

Audiencia Provincial

AP de La Rioja (Sección 1ª) Sentencia num. 178/2017 de 31 octubre

JUR\2017\274266



Consumidores y Usuarios. Hipoteca, prenda y anticresis.

Jurisdicción:Civil

Procedimiento 378/2017

Ponente:Ilmo. Sr. D. Fernando Solsona Abad

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

LOGROÑO

SENTENCIA: 00178/2017

AUDIENCIA PROVINCIAL LA RIOJA

LOGROÑO

Modelo: N10250

C/ MARQUÉS DE MURRIETA, 45-47, MÓDULO C (NORTE), 3ª PLANTA

Tfno.: 941 296484/ 486/ 487 Fax: 941 296 488

Equipo/usuario: JGM

N.I.G. 26089 42 1 2017 0000617

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000378 /2017

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 3 de LOGROÑO

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000094 /2017

Recurrente: E. M. S., I. D. U. , BANKIA, S.A.

Procurador: MARIA CRISTINA VALDEMOROS DIAZ DE TUDANCA, MARIA CRISTINA VALDEMOROS DIAZ DE TUDANCA , VIRGINIA SOLAS ORTEGA

Abogado: SERGIO GIL-GIBERNAU MARINE, SERGIO GIL-GIBERNAU MARINE , JAVIER RODRIGUEZ ROBLES

Recurrido:

Procurador:

Abogado:

SENTENCIA Nº 178 de 2017

ILMOS/AS.SRES/AS.

DON ALFONSO SANTISTEBAN RUIZ

DOÑA CARMEN ARAUJO GARCÍA

DON RICARDO M. GARCÍA

DOÑA MARIA DEL PUY ARAMENDIA OJER

DON FERNANDO SOLSONA ABAD

MARIA DEL MAR PUYUELO OMEÑACA

En LOGROÑO, a treinta y uno de octubre de dos mil diecisiete.

VISTOS en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial de La Rioja, los Autos de JUICIO ORDINARIO nº 94/2017, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Logroño, a los que ha correspondido el Rollo de apelación nº 378/2017; habiendo sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON FERNANDO SOLSONA ABAD**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Por el Juzgado de 1ª Instancia num. 3 de Logroño en fecha 29 de mayo de 2017 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Se estima en parte la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales doña Cristina Valdemoros Diaz de Tudanca, en nombre y representación de Don I. D. U. y doña E. M. S. contra BANKIA S.A.; en consecuencia:

I.- 1.- Se declara la nulidad de la cláusula referente a gastos incluido en la escritura pública de préstamo hipotecario suscrito por las partes en los términos señalados en esta resolución.

2.- Se condena a la parte demandada a abonar a la actora la cantidad total de 573,84 euros como consecuencia de dicha declaración de nulidad, importe que se verá incrementado en los intereses previstos en el [art. 576](#) de la [LEC](#).

II.- Se declara la nulidad de la cláusula Cuarta.-Comisiones en los apartados A, B y Db, incluido en la escritura pública de préstamo hipotecario suscrito por las partes en los términos señalados en esta resolución.

III.- Se declara la nulidad de la cláusula Sexta.-Intereses de Demora y Decima, Segundo Párrafo, incluido en la escritura pública de préstamo hipotecario suscrito por las partes en los términos señalados en esta resolución.

IV.- Se declara la nulidad de la cláusula Sexta Bis A sobre vencimiento anticipado, incluido en la escritura pública de préstamo hipotecario suscrito por las partes en los términos señalados en esta resolución.

V.- Se declara la nulidad de la cláusula Duodécima sobre conservación y facultad de inspección,

incluido en la escritura pública de préstamo hipotecario suscrito por las partes en los términos señalados en esta resolución.

VI.- Se declara la nulidad de la cláusula Vigésima, sobre imputación de pagos, incluido en la escritura pública de préstamo hipotecario suscrito por las partes en los términos señalados en esta resolución.

VII.- No ha lugar a la inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

VIII.- Se condena a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones, y abstenerse de aplicar dichas cláusulas en el futuro, se mantiene el contrato en el resto de sus cláusulas y estipulaciones.

IX.- No se hace imposición de las costas causadas en esta instancia a ninguna de las partes en litigio”.

SEGUNDO

Por la parte actora DON I. D. U. y DOÑA E. M. S. se interpuso recurso de apelación contra esta sentencia admitiéndose a trámite y sustanciándose por el Juzgado conforme a la Ley 1/2000; de este recurso se dio traslado a la parte contraria BANKIA, S.A., que formuló oposición.

A su vez, por la demandada BANKIA, S.A. se interpuso recurso de apelación contra esta sentencia admitiéndose a trámite y sustanciándose por el Juzgado conforme a la Ley 1/2000; de este recurso se dio traslado a la parte contraria DON I. D. U. y DOÑA E. M. S., que formuló oposición. Después se remitieron los autos a esta Audiencia.

TERCERO

Que recibidos los autos en esta Sala se formó el oportuno rollo, en el que se siguió el recurso por sus trámites. Quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 5 de octubre de 2017 si bien por motivos de organización de la Sala se deliberó en Pleno en fecha 15 de octubre de 2017 habiendo sido designado ponente el Magistrado de esta Audiencia Provincial Don Fernando Solsona Abad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Planteamiento general

1.- DON I. D. U. y DOÑA E. M. S. interpusieron demanda de Juicio Ordinario contra BANKIA, de impugnación por abusividad de ciertas condiciones generales de contratación existente en el contrato de préstamo hipotecario que los actores suscribieron en su día con la entidad financiera BANKIA, S.A.

En síntesis, la parte demandante solicitó la nulidad por abusivas las cláusulas siguientes, y con los siguientes efectos: 1.- nulidad de la cláusula cuarta, relativa a comisiones en sus apartados A, B y D; 2.- de la cláusula quinta, referente a gastos a cargo del prestatario (notariales, registrales y del impuesto de actos jurídicos documentados); 3.- la cláusula sexta referente a intereses de demora; 4.- la nulidad de la cláusula sexta bis referente al vencimiento de la deuda; 5.- la nulidad de la cláusula décima, segundo párrafo en relación al interés del 25% nominal anual; 6.- la cláusula 12ª sobre conservación y facultad de inspección; y 7.- la cláusula 20ª, relativa a imputación de pagos.

La parte demandante en cuanto a la nulidad de la cláusula referente a gastos reclamó la cantidad de honorarios suplidos de Notaría 407,20 €, honorarios del Registro de la Propiedad número 3 de Logroño 166,64 €, impuesto de actos jurídicos documentados modelos 601 el importe de 2626 €.

2.- La titular del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Logroño, al cual se le repartió la demanda, tras la tramitación del procedimiento dictó sentencia de fecha 29 de mayo de 2017 en la cual estimó parcialmente la demanda declarando abusivas las siguientes cláusulas:

I.- 1.- Se declara la nulidad de la cláusula referente a gastos incluido en la escritura pública de préstamo hipotecario suscrito por las partes, si bien solo en cuanto a gastos de seguros, notariales y registrales, pero no el tributo, por considerar la juez "a quo" que siendo que conforme a la normativa vigente el sujeto pasivo del tributo es el prestatario, una declaración de nulidad de esta cláusula carecería de virtualidad.

2.- Se condena a la parte demandada a abonar a la actora la cantidad total de 573,84 euros (importe de gastos notariales y registrales) como consecuencia de dicha declaración de nulidad, importe incrementado en los intereses previstos en el [art. 576](#) de la [LEC](#).

II.- Se declara la nulidad de la cláusula Cuarta.-Comisiones en los apartados A, B y D, incluido en la escritura pública de préstamo hipotecario suscrito por las partes en los términos señalados en esta resolución.

III.- Se declara la nulidad de la cláusula Sexta.-Intereses de Demora y Decima, Segundo Párrafo, incluido en la escritura pública de préstamo hipotecario suscrito por las partes en los términos señalados en esta resolución.

IV.- Se declara la nulidad de la cláusula Sexta Bis A sobre vencimiento anticipado, incluido en la escritura pública de préstamo hipotecario suscrito por las partes en los términos señalados en esta resolución.

V.- Se declara la nulidad de la cláusula Duodécima sobre conservación y facultad de inspección, incluido en la escritura pública de préstamo hipotecario suscrito por las partes en los términos señalados en esta resolución.

VI.- Se declara la nulidad de la cláusula Vigésima, sobre imputación de pagos, incluido en la escritura pública de préstamo hipotecario suscrito por las partes en los términos señalados en esta resolución.

3.- BANKIA, S.A. interpone recurso de apelación contra dicha sentencia, impugnando específicamente la declaración de nulidad solo de las cláusulas siguientes:

a) impugna el primer lugar la declaración de nulidad que hace la juez "a quo" de la cláusula referente a gastos (registrales y notariales, seguros, preprocesales y derivados de una eventual declaración judicial) así como la consecuencia que deriva la sentencia de dicha declaración de nulidad, consistente en el pago por el Banco del importe de gastos notariales y registrales a los consumidores demandantes, pues entiende que es el prestatario quien conforme a la norma aplicable debería de pagarlos , añadiendo que debe tenerse en cuenta la existencia de un tercero- el notario o el registrador- que no puede asumir las consecuencias de esa declaración de nulidad.

b) en segundo lugar impugna la declaración de nulidad de la cláusula relativa a comisiones, pues sería muy clara en su redacción y establecería el motivo por el que su pago se impone al prestatario,

siendo además una comisión moderada que tiene derecho a percibir el Banco como contraprestación a sus servicios, pues deriva de la prestación de un servicio real y efectivo al cliente.

c) impugna la nulidad de la cláusula 12 relativa a la conservación de la finca y realización de reparaciones porque no impone al prestatario cargas desequilibradas o desproporcionadas, pues se trata de un deber propio del prestatario sobre quien carga el deber de conservación de la garantía.

d) impugna la declaración de nulidad de la cláusula 20 sobre imputación de pagos pues ha sido una cláusula que las partes han introducido en virtud de su libertad contractual, siendo este un pacto lícito dentro del tráfico jurídico , que ha sido declarado válido por el Tribunal Supremo.

