



AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 CACERES

SENTENCIA: 00404/2017

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CACERES. SECCION PRIMERA.

Modelo: N10250
AVD. DE LA HISPANIDAD S/N

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Tfno.: 927620309 Fax: 927620315

Equipo/usuario: MTG

N.I.G. 10037 41 1 2017 0000156

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000457 /2017

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.4 de CACERES

Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000017 /2017

Recurrente: LIBERBANK SA

Procurador: MARIA DE LOS ANGELES CHAMIZO GARCIA

Abogado: ALEJANDRA SEVARES CARAS

Recurrido:

Procurador: CRISTINA BRAVO DIAZ, CRISTINA BRAVO DIAZ

Abogado: IVAN CALDERA RODRIGUEZ, IVAN CALDERA RODRIGUEZ

SENTENCIA NÚM.- 404/2017

Ilmos. Sres. =

PRESIDENTE: =

DON JUAN FRANCISCO BOTE SAAVEDRA =

MAGISTRADOS: =

DON ANTONIO MARÍA GONZÁLEZ FLORIANO =

DON LUIS AURELIO SANZ ACOSTA =

_____ =

Rollo de Apelación núm.- 457/2017 =

Autos núm.- 17/2017 =

Juzgado de 1ª Instancia núm.- 4 de Cáceres =

=====/
=====

En la Ciudad de Cáceres a trece de Septiembre de dos mil diecisiete.

Habiendo visto ante esta Audiencia Provincial de Cáceres el Rollo de apelación al principio referenciado, dimanante de los autos de Juicio Ordinario núm.- 17/2017, del Juzgado de 1ª Instancia núm.- 4 de Cáceres siendo parte apelante, el demandado **LIBERBANK. S.A.**, representado en la instancia y en esta alzada por la Procuradora de los Tribunales Sra. **Chamizo García**, y defendido por la Letrada Sra. **Sevares Caras**, y como parte apelada, los demandantes, **DON**

y DOÑA representados en la instancia y en la presente alzada por la Procuradora de los Tribunales Sra. **Bravo Díaz**, y defendidos por el Letrado Sr. **Caldera Rodríguez**.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm.- 4 de Cáceres, en los Autos núm.- 17/2017, con fecha 25 de Abril de 2017, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

“ FALLO: Que, estimando íntegramente la demanda interpuesta por el procurador DOÑA CRISTINA BRAVO DIAZ, en nombre y representación de D. **Y DOÑA** , contra **LIBERBANK S.A.**, debo **DECLARAR Y DECLARO LA NULIDAD** de la cláusula la cláusula QUINTA de la escritura otorgada en fecha 22 de febrero del 2015, en relativo a la obligación del prestatario de pagar los gastos de notario, registro, e impuestos de actos jurídicos documentados, **CONDENANDO** a la entidad demandada a reintegrar a la actora la cantidad de 3.850,12 euros, más los intereses legales devengados desde la fecha de su pago por el prestatario, y los que se devenguen conforme a lo dispuesto en el artículo 576 del CC, y todo ello con expresa imposición de costas a la demandada...”

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución y por la representación de la parte demandada, se interpuso en tiempo en forma recurso de apelación, se tuvo por interpuesto y de, conformidad con lo establecido en el art. 461 de la L.E.C., se emplazó a las demás partes personadas para que en el plazo de diez días presentaran ante el Juzgado escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable.

TERCERO.- La representación procesal de la parte demandante presentó escrito de oposición al recurso de apelación interpuesto de contrario. Seguidamente se remitieron los Autos originales a la Audiencia Provincial de Cáceres, previo emplazamiento de las partes por término de diez días.

CUARTO.- Recibidos los autos, registrados en el Servicio Común de Registro y Reparto, pasaron al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento, que procedió a incoar el correspondiente Rollo de Apelación, y, previos los trámites legales correspondientes, se recibieron en esta Sección Primera de la Audiencia Provincial, turnándose de ponencia; y no habiéndose propuesto prueba por ninguna de ellas, ni considerando este Tribunal necesaria la celebración de vista, se señaló para la DELIBERACIÓN Y FALLO el día **12 de Septiembre de 2017**, quedando los autos para dictar sentencia en el plazo que determina el art. 465 de la L.E.C.

QUINTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

Vistos y siendo Ponente el Ilmo. Sr. Presidente **DON JUAN FRANCISCO BOTE SAAVEDRA.**

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En el escrito inicial del procedimiento se promovió acción de nulidad de la cláusula de imputación de todos los gastos de la constitución del préstamo hipotecario al prestatario, incorporada en escritura pública de formalización de dicho préstamo, acumulando la acción de condena de la entidad bancaria a reintegrar al prestatario la totalidad de los gastos abonados indebidamente en aplicación de referida cláusula; pretensión que fue estimada en la sentencia de instancia, y disconforme la parte demandada, se alza el recurso de apelación alegando en síntesis, los siguientes motivos:

1º) Impugnación sobre la declaración de cláusula abusiva y falta de información.

Que se debe partir de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 05/04/1993, sobre Protección del consumidor y cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en la que se fijan con carácter imperativo las circunstancias básicas que han de ser tenidas en cuenta y debidamente valoradas a la hora de establecer la posible abusividad de una cláusula, y dentro de ellas, destacamos el art. 3.1.: 1ª. Que cause en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.

Que para determinar si se ha producido o no un desequilibrio importante y, por tanto, la cláusula contractual puede resultar abusiva, han de ser consideradas dos circunstancias: (i) una lesión grave de la situación jurídica del consumidor y (ii) las normas aplicables del derecho nacional, teniendo en cuenta la naturaleza del bien o del servicio que sea objeto del contrato, considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración de ese contrato, así como todas las demás cláusulas de éste. De acuerdo con ello, el pacto con un consumidor por el que éste asume la obligación de pago de los gastos por la que se le concede un préstamo que le permite adquirir su vivienda no afecta gravemente a su situación

jurídica y no vulnera las disposiciones nacionales aplicables sobre la obligación de pago.

Que en este caso, el prestatario demandante, licenciado en Derecho, quien fuera Director Técnico de Caja Extremadura Operador Vinculado, era, al momento de la firma del préstamo hipotecario -27 de febrero de 2015- empleado de Liberbank, Servicios Auxiliares de Banca Seguros, una empresa participada de Liberbank, lo que efectivamente se recoge en sus datos personales de la Escritura; Cuatro meses después de la firma del préstamo hipotecario, el 12 de junio de 2015, dedujo demanda por resolución del contrato que fue resuelto por acuerdo extintivo de contrato de fecha 17 de septiembre de 2015. Solo meses después, presenta ahora nueva demanda contra Liberbank.

Igualmente, de máxima relevancia señalar que la firma del préstamo hipotecario ha venido precedida al número de protocolo 301, de la Escritura de Compraventa de la misma fecha, 27 de febrero de 2015 ante el mismo Notario, y que, como documento nº 2 hemos igualmente aportado en nuestra contestación, lo que viene a acreditar, que la operación de préstamo vino condicionada por el Notario que el prestatario requirió para firmar previamente una operación de compraventa, en la que, como es lógico, Liberbank, no intervenía. Es fundamental este dato, pues del mismo se desprende que el banco ha acudido a la Notaría que el comprador y prestatario requirió para firmar, en primer término, la compraventa del inmueble.

Además, diez días antes de la firma, la gestora recogió de la prestataria la firma de la provisión de fondos que ésta efectuó en su cuenta bancaria para el encargo de tramitación tanto de la escritura de compraventa como de la de préstamo hipotecario. Lo que viene a acreditar que el encargo para la tramitación de Notaría, Registro e Impuestos lo realizó el propio comprador prestatario ahora demandante, antes de la firma de la escritura cuya nulidad de la cláusula sobre dichos gastos ahora insta; provisión.

En referido documento, la prestataria se reconoce como cliente, que acepta y da su conformidad con la firma a la tramitación por la gestora de ambas escrituras – compraventa y préstamo-, e igualmente autorizan a ésta, como obligados tributarios, a presentar y pagar por vía telemática las declaraciones tributarias correspondientes a los impuestos que graven a aquéllos; E igualmente asumen que sus datos personales quedan vinculados a un fichero responsabilidad de la gestora, a los efectos de gestionar la relación comercial que les vincula.

