinta y que hace mención a conceptos como los ya indicados cuya atribución al prestatario no se puede considerar que produzca un desequilibrio en perjuicio del consumidor. Por tanto, se debe entender que se insta la nulidad íntegra de toda la cláusula quinta, lo que conllevará una estimación en su caso parcial de la demanda pero no total.

Para resolver sobre la citada cuestión debemos partir del contenido de los artículos 82 y siguientes del RD 1/07 de 16 de noviembre, que califica de abusivas y por tanto nulas las cláusulas no negociadas individualmente y que hayan sido predisuestas unilateralmente por el empresario sin respetar la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes y concretamente las que imponen al consumidor hacerse cargo de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponden al empresario (artículo 89.3 a)), o que impongan al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (artículo 89.3.c)), o las que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (artículo 89.4) o que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, vinculen el contrato a la voluntad del empresario, limiten los derechos del consumidor y resulten desproporcionadas (artículos 85, 86, 87).

La sentencia de Pleno del TS de 23 de diciembre de 2.015, analizó la abusividad de diversas cláusulas establecidas en contratos de préstamo hipotecario celebrados con consumidores, y en cuanto a la cláusula conforme a la que se imponían al consumidor los costes derivados de la concertación del contrato señaló " 1.-En primer lugar, resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones [como veremos] contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto. El artículo 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 (artículo 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 (artículo 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 (artículo 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 (artículo 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 (artículos 1.875 del Código Civil y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (artículo 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 (artículo 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”.

Conforme a la regulación legal expuesta y la jurisprudencia del TS y de algunas SAP como la de Pontevedra 28 de marzo de 2.017 y Asturias 24 de marzo de 2.017 se debe concluir que la forma genérica en que se imputa el pago de la totalidad de gastos de constitución, modificación y cancelación de la hipoteca, el pago de todos los tributos de forma indiscriminada no sólo existentes actualmente sino que puedan aprobarse en un futuro, de la totalidad de los gastos notariales y registrales al hipotecante/prestatario, se debe calificar de claramente abusiva y nula, tal y como lo señala el TS en la referida sentencia. Por lo que la pretensión principal contenida en el suplico de la demanda de que se declare nula la cláusula quinta por la atribución indiscriminada de todos los gastos a los actores debe ser estimada.

Si analizamos de forma individualizada cada uno de esos conceptos debemos indicar:

1- aranceles notariales y registrales: Debemos tener en cuenta la regulación contenida en la norma 6ª del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de 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.

Los gastos derivados de la inscripción de la hipoteca, según la norma octava del anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, dispone 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, señalando a continuación que los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes las soliciten.

La jurisprudencia que se ha pronunciado sobre este tema mantienen posturas divergentes, si bien, parece mayoritaria la que defiende que quien está interesado en que se eleve a escritura pública y se inscriba en el Registro de la Propiedad la garantía hipotecaria es la entidad bancaria, que será quien requiere los servicios del Notario y del Registrador de la Propiedad y a cuyo favor se inscribe tal derecho de garantía (SAP de Pontevedra de 28 de marzo de 2.017, SAP de Asturias de 9 de febrero de 2.017).

A criterio de esta juzgadora se debe partir de un hecho evidente cual es que en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria se incluyen realmente dos tipos de contratación distintas, por un lado, el contrato de préstamo cuya suscripción interesa fundamentalmente al prestatario, que es quien precisa el capital para la adquisición de una vivienda, ello sin olvidar que también la entidad está interesada en suscribir este tipo de contratos, dado que en ello consiste una parte de su negocio y la obtención de sus ingresos. Por otro lado, se suscribe un contrato de garantía hipotecaria, en el que tan sólo está interesada la entidad bancaria, pues a través del mismo busca protegerse de posibles incumplimientos del prestatario y garantizar la devolución del importe y otros muchos gastos que ello le pueda

