



## AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3 VALLADOLID

SENTENCIA: 00019/2018

Modelo: N10250  
C.ANGUSTIAS 21

-

Tfno.: 983.413495 Fax: 983.459564

Equipo/usuario: MMD

**N.I.G.** 47186 42 1 2017 0001023

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000424 /2017**

**Juzgado de procedencia:** JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 2 de VALLADOLID

**Procedimiento de origen:** ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000069 /2017

Recurrente: BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, S.A., MARTA SIMON RUBIO

Procurador: FERNANDO TORIBIOS FUENTES, DAVID VAQUERO GALLEGO

Abogado: ALVARO PEREZ VILLANUEVA, ALVARO PEREZ VILLANUEVA

Recurrido:

Procurador:

Abogado:

### **SENTENCIA nº 19/2018**

ILMO.SR. PRESIDENTE:

D. JOSE JAIME SANZ CID

ILMOS.SRES.MAGISTRADOS:

D. MIGUEL ANGEL SENDINO ARENAS (ponente)

D. ANGEL MUÑIZ DELGADO

En VALLADOLID, a doce de enero de dos mil dieciocho.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de VALLADOLID, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000069/2017,

procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 2 de VALLADOLID, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000424/2017, en los que aparece como parte apelante/do, BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, S.A., representado por el Procurador de los tribunales, Sr. FERNANDO TORIBIOS FUENTES, asistido por el Abogado D. CARLOS REDONDO DIEZ, y como parte apelante/do, MARTA SIMON RUBIO, representado por el Procurador de los tribunales, Sr. DAVID VAQUERO GALLEGO, asistido por el Abogado D. ALVARO PEREZ VILLANUEVA, sobre ACCION DE NULIDAD SUBSIDIARIA, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. MIGUEL ANGEL SENDINO ARENAS.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 2 de VALLADOLID, se dictó sentencia con fecha 30 de Mayo de 2017, en el PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000069/2017 del que dimana este recurso. Se aceptan antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

**SEGUNDO.-** La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento: “Estimo parcialmente la demanda interpuesta por D<sup>a</sup>. MARTA SIMÓN RUBIO contra BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, S.A. y, en consecuencia:

1.- Declaro la nulidad por abusiva de la cláusula quinta contenida en la escritura pública de préstamo hipotecario otorgada el 20 de octubre de 2011, en cuanto atribuye en exclusiva a la parte prestataria los gastos notariales, registrales, impuestos y de tramitación.

2.- Condeno a la entidad demandada a la devolución a la parte demandante de la cantidad de 524,86 € con más los intereses legales desde que se produjo su abono.

3.- No se hace especial declaración en costas.”

Que ha sido recurrido por la parte demandada BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, S.A., y por la parte actora MARTA SIMON RUBIO, oponiéndose las mismas.

**TERCERO.-** Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, señalándose la audiencia del día 30 de Mayo 2017, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

**ÚLTIMO.-** Se han observado las prescripciones legales.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La representación procesal de la parte demandada- BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA(BANCO CEISS) - recurre la sentencia de instancia que estima parcialmente la demanda promovida en su contra por Doña MARTA SIMÓN RUBIO y declara la nulidad por abusiva -de la cláusula quinta contenida en la escritura pública de préstamo hipotecario otorgada el 20 de octubre de 2011, y condena a la citada entidad demandada a la devolución a la parte demandante de la cantidad de 524,86 Euros con más intereses legales desde que se produjo el abono sin hacer especial pronunciamiento sobre costas causadas. Alega como motivos, resumidamente; error en la valoración de la prueba y vulneración de preceptos legales y reglamentarios atinentes a los aranceles notariales y registrales así como preceptos del Código Civil relativo al otorgamiento del préstamo hipotecario y sujeto obligado a soportar los gastos de su escrituración así como el impuesto de transmisiones y actos jurídicos documentados. Pide por ello se dicte nueva sentencia que revoque la de instancia y desestime la demanda.