Que entre la información precontractual facilitada, el hecho de ser empleado de la entidad, de haber elegido previamente al Notario donde se celebró la compraventa previa, y que además encargó y provisionó con antelación, no sólo el préstamo, sino, a su vez, los gastos derivados de la compraventa a la misma gestora, cabría considerar que conocía perfectamente lo que asumía económica y jurídicamente al hacerse responsable de los gastos cuyo pacto ahora reclama como nulo.

2º) Impugnación de la declaración de nulidad parcial de la cláusula respecto a tres determinados conceptos de Notaría, Registro e Impuestos. En la sentencia de instancia se declara la nulidad de la cláusula quinta en lo referente a la imputación de tres conceptos de gastos al prestatario, y, por el contrario, sustenta dicha nulidad en el estudio de la cláusula en abstracto de la Sentencia del T.S. de 23 de diciembre de 2015.

Que el primer motivo de impugnación se basa en que la nulidad declarada por la Juzgadora no se refiere a la cláusula en abstracto, sino en lo que se refiere a tres conceptos de gasto. Pero, además existe un segundo motivo de impugnación al respecto de la analogía que refiere la Juzgadora en sendas cláusulas sobre gastos. Así, al contrario de la cláusula genérica objeto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, en este caso concreto, la cláusula no efectúa una imputación generalizada de todos los gastos que se originen por su otorgamiento, sino que especifica y concreta punto por punto los gastos que a ella le son imputables. En todo caso, una cosa es el control abstracto desde la perspectiva de

su posible nulidad como condición general de la contratación, que es lo que el Tribunal Supremo ha tenido como objeto de examen, y otra cosa es la propia cláusula con su información precontractual, su contexto y sus circunstancias.

Igualmente, una cosa sería la nulidad de la cláusula en abstracto, por su redacción, generalidad, etc., y otra cosa, que se pueda entrar, con base en la acción de reclamación planteada, en el examen de los tres conceptos controvertidos. En definitiva, la Juzgadora relaciona ambas cuestiones hasta el punto de declarar la nulidad de la cláusula en lo que se refiere a esos tres referidos conceptos de gasto, motivo de impugnación.

3º) Que la redacción dada por la cláusula quinta es la siguiente: “ GASTOS A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA. Serán de cuenta de la parte prestataria todos los gastos futuros o pendientes de pago siguientes: a) gastos de tasación y comprobación registral del inmueble hipotecado realizados con carácter previo a esta escritura, b) aranceles notariales y registrales relativos a la constitución (incluidos los de la expedición de la primera copia de la presente escritura para la Entidad, y en su caso los derivados de los documentos acreditativos de las disposiciones), modificación o cancelación de la hipoteca, incluidas las comisiones y gastos derivados del otorgamiento de la carta de pago, c) impuestos de esta operación, con independencia de quien sea el sujeto pasivo, d) gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos”

Pues bien, a este respecto, es una norma imperativa de derecho positivo la que establece que el único impuesto que grava una operación de préstamo hipotecario es el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, y que en concreto, el artículo 68 del Reglamento del Impuesto ITPAJD determina con absoluta claridad que el sujeto pasivo del Impuesto es el prestatario. Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan. Cuando se trate de

escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario.

Tratándose de una norma nacional de carácter imperativo, resultaría de aplicación al caso el artículo 1.2 de la Directiva 93/13, que dispone que las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas (...) no estén sometidas a las disposiciones de la presente Directiva.

Es evidente que en el caso del impuesto devengado no hay ningún pago indebido por el prestatario ya que él es precisamente el único sujeto pasivo de ese impuesto y, en consecuencia, la declaración de nulidad de dicha cláusula nunca podría suponer la restitución de cantidades al sujeto pasivo al no haberse producido un pago indebido. El prestatario abonó los impuestos que la ley, y no sólo el contrato, le imponía abonar.

Por ello, resultaría superflua la declaración de nulidad pretendida, pues la consecuencia de ésta sería la expulsión de la cláusula del contrato, con la consecuencia de que el tributo ha de soportarlo quien viene obligado a su pago, sin previsión de repercusión en un tercero.

Respecto a los Aranceles Notariales.