generar. Lo cierto, es que quien opta por este tipo de garantía real es el banco, puesto que le aporta numerosísimas ventajas como el poder acudir a un procedimiento de ejecución especial y rápido o el de poder titularizar las hipotecas y negociar con ellas obteniendo financiación de terceros. La prestamista bien podría optar por garantizar el reintegro del préstamo con otros tipos de garantías de carácter personal, por ejemplo exigiendo fianzas etc... Es un hecho evidente que no se negocia con el prestatario el tipo de garantía a suscribir, sino que el banco opta por imponer la garantía hipotecaria por serle más beneficiosa. La legislación española impone como requisito para la constitución de la hipoteca que la misma se eleve a escritura pública y que sea inscrita en el Registro de la Propiedad, así lo establece en el artículo 1.280.1º del Código Civil y en el artículo 2.2, el 3 y el 12 de la LH. Por tanto, cuando el banco elige este tipo de garantía, y no otra, debe ser plenamente consciente de que ese contrato accesorio del principal que es el préstamo (desde el punto de vista del prestatario), conlleva la necesaria intervención del Notario y del Registrador y una serie de gastos, que conforme al anexo 6ª del arancel notarial y el anexo 8ª del arancel del registro correspondería abonar al banco por ser el que promueve la intervención del Notario, pues sólo a él le interesa elevar a escritura pública la garantía hipotecaria para que se constituya a su favor y sólo a su nombre se inscribe el derecho real de hipoteca, por lo que él es, quien conforme a la normativa, está obligado a abonar esos gastos por lo que la imposición de los mismos al prestatario infringe el artículo 89.3 de la LCU, y debe ser declarada nula la cláusula en cuanto a tal previsión. Así lo ha entendido también el TS en su sentencia de fecha 23 de diciembre de 2.015 a la que ya nos hemos referido. Por otro lado, los gastos que se generen por la emisión de copias es evidente que deberían ser abonados por quien las solicita, de la primera copia con fuerza ejecutiva el banco y de las copias simples que se entreguen al prestatario este último.

La parte demandada sostiene que como el mismo día en que se suscribió el contrato de préstamo hipotecario se elevó a público el contrato de compraventa, ello debe llevarnos a concluir que la intervención del Notario fue promovida y necesitada por el actor-comprador. No se puede estar conforme por lo ya expuesto, es posible que en relación al contrato de compraventa fuera el actor el interesado en elevarlo a escritura pública, o quizás el vendedor, cuestión sobre la que nada se acredita, lo que no puede obviarse es que este contrato es ajeno al de préstamo con garantía hipotecaria y que en relación a los gastos que la intervención notarial generase en relación a la compraventa nada se reclama a la entidad bancaria, que efectivamente no fue parte en aquel. Lo que sí que es evidente es que si el banco quiso suscribir una garantía hipotecaria, para la constitución de esa hipoteca era obligatorio desde el punto de vista legal elevar a escritura pública el contrato e inscribirlo en el registro, y en relación a tal cuestión es evidente el nulo interés del prestatario. Tampoco se ha practicado prueba que ponga de manifiesto que el encargo a la Notaría de elevar el contrato de préstamo fuera llevado a cabo por el actor, pues aún admitiendo que encargase la escritura de compraventa, no por ello debe admitirse automáticamente que también emitiera el encargo respecto del préstamo con garantía hipotecaria, nada se prueba. Ni tampoco sobre a quien correspondió la elección de Notario. Por lo que tal motivo de oposición debe ser desestimado.

Si analizamos la acción de reclamación de cantidad por la que se instan los gastos de Registro procederá estimar la misma, dado que se acredita el abono efectuado a través de la factura aportada como doc. 4 de la demanda. Procederá condenar a la demandada a reintegrarle la suma de 155,20€ por el actor abonada en base a la

cláusula nula en este punto, pues es evidente que de no haber contenido la misma el contrato, el pago lo habría tenido que efectuar la demandada, por lo que el actor tendrá derecho a ser reintegrado en el mismo por el verdadero obligado.

Lo mismo cabe señalar en relación a los gastos notariales, puesto que su abono queda probado con el doc. 5 de la demanda. Indicar tan sólo que cabrá descontar del importe total abonado de 508,75€ la cantidad de 20,434€ que corresponde a la copia simple, pues esta se entrega al prestatario, y por tanto, es lógico que siendo para él proceda a su abono. Por tanto, la demandada deberá reintegrar la suma de 488,32€.

2- gastos de gestión y tasación: Lo expuesto en relación a los gastos notariales y registrales cabe predicar en relación a los gastos de gestoría y tasación, conceptos ambos que van dirigidos o están relacionados con la constitución de la garantía hipotecaria y la tramitación de la misma ante el Notario y su presentación en el Registro, y en cuanto a las gestiones derivadas de la liquidación de los impuestos. No consta que se reclame la nulidad por gestiones vinculadas al contrato de compraventa. En cuanto a la tasación, a quien interesa conocer el valor del bien dado en garantía para con ello conocer si cubre o no el importe del préstamo y el resto de responsabilidades que se puedan generar en caso de incumplimiento, es al banco, por lo que es la entidad quien impone al prestatario el llevar a cabo la tasación del inmueble, servicio accesorio que realmente a quien interesa es al banco. Además tanto la entidad gestora como la tasadora son elegidas por el banco. Por tanto, la imputación de tales gastos al prestatario es igualmente abusivo y nulo conforme al artículo 89.3 del RD 1/07 de 16 de noviembre.

En cuanto a la acción de reclamación de cantidad por estos dos conceptos procederá estimarla dado que se aportan las facturas relativas al pago de tales conceptos como doc. 1 y 2 de la demanda, en las sumas de 207,19€ y 194,88€.