Apela igualmente la parte demandante impugnando los pronunciamientos judiciales por los que distribuye al 50% entre las partes, los gastos correspondientes a los honorarios del notario en la escritura de préstamo hipotecario así como los

gastos de gestoría, e imputa al prestamista la totalidad del impuesto de Actos Jurídicos documentados. Pide por ello se revoque la sentencia apelada y se estime íntegramente su demanda.

Una y otra parte se opone al recurso la parte contrario solicitando su desestimación.

**SEGUNDO.-** Se circunscribe por lo expuesto el objeto de ambos recursos a determinar -si por parte del Juzgador de la Instancia - a la hora de declarar nula por abusiva-la cláusula quinta del contrato y distribuir los gastos (notariales, registrales, de gestoría e de impuestos) que en ella se contemplan, ha incurrido o no en el errores de valoración y de aplicación jurídica y jurisprudencial- que denuncia uno y otro recurrente.

Pues bien, la conclusión a la que unánimemente llega este Tribunal, tras leer los fundamentos tercero y cuarto de la sentencia apelada y revisar de nuevo el material probatorio obrante en autos, es que el Juzgador de instancia no incurre en ninguno de tales errores. Muy al contrario- todas las consideraciones tanto fácticas como jurídicas que plasma y explica a lo largo de tales fundamentos se ajustan fielmente al resultado probatorio obtenido y aplican e interpretan con acertado criterio, la normativa y doctrina jurisprudencial Española y de la Unión Europea (artículos 80.1.;82.1 ;89.3 del Texto Refundido de la RDL 1/2007 de Consumidores y Usuarios y Sentencia de Pleno del TS de fecha 23 de Diciembre de 2015) que necesariamente debe tenerse en cuenta a la hora de enjuiciar este tipo de controversias atinentes a la eventual nulidad-por abusividad y desequilibrio- de una cláusula no negociada individualmente y que como condición general se haya inserta en un contrato suscrito entre un empresario profesional y un consumidor o usuario-como es el caso.

Refrendamos pues y damos aquí por reproducidos dichos fundamentos –en evitación de innecesarias repeticiones y como técnica admitida de motivación, y añadimos, saliendo al paso de las objeciones sobre las que insisten ambos recurrentes las siguientes consideraciones:

-Dice la cláusula en cuestión a que será por cuenta de la parte prestataria ;  
b) “ los aranceles notariales y registrales y los impuestos que se originen o deriven del contenido de la presente escritura, y de las escrituras previas, posteriores o conexas, así como en su caso de sus modificaciones aclaraciones o subsanaciones posteriores” c) “Gastos de tramitación de las escrituras mencionadas en el apartado anterior ante el Registro de la Propiedad y la Oficina Liquidadora de impuestos...”

-Vaya por delante que la entidad bancaria demandada no ha aportado prueba alguna de que hubiera negociado individualmente con la prestataria tal cláusula, ni tampoco que le hubiera explicado con carácter previo a la firma, las consecuencias económicas que la misma le iban a comportar.

-Se deduce claramente de su propio redactado de la cláusula que se atribuye al prestatario la totalidad, sin excepción, de los aranceles, impuestos y gastos que la operación de préstamo con hipoteca lleva consigo. No sólo los previos a la constitución de la garantía hipotecaria, sino también los generados como consecuencia del otorgamiento de la Escritura Pública de Préstamo y Constitución e inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad (Notaria, Registro y tramitación) y además todo eventual gasto futuro que surgiera durante la vida del contrato ante eventuales modificaciones o novaciones del mismo hasta su cancelación registral. Se trata pues de una cláusula de carácter general y onni-comprehensiva por la que se imputa al prestatario consumidor todo tipo de gastos e impuestos presentes y futuros sin que por parte del banco prestamista se asuma ninguno, por lo que razonablemente no puede pensarse que dicho banco hubiera podido esperar que, en un trato leal y equitativo con su cliente en el marco de una negociación individualizada, éste hubiera aceptado dicha cláusula en su integridad.

-Aplica e interpreta correctamente el Juzgador de Instancia la doctrina contenida en sentencia de Pleno del TS de 23 de diciembre de 2015, pues esta cláusula que anula por abusiva, "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". Ocasiona así al cliente consumidor, un desequilibrio importante, que razonablemente no hubiera aceptado en el marco de una negociación

individualizada, y se trata de una estipulación que bien puede, ser subsumida dentro del catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU).

