

**Juzgado de Primera Instancia nº 25 bis de Valencia**  
**Procedimiento ordinario 3303/2017**

**SENTENCIA 2918/2018**

En Valencia, a veintiseis de noviembre de dos mil dieciocho.

Dña. Pilar Navarro Andreu, Juez de refuerzo del Juzgado de Primera Instancia número 25 bis de Valencia, habiendo visto los presentes autos del **Juicio Ordinario número 3303/2017**, promovidos a instancia de la Procuradora D<sup>a</sup>. [redacted] en nombre y representación de [redacted] y bajo la dirección jurídica de los Letrados D. Ricardo Cano Zamorano, D<sup>a</sup> Estefanía Díaz Mestre, D. Ignacio Girbés Llácer y D<sup>a</sup> María Elena Arnedo Franco contra **Kutxabank S.A.**, representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. María [redacted] y bajo la dirección jurídica del Letrado [redacted] Moreno sobre nulidad de condición general de la contratación y reclamación de cantidad.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En fecha 20 de octubre de 2017 la Procuradora D<sup>a</sup>. Encarnación [redacted] en nombre y representación de [redacted], presentó demanda de juicio ordinario en la que terminaba suplicando el dictado de una sentencia por la que:  
*“Se declare la nulidad de la cláusula sobre gastos localizada en las páginas 20 y 21 de la escritura aportada condenándose a la entidad ha que proceda a devolver aquellas cantidades abonadas indebidamente por mi mandante por la aplicación de dicha cláusula de gastos, esto es la cantidad de 3610,30 €.  
Todo ello con imposición, en caso de oposición, de las costas generadas por la parte demandada.”*

**SEGUNDO.-** Mediante Decreto de fecha 12 de febrero de 2018 se admitió a trámite la demanda y se acordó sustanciar el proceso por los trámites del juicio ordinario, emplazando a la parte demandada para que en plazo de 20 días presentase escrito de contestación a la demanda, con los apercibimientos oportunos.

Por la Procuradora de los Tribunales [redacted] Cuenca en nombre y representación de Kutxabank S.A., presentó, con fecha de registro de entrada de 29 de marzo 2018 escrito de contestación a la demanda interesando el allanamiento parcial respecto a la petición de nulidad de la cláusula gastos, pero no a los efectos de esa nulidad, oponiéndose al abono de las cantidades reclamadas; solicitando por lo demás que se desestime la demanda con imposición de costas a la parte actora. En concreto, recoge en su escrito de contestación la negociación, validez, legalidad y no abusividad de la cláusula financiera de gastos a cargo de la parte prestataria.

**TERCERO.-** Mediante Decreto de fecha 4 de abril 2018, se convocó a las partes a la audiencia previa al juicio, con los apercibimientos oportunos.

Llegado el día, compareció la parte actora debidamente asistida y representada. Por la demandada en cambio compareció sólo el Procurador. Acto seguido la parte actora se ratificó en sus planteamientos iniciales; se fijaron los hechos controvertidos y solicitó el recibimiento del pleito a prueba. No proponiéndose más prueba que la documental, quedaron los autos vistos para sentencia.

**CUARTO.-** De la prueba practicada en autos, queda probado que en fecha 19 de noviembre de 2007, de una parte, y de otra, KUTXABANK, formalizaron escritura pública del préstamo hipotecario ante el Notario de Valencia Don Manuel Mínguez Jiménez con número

La estipulación *QUINTA* de dicha escritura pública, bajo la rúbrica "GASTOS A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA", establece:

*"Serán de cuenta de la parte deudora todos los gastos, presentes o futuros, que se deriven de esta escritura, entre los que se incluirán expresamente los siguientes: a) Aranceles notariales, con inclusión de los producidos por la expedición de su primera copia para Bilbao Bizkaia Kutxa, y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca aquí constituida. b) Impuestos que graven o puedan gravar tanto el préstamo como la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca aquí constituida. c) Gastos de tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la Oficina Liquidadora de Impuestos. d) Los derivados de la conservación del inmueble hipotecado, así como del seguro de daños del mismo, y las contribuciones, arbitrios, impuestos o tasas que graven dicho inmueble. e) Los gastos procesales o de otra naturaleza derivados del incumplimiento por el prestatario de su obligación de pago. 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 entidad prestamista, dirigida a la concesión o administración del préstamo".*

Como consecuencia de la obligación de pago prevista en la estipulación 5ª los actores abonaron aranceles de Notario en la cantidad de 927,42 euros y gastos de Registro en la cantidad de 186,88 euros.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### **PRIMERO.- Pretensiones ejercitadas.**

D. ejercita con carácter principal una acción declarativa de nulidad de la condición general de contratación con restitución de cantidades indebidamente abonadas, más intereses legales y costas.