La obligación de pago de los aranceles notariales (norma 6ª, Anexo II, RD 1426/89) corresponde a los que hubieren requerido la prestación o los servicios del Notario y, en su defecto, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales. La sentencia de instancia aduce en su fundamento de derecho cuarto que en la generalidad de los casos quien gestiona la formalización del contrato y solicita la intervención del fedatario público es la entidad financiera, que también es la persona jurídica a favor de la que se inscribe el mismo; Y por tanto, llega a la conclusión de que, siendo así, la estipulación ocasiona un desequilibrio.

Pues bien, estima que en este caso concreto ha sido el demandante, en su calidad de comprador en primera instancia, quien requirió los servicios del Notario D. Ignacio Ferrer Cazorla, como así refiere el apartado de título dentro de descripción de la finca hipotecada, de la escritura de préstamo: 2º Con carácter subsidiario señala la norma reglamentaria citada que, en su caso, la obligación de pago corresponderá a los interesados según las normas sustantivas y fiscales.

Por tanto, con dicho carácter subsidiario, añade que, desde el punto de vista sustantivo entiende que el principal interesado no es el prestamista, sino el prestatario, para quien la operación le supone la adquisición de su vivienda habitual. Sin embargo, para el prestamista, que obviamente también tiene interés en la operación, no implica un hecho tan relevante, tratándose de una operación propia de su actividad mercantil, y teniendo en cuenta además que la garantía hipotecaria, como único argumento a favor del interés de la entidad financiera, es accesoria del préstamo, hasta tal punto que no puede concebirse sin éste, razón por la que entendemos no se puede imputar a la entidad como interesada. Desde el punto de vista fiscal es igualmente el prestatario el principal interesado, puesto que también resulta ser el sujeto pasivo del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

La Juzgadora se refiere a la primera copia de la escritura para el prestamista, pero ninguna prueba se ha practicado sobre la expedición de esa concreta primera copia. En todo caso, el artículo 89.3.3º TRLGCU establece que son abusivas las cláusulas que imponen al consumidor hacerse cargo de los “ gastos de documentación y tramitación que por ley corresponden al empresario” . Y al no existir norma alguna que imponga a la entidad prestamista la obligación de pago de aranceles notariales por la expedición de copias de escrituras, se evidencia que la cláusula no infringe el citado precepto. Por otra parte, la norma que expresamente regula esta situación en los supuestos de compraventa (cabe recordar que la sentencia del Tribunal Supremo de 23/12/2015 llega a considerar la financiación como una fase de la compraventa de viviendas), es decir, el artículo 1455 del Código Civil, establece que los gastos de la primera copia de la escritura serán de cuenta del comprador, admitiéndose expresamente el pacto en contrario.

En definitiva, el motivo de impugnación se basa en que no existe falta de prueba de quien ha solicitado los servicios notariales en este caso, existiendo un negocio jurídico previo como la compraventa, deduciéndose que el Notario interviniente en el préstamo viene condicionado, elegido y determinado por el previo contrato de compraventa y por las partes que en él intervienen. Por ello, insiste en que el primero de los criterios a seguir para determinar el obligado al pago de los aranceles notariales no es el de quiénes sean los interesados, sino el de quién requiere los servicios del Notario.

Respecto a los Aranceles Registrales dice que, al igual que los aranceles notariales, los derechos del Registrador correspondería abonarlos igualmente y por las mismas razones a la parte prestataria, quien tanto sustantiva como fiscalmente es el principal interesado en la operación considerada en su conjunto, y a quien la asunción de este gasto mediante pacto expreso no le afecta gravemente su situación jurídica ni vulnera las disposiciones nacionales aplicables sobre la obligación de pago de los aranceles registrales.

Por otra parte, el hecho de que las facturas expedidas por Notario y Registrador lo sean a cargo de la parte prestataria representa un dato significativo de a quién consideran dichos profesionales que le prestan el servicio correspondiente, lo cual no queda a su mera voluntad.

El Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación (RD 1619/2012), dispone en su artículo 6 (contenido de la factura), lo siguiente:

1. Toda factura y sus copias contendrán los datos o requisitos que se citan a continuación, sin perjuicio de los que puedan resultar obligatorios a otros efectos y de la posibilidad de incluir cualesquiera otras menciones: c) Nombre y apellidos, razón o denominación social completa, tanto del obligado a expedir factura como del destinatario de las operaciones. d) Número de Identificación Fiscal atribuido por la Administración tributaria española o, en su caso, por la de otro Estado miembro de la Unión Europea, con el que ha realizado la operación el obligado a expedir la factura.

e) Domicilio, tanto del obligado a expedir factura como del destinatario de las operaciones.