4.- Por su parte los demandantes DON I. D. U. y DOÑA E. M. S. interponen recurso de apelación contra la sentencia, impugnando solamente la no declaración de nulidad de la cláusula de gastos en lo que afecta al impuesto de actos jurídicos documentados. Los recurrentes entienden que esa cláusula debe ser declarada nula también en cuanto que impone el pago de este impuesto al prestatario con carácter general, y que de hecho así lo indica la propia sentencia en su argumentación, pero que no es dable que luego se limite los efectos de esa aseveración, pues si la cláusula es nula la situación debe ser la existente antes de su inclusión en el contrato , lo que determina la obligación de restituir a los demandantes lo pagado por razón de su imposición. Cita la Sentencia del Tribunal Supremo 705/15 para considerar que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran derivarse de esta operación mercantil y debe ser condenada a su pago.

Como segundo motivo de recuso alegan que la estimación de su demanda en todo caso debería entenderse como sustancial, lo que debería acarrear la imposición a BANKIA de las costas procesales.

5.- BANKIA, S.A. (folios 144 y ss) formuló oposición al recurso deducido por DON I. D. U. y DOÑA E. M. S.. Por su parte DON I. D. U. y DOÑA E. M. S. se opusieron al recurso que formuló BANKIA (folios 152 y ss).

SEGUNDO

Recurso interpuesto por los actores don I. D. U. y doña E. M. S. (I): nulidad de la cláusula de gastos (cláusula quinta) en lo referente al pago de tributos

1.- Hay que comenzar diciendo que el fallo de la sentencia apelada no menciona las cláusulas concretas del contrato que declara abusivas y nulas, sino que con evidente quebranto de la ortodoxia procesal, -que exige especificar en el fallo con claridad y precisión el pronunciamiento decisorio, sin remisiones ni adendas-, se remite a esos efectos a la fundamentación jurídica. Del estudio de esa fundamentación jurídica se observa que si bien se declara nula la cláusula quinta del contrato relativa a gastos en muchos de sus apartados (cuestión sobre la que enseguida volveremos, cuando analicemos el recurso interpuesto por BANKIA), en su fundamento de derecho octavo (ver folio 26 vuelto y 27 de la sentencia) parece haber excluido empero de esa declaración de nulidad la parte de esa cláusula quinta que se refería a los impuestos, que es la contenida en el apartado b) , el cual establecía: “GASTOS A CARGO DEL PRESTATARIO: serán a cargo de la parte prestataria todos los gastos que se originen como: (...)b).- Los impuestos de todas clases que hoy gravan o en lo sucesivo graven el capital, y los intereses de esta clase de contratos.”

Efectivamente, en el fundamento de derecho octavo de la sentencia (ver folio 26 vuelto último párrafo y inicio del folio 27 de la sentencia) parece rechazarse la nulidad de esta cláusula de gastos derivados de tributos sobre la base de los siguientes argumentos sustanciales : “...no puede

sostenerse que la estipulación contractual que examinamos en virtud de la cual se impuso a la parte actora el abono del impuesto pueda tratarse de nula, al no apreciarse infracción de la normativa protectora del consumidor. Ya que atendiendo a la normativa reguladora del tributo resultaría innecesaria y sin trascendencia la declaración de nulidad que se interesa ya que dicha nulidad implicaría su supresión como cláusula contractual, con la consecuencia de que el tributo ha de soportarlo quien viene obligado a su pago, sin poder repercutirse a un tercero; y así la cláusula no produce un desplazamiento de la carga tributaria del empresario al consumidor; por lo que ninguna situación de desequilibrio ni abuso se ha generado.”

Es cierto que luego en el fundamento de derecho noveno de la sentencia introduce no poca confusión, en la medida en que parece aludir a las posibles consecuencias de la nulidad de esta cláusula ; pero lo cierto es que el fundamento de derecho octavo antes transcrito no parece dejar dudas en cuanto a que la sentencia acuerda no declara nula la cláusula en cuestión relativa a pago de impuestos.

En su recurso de apelación, los demandantes invocan la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, y alegan que la propia fundamentación jurídica de la sentencia recurrida apunta a la nulidad de la cláusula, por lo cual no cabe luego limitar sus efectos de esa declaración de nulidad. Alega la parte actora-apelante que la precitada Sentencia del Tribunal Supremo establece que “ *el 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.”*

Señala la parte recurrente que a día de hoy no existe norma de rango legal que establezca cuál es el sujeto pasivo del tributo, debiendo entender que lo es el prestamista, con base en el artículo 29 del TRLITPAJC.

2.- Para resolver este motivo de recuso hay que comenzar diciendo que los apelantes parecen partir de la premisa de que la sentencia recurrida habría declarado nula la cláusula quinta apartado b) relativa a tributos, y que luego no había establecido, como efecto o consecuencia aparejada a esa nulidad, la condena a la demandada a pagar el importe del tributo a la parte actora sobre la base de que el sujeto pasivo del tributo era el prestatario, esto es, los actores.

Sin embargo, tal como hemos visto, eso no está tan claro, pues de la lectura del ya citado fundamento de derecho octavo de la sentencia que antes hemos transcrito, -y a pesar de la confusión que introduce en el fundamento de derecho noveno-, parece que lo que sostiene la resolución apelada es que no procedería la declaración de nulidad de esa cláusula quinta apartado b) del contrato que imponía a los prestatarios el pago de los gastos de todo tipo de tributos, sobre el argumento de que “*resultaría innecesaria y sin trascendencia la declaración de nulidad que se interesa*”, ya que dicha nulidad implicaría su supresión como cláusula contractual, con la consecuencia de que el tributo ha de soportarlo quien viene obligado a su pago, que sería en todo caso el prestatario, esto es los demandantes.

3.- En todo caso , y fuere como fuere, lo que ahora debemos estudiar a la hora de analizar el recurso

interpuesto por los actores son dos cosas:

1- si la cláusula quinta apartado b) que impone el pago de los tributos a los prestatarios consumidores, es o no nula por ser abusiva (cuestión en la que podría incluso entrarse de oficio según reiterada doctrina del TJUE) ;

2- Si, aun siendo nula dicha cláusula, la consecuencia de esa declaración de nulidad debe de ser necesariamente condenar a BANKIA a pagar a los apelantes el importe del referido tributo (impuesto de actos jurídicos documentados) en su día abonado por los demandantes.

4.- Examinada la cláusula controvertida relativa al pago de tributos, esta Sala ha de declarar su nulidad, por ser abusiva en perjuicio de los consumidores prestatarios.

Debemos comenzar diciendo que la cláusula quinta del contrato, -de la cual su apartado b), relativo a tributos, es solo una parte-, es muy extensa, y fue impugnada por la demanda interpuesta por la parte actora. La referida cláusula quinta dice:

“ GASTOS A CARGO DEL PRESTATARIO: serán a cargo de la parte prestataria todos los gastos que se originen como:

a).- Aranceles notariales y registrales con una primera copia liquidada e inscrita para la entidad acreedora, relativos a la constitución, subsanación y rectificación modificación o los de carta de pago y cancelación en su día de la hipoteca.

b).- Los impuestos de todas clases que hoy gravan o en lo sucesivo graven el capital, y los intereses de esta clase de contratos.

c).- Los gastos de tramitación de la escritura ante el registro de la propiedad y la oficina liquidadora impuestos, junto con los de las previas que fueron necesario efectuar por imperativo legal para la exclusión de la hipoteca.

d).- Los gastos derivados de la conservación del hipotecado, que correspondan a la parte prestataria o hipotecante como consecuencia de la titularidad del dominio u otro derecho real sobre el bien hipotecado, así como los del seguro de riesgo de incendios, que la parte prestataria estará obligada a contratar y mantener, siendo la caja beneficiaria del mismo, durante la vigencia de este contrato, de la finca hipotecada por cantidad inferior al valor que se expresa al reseñarla, debiendo comunicar a la compañía aseguradora la constitución de hipoteca, a los efectos del artículo 110/2 de la ley hipotecaria, para el supuesto de siniestro durante la vigencia del préstamo, consintiendo si no lo hiciera, a que la entidad acreedora pueda contratar en su nombre la correspondiente póliza, en las condiciones anteriormente mencionadas.

e).- Igualmente será de cuenta de la parte prestataria los gastos y costas a que diese lugar la reclamación judicial de esta operación, incluso honorarios y derechos de letrado y procurador si la entidad se valiese de su intervención.

f).- 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 caja, dirigida a la concesión o administración del préstamo.

g).- Serán a cargo de la parte prestataria los gastos de correo u otros medios de comunicación, de acuerdo con las tarifas postales y de comunicaciones vigentes en cada momento, en que pueda

incurrir la caja en cualquier operación que su trámite así lo requiera.

La parte prestataria autoriza a la Caja a efectuar los correspondientes cargos en cualquier cuenta abierta su nombre, necesarios para pagar los citados gastos”.

Lo primero que debemos subrayar es que la cláusula en cuestión, muy amplia, redactada por el banco predisponente, tiene una vocación omnicomprendiva, pretende englobar todos los gastos y tributos que pudieran existir, presentes y futuros, y atribuir su pago al consumidor prestatario. Es cierto que la cláusula luego se desarrolla en distintos subapartados, y que ello nos va a permitir estudiar autónomamente cada uno de esos apartados, pero no deja de ser llamativo que esta cláusula, contemplada en su conjunto, refleje de forma tan evidente la voluntad del predisponente de atribuir al prestatario el pago de la práctica totalidad de los gastos presentes y futuros que se pudieran derivar del negocio; en alguno de los apartados, como veremos, con una indefinición y generalidad patológicas.

5.- Centrándonos ya en lo que se refiere a los tributos en concreto, la cláusula en cuestión (apartado b) de la cláusula quinta) impone al prestatario de manera indiscriminada, genérica, sin mayor concreción ni excepciones, todos los gastos y tributos, presentes y futuros, que graven tanto capital como intereses, sin excluir, por cierto, aquellos impuestos en que el obligado al pago pueda ser eventualmente el Banco.

Desde esta perspectiva, es perfectamente trasladable a este caso la doctrina dimanante de la **Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015**, la cual, en relación a una cláusula que presenta indudables similitudes con la que nos ocupa, razona así: *“ 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 art. 89.3 TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto "La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (numero 2º), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 3º). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º). “

En suma, creemos que la cláusula quinta, en lo atinente al apartado b) relativo a los tributos, es una cláusula abusiva y por ende nula, en la medida subyace en ella una evidente intención de imputar al deudor cualquier gasto o tributo que pueda tener relación con el contrato, o con su devenir. Y no nos parece dable imputarlos, de esa forma tan genérica y arbitraria, al consumidor, abstracción hecha de las circunstancias fácticas y legales que ocasionen el gasto, pues ello podría permitir a la entidad bancaria, en ejecución de la cláusula, cargarlos en la cuenta del cliente, incluso cuando dichos gastos

pudieran ser de cuenta del Banco.