La parte actora, ejercita esta pretensión en fundamentación de la cual esgrime que en fecha 19 de noviembre de 2007, D. I de una parte, y de otra, KUTXABANK, formalizaron escritura pública del préstamo hipotecario ante el Notario de Valencia Don Manuel Mínguez Jiménez con número

La estipulación QUINTA de las citadas escrituras, bajo la rúbrica "GASTOS A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA", dispone: "Serán de cuenta de la parte deudora todos los gastos, presentes o futuros, que se deriven de esta escritura, entre los que se incluirán expresamente los siguientes: a) Aranceles notariales, con inclusión de los producidos por la expedición de su primera copia para Bilbao Bizkaia Kutxa, y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca aquí constituida. b) Impuestos que graven o puedan gravar tanto el préstamo como la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca aquí constituida. c) Gastos de tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la Oficina Liquidadora de Impuestos. d) Los derivados de la conservación del inmueble hipotecado, así como del seguro de daños del mismo, y las contribuciones, arbitrios, impuestos o tasas que graven dicho inmueble. e) Los gastos procesales o de otra naturaleza derivados del incumplimiento por el prestatario de su obligación de pago. 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 entidad prestamista, dirigida a la concesión o administración del préstamo".

Alega que en concreto se pretende la nulidad de la cláusula en los términos indicados.

Alega que como consecuencia de la obligación de pago prevista en la estipulación 5º la parte actora abonó aranceles de Notario en la cantidad de 927,42 euros; gastos Registro en la cantidad de 186,88 euros y gastos de IAJD en la cantidad de 2496 euros.

Alega la condición de consumidor y de empresario de la parte actora y demandada respectivamente.

Entiende que las condiciones generales de contratación impugnadas fueron incluidas de forma unilateral por el Banco demandado sin que se hubiere pactado y se le hubiere informado de las características de dicha estipulación por lo que la misma debe ser declarada nula por abusiva.

En cuanto a la cláusula de gastos, alega que la imposición indiscriminada de todos los previstos a la parte actora resulta abusiva y por tanto debe declararse su nulidad, considerando que los mismos deben ser abonados por la entidad.

Frente a dicha pretensión, la parte demandada formuló allanamiento parcial respecto a la petición de nulidad de la cláusula gastos, pero no a los efectos de esa nulidad, oponiéndose al abono de las cantidades reclamadas.

Por lo demás solicita que se desestime la demanda a la que se opone alegando diversos motivos:

En primer lugar, alega que las cláusulas impugnadas son válidas y que el pacto sobre gastos supera el control de inclusión, test de abusividad y test de razonabilidad.

Además, que los gastos cuyo pago se atribuye al consumidor deben ser asumidos por éste invocando normativa y jurisprudencia recaída sobre la materia.

**SEGUNDO.- Del allanamiento parcial respecto a la cláusula gastos.**

La parte actora pretende la nulidad de la cláusula quinta por la que se impone al prestatario el pago de todos los gastos de formalización de la hipoteca. La parte demandada manifiesta su allanamiento a la petición de nulidad instada.

El artículo 21 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que lleva como rúbrica el “*allanamiento*” contempla, en su apartado segundo, la posibilidad de un allanamiento parcial, con la posibilidad de dictar, a instancia del demandante, un Auto que recoja las pretensiones sobre las que recaiga. No siendo este el caso, el allanamiento se recoge en la presente resolución.

En efecto, la entidad de crédito demandada, en su escrito de contestación a la demanda, prestó allanamiento respecto a cláusula de gastos ambas escrituras objeto del presente procedimiento. No obstante allanarse a su nulidad, manifiesta su disconformidad con las consecuencias de la misma; cuestión que será objeto de pronunciamiento en el Fundamento Jurídico siguiente.