Por su parte, el artículo 88 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido establece que “ Los sujetos pasivos deberán repercutir íntegramente el importe del impuesto sobre aquél para quien se realice la operación gravada, quedando éste obligado a soportarlo siempre que la repercusión se ajuste a lo dispuesto en esta Ley (...)” . La normativa fiscal recoge con carácter imperativo que los servicios prestados han de ser facturados obligatoriamente a cargo del destinatario de la operación.

En cumplimiento de la normativa y jurisprudencia reseñadas, el Notario y el Registrador del caso han expedido sus facturas a cargo del prestatario, dato inequívoco de que es a quien consideran destinatario de la operación y a quien han prestado el servicio, siendo el obligado a su pago.

Respecto a los efectos de la nulidad, como señala la sentencia en este concreto aspecto en relación con el pago de impuestos, resultaría superflua la declaración de nulidad pretendida, pues la consecuencia de ésta sería la expulsión de la cláusula del contrato, con la consecuencia de que el tributo ha de soportarlo quien viene obligado a su pago, sin previsión de repercusión en un tercero.

En todo caso, la declaración de nulidad y correlativa expulsión de la estipulación nula del contrato no significa atribuir necesariamente al predisponente el pago de los concretos gastos reclamados en el litigio, pues ello dependerá bien de la exigencia de una norma imperativa, bien de norma que regula el concreto gasto en que el acreedor es un tercero ajeno al contrato, o bien del concreto pacto contractual concertado con pleno conocimiento de sus consecuencias, como producto de la negociación individual.

4º) Respecto a la condena en costas, entiende que no ha sido estimada totalmente la demanda, a la vista de que el fallo de la Sentencia tan sólo declara la

nulidad de la cláusula quinta respecto a tres determinados conceptos, que son los que igualmente condena a su pago, siendo lo cierto, que la demanda planteaba la nulidad de la cláusula en su generalidad y por todos los conceptos.

La Sentencia de Instancia declara en su fallo la nulidad de la cláusula, no en los estrictos términos en los que se suplicaba en la demanda, sino sólo, como dice en su fallo, “ en lo relativo a la obligación del prestatario de pagar los gastos de notario, registro e impuesto de actos jurídicos documentados” .

En este sentido entiende que la estimación no es total, por cuanto la demanda se plantea, como refiere el punto 1 del Suplico, con la declaración de nulidad de la cláusula por la imputación de TODOS los gastos que en ella se recogen a cargo del prestatario. Por el contrario, el fallo de la Sentencia declara la nulidad de la cláusula en cuanto a la imputación de tres conceptos concretos: notaría, registro e impuesto, diferencia igualmente importante a efectos de nuestra impugnación de condena en costas.

Por todo ello, solicita la revocación de la sentencia de instancia y la desestimación de la demanda.

A dicho recurso se opuso la parte contraria, solicitando la confirmación de la sentencia.

SEGUNDO.- Centrados los términos del recurso, para la adecuada resolución del mismo es necesario, antes de examinar los concretos motivos, partir de los siguientes antecedentes fácticos que resultan de las pruebas practicadas, esencialmente la prueba documental consistente en la escritura pública de préstamo hipotecario.

Consta al efecto, que en fecha 27 de febrero de 2.015, los actores y LIBERBANK, concertaron contrato de préstamo hipotecario para la adquisición de

vivienda habitual, cuya cláusula quinta es del siguiente tenor literal: “ GASTOS A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA. Serán de cuenta de la parte prestataria todos los gastos futuros o pendientes de pago siguientes: a) gastos de tasación y comprobación registral del inmueble hipotecado realizados con carácter previo a esta escritura, b) aranceles notariales y registrales relativos a la constitución (incluidos los de la expedición de la primera copia de la presente escritura para la Entidad, y en su caso los derivados de los documentos acreditativos de las disposiciones), modificación o cancelación de la hipoteca, incluidas las comisiones y gastos derivados del otorgamiento de la carta de pago, c) impuestos de esta operación, con independencia de quien sea el sujeto pasivo, d) gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos. e) Los derivados de la conservación y seguro de daños del inmueble hipotecado; f) Los derivados del seguro de vida de la parte prestataria, caso de que se exija; g) Gastos de correo, h) cualquier otro gasto que corresponda a la efectiva prestación de un servicio relacionado con el préstamo, que no sea inherente a la actividad de la Entidad dirigida a la concesión o administración del préstamo” .