6.- Establecida así la nulidad por abusiva de la cláusula quinta b) relativa a los tributos, se trata ahora de determinar si, como pretenden los demandantes, la consecuencia de esta declaración de nulidad ha de ser condenar a la parte demandada BANKIA a pagar el importe del referido tributo en su día pagado por la parte prestataria por mor de la indicada cláusula nula.

Y es que una cosa es que una cláusula deba ser declarada nula, y otra que forzosamente la consecuencia de esa declaración de nulidad deba ser condenar a la prestamista al pago de estas cantidades.

La consecuencia de la declaración de nulidad de una cláusula por su abusividad, es que debe tenérsela por no puesta, según reiterada doctrina del TJUE, de ociosa cita.

Si la cláusula la tenemos por no puesta, el pago del tributo vendrá regido entonces por las normas legales que lo disciplinan.

Solo si esas normas legales imponen el pago de dicho tributo al prestamista, podría ser este condenado en los términos que pretenden los recurrentes prestatarios.

7.- La juzgadora "a quo", precisamente desestima la demanda tanto en cuanto a la declaración de nulidad de la cláusula como en esta concreta petición de reintegro, sobre la base sustancial de que, en cualquier caso, el obligado tributario del mentado impuesto conforme a la legislación vigente sería siempre el prestatario, por lo que no procedería la condena al Banco al pago a los demandantes, a la sazón prestatarios, del importe de dicho tributo. Se razona al respecto que la declaración de nulidad deviene superflua, pues la expulsión de la mentada cláusula no transfiere a la demandada la obligación de devolución de un impuesto cuyo sujeto pasivo es el propio recurrente, que en su momento consta que lo abonó a Hacienda.

En el recurso se cuestiona la condición de sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados del prestatario. Se cita al respecto, entre otros argumentos, la interpretación que realiza del artículo 29 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto Sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados 1/1993 de 24 de septiembre y el hecho de que la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 705/2015, de 23 de diciembre, resuelve tal cuestión, deduciéndose de todo ello que el sujeto pasivo es el adquirente del derecho, que sería el prestamista.

8.- Como razona la **Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4ª de 25 de septiembre de 2017**, cuyos argumentos vamos a seguir en los próximos párrafos, debemos partir de que no ofrece duda que la declaración de ineficacia de una condición general de contratación, por mor del ejercicio de una acción individual de nulidad de una estipulación convencional de tal clase, en el seno de un préstamo con garantía hipotecaria, concertado entre una entidad financiera y un consumidor, así como las consecuencias jurídicas derivadas de la acción reintegro subordinada a la prosperabilidad de aquélla, corresponden a la jurisdicción civil (según el [artículo 9.1 Ley Orgánica del Poder Judicial](#) a este orden jurisdiccional le incumbe el conocimiento de los conflictos entre particulares, SSTS de 10 de noviembre de 2008, RC nº 2577/2002, 2 de abril de 2009, RC nº 1266/2009, 16 de junio de 2010, RC nº 397/2006, 17 noviembre de 2010, rec. nº 1812/2010 y [328/2016, de 18 de mayo](#)).

Ahora bien, - sigue diciendo esta misma sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña- como señala la STS de 10 de noviembre de 2008, RC nº 2577/2002, cuya doctrina cita y ratifica la [STS](#)

[328/2016, de 18 de mayo](#), este principio alcanza también a aquellos supuestos en que la procedencia de la obligación entre particulares tiene un presupuesto de carácter administrativo-tributario, como el devengo de un determinado tributo a cargo de un obligado tributario, salvo en aquellos casos en que, por versar la controversia principalmente sobre la existencia o contenido de la obligación tributaria o sobre la determinación del sujeto que resulta obligado en virtud de la misma, no puede admitirse que el *thema decidendi* [cuestión que debe decidirse], de carácter jurídico-administrativo y llamado a ser resuelto por la jurisdicción de este orden, tenga carácter accesorio o prejudicial respecto de la cuestión civil planteada.

No ofrece duda que la determinación de quien es el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados, con respecto a un préstamo con garantía hipotecaria, corresponde al derecho administrativo.

Ello no significa sin embargo que, por el hecho de que una controversia deba resolverse aplicando normas de tal rama del ordenamiento jurídico, estemos en presencia de una cuestión de la que deba conocer exclusivamente la Administración Pública, y, por derivación, el orden jurisdiccional contencioso-administrativo; toda vez que el [artículo 10.1 Ley Orgánica del Poder Judicial \(LOPJ \)](#) autoriza a cada orden jurisdiccional a conocer de los asuntos que no le estén atribuidos privativamente a los solos efectos prejudiciales, y, en el mismo sentido, se expresa el [artículo 42.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil \(LEC \)](#), que posibilita que los órganos de esta jurisdicción puedan conocer de los asuntos que estén atribuidos a los órganos del orden contencioso-administrativo, a los precitados efectos.

Sin embargo, lo expuesto no puede significar que, en virtud de la unidad del ordenamiento jurídico, la imposibilidad de resoluciones divergentes con daño a la seguridad jurídica y el específico ámbito de actuación que corresponde a los distintos órdenes jurisdiccionales, que construyamos una concepción del sujeto pasivo de un impuesto estrictamente civil, divergente a la resuelta en el orden jurisdiccional contencioso administrativo a quien compete en exclusiva la resolución de tales cuestiones ([art. 9.4 LOPJ](#)).

Se trata por lo tanto de determinar a los solos efectos de resolver el conflicto privado que nos ocupa, quién es el sujeto pasivo del impuesto conforme a la legislación tributaria vigente.

Pues bien, adelantamos ya que la legislación fiscal, en su interpretación jurisprudencial, atribuye al prestatario la condición jurídica de sujeto pasivo del impuesto litigioso.-

Efectivamente, y perjuicio de las consideraciones de lege ferenda, relativas a quien debería ser el sujeto pasivo del tributo y las discrepancias doctrinales existentes al respecto, lo cierto es que la jurisprudencia contencioso administrativa del Tribunal Supremo estima, de forma unánime, interpretando la legislación fiscal vigente, que tal condición jurídica la ostenta el prestatario, cuando el hecho imponible venga constituido por la suscripción de préstamos con garantía hipotecaria.

Así podemos citar las sentencias de la Sala 3ª de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de 19 de noviembre de 2001 (RC 2196/1996), 23 de noviembre de 2001 (RC 2533/1996), 20 de enero de 2004 (RC 158/2002), 14 de mayo de 2004 (RC 4075/1999), 20 de enero de 2006 (RC 693/2001), 27 de marzo de 2006 (RC 1839/2001), 20 de junio de 2006 (RC 2794/2001), 31 de octubre de 2006 (RC 4593/2001).

Se viene argumentando, en síntesis, por la jurisdicción contenciosa que, en la escritura de constitución del préstamo con garantía hipotecaria, existen dos actos jurídicos contractuales: el

préstamo y la constitución de la garantía.

El art. 15.1 del Real Decreto legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, consagra el principio de unidad de hecho imponible en torno al préstamo, al normar 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*», lo que se ratifica en el art. 25.1 de su Reglamento, aprobado por [Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo](#).

Por su parte, el art. 29 del mentado texto refundido atribuye la condición de sujeto pasivo «*al adquirente del bien o derecho*» que, de acuerdo con el principio de unidad de hecho imponible, no es la garantía convenida a favor del acreedor, sino el préstamo documentado en la escritura notarial.

Por tanto, solo el prestatario, como adquirente, es sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados devengado por el solo hecho imponible del otorgamiento del préstamo hipotecario, lo que viene a refrendar el art. 68, párrafo segundo, del Reglamento, que por ello no infringe la jerarquía normativa, pues tras reiterar que el obligado tributario es el adquirente del derecho constituido en la escritura, especifica lo siguiente: «*Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario*».

Las posibles dudas de inconstitucionalidad, que pudiera albergar tal consideración jurídica fueron solventadas por el auto 24/2005, de 18 de enero, del Pleno del Tribunal Constitucional, que inadmitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 6019-2003, planteada por la Sala de lo Contencioso - Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, respecto del artículo 29 del [Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre](#), en relación con los arts. 8.d) y 15.1 del mismo texto legal y [art. 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo](#), por el que se aprueba el Reglamento del referido impuesto. Ulteriormente, en el mismo sentido, se dictó el [auto del Tribunal Constitucional 223/2005, de 24 de mayo](#), que reitera la doctrina de la precedente resolución.

Por su parte, las dudas de legalidad del art. 68 del Reglamento fueron igualmente dilucidadas por la sentencia de la Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de Enero de 2004, que consideró que el mentado precepto, según el cual el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados era el prestatario, es perfectamente conforme a derecho, y viene a desvirtuar las alegaciones que en nuestro caso realiza la parte recurrente DON I. D. U. y DOÑA E. M. S. que consideran que el “adquirente” al que se refiere el artículo 29 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto Sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados 1/1993 de 24 de septiembre es el prestatario. Así, la Sala tercera del Tribunal Supremo razona en uno de sus fundamentos jurídicos: D) Frente al argumento del recurso de que quien adquiere el derecho es el acreedor hipotecario, sin mencionar que lo sea el prestatario, cabe argüir, además, con el Abogado del Estado, que la hipoteca se constituye, no se transmite, y que en los préstamos hipotecarios existen numerosos supuestos de actas o documentos notariales que se formalizan precisamente a solicitud del prestatario (como son los casos de un acta de cancelación parcial del préstamo, un acta de extinción de hipoteca o un acta de subrogación en el préstamo hipotecario). E) Por otro lado, el [artículo 68 del RD 828/1995](#) no establece, en contra del criterio sustentado por el recurrente, una presunción, sino, simplemente, la designación como sujeto pasivo del prestatario en los casos de préstamos con garantía, y no es por ello aplicable lo indicado en el [artículo 118 de la LGT](#) (que regula la prueba de presunciones, no la designación de los sujetos pasivos).