### **TERCERO.- Del carácter de la Cláusula Quinta de Gastos a cargo de la parte prestataria.**

La parte actora ejercita una acción de nulidad de la cláusula quinta del contrato de préstamo hipotecario suscrito con la entidad demandada por entender que la misma es abusiva de conformidad con el TRLGDCU 1/2007 de 16 de noviembre y la Ley 7/1998 de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación.

No obstante invocar las partes el TRLGDCU lo cierto es que la normativa aplicable al caso concreto es la Ley 26/1989 de 19 de junio, por ser la normativa de protección de consumidores que estaba vigente en el momento de la suscripción de ambos contratos.

Tanto la citada Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, así como la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (reformada por la Ley 39/2002 de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas Directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de consumidores y usuarios y por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de consumidores y usuarios), desarrollan, por un lado, el artículo 51 CE, que mandata a los poderes públicos para que garanticen la defensa de los consumidores y usuarios, y por otro, las diversas directivas comunitarias que pretenden idéntica finalidad.

El artículo 1 de la Ley 7/1998 define las Condiciones Generales de la Contratación como “*las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contrato*”

-Es el **profesional**, persona física o jurídica, que en sus negocios jurídicos con terceros hace uso de cláusulas preredactadas que han sido elaboradas con la finalidad de ser incluidas en una pluralidad de contratos-y **adherente**- puede ser consumidor o no, pudiendo ser también otro profesional que no actúe en el marco de su actividad, puede ser persona física o jurídica-.

En materia de condiciones generales de la contratación que tengan el

carácter de abusivas, la formulación más pragmática es la que aparece en la Directiva 93/13 CEE que en su art. 2 indica que se entenderá por cláusula abusiva *“las cláusulas que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”*.

La Ley de Condiciones Generales de la Contratación en la Exposición de Motivos, reproduce la definición de cláusula abusiva de la Directiva, remitiendo en el artículo 8 de la citada Ley a la definición que de cláusulas abusivas da la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Tal y como se ha expuesto, la abusividad y su efecto de nulidad vienen referidos a cláusulas que tengan la naturaleza de condiciones generales de la contratación o que no hayan sido negociadas individualmente. En contratos como el que es objeto de autos, existe una presunción *ius tantum* de que las condiciones incorporadas en el mismo no han sido negociadas por las partes sino que fueron elaboradas de forma unilateral por el predisponente, entidad de crédito, con el fin de incorporarlas a éste y a una pluralidad de contratos de la misma clase. No obstante, dicha presunción puede desvirtuarse mediante prueba en contrario, recayendo sobre el profesional la carga de acreditar que el consenso entre demandante y demandado existió, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10.bis.2 de la LGDCU.

En el caso que nos ocupa, no se ha probado por la parte demandada que la cláusula impugnada fuera negociada por las partes, pues su actividad procesal se limitó a una serie de alegaciones dirigidas a negar lo dicho de contrario, pudiendo concluir que la citada estipulación es una Condición General de la Contratación que fue incorporada al contrato sin previo consenso de las partes que lo suscribieron, con las características propias de contractualidad, generalidad, predisposición e imposición.

Determinado el carácter de Condición General de Contratación de la cláusula impugnada por la parte actora, procede examinar si la misma es o no es abusiva.

#### **CUARTO.- Efectos de la declaración de nulidad cláusula quinta.**

Antes de examinar la cláusula impugnada, conviene dejar constancia que esta Juzgadora, en resoluciones precedentes, sostenía sobre esta cuestión, un criterio distinto al sentado recientemente por la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia en Sentencia nº624/2017 de 21 de noviembre de 2017.

El Juzgado que dicta la presente resolución tiene atribuida de forma exclusiva y excluyente la competencia para conocer, en primera instancia, de las condiciones generales de la contratación entre personas físicas. Dado que la Sección 9 de la Audiencia Provincial de Valencia va a conocer, en segunda instancia, de los recursos interpuestos contra las resoluciones que dicte, esta Juzgadora considera adecuado y conveniente, por seguridad jurídica, asumir el criterio fijado por la citada Sección y así se hará constar en las Sentencias que en adelante dicte.

Dicho lo cual, procede analizar la cláusula por la que se imponen una serie de gastos al consumidor/demandante.