**TERCERO.-** E igualmente y por lo que se refiere a los efectos de la declaración de abusividad comparte la Sala la tesis que mantiene la sentencia apelada pues no hace sino seguir la doctrina sentada por TJUE que en su sentencia de 21 de diciembre de 2016 literalmente señala “61...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 clausula debe tener como consecuencia , en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la que se entraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula”. Quiere con ello decirse que ,una vez declarada abusiva una clausula , esta no puede tener efectos vinculantes para el consumidor y este tiene derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento suyo en virtud de la cláusula abusiva ,restableciendo la situación como si la cláusula no hubiera existido. Ahora bien, el que la cláusula abusiva sea expulsada del contrato y tenida por no puesta no significa, -cual interesadamente interpreta la demandante recurrente- el que el empresario predisponente deba asumir sin más el pago de todos los gastos contemplados en dicha cláusula. Esta cuestión -como bien dice el Juzgador de instancia- a falta de un pacto individual válido- dependerá de la norma sectorial o específica que regule el sujeto que deba soportar ese gasto.

Dice a este respecto el TJUE (sentencias de 13 marzo de 2013 y 16 de enero de 2014) que resulta básico proceder a un análisis de las normas nacionales aplicables en defecto de pacto para determinar si el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el derecho nacional vigente, debiendo comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual.

**CUARTO.-** Sobre los gastos notariales y registrales de formalización e inscripción de la escritura pública del préstamo hipotecario, dice el Tribunal Supremo en la famosa Sentencia antes citada de 23 de Diciembre de 2015 invocando como precedente una anterior de 1 de junio de 2000, literalmente; “en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para a 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 (artículo 1875 Código Civil y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (artículo 685 LEC).”

-Concretamente y con respecto a los gastos notariales –ha de partirse de la norma Sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989,17 noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, que dispone: "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". No consta en este caso quien hizo el encargo - y no cabe duda de a ambas partes -prestamista y prestatario- convenía e interesaba la formalización notarial y publica del préstamo hipotecario, o, dicho de otra forma, ambas partes ostentan la condición de “interesados” a que alude el arancel. El prestatario, por cuanto se beneficia de la concesión de préstamo en condiciones más favorables que un préstamo sin la garantía real y con una mayor seguridad y protección frente a eventuales incumplimientos por parte de la entidad crediticia, a la par que igualmente se beneficia igualmente de la mayor información, legalidad e imparcialidad que entraña la intervención notarial (artículo 147 RN); y el banco prestamista, porque como antes se dijo ,ve protegido el préstamo concedido ,con una garantía real de hipoteca y dispone de un título ejecutivo con posibilidad de acceder a una ejecución especial caso de incumplimiento por el prestatario.

Pues bien, atendiendo a ese interés compartido y al carácter solidario de la obligación frente a terceros, el Juzgador con buen criterio, lleva a cabo e -en el orden interno- un reparto igualitario acudiendo a lo previsto en el artículo 1145.2 Código Civil y su jurisprudencia interpretativa que presume que la deuda se divide entre los deudores por mitad, salvo que resulte claramente otra cosa- lo que aquí no acontece (SSTS 22-julio -1994, 16-7-2001; 26-10-2002 entre otras).

- Y algo parecido hemos de decir con respecto a los gastos de gestoría por la tramitación de la escritura en el Registro de la Propiedad y Oficina Liquidadora del Impuesto, pues se trata de gastos derivados de una gestión que interesa y beneficia a ambas partes, (la inscripción registral a la prestataria y la liquidación y pago del impuesto al prestatario) y al no estar diferenciado el coste de cada uno de los servicio- lo justo y equitativo es que tales gastos deban ser soportado por ambas partes por igual.