9- Consecuencia jurídica de lo razonado es que obligar a la entidad demandada a pagar a los

prestatarios la suma abonada por estos en concepto de obligados tributarios, sería transmutar el concepto de sujeto pasivo del impuesto, en contravención con la legalidad fiscal, generando a su favor un enriquecimiento patrimonial carente de justificación que lo ampare, transfiriendo el cumplimiento de sus obligaciones contributivas a quien no le corresponde, como es la entidad financiera demandada.

10.- Insistimos: una cosa es la nulidad de la cláusula impugnada por su generalidad y otra la restitución de las prestaciones derivadas de su ineficacia, que la legislación tuitiva de consumidores y usuarios no exige se lleve a efecto en contra de las leyes imperativas que rigen la tributación, que no constituyen ninguna norma de consumo, ni lesionan los derechos de los consumidores reconocidos por la [Directiva 93/13](#) y [RDL 1/2007](#).

11- Conclusión: la cláusula 5 apartado b) es nula, pero esta declaración de nulidad no determina como consecuencia la condena al banco a pagar a la parte actora prestataria el importe pagado por estos en su día a hacienda como sujetos pasivos del impuesto.

Desde este punto de vista, la estimación del motivo de recurso solo es parcial.

TERCERO

Recurso interpuesto por los actores don I. D. U. y doña E. M. S. (y II) :costas de primera instancia

1.- Sostienen los recurrentes prestatarios que procedía la imposición de costas de primera instancia al Banco sobre la base de que procedía la estimación total de la demanda (que ya hemos visto que no resulta procedente, pues se desestima su pretensión de que se condene al banco al pago del tributo pagado por los prestatarios) o en su caso, que la estimación de la demanda fue sustancial y no meramente parcial.

2.- El motivo de recurso se desestima, pues la parte actora no lo fundamenta. razón en este punto. Si atendemos a las cantidades reclamadas en la demanda, observamos que no se ha estimado la pretensión de la actora relativa a que el Banco fuera condenado a la devolución a los demandantes del importe del tributo que pagaron, pretensión esta que cuantitativamente era la más relevante de todas las que impetraban en su demanda. Por consiguiente, la estimación de la demanda fue solo parcial, no sustancial (buena parte de las sumas reclamadas no se han concedido) y la aplicación realizada por el Juzgado del artículo 394 de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#), que consagra el principio del vencimiento como regla, fue totalmente correcta.

CUARTO

Recurso interpuesto por la demandada bankia, S.A. (I).- nulidad por abusiva de la cláusula que impone al prestatario los gastos. Planteamiento general

1.- Como hemos visto, la sentencia de instancia, con la única excepción explícita del apartado relativo al pago de tributos -apartado "b)" de la cláusula-, declaró abusiva y nula la cláusula relativa a gastos, por entender en síntesis que incurría en desequilibrio a favor del predisponente y en una falta de reciprocidad, en la medida en que imponía de facto todos los gastos al prestatario.

BANKIA realiza una primera alegación en la que sostiene que dicha cláusula quinta, en general, no sería abusiva, defendiendo que la misma supera no ya solo el control de incorporación sino también el control de transparencia. Según considera la apelante, en esta cláusula se diferencia y describe cada

uno de los gastos que asumiría el prestatario, mediante apartados separados, para que los contratantes pudieran conocer la carga que cada gasto les supondría.

2.- Para resolver esta cuestión, y además de dar por reproducido todo lo argumentado en la presente resolución en el párrafo **4** del fundamento jurídico segundo, debemos decir lo siguiente: como ya hemos explicado, esta cláusula está organizada en subapartados, pero en su conjunto impone al prestatario y consumidor el abono *de facto* de todos los gastos que puedan derivarse del contrato, en cualquier tiempo y de forma genérica y omnicomprendiva. Desde esta perspectiva, presenta los caracteres propios de las cláusulas abusivas: se trata de una estipulación no negociada individualmente, es decir, predispuesta por el empresario que goza de una superior posición negociadora y que ocasiona, en contra de la exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor, un evidente e importante desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, en al medida en que impone al consumidor prestatario el pago de una batería extensísima gastos y tributos, algunos de ellos incluso futuros, prescindiendo de a quién corresponde su pago conforme a la normativa, todo lo cual veda cualquier posibilidad de equilibrio; debemos exceptuar no obstante - lo adelantamos ya- uno de esos apartados, en el que no apreciamos desequilibrio por su imposición al prestatario, como es el relativo a la conservación de la finca y suscripción de seguro de incendios (apartado d) , a lo cual nos referiremos luego en detalle.

Desde esta perspectiva general, por lo tanto, y sin perjuicio de que luego analizaremos en detalle cada uno de los apartados de esa cláusula a los que hace referencia expresa el recurso del Banco, no podemos compartir la tesis de la apelante pues el desequilibrio y la falta de reciprocidad, por las razones expuestas, es meridiana.

QUINTO

Recurso interpuesto por la demandada bankia, S.A. (II).- nulidad de la clausula relativa a los gastos notariales y registrales (clausula 5ª a)

1.- La parte apelante BANKIA considera que la cláusula que impone al prestatario el pago de los gastos notariales no es abusiva ni nula; y que en todo caso, conforme a la normativa aplicable, sería el prestatario quien debería de pagar los gastos notariales y también los gastos registrales derivados del otorgamiento de la escritura pública de préstamo hipotecario. Considera que tanto el arancel notarial como el Arancel registral determina que es el prestatario debe de pagar dichos gastos. Alega además que tanto el Notario como el registrador son a efectos del contrato que nos ocupa un tercero, que no ha sido parte en el mismo; y que sin embargo, se verían afectados caso de aplicar el [artículo 1303 del Código Civil](#) relativo a la restitución recíproca de prestaciones.

2.- La cláusula quinta apartado a) que impone al prestatario todos los gastos notariales y registrales es abusiva y es nula. Todo lo que hemos dejado reseñado anteriormente con carácter general de la cláusula quinta en el fundamento de derecho segundo párrafo **4** y en el fundamento de derecho cuarto párrafo **2** , es predicable en concreto de este apartado a) de esa cláusula quinta. Nos remitimos a ello. Añadimos además que esta cláusula en concreto, lejos de asegurar una mínima reciprocidad entre los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, hace recaer su práctica totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que como indica la **Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015**, a falta de pacto expreso entre las partes, la aplicación de la norma 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. Como indica la Jurisprudencia, se trata, pues, de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante y que no cabe pensar que aquél hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada, apareciendo expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas ([art. 89.2 TRLGDCU](#)), por lo que debe ser declarada nula.

3.- Establecida por lo tanto la nulidad de esta cláusula quinta apartado a) relativa a gastos notariales y registrales, el problema es determinar si tal declaración de nulidad debe tener como consecuencia la restitución por el banco al consumidor del importe de estos gastos notariales y registrales.

O dicho de otra manera: siendo que hemos determinado ya la nulidad de la cláusula, la cuestión ahora es concretar cómo han de pagarse entonces estos gastos notariales y registrales cuyo pago la cláusula nula imputaba exclusivamente al prestatario.

Para ello, vamos a dedicar los dos siguientes fundamentos de derecho, respectivamente, al estudio por separado de la atribución de los gastos notariales, y al análisis de la imputación de los gastos registrales.

SEXTO

Recurso interpuesto por la demandada bankia, S.A. (III).- consecuencias de la nulidad de la cláusula sobre gastos notariales

1.- Comenzando con los gastos notariales en particular, -debiendo subrayar que lo que estamos analizando son los relativos a la constitución de préstamos hipotecarios, y obviamente no los gastos derivados de la compraventa del inmueble-partiremos de que el [artículo 63 del Reglamento del Notariado](#) señala que *"La retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios y se regulará por el Arancel notarial"*.

Como indica la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas sección 4 de seis de julio de 2017** (de cuyas conclusiones finales discrepamos en este punto, pero que realiza un magnífico análisis de la cuestión, con cita de la asimismo excelente **sentencia dictada por el Titular del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Fuenlabrada de 26 de mayo de 2017**) las escrituras de préstamo hipotecario formalizan dos negocios jurídicos de distinta naturaleza y que gozan de autonomía sustantiva, el contrato de préstamo y el negocio constitutivo de un derecho real de hipoteca. Pero esa diversidad negocial no se traduce arancelariamente en una pluralidad de conceptos minutables, el préstamo, por su cuantía, y la hipoteca, por el importe que garantiza. PrE.lece, por el contrario, la consideración unitaria del conjunto negocial y de ella se deriva el que se aplique el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario. La base minutable en el préstamo hipotecario se determina, de conformidad con la legislación fiscal, a la que se remiten directamente los aranceles (norma 4ª.2), atendiendo al importe global de las obligaciones que asume el prestatario y que resultan garantizadas con hipoteca, esto es, a la cifra de responsabilidad.

El [Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre](#), por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone en el Anexo II, norma Sexta: *"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"*.

Del tenor del precepto arancelario transcrito resulta que la obligación de pago se imputa, por tanto, en primer lugar, al sujeto requirente. Y solo en defecto de aquel -y en este punto discrepamos con lo

razonado por las citadas sentencias- la obligación de pago se atribuye al sujeto interesado.

Efectivamente, creemos que el precepto establece una norma de primer grado (obligación del pago incumbe al requirente) y una norma de segundo grado, solo aplicable en defecto de la establecida en primer lugar (pago por los interesados según las normas sustantivas y fiscales). Entendemos que la expresión “*y en su caso*” que esta norma utiliza, en el contexto general del precepto en su conjunto, lo que establece es un régimen de subsidiariedad de la segunda norma establecida en el precepto (pago por los interesados) respecto de la indicada en primer lugar (requirentes), de forma que solo puede acudir a aquella en defecto de esta. Si el régimen establecido por este precepto fuera el de alternatividad de ambas reglas, como sugieren algunas resoluciones (verbigracia, las antes citadas) nos encontraríamos con un problema interpretativo irresoluble, en el supuesto de que no coincidieran el *requirente* con el *interesado* . Así, imaginemos que, como sostienen muchas sentencias, el interesado del otorgamiento de esta escritura pública es solamente el banco. En tal caso, podríamos plantearnos: ¿Qué sucedería entonces en la hipótesis de que constase expresamente que los que requirieron la intervención notarial fueron tanto el prestamista como el prestatario? De aplicar la regla de que el pago corresponde a los requirentes, deberían entonces pagar ambos. De aplicar sin embargo la regla de que el pago incumbe a los interesados, solo debería pagar el banco.