Se plantea por la parte actora la restitución de cantidades abonadas en concepto de aranceles notariales y registrales.

En cuanto a los **gastos notariales**, la satisfacción del arancel por la obtención del préstamo a que alude el primer párrafo de la Estipulación 5ª tiene su propio régimen jurídico.

La eliminación de la citada cláusula nos obliga a aplicar la normativa legal al caso, pues como es sabido, la ley rige en defecto de pacto *inter partes*. En efecto, la satisfacción del arancel por la obtención del préstamo a que alude el primer párrafo de la Estipulación 5ª tiene su propio régimen jurídico.

Así pues, la persona obligada al pago de gastos notariales, viene determinada por la Norma Sexta del Anexo II "Normas generales de aplicación" del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios. En concreto, la misma establece que: "*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*".

De los documentos aportados por cada una de las partes, y con la normativa legal en la mano, no se puede determinar el primer criterio, esto es, "*quien ha requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario*" pues únicamente se aporta por la parte actora una factura emitida por el Notario Don Manuel Mínguez Jiménez en la que se le cobra la cantidad reclamada que asciende a 927,42 euros (*Doc. 2 de la Demanda*). Como se puede observar, no existen elementos suficientes en el procedimiento para determinar con seguridad quién requirió la prestación de los servicios, lo que nos obliga a acudir al segundo criterio previsto en la propia norma que apunta a "*los interesados según las normas sustantivas y fiscales...*".

Sobre esta cuestión, se ha pronunciado la reciente **Sentencia nº624/017 de 21 de noviembre de 2017 de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia**, en cuyo **Fundamento de Derecho Séptimo** dispone que: "*Como no nos encontramos ante una acción colectiva, sino individual, observamos de ambas escrituras públicas la comparecencia de ambas partes contratantes ante el Fedatario, sin constar afirmación del Notario de quien determinó su elección, por lo que hay que presumir que ambo interesaron los servicios del Notario; pero aún acudiendo al concepto "interesado" que habla el precepto "según normas sustantivas y fiscales", igualmente -como ya advirtió el Tribunal Supremo en la sentencia de 23/12/2015- conforme al artículo 1875 del Código Civil y artículo 2 Ley Hipotecaria (leyes sustantivas), para la hipoteca –que es precisamente el gasto a que refiere el pacto- es la entidad prestamista la interesada en su documentación pública porque así se constituye tal derecho real de garantía y obtiene el título ejecutivo (artículo 517 Ley Enjuiciamiento Civil) y le permite acceder al proceso privilegiado de ejecución hipotecaria (artículo 685 Ley Enjuiciamiento Civil); por lo que en tal tesitura, los gastos por aranceles notariales por constitución de hipoteca, imponérselo al consumidor, va en su perjuicio y causa desequilibrio (que el TJUE define en la sentencia de 26/1/2017, C-421/14, cuando el consumidor empeora la posición jurídica del que le atribuye el Derecho dispositivo) rellenando el carácter abusivo general del artículo 82 del TR- LGDCU como el específico del artículo 89-3, siendo pacto abusivo per se.*

Ciertamente al prestatario le reporta interés la intervención del fedatario como elemento garantista de la operación, **pero es que en el caso presente el pacto refiere exclusivamente a gastos por la hipoteca en el que el interesado, esencialmente, es la entidad bancaria.**

**La Sentencia nº684/017 de 14 de diciembre de 2017 de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia**, en su **Fundamento de Derecho Tercero**, además de reproducir la argumentación expuesta en su Sentencia anterior, dispone que: *“En conclusión, consideramos que por las razones expuestas, la intervención del Notario en la formalización del préstamo hipotecario es de interés de ambas partes, siendo la única beneficiada en la inscripción registral la entidad prestamista...”* y añade *“Dada la ausencia de pretensión en la demanda y en el recurso de cada uno de estas partidas de la factura del Notario, deslindaremos aquéllos que sean de interés de cada parte y se abonarán en común aquéllos que interesen a ambas o no se puedan atribuir.*

*Así, serán de cuenta del prestatario el pago de las copias simples-como se declaró en Sentencia y no ha sido recurrido- y la nota simple informativa. Serán de cuenta de la entidad prestamista las copias autorizadas. Los demás conceptos se abonarán por mitad entre ambas partes.*