3- impuestos/tributos: Los tributos que gravan la referida operación son el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados regulados en el RD Legislativo 1/93, de 24 de septiembre. En su Título Primero regula las Transmisiones Patrimoniales, se refiere en su artículo 7 al Hecho Imponible, señalando como tal en su artículo 7.1. b) la constitución de derechos reales, préstamos, fianzas, arrendamientos, pensiones y concesiones administrativas.... Por tanto, en principio están sujetos al impuesto de transmisiones patrimoniales tanto el contrato de préstamo como la constitución de un derecho real de garantía hipotecaria. A la hora de regular quien ostenta la condición de sujeto pasivo, en su artículo 8 establece que estará obligado al pago del Impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario, c) En la constitución de derechos reales, aquél a cuyo favor se realice este acto. d) En la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el prestatario, estableciendo en su artículo 15 que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo. Por tanto, si la hipoteca que garantiza un préstamo sólo tributa como contrato de préstamo y en relación al mismo el sujeto pasivo es el prestatario, el único obligado al abono del tributo es el prestatario por lo que no sería nula la cláusula que le impusiera el abono de tal impuesto, pues no dejaría de tratarse de una previsión legal, tal y como lo señala la SAP de Asturias de 27 de marzo de 2.017. El problema es que la cláusula tal y como viene regulada impone al prestatario el abono indiscriminado de todos los

tributos presentes y futuros, y esa redacción genérica e indiscriminada sí que debe considerarse abusiva y nula conforme al artículo 89.3 del RD 1/07 de 16 de noviembre.

Por lo que respecta al impuesto de Actos Jurídicos Documentados señalar que al mismo se refiere el título tercero del RD Legislativa 1/93, de 24 de septiembre que en su artículo 27 sujetan a gravamen: a) Los documentos notariales, señalando el artículo 28, en cuanto al hecho imponible, que están sujetas las escrituras, actas y testimonios notariales, estableciendo en cuanto al sujeto pasivo el artículo 29 que se considerará como tal el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquéllos en cuyo interés se expidan. El gravamen por AJD tiene como hecho imponible la formalización notarial de las operaciones y no los contratos u operaciones que los mismos puedan reflejar (STS de 15 de junio de 2.002). La sujeción a AJD trae causa no de la celebración del préstamo sino de la constitución de la hipoteca que lo garantiza, que obliga a su documentación mediante escritura pública y a su inscripción en el Registro de la Propiedad (STS de 25 de abril de 2.013).

En principio y conforme a lo ya expuesto nos llevaría a pensar que quien debería abonar el tributo es el banco en cuanto interesado y solicitante del otorgamiento de la escritura pública y de la entrega de copias, una de ella con fuerza ejecutiva. Pero lo cierto es que se debe tener en cuenta también el contenido del Reglamento del Impuesto de Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados, RD 828/95, de 29 de Mayo, que en su título tercero regula los Actos Jurídicos Documentados, disponiendo en su artículo 66 que se sujetan a gravamen, en los términos que se previenen en los artículos siguientes: a) Los documentos notariales. Estos aparecen regulados en el Capítulo Segundo, el cual señala en cuanto al hecho imponible, en el artículo 67, que están sujetas las escrituras, actas y testimonios notariales, y en su artículo 68, respecto del sujeto pasivo o contribuyente, que lo será el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales o aquéllos en cuyo interés se expidan, aclarando que cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario. Por tanto, el tenor literal es claro y no da lugar a interpretaciones, será el prestatario a quien corresponde el abono del impuesto de AJD, al menos en lo que respecta a la constitución del préstamo con garantía por medio de acta notarial. Así lo ha venido entendiendo también la Sala tercera del TS en sus sentencias de fecha 31 de octubre de 2006, 20 de enero de 2.004, 9 de febrero de 2.015 al declarar que el sujeto pasivo de dicho Impuesto es el deudor hipotecario.

En todo caso el contenido de la STS de 23 de diciembre de 2.015 que señala que la redacción genérica e imprecisa que impone todos los tributos de forma indiscriminada al prestatario se debe calificar como contraria al artículo 89.3 del RD 1/07 de 16 de noviembre y por tanto nula por abusiva.

4- costas y honorarios de abogado y procurador: Sobre esta cuestión el pronunciamiento contenido en la STS de 23 de diciembre de 2015, es claro al establecer que: “los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en los artículos 394 y 398 LEC, para los procesos declarativos, y en los artículos 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 (artículo 559.2 LEC), o cuando se estime algún motivo de oposición respecto del fondo (artículo 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 artículo 86 TRLCU y artículo 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.”