En el suplico de la demanda se solicita que se declare nula la cláusula de imputación de gastos al prestatario inserta en la estipulación quinta de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 22 de febrero del 2015, a cuyo tenor, se impone al prestatario la obligación de hacer frente a todos los gastos derivados del otorgamiento, formalización, inscripción y acciones que tengan que ver con el mismo.

Como en aplicación de dicha cláusula, que reputa nula, los actores abonaron la cantidad de 3.850 euros, por gastos de Notaría, Registro de la Propiedad e Impuestos, solicitan el reintegro de la misma, más intereses legales y cuantos otros gastos se hayan cargado a los prestatarios en aplicación de dicha cláusula con posterioridad a la demanda.

El fallo de la sentencia estima íntegramente la demanda y declara la nulidad de la cláusula quinta de la escritura otorgada en fecha 22 de febrero del 2015, en relativo a la obligación del prestatario de pagar los gastos de notario, registro, e impuestos de actos jurídicos documentados, condenando a la entidad demandada a reintegrar a la actora la cantidad de 3.850,12 euros, más los intereses legales devengados desde la fecha de su pago por el prestatario, y los que se devenguen conforme a lo dispuesto en el artículo 576 del CC, y todo ello con expresa imposición de costas a la demandada.

TERCERO.- Sentado lo anterior, respecto al tratamiento jurisprudencial sobre las cláusulas abusivas, la sentencia de 21 de diciembre de 2016 del TJCE, dictada sobre las denominadas cláusulas suelo, dice que “ Dada la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, y tal como se desprende del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con su vigésimo cuarto considerando, esta Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores» (sentencia de 30 de abril de 2014). Para lograr tal fin, incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultado para modificar el contenido de la misma (sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito).

En este contexto, por una parte, el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que exista entre el consumidor y el profesional, desde el momento en que disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto.

En efecto, la plena eficacia de la protección conferida por la Directiva 93/13 exige que el juez nacional que haya apreciado de oficio el carácter abusivo de una cláusula pueda deducir todas las consecuencias de esa apreciación, sin esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula (sentencia de 30 de mayo de 2013). Por otra parte, al juez nacional no debe atribuírsele la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que 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. De lo anterior se deduce que 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” .

CUARTO.- Respecto a la cláusula sobre el abono de los gastos generados por la contratación de un préstamo hipotecario, que es el aquí planteado, debemos traer a colación la STS de 23 de diciembre de 2.015, que resuelve sobre la nulidad de una cláusula similar a la que aquí nos ocupa, que atribuye al prestatario todos los gastos causados por la constitución de un préstamo hipotecario.

Dice el TS que “ resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato,

supliendo y en ocasiones [como veremos] contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto” .

“ El Art. 89.3 TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto "La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables"(numero 2), 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), 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)” .

“ 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” .

“ 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” .

QUINTO.- Aplicando la anterior doctrina jurisprudencial al caso concreto, y con ello damos respuesta a los tres motivos del recurso sobre el fondo del asunto, es evidente la abusividad de la cláusula quinta incluida en la escritura pública de fecha 27 de febrero de 2.015, suscrita entre los actores y LIBERBANK, por la que concertaron contrato de préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda habitual, y ello desde el momento que supone la repercusión en el prestatario-consumidor, sin distinción alguna, del pago de todos los gastos y de todos los tributos de la operación convenida con la Entidad Financiera, incluidos aquellos que, por su naturaleza, serían a cargo del empresario o de los que éste fuese el sujeto pasivo. Ello constituye una clara infracción del Art. 89.3 letras "c" y "a" del TRLGDCU, siendo irrelevante a estos efectos, que uno de los prestatarios fuera empleado de la propia entidad financiera o licenciado en Derecho, porque en la

contratación del préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda habitual, ambos prestatarios intervinieron como meros consumidores.