*La nota simple informativa es un documento que debe presentar el interesado a la entidad, a la hora de ofrecer la garantía, y que puede obtener personalmente compareciendo ante el Registro de la Propiedad. La actuación desarrollada por el Notario es, en su beneficio y ello le genera un coste. De igual manera, las copias autorizadas solicitadas por la entidad le permitirán instar los procedimientos ejecutivos correspondientes, son en su exclusivo beneficio y deben ser abonados por ella.*

*Los demás conceptos forman parte de la actuación ordinaria del Notario en la formalización de esta clase de operaciones y deben ser abonadas por ambas partes. Sobre dichos importes se devengará el IVA, como consta en la factura y ha sido Solicitado en la demanda- que reclama el pago del importe total de la factura-, acogiendo así el motivo segundo del recurso de apelación”.*

Esta juzgadora asume el razonamiento expuesto por la Audiencia Provincial de Valencia tanto en cuanto a la abusividad de la cláusula se refiere como a las consecuencias derivadas de la misma.

Siguiendo la línea jurisprudencial marcada por la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia en las dos sentencias anteriormente citadas, no puede sino concluirse que la intervención del fedatario público se realiza en interés de ambas partes. Para la parte prestamista, por cuanto la escritura pública, permite el acceso de la garantía hipotecaria al Registro de la Propiedad, al ser un elemento constitutivo de acuerdo con el artículo 1875 del Código Civil. Para la parte prestataria, por cuanto la escritura pública actúa como elemento garantista de la operación, sin desconocer que, la constitución de la hipoteca, como garantía real que es, también le reporta el beneficio del plazo a que se refiere el artículo 1.129 del Código Civil.

Por todo lo expuesto, los aranceles serán abonados por mitad entre ambas partes.

Se acompaña como documento número 3 de la demanda, factura emitida por el Notario autorizante Don Manuel Mínguez Jiménez por importe de 927,42 euros.

Realizadas las operaciones aritméticas correspondientes, se condena a la entidad de crédito demandada a devolver a la parte actora la cantidad de 463,71 euros.

En cuanto a los **gastos registrales**, la eliminación de la citada cláusula nos obliga a aplicar la normativa legal al caso, pues como es sabido, la ley rige en defecto de pacto *inter partes*. En efecto, la satisfacción del arancel registral para la obtención del préstamo a que alude el primer párrafo de la Estipulación 5ª tiene su propio régimen jurídico.

Así pues, la persona obligada resulta de la norma octava del Anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad. Así pues, señala que *“los derechos del registrador se pagarán por aquel o aquellos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho”*.

La **Audiencia Provincial de Pontevedra en Sentencia de 28 de marzo de 2017**, cabe defender que *“la inscripción en el Registro y la gestión que corresponda pudieran ser de cargo del Banco acreedor aunque, desde otros puntos de vista se apunte que es una cuestión compleja, pues la hipoteca inscrita es una garantía que el comprador ofrece al Banco para conseguir la deseada financiación, la inscripción de la hipoteca es imposible si no es el dueño el que intenta procurarla consintiéndola; y, es difícil que el Banco entregue el dinero para el pago del precio si no puede cerciorarse de la inscripción de la garantía a su favor mediante la gestión de todo el proceso de inscripción de compraventa e hipoteca. Por otra parte, es obvio que la existencia de la hipoteca beneficia al prestatario en cuanto que la misma disminuye el coste de financiación, permite unos tipos de interés menores, así como la dotación de las provisiones por insolvencia a la entidad que es menor cuando hay garantía hipotecaria que cuando no la hay...”*

La **Sentencia nº624/017 de 21 de noviembre de 2017 de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia**, dispone en su **Fundamento de Derecho Séptimo**: *Igual conclusión* (respecto de los aranceles notariales) y *con mayor razón ha de darse respecto a los aranceles del Registrador, porque la inscripción tabular de la escritura pública es en **interés exclusivo del prestamista para el logro de ambos efectos acabados de exponer***. En idéntico sentido se pronuncia la reciente **Sentencia nº684/017 de 14 de diciembre de 2017 de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia**, en su **Fundamento de Derecho Tercero**.