En el mismo sentido, recogiendo literalmente esta resolución, se pronuncia la SAP de Pontevedra en su sentencia de 28 de marzo de 2017. Por tanto, es evidente que la cláusula que imputa al prestatario todas los gastos que se generen por costas procesales o extraprocesales y de honorarios de abogado y procurador, infringen la normativa de orden público expuesta por lo que deberá considerarse abusiva la cláusula y declarar su nulidad también en este punto.

QUINTO. El efecto de esa declaración de abusividad también ha sido analizado por la jurisprudencia del TJUE que señala en su reciente auto de 17 de marzo de 2016 que “por lo que respecta a las consecuencias que deban extraerse en caso de que el juez considere abusivas cláusulas contractuales como las que constituyen el objeto del litigio principal, debe señalarse que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 impone expresamente a los Estados miembros la obligación de establecer que tales cláusulas «no vincularán al consumidor».

El Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de interpretar la citada disposición en el sentido de que incumbe a los tribunales nacionales que aprecien el carácter abusivo de las cláusulas contractuales deducir todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se derivan de ello, a fin de evitar que estas cláusulas vinculen al consumidor. En efecto, se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (sentencia Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 63).

Habida cuenta de la redacción de la segunda parte de la frase del citado artículo 6, apartado 1, según la cual el contrato celebrado entre el profesional y el consumidor seguirá siendo obligatorio para las partes «en los mismos términos», si puede subsistir «sin las cláusulas abusivas», el Tribunal de Justicia consideró que esta disposición no puede entenderse en el sentido de que permite al juez nacional, en el supuesto de que éste constatare la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, modificar el contenido de la misma (sentencia Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 71).

En consecuencia, los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, en su caso procediendo a su anulación, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor (sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65, y Unicaja



Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:2015:21, apartados 28 y 41).

Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización (sentencia Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:2015:21, apartado 33)”.’

Por tanto, la declaración de nulidad de la cláusula quinta en todo lo que corresponde a la atribución genérica e indiscriminada del pago de los gastos de constitución, modificación, tramitación y cancelación de la escritura de préstamo hipotecario, así como la atribución de los gastos que se generen a la entidad en situación de impago, incluidos gastos y costas y honorarios de los profesionales, conllevará que se deba tener por no puesta en los términos solicitados dada su generalidad en la imposición del pago de los mismos.

SEXTO. En materia de intereses serán aplicables los artículos 1.101 y 1.108 del Código Civil por lo que la citada cantidad devengará el interés legal del dinero desde la fecha de la interpelación judicial, momento en que la demandada tuvo conocimiento de los importes exactos que le eran reclamados y hasta la presente resolución y desde la misma y hasta el completo pago los intereses procesales del artículo 576 de la LEC.

SÉPTIMO. Dada la estimación parcial de la demanda de conformidad con el artículo 394 de la LEC no procederá hacer expreso pronunciamiento en costas.

Vistos los preceptos legales y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DIPOSITIVA

Estimar parcialmente la demanda presentada por la procuradora Dña. Ana M^a Álvarez Murias en nombre y representación de
y declarar:

1º-La nulidad parcial por abusiva de la cláusula quinta del contrato en cuanto a la atribución de forma indiscriminada de todos los gastos derivados de los gastos de constitución, modificación, tramitación y cancelación de la escritura de préstamo hipotecario, notariales, registrales, de gestoría y de tasación, así como la atribución de los gastos que se generen a la entidad en situación de impago, incluidos gastos y costas y honorarios de los profesionales.

2º-Condernar a Liberbank S.A al pago de la suma de mil cuarenta y cinco euros con cincuenta y nueve céntimos de euro (1.045,59€), los intereses en los términos expuestos en el fundamento de derecho sexto de la presente resolución.



3º-No procederá hacer expreso pronunciamiento en costas.

En aplicación de lo dispuesto por el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, notifíquese esta sentencia a las partes y hágaseles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN ante la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria que, en su caso, se habrá de interponer por escrito con firma de abogado y dentro del plazo de VEINTE días contados desde el día siguiente a su notificación, tramitándose de conformidad con lo dispuesto en los artículos 455 y concordantes de la Ley de enjuiciamiento civil 1/2000, de 7 de enero.

DEPÓSITO PARA RECURRIR: Conforme establece la ley 1/09 de 3 de noviembre por la que se modifica la LOPJ 1/85 de 1 de julio y se añade la disposición adicional 15ª para la interposición del referido recurso de apelación la parte recurrente deberá constituir un depósito de 50€.

Líbrese testimonio de la presente sentencia que se unirá a los presentes autos, quedando el original en el libro de sentencias de este Juzgado.

Así por esta sentencia, lo acuerdo, mando y firmo.

PUBLICACIÓN. Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por la Sra. Magistrada-Juez que la dictó, habiéndose celebrando en Audiencia Pública en el día de su pronunciamiento, de lo que yo el Secretario, doy fe.