Por lo tanto, en el caso de que interesásemos que conforme al Arancel pueden pagar alternativamente tanto los requirentes de la intervención notarial, como los interesados en la operación, nos encontraríamos que la solución podría ser distinta según optásemos por una u otra regla alternativa; o dicho de otra manera, que según optásemos por la regla de los “ requirentes” o por la regla de los “interesados”, el obligado al pago podría ser distinto.

Se trataría en suma de una norma arancelaria inútil (por paradójica) para la solución de ningún conflicto.

En realidad, empero, creemos que este problema sin embargo no existe. Creemos que el precepto del Arancel no establece en realidad esas dos reglas - pago por los requirentes vs. pago por los interesados- en régimen de alternatividad, sino como hemos razonado, en régimen de subsidiariedad, de suerte que solo tiene sentido acudir a la regla de quienes fueron los interesados en la operación, en el caso de que no conste o no se haya determinado quienes fueron los requirentes.

2.- En consecuencia, se trata en primer lugar de determinar quiénes son los requirentes de la intervención del notario.

A este respecto, es cierto que la escritura pública de préstamo hipotecario se ha redactado conforme a minuta elaborada por el banco. Así sucede en el cien por cien de los casos, y ello es lógico. En un préstamo hipotecario conformado por condiciones generales de la contratación en al que el banco es el predisponente, y que además contiene usualmente diversas normas técnicas (como las que afectan a la aplicación de fórmulas matemáticas para el cálculo de los intereses remuneratorios, ver por ejemplo la cláusula tercera) lo lógico, lo cabal , lo normal es que quien aporte la minuta del contrato al Notario sea el banco y no el consumidor prestatario.

Ahora bien, el hecho de que sea siempre el banco el que aporte la minuta por el Notario, no significa sin más que este sea el requirente de la actuación o intervención notarial.

No cabe realizar sin más esta inferencia, pues es perfectamente factible que ambas partes -prestamista y prestatario- requieran la intervención del notario para redactar un contrato conformado por condiciones generales de contratación, conforme a minuta aportada por el Banco predisponente.

Para conocer quién es el requirente de la intervención notarial, debe estarse a la prueba practicada, donde goza de singular autoridad el propio contenido de la escritura pública.

Pues bien, si analizamos la escritura pública de préstamo hipotecario observamos que quienes aparecen en la misma ante el Notario, como comparecientes, como exponentes, y como otorgantes de la escritura pública son ambas partes, prestamista y prestatario, pues ambas partes mediante actos concluyentes e inequívocos, han patentizado de esa forma que interesan y solicitan la intervención del fedatario público.

Tal es la tesis que subyace en la **Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4ª, del 25 de septiembre de 2017** (ROJ: SAP C 1847/2017 - ECLI:ES:APC:2017:1847), que razona que *“...si aplicamos la mentada norma arancelaria podríamos concluir, que si ambas partes acuden al notario para formalizar su relación contractual, para lo cual incluso podrían compelerse recíprocamente conforme al art. 1279 en relación con el [art. 1280 del CC](#), es que ambas, por acto concluyente suyo, solicitan la intervención notarial; por lo tanto, por tal circunstancia y en ausencia de otras pruebas, serían deudoras de los aranceles por los servicios prestados, como igualmente lo serían por las normas de derecho sustantivo, en tanto en cuanto ostentan, por tal circunstancia, la condición de deudoras del precio por los servicios profesionales prestados ([art. 1544 del CC](#)), vínculo obligacional distinto del propio del negocio jurídico autorizado por el fedatario interviniente. Es más conforme a la normativa fiscal el arancel le corresponde satisfacerlo a los usuarios del servicio.”*

Debe colegirse en definitiva que ambos se someten a la intervención del Notario de mutuo acuerdo, y que por ende, ambos requieren dicha intervención. Por lo tanto, son los dos, banco prestamista y parte prestataria, los obligados pagar esos gastos conforme a la norma Sexta del [Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre](#), por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, que establece como regla primigenia que la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario.

Por consiguiente, la consecuencia de la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula cuarta del contrato en lo que se refiere a los gastos notariales, es la aplicación de este Arancel, que en este caso, en la medida en que los requirentes de dicha actuación notarial son tanto el prestamista como los prestatarios, se traduce en que ambas partes, si bien son solidariamente responsables frente al notario en la medida en que ambos contrataron su intervención, internamente a cada una de ellas le corresponde pagar la mitad de estos gastos ([artículos 1137 y 1138 del Código Civil](#)): DON I. D. U. y DOÑA E. M. S. deberán asumir la mitad de los gastos notariales de la escritura pública de préstamo hipotecario, y BANKIA, S.A. la obra mitad.

Como quiera que está probado que dichos gastos los pagaron en su totalidad DON I. D. U. y DOÑA E. M. S., procede condenar al banco al pago del 50% de los mismos, suma que en este caso asciende a 203,60 euros. Siendo que la sentencia de instancia ahora recurrida condenó a BANKIA a pagar la totalidad de estos gastos, procede por lo tanto estimar parcialmente el recurso en este punto, en el sentido de que la suma que debe abonar el banco ha de ser el 50% de estos gastos, ascendente en este caso a la suma señalad de 203,60 euros.

3.- Lo expuesto ya resulta suficiente como para resolver definitivamente esta cuestión. Pero es que debemos añadir a mayor abundamiento que aun en la hipótesis de que aplicásemos la segunda regla prevista en régimen de subsidiariedad por el Arancel notarial para disciplinar la imputación de estos gastos notariales, llegaríamos a la misma solución de pago por mitad entre prestamista y prestatario.

Recordemos que la norma citada del arancel establece como segunda regla que la obligación de pago de los derechos corresponderá "...a los interesados según las normas sustantivas y fiscales"

El problema en este caso estriba en determinar quiénes son esos "interesados según las normas sustantivas y fiscales"

Para solucionarlo, hay que comenzar diciendo que para determinar quién es interesado "según las normas fiscales" no cabe invocar aquí la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo antes aludida, que grava con el impuesto al prestatario, pues como hemos visto, lo hace sobre la base de considerarlo "adquirente", y no de considerarlo "interesado", que es el concepto al que se refiere el Arancel.

Sin embargo, una lectura atenta de lo que la **Sala Primera del Tribunal Supremo** razona en su **sentencia de 23 de diciembre de 2015** clarifica bastante la repuesta sobre la cuestión de quién debe considerarse "interesado" en el otorgamiento de esta escritura pública de préstamo hipotecario, en la medida en que, por un lado, en su argumentación esta sentencia se refiere a que la norma reglamentaria contempla una "distribución equitativa" del gasto indicado, y por otro, considera que en el préstamo hipotecario (que como hemos dicho ya tiene la doble pero unitaria dimensión de préstamo por un lado y garantía hipotecaria por otro) existe interés tanto el prestatario (en el préstamo) como el prestamista (la constitución de la hipoteca).

Parece por lo tanto considerar esta sentencia del Alto tribunal que tanto el prestamista como el prestatario tienen interés en el otorgamiento de esta escritura pública.

Efectivamente, dice esta sentencia lo siguiente: "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". (El subrayado y negrita son nuestros).

Ciertamente, el prestamista es interesado pues obtiene indudables ventajas de la constitución de la hipoteca, para lo cual es requisito insoslayable el otorgamiento de la escritura pública: así, en primer lugar, obtiene un título ejecutivo pues el [artículo 517.2 4º](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#) contempla como título ejecutivo las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes; a eso se añade que el [artículo 130](#) de la [Ley Hipotecaria](#) señala el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo. De otro lado, su crédito es preferente ex [artículo 1923. 3º](#) del [Código Civil](#), a lo que se adiciona que en el caso de concurso de acreedores del deudor prestatario, el crédito garantizado con hipoteca es privilegiado, con privilegio especial ([art. 90.1.1º](#) de la [Ley Concursal](#)).

Pero lo anterior no excluye que no pueda considerarse igualmente interesado al prestatario. Es al prestatario, y no al prestamista, a quien le interesa conseguir el préstamo que ha solicitado. Y es meridiano que las condiciones de un préstamo hipotecario son mucho más favorables para el prestatario que las que resultan en caso de préstamo personal (el tipo de interés es más bajo, las condiciones mejores) y que esas condiciones más favorables para el prestatario que derivan de la aportación de la garantía hipotecaria, solo es posible obtenerlas si se otorga la escritura pública, pues la constitución de hipoteca exige ese instrumento como requisito constitutivo. Recordemos además que, por ejemplo, en caso de ejecución por impago, la ejecución hipotecaria otorga singulares ventajas procedimentales al deudor prestatario respecto de la posición que ostentaría en el caso de que el préstamo hubiera sido personal, y por ende se viera sometido en caso de impago a una ejecución ordinaria.

La conclusión que obtenemos es que tanto prestatario como prestamista pueden considerarse interesados en el otorgamiento de la escritura pública de préstamo hipotecario, y que por lo tanto ambos serían, aun aplicando la segunda regla prevenida en la norma del Arancel (que impone el pago a los interesados según las normas sustantivas y fiscales), deudores de la intervención notarial, por lo que si bien ambos están obligados solidariamente frente al Notario al pago de la totalidad de los gastos en cuanto ambos requirieron su intervención, internamente cada uno de ellos responde de la mitad de la deuda ([artículo 1137](#) y [1138](#) del [Código Civil](#)).

Este ha sido, por ejemplo, el criterio seguido por la **sección 6ª de la Audiencia Provincial de Asturias en varias sentencias, entre ellas la de 29 de septiembre de 2017**, que razona al respecto de la forma siguiente: *“...en la precitada sentencia de 23 de diciembre de 2015 el T.S . razona 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.; así pues el TS se ciñe al concepto de interesado referido por el Arancel de los Notarios entendiéndolo que el consumidor es el interesado en la celebración del préstamo el interesado, pero por el contrario a quien interesa la constitución de la garantía hipotecaria es al prestamista.*

Esa será la lectura que hace ahora este Tribunal en razón a la mentada vinculación a una sentencia del Pleno del TS, que además en este punto refleja el parecer unánime de todos sus magistrados.

En trance de distribuir el coste que nos ocupa constatamos que la práctica más común es que ambos negocios jurídicos se concierten en unidad de acto y en un solo instrumento notarial, de manera que la

minuta no diferencia el coste del préstamo del que corresponde a la garantía; por ello, a falta de criterio más ajustado a los particulares del caso que nos ocupa, el Tribunal considera que la solución más equitativa sería repartir los gastos de la matriz por mitad entre ambos otorgantes....”