-Otra cosa son los aranceles devengados por la inscripción del préstamo hipotecario en el Registro de la Propiedad -pues según la Regla Octava del RD 1427/1989 de 17 de noviembre “Los derechos del Registrador se pagarán por aquel o aquellos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho” Y no cabe duda de en este caso, la garantía hipotecaria - no se inscribe en favor del prestatario sino del banco prestamista, constituyéndose la hipoteca y adquiriendo la posibilidad de acudir a la ejecución especial como antes se dijo. Debe por lo tanto pechar con la totalidad de este gasto como acertadamente declara la sentencia apelada.

- Excluye el Juzgador al banco prestamista -del pago del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados-AJD- que grava el préstamo hipotecario, Y también la Sala comparte este criterio, pues las consideraciones que a este respecto contiene a la STS de 23 de diciembre de 2015 deben ser puestas en relación y completadas con lo que sobre esta materia tributaria ha venido señalando el orden contencioso -administrativo que es el competente para su conocimiento. Concretamente la jurisprudencia sentada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo (p. e STS de 31-octubre de 2006 en la que se citan otras anteriores) viene repetidamente declarado- que el sujeto pasivo y obligado al pago de dicho impuesto es el prestatario. Los argumentos en que se basa-como bien resume la sentencia apelada -son esencia; (i) la unidad del hecho imponible en torno al préstamo

produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible es el prestatario de conformidad con lo establecido en el artículo 8º... d) en relación con el artículo 15.1 del Texto Refundido ITP y AJD; (ii) que el artículo 29 del TR del ITP y AJD cuando se refiere a que “será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho” ese adquirente del bien o derecho solo puede ser el prestatario, no ya por un argumento similar al de la unidad del hecho imponible en torno al préstamo, conforme ocurre en la modalidad de transmisiones onerosas (artículo 8.d) en relación con 15.1 TR y 18 de Reglamento) sino porque el “derecho” a que se refiere el precepto es el préstamo que refleja el documento notarial, aunque este se encuentre garantizado con hipoteca y sea la inscripción de esta en el Registro de la Propiedad elemento constitutivo del derecho de garantía; (iii) porque el artículo 68 del RD 828/1995 de 20 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre ITP Y AJD, dice que es 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; y que cuando se trate de escritura de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente el prestatario.

-Argumenta por último el banco recurrente que la declaración de nulidad de la cláusula de litis -también en este punto de los impuestos- vulnera la normativa reguladora del impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados así como la Jurisprudencia interpretativa de la misma. El argumento es inconsistente El hecho de que -según las normas tributarias y su hermenéutica jurisprudencial el pago de este concreto impuesto corresponda legalmente al prestatario- no es en absoluto incompatible con que judicialmente pueda apreciarse y declararse la nulidad de la cláusula impugnada -también en este particular, -dado precisamente el carácter general, indeterminado y omnicomprendido de su enunciado al atribuir al prestatario- consumidor la obligación de tener que soportar todo tipo de impuestos presentes y futuros, sin ninguna excepción ni concreción (“y los impuestos que se originen o deriven del contenido de la presente escritura, y de las escrituras previas, posteriores o conexas, así como en su caso de sus modificaciones aclaraciones o subsanaciones posteriores”) todo ello, tal y como ha quedado razonado en el anterior fundamento segundo.

**QUINTO.-** En mérito a todo lo expuesto desestimamos ambos recursos de apelación y confirmamos la sentencia de instancia imponiendo cada una de las partes recurrente las costas originadas por esta Alzada (arts. 398 y 394).

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

### **FALLO**

LA SALA ACUERDA: DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por las partes demandada y demandante contra la Sentencia de fecha 30 de Mayo de 2017 dictada en Procedimiento de Juicio Ordinario 69/2017AY seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número 2 de Valladolid CONFIRMAMOS dicha resolución imponiendo a cada una de las partes recurrentes las costas originadas por esta Alzada por su respectivo recurso.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber, conforme a los artículos 208 n ° 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 248 n ° 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que contra ella cabe interponer, en su caso, los recursos de casación, solo si la resolución del recurso presenta interés casacional y extraordinario por infracción procesal si cabe la casación, interposición que deberá hacerse ante esta Sala dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquella para su resolución por el Tribunal Supremo.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que quedará testimonio en el presente rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.