Según la jurisprudencia citada, la sentencia recurrida es ajustada a Derecho cuando declara la nulidad de la cláusula quinta, sin que sean atendibles las alegaciones del recurso de apelación que relacionan determinados gastos que deben ser a cargo del prestatario en virtud de las disposiciones que cita, porque tal atribución legal no queda alterada por la nulidad del pacto. Se trata de mantener la imputación de gastos que corresponda por normativa, considerando abusivo que el empresario traslade o repercuta la totalidad de los gastos sin distinción alguna entre los que le incumben a él y los que correspondan al prestatario.

La STS de 23 de diciembre de 2.015, analiza por separado los tres conceptos a que se refiere el recurso de gastos de Notaría, Registro de la Propiedad y Actos Jurídicos Documentados, declarando que la atribución de todos ellos al prestatario es nula, por las razones examinadas a las que nos remitimos.

Es más, en cuanto a los impuestos, que es sin duda la cuestión más discutida, en este caso no es preciso entrar en dicha polémica, toda vez que, la cláusula cuestionada desplaza en su conjunto la totalidad de los impuestos, habidos y por haber, al prestatario cuando le atribuye todos “ los impuestos de esta operación, con independencia de quien sea el sujeto pasivo” , y ello es obvio que no guarda equilibrio, además de ser abusivo.

Incluso aunque se estime que el impuesto derivado de la constitución del préstamo hipotecario incumbe únicamente al prestatario, no es esto lo que afirma la cláusula cuestionada, que le atribuye toda la carga impositiva derivada del conjunto de la operación y su cancelación.

El motivo se desestima.

SEXTO.- En el segundo motivo, la recurrente impugna la declaración de nulidad parcial de la cláusula respecto a tres determinados conceptos de Notaría, Registro e Impuestos, pues entiende que la nulidad declarada por la Juzgadora no se refiere a la cláusula en abstracto, sino en lo que se refiere a tres conceptos de gasto. Que al contrario de la cláusula genérica objeto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, en este caso concreto, reitera que la cláusula no efectúa una imputación generalizada de todos los gastos que se originen por su otorgamiento, sino que especifica y concreta punto por punto los gastos que a ella le son imputables. Que una cosa es el control abstracto desde la perspectiva de su posible nulidad como condición general de la contratación, que es lo que el Tribunal Supremo ha tenido como objeto de examen, y otra cosa es la propia cláusula con su información precontractual, su contexto y sus circunstancias. Igualmente, señala que una cosa sería la nulidad de la cláusula en abstracto, por su redacción, generalidad, etc., y otra cosa, que se pueda entrar, con base en la acción de reclamación planteada, en el examen de los tres conceptos controvertidos.

Pues bien, sobre el particular la entidad financiera hace una lectura sesgada y que no se corresponde con la realidad, toda vez que, como hemos visto, en el suplico de la demanda se solicita que se declare nula la cláusula de imputación de gastos al prestatario inserta en la estipulación quinta en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 22 de febrero del 2015, a cuyo tenor, se impone al prestatario la obligación de hacer frente a todos los gastos derivados del otorgamiento, formalización, inscripción y acciones que tengan que ver con el mismo. Así mismo, le imputa el abono de todos los impuestos de esta operación, con independencia de quien sea el sujeto pasivo.

Es evidente que la pretensión principal de los actores es la nulidad de la totalidad de la cláusula quinta incorporada en la escritura de préstamo hipotecario, y ello porque, impone al prestatario la obligación de hacer frente a todos los gastos derivados del otorgamiento, formalización, inscripción y acciones que tengan que ver con el mismo, así como el abono de todos los impuestos, incluidos los que

correspondan a la entidad financiera. En modo alguno solicitan la nulidad parcial de dicha cláusula, sino la nulidad total, general y abstracta de la misma.

Otra cosa es que, como en aplicación de dicha cláusula, que consideran nula y así se ha declarado, los actores abonaron la cantidad de 3.850 euros, por gastos de Notaría, Registro de la Propiedad e Impuestos, acumulan una acción de condena para obtener el reintegro de la misma, más intereses legales y cuantos otros gastos se hayan cargado a los prestatarios en aplicación de dicha cláusula con posterioridad a la demanda.

Ciertamente, reclaman las cantidades abonadas por esos tres conceptos, porque fueron los únicos gastos abonados indebidamente en aplicación de la cláusula declarada nula, pues es obvio que no van a reclamar por otros conceptos, incluidos en la misma cláusula, si no han abonado cantidad alguna por ellos.