4.- A modo de conclusión o resumen de todo lo expuesto:

DON I. D. U. y DOÑA E. M. S. por un lado y BANKIA, S.A. por otro, deben de pagar por mitad los gastos notariales en cuanto que ambas partes fueron requirentes de la intervención del notario, criterio este que el Arancel notarial fija como regla principal para determinar quién debe de correr con los gastos.

A mayor abundamiento, hipotéticamente, en el caso de que no constase quienes fueron los requirentes del Notario, la aplicación del criterio subsidiario prevenido en el arancel para determinar quien debe de correr con estos gastos, conforme al cual debe de pagar el interesado, arroja la misma solución; pues tanto la parte prestataria como la prestamista deben de reputarse interesados en ese otorgamiento.

Como quiera que conste probado que dichos gastos los pagaron en su totalidad DON I. D. U. y DOÑA E. M. S., procede condenar al banco al pago del 50% de los mismos, suma que en este caso asciende a 203,60 euros.

Siendo que la sentencia de instancia ahora recurrida condenó a BANKIA a pagar la totalidad de estos gastos, procede por lo tanto estimar parcialmente el recurso en este punto, en el sentido de que la suma que debe abonar el banco ha de ser el 50% de estos gastos, ascendente en este caso a la suma señalada de **203,60 euros** .

SÉPTIMO

Recurso interpuesto por la demandada bankia, S.A. (IV).- consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula relativa a los gastos registrales

1.- Reiteramos que la cláusula 5ª, que entre otras determinaciones que impone al prestatario los gastos registrales es abusiva y nula; nos remitimos a lo explicado ya en la presente resolución tanto en el fundamento de derecho cuarto, parágrafo **2** , como en el parágrafo **4** del fundamento jurídico segundo, como sobre todo, en el fundamento de derecho quinto parágrafo **2** .

2.- Se trata en suma ahora de determinar si la consecuencia de esta declaración de nulidad ha de ser la condena al prestamista de abonar al prestatario los gastos registrales que dicha parte ha acreditado que pagó en virtud de la documental que adjunta a la demanda.

Debemos partir de que, como hemos visto, la consecuencia de la declaración de nulidad es tener por no puesta la cláusula nula.

Si esa cláusula que impuso al prestatario el pago de estos gastos registrales ha de tenerse por no puesta, se trata ahora de determinar conforme a la normativa aplicable quién debe de afrontar dichos gastos, o dicho de otra forma, si existe base para condenar a la parte demandada prestamista a su abono a la demandante, criterio este que es el que ha mantenido la sentencia de instancia y que combate en su recurso el banco.

3.- La norma a la que debemos acudir no es otra que el Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad.

Dicha norma dispone en el Anexo II, norma Octava :*"1. Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllas 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. 2. Los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes las soliciten".* (el subrayado es nuestro),.

Por otro lado, el artículo 6 de la Ley Hipotecaria establece que *"la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente: a) Por el que adquiera el derecho"*.

Pues bien, no cabe ninguna duda de que la hipoteca se inscribe a favor del Banco, que es a favor de quien se constituye el derecho real de garantía, y quien lo adquiere .

Por lo tanto, es meridiano que conforme a las reglas expuestas, es el Banco quien debe abonar los derechos de registro, por lo que el recurso se desestima en este punto.

El argumento relacionado con quién tiene interés en el registro, o quién tiene interés en obtener la financiación, es en este caso irrelevante. A diferencia del Arancel notarial, que como hemos visto en el fundamento de derecho anterior, sí hacía referencia -si bien de forma subsidiaria- como criterio de imputación de pagos al interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla este criterio ni una regla semejante a la hora de establecer quién debe pagar esos gastos, sino que por el contrario los imputa a a aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho.

Como quiera que la inscripción de la garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad se efectúa a favor del Banco prestamista, es éste quien debe correr con dichos gastos, por lo que fue correcta la decisión de la sentencia apelada de condenar al prestamista a pagar a la parte actora prestataria los gastos registrales que éste haya acreditado haber abonado en aplicación de la cláusula declarada nula.

OCTAVO

Recurso interpuesto por la demandada bankia, S.A. (V).- nulidad de la cláusula que impone al prestatario el pago de gastos procesales y costas (cláusula 5ª e)

1.- Esta cláusula que con carácter general impone al prestatario el abono de los gastos y costas, así como los derechos de procurador y honorarios de abogado contratados por la entidad prestamista, es abusiva y nula. Las razones que esgrimimos no son otras que las que expuso el **Tribunal Supremo en la Sentencia 705/2015 de 23 de diciembre**. Y así:

2.- En cuanto a los gastos pre- procesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, y los derechos de procurador y honorarios de abogado contratados por la entidad prestamista, hemos de advertir en primer lugar que los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en los [arts. 394 y 398 LEC](#), para los procesos declarativos, y en los arts. 559 y 561 de la misma Ley, para los procesos de ejecución. Tales normas se fundan básicamente en el principio del vencimiento, y en el caso concreto de la ejecución, las costas se impondrán al ejecutado cuando continúe adelante el despacho de ejecución; pero también podrán imponerse al ejecutante cuando se aprecie algún defecto procesal no subsanable o que no se haya subsanado en el plazo concedido al efecto ([art. 559.2 LEC](#)), o cuando se estime algún motivo de oposición respecto del fondo ([art. 561.2 LEC](#)); y cuando la estimación sea parcial, cada parte deberá hacer frente a las costas devengadas a su instancia. Por consiguiente, la

atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales no solo infringe normas procesales de orden público, lo que comportaría sin más su nulidad ex art. 86 TRLCU y [art. 8 LCGC](#), sino que introduce un evidente desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaer a todo trance las consecuencias de un proceso sobre una de ellas, sin tener en cuenta ni la procedencia legal de la reclamación o de la oposición a la reclamación, ni las facultades de moderación que la ley reconoce al Tribunal cuando aprecie serias dudas de hecho o de derecho”.

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

NOVENO

Recurso interpuesto por la demandada bankia, S.A. (VI).- cláusula que impone al prestatario el pago de los gastos de conservación del bien hipotecado y la suscripción de seguro de incendios (cláusula 5ª d).- cláusula 12ª que impone al prestatario la obligación de conservar la finca hipotecada.- No procede la declaración de nulidad

1.- En este fundamento de derecho vamos a estudiar conjuntamente las alegaciones que realiza el recurso de apelación en relación a dos cláusulas distintas pero que tienen relación entre sí. En ambos casos la sentencia apelada declara su nulidad por considerarlas abusivas mientras que el apelante entiende que no lo son.

2.- Como hemos expuesto ya, la cláusula quinta apartado d) dice:

“ GASTOS A CARGO DEL PRESTATARIO: serán a cargo de la parte prestataria todos los gastos que se originen como (...)

d).- Los gastos derivados de la conservación del hipotecado, que correspondan a la parte prestataria o hipotecante como consecuencia de la titularidad del dominio u otro derecho real sobre el bien hipotecado, así como los del seguro de riesgo de incendios, que la parte prestataria estará obligada a contratar y mantener, siendo la caja beneficiaria del mismo, durante la vigencia de este contrato, de la finca hipotecada por cantidad inferior al valor que se expresa al reseñarla, debiendo comunicar a la compañía aseguradora la constitución de hipoteca, a los efectos del artículo 110/2 de la ley hipotecaria, para el supuesto de siniestro durante la vigencia del préstamo, consintiendo si no lo hiciera, a que la entidad acreedora pueda contratar en su nombre la correspondiente póliza, en las condiciones anteriormente mencionadas.

Por su parte la cláusula DUODECIMA establece lo siguiente: *“ La parte prestataria se obliga a conservar con diligencia la finca hipotecada, y hacer las reparaciones necesarias para su*

conservación. La entidad prestamista quedará facultada para inspeccionar la finca hipotecada cuando lo juzgue conveniente por medio de uno cualquiera de sus apoderados o de la persona que la caja designe”.

3.- La sentencia recurrida considera que la cláusula 12ª sería nula, con base en los siguientes razonamientos:

“el propio contenido de esta estipulación en su parte final en cuanto faculta a la entidad bancaria a inspeccionar la vivienda, por cualquier persona que ella considere oportuno, no solamente constituye una cláusula abusiva sino que puede vulnerar derechos fundamentales de la persona como el derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio; sin que la firma de esta estipulación puede implicar un consentimiento libremente prestado al margen de las prevenciones legales para la entrada e inspección del que puede ser el domicilio habitual de una persona. Circunstancia esta que reflejada en una cláusula predispuesta y preredactada, de la que no se acredita negociación alguna, difícilmente puede ILE.rnos a sostener su validez, pudiendo incluso constituir infracción penal.

Por otra parte el contenido de la misma imponiendo al propietario de un bien, su casa o finca, la obligación de realizar reparaciones y conservación de la finca, como obligación impuesta por un tercero que no es titular dominical de la finca, constituye un claro abuso de derecho que vulnera incluso el art. 1255 del CCivil.”

A su vez entiende que la cláusula 5 d) que impone al prestatario el abono de los gastos derivados de la conservación del hipotecado que correspondan a la parte prestataria o hipotecante como consecuencia de la titularidad del dominio u otro derecho real sobre el bien hipotecado, sería nula con base en el argumento que predica de toda la cláusula cuarta en su conjunto, relativo a la imposición de los gastos presentes y futuros al prestatario.

4.- Por lo que hace a la cláusula 12ª, debemos discrepar en parte de la sentencia recurrida, pues entendemos que la cláusula en cuestión no es abusiva.

El hecho de que se impongan al hipotecante los gastos derivados de la conservación de las fincas no parece que pueda tener carácter abusivo, pues dicha conservación de la finca (que constituye, en definitiva, la garantía del prestamista) parece propia del propietario hipotecante, que no deja de serlo por razón del gravamen. La capacidad para adoptar las providencias necesarias a fin de mantener adecuadamente la garantía prestada, conforme al estado que presentaba cuando fue tasada y valorada antes de constituir la garantía, reside cabal y objetivamente en el titular de esa finca gravada con la hipoteca. Las facultades de inspección que en esta cláusula se reserva el banco no puede decirse que vulneren el derecho de intimidad pues obviamente la cláusula no puede ni debe interpretarse contra la Ley imperativa; la cláusula, que lacónicamente reserva al banco facultades de inspección de la finca demandada en garantía, es susceptible de ser interpretada en el sentido de que dichas facultades de inspección contempladas por esta cláusula se limitan a la comprobación general del estado de la garantía y que obviamente no se extienden hasta el punto de poder acceder al interior de la finca sin el consentimiento del titular o hasta el punto de vulnerar derechos fundamentales del hipotecante.

En este sentido, no debemos olvidar que el [artículo 117](#) de la [Ley Hipotecaria](#) establece: *“Cuando la finca hipotecada se deteriorare, disminuyendo de valor, por dolo, culpa o voluntad del dueño, podrá el acreedor hipotecario solicitar del Juez de Primera Instancia del partido en que esté situada la finca, que le admita justificación sobre estos hechos; y si de la que diere resultare su exactitud y fundado el temor*

de que sea insuficiente la hipoteca, se dictará providencia mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño.”

Del precepto se extraen dos consecuencias:

a) Que la obligación del hipotecante de conservar la finca tiene rango de obligación legal, hasta el punto de que este precepto atribuye al acreedor hipotecario ciertas acciones o facultades en el caso de deterioro del valor de la finca por dolo, culpa o voluntad del dueño.

b) Que este precepto parte precisamente de la premisa de que el acreedor puede advertir deterioro de la finca hipotecada y que ese deterioro es por culpa o dolo del hipotecante. Esto significa por lo tanto que el que el hecho de que el acreedor hipotecario pueda comprobar o inspeccionar la finca a estos solos efectos (sin que ello suponga en modo alguno -debe insistirse- el que pueda entrar en ella sin consentimiento de su titular) no es *prima facie* contrario a la Ley.

5.- De otro lado, la tantas veces citada **Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015** parte también de que la obligación de conservar la finca es una obligación legal del hipotecante, por lo que no puede considerarse abusiva- sino más bien inane- la cual que le impone al mismo esta obligación- Dice la sentencia lo siguiente. *“En lo que atañe a los gastos derivados de la contratación del seguro de daños, no parece que esta previsión sea desproporcionada o abusiva, por cuanto deriva de una obligación legal ([art. 8 LMH](#)), habida cuenta que cualquier merma del bien incide directamente en la disminución de la garantía. Es decir, no se trata de una garantía desproporcionada, en el sentido prohibido por el art. 88.1 TRLGCU, sino de una consecuencia de la obligación de conservar diligentemente el bien hipotecado y de asegurarlo contra todos los riesgos que pudieran afectarlo. Pero, en todo caso, se trata de una previsión inane, puesto que la obligación de pago de la prima del seguro corresponde al tomador del mismo, conforme al art. 14 de la Ley de Contrato de Seguro .”*

6.- Esto nos lleve ya al estudio de la cláusula quinta apartado d) que impone al prestatario los gastos de conservación de la finca hipotecada así como la contratación de un seguro de incendios.

Esta cláusula no es abusiva.

El [art. 8](#) de la [Ley 2/1981, de 25 de marzo](#), de regulación del mercado hipotecario determina que “los bienes hipotecados habrán de estar asegurados contra daños por el valor de tasación, en las condiciones que reglamentariamente se determinen». Y el [art. 10.1](#) del [Real Decreto 716/2009, de 24 de abril](#), por el que se desarrollan determinados aspectos de la [Ley 2/1981, de 25 de marzo](#), de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero dispone que “los bienes sobre los que se constituya la garantía hipotecaria deberán contar con un seguro contra daños adecuado a la naturaleza de los mismos. Los riesgos cubiertos deberán ser, al menos, los incluidos en los ramos de seguro 8 y 9 del artículo 6.1 del [Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre](#), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, con excepción del robo. La suma asegurada deberá coincidir con el valor de tasación del bien asegurado excluido el valor de los bienes no asegurables por naturaleza, en particular el suelo”. No obstante, tales preceptos entendemos que lo que están estableciendo es un requisito para que los préstamos hipotecarios puedan ser titulizados y tengan acceso al mercado, que es precisamente lo que regulan esas normas.

El [art. 110 Ley Hipotecaria](#), por su parte, dispone que se entenderán hipotecados, juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario

de los inmuebles hipotecados por razón de éstos, siempre que el siniestro haya tenido lugar después de la constitución de la hipoteca. Por consiguiente, no se puede negar que la garantía hipotecaria que pesa sobre la finca se traslada, caso de daño a ésta, a la indemnización, que queda afecta al pago del crédito. No obstante, de ello no creemos que se derive una completa garantía para el acreedor hipotecario ante el riesgo de daños en la finca, porque esa norma no garantiza la solvencia de quien causa los daños ni tampoco frente a la eventualidad de que los mismos tengan su origen en la propia acción negligente del titular del inmueble, supuesto en el que no nacería derecho alguno indemnizatorio que pudiera garantizar al acreedor frente al riesgo derivado de la pérdida de valor del inmueble gravado.

Finalmente, no cabe sino reiterar lo expuesto por la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 que hemos transcrito en el parágrafo anterior.

Todo lo expuesto determina la no abusividad de esta cláusula. Cabe añadir que otra cosa distinta sucedería si la cláusula impusiera al prestatario la obligación de contratar seguro con una compañía concreta o determinada, cláusula que sí sería abusiva, pues si bien está justificado que los prestamistas puedan exigir a los consumidores que dispongan de la pertinente póliza de seguro para garantizar el reembolso del crédito o asegurar el valor de la garantía, el consumidor debe tener la oportunidad de elegir su propio proveedor de seguro, a condición de que su póliza de seguro tenga un nivel de garantía equivalente al de la póliza ofrecida por el prestamista. Pero es el caso que nos ocupa, pues la cláusula litigiosa no impone al prestatario la contratación con un asegurador concreto.

7.- En conclusión, debemos estimar en parte el recurso de BANKIA y revocar la sentencia de primer grado en cuanto a la declaración de nulidad de la cláusula 12 y en cuanto a la declaración de nulidad de la cláusula 5ª d), que consideramos que no son abusivas.

DÉCIMO

Recurso interpuesto por la demandada bankia, S.A. (VII).- nulidad de la cláusula 20ª relativa a la imputación de pagos

1.- La cláusula 20ª establece: *“VIGESIMA.- Las partes prestataria y fiadora, autorizan expresamente la caja, para aplicar cualquier saldo que pudieran tener a su favor en cuenta corriente, libreta de ahorro o en otra forma de depósitos saldo disponible en cualquier oficina de la caja, para reintegro de las cantidades vencidas u impagadas de la presente operación”*.

2.- La sentencia recurrida, con cita de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 1ª, de 11 de julio de 2016, declaró la nulidad por abusiva de esta cláusula. Considera la juez "a quo" que al establecerse esta cláusula no hubo negociación y que dicha cláusula, -que establece una regla de imputación de pagos distinta de la prevenida en el [artículo 1172 del Código Civil](#) - concede a la entidad una total libertad en la decisión sobre la imputación de los saldos a los pagos que estime, sin que pueda admitirse que el consumidor conociera el real alcance patrimonial de dicha estipulación.

3.- Consideramos que pese a que en realidad el [artículo 1172 del Código Civil](#) regulador de la imputación de pagos tiene carácter dispositivo, la cláusula examinada sí que es abusiva y por ende nula, por las razones que vamos a exponer. Efectivamente, el [art. 1172 Código Civil](#) es un precepto dispositivo y no imperativo, por lo que es muy cuestionable que se pueda invocar su sola infracción para justificar la declaración de nulidad de la cláusula. No obstante, ello no quiere decir que la cláusula no pueda ser abusiva, pues aunque un precepto dispositivo admite pacto en contrario, la modificación

contractual de esas normas dispositivas puede haberse realizado con abusividad en perjuicio del consumidor. No en vano, el [art. 86 TRLGDCU](#) comienza diciendo: “*En cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean:...*” Es decir, como vemos el precepto establece la eventual abusividad de aquellas cláusulas privativas o limitativas del derechos reconocidos al consumidor no solo por normas imperativas, sino también por normas dispositivas. Y así deriva también de lo dispuesto en el [art. 89.3 TRLGDCU](#).

En nuestro caso, la cláusula discutida priva al consumidor sin que exista justificación ni motivación alguna, del derecho a poder imputar los pagos que realice a la entidad financiera, tal como le reconocía el [artículo 1172 del Código Civil](#), privándole así inmotivadamente de un derecho con el que “*ab initio*” contaba. No consta, insistimos, negociación alguna de esta cláusula, que fue predispuesta por el Banco, ni justificación razonable para su establecimiento en términos de reciprocidad, pues la cláusula determina para el consumidor la pérdida de derechos que ostenta por norma legal dispositiva, sin ninguna correlativa contraprestación ni causa que justifique su imposición. Por todo ello es una cláusula abusiva. El recurso del banco se desestima en este punto

UNDÉCIMO

Recurso interpuesto por la demandada bankia, S.A. (y VIII).- nulidad de la cláusula cuarta a, b y d b) que impone al prestatario el pago de determinadas comisiones

1.- La cláusula 4 establece: “*COMISIONES.- Con independencia del interés establecido de acuerdo con la normativa específica para este tipo de préstamos, se estipulan a favor de la Caja y a cargo de la parte prestataria las comisiones siguientes:*

a) una Comisión de reclamación por incumplimiento de cuotas, intereses y/o amortizaciones impagadas, por importe de 12,02 € por cada uno de los impagados, liquidándose esta Comisión al regularizarse el impago.

b) una Comisión de subrogación del UNO POR CIENTO sobre el capital del préstamo pendiente de amortización en el momento de efectuarse la subrogación en la obligación de pago, con un mínimo de ciento veinte euros con veinte céntimos de euro (120,20 euros) a satisfacer por el futuro adquirente de la vivienda.

(...)

d)...b).- Una comisión por cada una de las modificaciones de condiciones del préstamo del 1% sobre el capital pendiente, con un mínimo de 120,20 €, en el supuesto de que, a petición de la parte prestataria, durante la vigencia del préstamo, se modifica el tipo de interés, o cualquier otra condición de lo pactado inicialmente en el presente contrato”.