El congruencia con lo solicitado, el fallo de la sentencia estima íntegramente la demanda y declara la nulidad de la cláusula quinta de la escritura otorgada en fecha 22 de febrero del 2015, tal y como se pide en la demanda, y que como hemos dicho, constituye la pretensión principal.

Es cierto que la redacción posterior puede no ser la más precisa y acertada, y que pudiera generar alguna confusión, al añadir la frase “ en relativo a la obligación del prestatario de pagar los gastos de notario, registro, e impuestos de actos jurídicos documentados” . Sin embargo, integrando el fallo con los fundamentos jurídicos de la sentencia, es obvio que el mismo estima íntegramente la demanda y declara la nulidad de la cláusula quinta de la escritura otorgada en fecha 22 de febrero del 2015, no una nulidad parcial y, como efectos jurídicos derivados de dicha nulidad en aplicación del Art. 1.303 CC, condena al pago de la cantidad de 3.850,12 euros, más los intereses legales, porque esa fue la cantidad abonada por los prestatarios al amparo de una cláusula declarada nula.

Es reiterada la jurisprudencia del TJCE según la cual, la nulidad de una cláusula por abusiva, como la que aquí nos ocupa, debe ser expulsada del contrato con efectos restitutorios de lo que se hubiera hecho en aplicación de la misma, pura y simplemente.

Así, tal y como señala la STJUE de 21 de diciembre de 2016, antes citada, una vez declarada abusiva una cláusula, no puede tener efectos frente al consumidor, y debe restablecerse la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula; esto es, el consumidor tiene derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por la entidad financiera en detrimento suyo en virtud de la cláusula abusiva y por ende, nula.

Reiteramos, se trata de una cláusula genérica que impone al prestatario el pago de todos los gastos e impuestos, sin distinguir el sujeto pasivo de cada uno de los distintos conceptos. Por lo tanto, la atribución exclusiva a la parte prestataria de todos los gastos y tributos contenida en la cláusula quinta es nula en su integridad, como hemos dicho anteriormente.

SEPTIMO.- En último lugar, impugna el pronunciamiento respecto a la condena en costas, al entender que la demanda no ha sido estimada en su integridad pues tan sólo declara la nulidad de la cláusula quinta respecto a tres determinados conceptos, admitiendo que la demanda planteaba la nulidad de la cláusula en su generalidad y por todos los conceptos.

Sobre este extremo, nos remitimos a lo dicho anteriormente, pues ya hemos visto, que el fallo de la sentencia estima íntegramente la demanda y declara la nulidad de la cláusula quinta de la escritura otorgada en fecha 22 de febrero del 2015, tal y como se pide en la demanda, y que constituye la pretensión principal. Ello no resulta desvirtuado porque, con más o menos fortuna, se añada la frase “ en relativo a la obligación del prestatario de pagar los gastos de notario, registro, e impuestos de actos jurídicos documentados” , pues con ello, solo hace referencia a

los conceptos que fueron abonados por los actores, que son precisamente las cantidades que reclama.

Por tanto, siendo íntegra la estimación de la demanda, las costas de la instancia se han impuesto correctamente a la parte demandada por imperativo del Art. 394 LEC.

En definitiva, procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia.

OCTAVO.- De conformidad con el Art. 398 en relación del Art. 394, ambos de la L.E.C. las costas de esta alzada se imponen a la parte apelante al desestimarse el recurso.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación en nombre de S.M. EL REY y por la Autoridad que nos confiere la Constitución Española, pronunciamos el siguiente:

FALLO

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **LIBERBANK** contra la sentencia núm. 128/17 de fecha 25 de abril dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Cáceres en autos núm. 17/17, de los que éste rollo dimana, y en su virtud, **CONFIRMAMOS** expresada resolución; con imposición de costas a la parte apelante.

Notifíquese esta resolución a las partes, con expresión de la obligación de constitución del depósito establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta

añadida por la Ley Orgánica 1/2009, en los casos y en la cuantía que la misma establece.

En su momento, devuélvase las actuaciones al Juzgado de procedencia, con testimonio de la presente Resolución para ejecución y cumplimiento, interesando acuse de recibo a efectos de archivo del Rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E./