2.- La sentencia recurrida, con cita de una sentencia de esta Sala, razona de la siguiente forma:

“... concurren en el presente caso los requisitos reseñados que nos lleven a considerar abusiva y por ende nula la cláusula reproducido in supra. Por un lado en cuanto a las reclamaciones por descubiertos haciendo nuestros los pronunciamientos que refleja la sentencia de la AP de LA Rioja, ya que se instaure como cláusula prerredactada e impuesta por el empresario al consumidor; servicio que tiene su razón de ser en los gastos que tal posición deudora pueda generar pero se impone sin reflejo real en los gastos que se puedan producir. Y si bien la cláusula es clara en su redacción, no supera el control

del alcance económico para el consumidor.

Mismos criterios y razonamientos son de aplicación al caso de la comisión por subrogación del 1% sobre el capital pendiente de amortización en el momento de efectuarse una subrogación y que ha de satisfacer incluso quien no es parte en el contrato. Y asimismo la imposición del 1% del capital pendiente en caso de interesar una modificación de las condiciones de préstamo, imposición que no guarda relación en las obligaciones del prestamista y que no permiten conocer al consumidor el alcance económico de dicha estipulación.

Asimismo, tanto la orden ministerial EHA/2899/20011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (que vino a derogar la anterior de 1989) como la circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, vinieron a insistir en la necesidad de informar previamente al cliente sobre las comisiones percibidas por las operaciones y servicios más frecuentes. Por último, la memoria del servicio de reclamaciones del Banco de España del año 2012, dispone lo siguiente: " Sólo podrán, en todo caso, percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicio solicitados en firme y aceptados expresamente por el cliente, y siempre que respondan a los servicios efectivamente prestados o gastos habidos ." Ciertamente es tanto la OM del 2011 como la memoria del Banco de España de 2012 son posteriores a la fecha de la suscripción de los contratos objeto de este litigio, pero no la orden ministerial del 1989, plenamente vigente. Con todo, todas esas normas constituyen un buen punto de partida o elemento de referencia a la hora de analizar y valorar la conducta del banco en la comercialización de esas cláusulas y si la misma fue o no abusiva. Hasta el punto que tales normas fueron dictadas justamente para acabar con algunas malas praxis cometidas por el sector financiero en perjuicio de los consumidores.

Por todo ello procede declarar la nulidad por abusiva de la cláusula cuarta.- comisiones en los términos y apartados indicados anteriormente."

3.- La apelante recurre, en resumen, porque entiende que cláusula en cuestión es clara en su redacción; alega también que los consumidores pueden razonablemente plantearse todos los posibles escenarios en los que serían abonadas; y que además, la cláusula fija moderadas comisiones como contraprestación a servicios o gestiones efectivos

4.- Examinado el contrato, se constata que se incluyen determinadas cantidades en concepto de incumplimiento de cuotas, de subrogación, de modificación de condiciones, etc., que deben considerarse abusivas y por tanto nula su inclusión, toda vez que es doctrina reiterada y asumida, según tiene declarado el TJUE, que respecto de los gastos y comisiones ha de quedar debidamente justificado que obedecen a servicios efectivamente prestados y en el presente caso tal circunstancia no consta debidamente acreditada, además de considerar que quiebra el principio de igualdad de las partes contratantes contenido en el [artículo 1256](#) del [Código Civil](#), al tratarse el considerado de un contrato de adhesión que no admitió la posible negociación de ninguna de las estipulaciones integrantes de su clausulado por parte del prestatario.

Así, por referirnos a las comisiones por impago (12,20 euros cada cuota impagada) también se han de tener por abusivas en la medida en que cualquier comisión que las entidades bancarias repercutan en los clientes debe corresponder a la prestación de un servicio real acreditado que es el que se remunera según se infiere del artículo 277 del Código del Comercio . Se ha de tener por tanto presente la naturaleza bilateral y contraprestacional de la propia comisión, bilateralidad que aquí tampoco existe.

En cualquier caso debe llamarse la atención acerca de lo dispuesto en el art. 85.6 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que califica como abusivas " *las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones* ". De igual modo, el art. 87.6 del mismo texto legal considera abusivas las cláusulas que impongan " *el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente* " o " *la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados* ".

Pues bien, en el presente caso, se reclaman comisiones por impago de cuotas no justificándose el coste real a que hayan dado lugar dichos impagos por lo que el establecimiento de la comisión supone por un lado, la imposición de una sanción al consumidor que no cumple su obligación además del interés moratorio impuesto y por otro, la reclamación de cantidades por servicios que no constan prestados o por daños que no constan efectivamente causados, por lo que debe darse lugar a su declaración de abusividad.

Respecto a la comisión de subrogación y a la comisión por modificación de tipo de interés o de condiciones, parece necesario comenzar con el análisis de la reglamentación bancaria a tener en cuenta en la fecha de la contratación (2007):

- La Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito (derogada por la [OM 2899/2011](#)). El apartado quinto de su primer capítulo decía: "*Las comisiones por operaciones o servicios prestados por las entidades de crédito serán las que estas fijen libremente.*

No obstante, las entidades de crédito establecerán y harán públicas, previo registro en el Banco de España, unas tarifas de comisiones y gastos repercutibles con indicación de los supuestos y, en su caso, periodicidad, con que serán aplicables, no pudiendo cargar tipos o cantidades superiores a los contenidos en las mismas o conceptos no mencionados en ellas. Tales tarifas podrán excluir las comisiones derivadas de servicios financieros de carácter excepcional o singular, y, en los supuestos que el Banco de España determine, de aquellos otros en los que intervenga apreciablemente el riesgo.

En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente. Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos".

- La [Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre](#) sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. La norma tercera en su apartado tercero dispone:

3. Las comisiones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente.

La cláusula controvertida prevé una comisión del uno por ciento del capital pendiente (con un mínimo de 120 euros), tanto para el caso de producirse subrogación como para el caso de producirse modificación de condiciones.

Consideramos que, aunque como dice el apelante, la cláusula es de redacción clara y que no presenta especiales dificultades para su comprensión, sin embargo, una cosa es que supere el control de transparencia gramatical (incorporación) y otra que la misma no determine un desequilibrio, por falta de reciprocidad.

En relación a estas cuestiones la respuesta no está tan clara, pues se firma el cobro de un porcentaje

(1%) sobre el total de préstamo pendiente, concepto este forzosamente inespecífico; solo se fija un importe mínimo de 120 euros, que garantiza al banco siempre un beneficio mínimo sin necesidad de justificación. De otro lado, y sobre todo, la cláusula tiene un componente inequívoco de penalización, susceptible de disuadir al consumidor de esa modificación de condiciones para obtener otras más favorables, so pena de tener que pagar esta comisión, lo cual carece de justificación razonable y genera en perjuicio del consumidor un patente desequilibrio; no queda claro en absoluto cual sería la concreta gestión del banco que se estaría retribuyendo mediante el cobro de estas comisiones, que al fijarse mediante porcentaje puede ser muy eI.E.da.

Por consiguiente este motivo de recurso se desestima.

DUODÉCIMO

Costas

1.- El recurso de apelación deducido por DON I. D. U. y DOÑA E. M. S. ha sido estimado en parte, en la medida en que se ha de considerar nula la cláusula quinta también en el apartado b) relativo a los tributos. Sin embargo, se ha desestimado en todo lo demás, singularmente en lo relativo a la pretensión de que el banco fuera condenado a devolver a los prestatarios el importe del tributo, y en lo relativo a costas.

2.- El recurso interpuesto por BANKIA se estima parcialmente también, en la medida en que hemos considerado que la consecuencia de la nulidad de la cláusula sobre gastos notariales es la división por mitad de los mismos; y en la medida en que no consideramos nulas las cláusulas quinta d) y duodécima del contrato.

3.- Lo expuesto determina que no procede realizar especial pronunciamiento en costas en ninguna de las dos alzadas ([artículo 394](#) y [398 Ley de Enjuiciamiento Civil](#)).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos en parte tanto el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte actora DON I. D. U. y DOÑA E. M. S. como el que interpuso la representación procesal de la demandada BANKIA, S.A., ambos contra la sentencia de 29 de mayo de 2017 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Logroño en Juicio Ordinario 94/17 del que deriva este Rollo de Sala nº378/17, resolución que revocamos en los términos siguientes.

PRIMERO

Declaramos abusiva y nula la cláusula Quinta apartado b) del contrato de préstamo hipotecario suscrito por las partes en fecha 30 de marzo de 2007 relativa a tributos, sin que haya lugar a condenar a la parte demandada al pago de suma alguna a los demandantes por razón de este concepto.

SEGUNDO

Se mantiene la declaración de abusividad y por ende la declaración de nulidad de la cláusula Quinta apartado a) relativa a aranceles notariales y registrales que hizo la sentencia de primera instancia. Dicha declaración de nulidad determina:

a) Que debemos condenar y condenamos a BANKIA, S.A. al pago a DON I. D. U. y DOÑA E. M. S.

de los gastos registrales que estos abonaron, ascendentes a 166,64 euros.

b) Que debemos condenar y condenamos a BANKIA, S.A. a pagar a DON I. D. U. y DOÑA E. M. S. la suma de 203,60 euros, correspondiente a la mitad de esos gastos notariales.

TERCERO

Se declara la validez de la cláusula Quinta apartado d) relativa a gastos de conservación de lo hipotecado y del seguro de incendios.

CUARTO

se declara la validez de la cláusula duodécima, relativa a la obligación del prestatario de conservar la finca hipotecada, hacer reparaciones necesarias y facultad de inspección de las fincas hipotecadas, esto último sin que pueda interpretarse que la parte prestamista tiene facultad de acceder a la finca hipotecada sin el consentimiento de su titular.

QUINTO

Se mantienen todos los demás términos de la resolución impugnada, en particular los demás pronunciamientos que habían sido impugnados por la prestamista; en su virtud, se mantiene la declaración de abusividad y por lo tanto de nulidad de las cláusulas Cuarta A, B Y D-b) relativa a Comisiones, cláusula Quinta e) relativa a gastos procesales y honorarios de abogado y procurador, cláusula vigésima relativa a imputación de pagos.

SEXTO

No se hace especial pronunciamiento sobre las costas procesales de ambas alzadas.

Contra esta sentencia cabrá recuso de casación si se cumplen los requisitos legales y procesales previstos.

Cumplase al notificar esta resolución lo dispuesto en el [artículo 248.4](#) de la [Ley Orgánica del Poder Judicial](#).

Devuélvanse los autos al juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, interesándose acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al rollo de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos/as Sres/as Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que la Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.