De todo lo expuesto, se pueden extraer dos conclusiones; la primera de ellas es que el prestatario es sujeto indispensable para la inscripción de la hipoteca en el Registro, pues sin el dueño la misma no puede practicarse y la segunda de ellas es que resulta difícil sino imposible que el Banco entregue el dinero para pagar el precio si no puede cerciorarse de la inscripción de la garantía a su favor mediante la gestión de todo el proceso de inscripción de compraventa e hipoteca, por lo que entendemos que los gastos de inscripción deben ser asumidos por la entidad demandada, por considerar que es la interesada pues obtiene, con la inscripción del derecho en el Registro un título ejecutivo (artículo 517 LEC) una garantía real (arts. 1875 CCy 2.2 LH) y la vía de la ejecución hipotecaria (art. 685 LEC).

Dicho lo cual, y teniendo en cuenta que la parte actora ha aportado factura de Registro de la Propiedad de Liria por importe de 186,88 euros (*Doc. 3 de la Demanda*), sin que la Entidad Bancaria haya acreditado haber realizado algún pago por este concepto, se impone la condena a la parte demandada a la devolución de dicho importe a la parte actora.



**En cuanto al IAJD,** la citada STS de 23 de diciembre de 2015 establece "3.- *En lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, nuevamente no se hace distinción alguna. El art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el art. 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Pero el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.*

*De tal manera que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho.*

*Ya dijimos en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre, si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, que la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión, era una cláusula abusiva, por limitar los derechos que sobre distribución de la carga tributaria estaban previstos en la legislación fiscal, por lo que la condición general que contuviese dicha previsión debía ser reputada nula"*

En cuanto a las consecuencias de la declaración de nulidad de tal cláusula cabe citar lo establecido en las Sentencias de Tribunal Supremo 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo de 2018, en las que se concluye que la cláusula controvertida es abusiva en su totalidad, en cuanto que, sin negociación alguna, atribuye al prestatario/consumidor el pago de todos los impuestos, cuando la ley considera sujetos pasivos al prestamista o al prestatario en función de los distintos hechos imponibles y declara exentos de tributación determinados actos que, sin embargo, son incluidos en dicha condición general como impuestos a cargo del prestatario. Declarada la nulidad, el tribunal debe fijar los efectos restitutorios inherentes aplicando las normas tributarias, interpretadas por la jurisprudencia contencioso-administrativa. La normativa sobre ITP establece que la constitución de hipoteca en garantía de un préstamo tributa como un único hecho imponible por el concepto de préstamo y que el sujeto pasivo es el prestatario y así lo ha interpretado

la jurisprudencia de la Sala 3ª del TS y del TC. En cuando al IAJD por la documentación del préstamo, el Reglamento regulador del impuesto, en el que la Sala 3ª no ha apreciado ningún defecto de legalidad, considera sujeto pasivo al prestatario. La cuota variable correrá de su cargo y en la cuota fija se distingue la matriz (que aunque correspondería al prestatario, si hay pacto sobre distribución de los gastos notariales y registrales, es razonable distribuir por mitad el pago), y las copias, en las que es sujeto pasivo quien las solicite. Sobre los tributos que gravan la cancelación de la hipoteca, han de tenerse en cuenta las exenciones del art. 45 LITPAJD.

Esta situación se ha visto alterada tras la sentencia de la Sección Segunda de la Sala 3ª del TS nº 1505/2018, de 16 de octubre, que fija criterios interpretativos contrarios a la doctrina anterior establecida por esa Sala, determinando que el sujeto pasivo del IAJD, en el caso de escrituras de constitución de préstamo con garantía es el prestamista, y no el prestatario como venía entendiendo. Además declara la nulidad del artículo 68.2 del Reglamento sobre el ITPyAJD, por ser contrario a la Ley. Reglamento en el que se establecía que el sujeto pasivo del IAJD, en ese caso, era el prestatario, y que servía de fundamento a la doctrina anterior de la Sala Tercera para entender que el impuesto era a cargo del prestatario. Desaparecido del ordenamiento el precepto, cae también el fundamento jurídico de la doctrina anterior. Lo mismo se concluye en otras dos sentencias dictadas por la misma Sección. (Sentencias de 22 y 23 de octubre de 2018)

Ante el radical cambio de doctrina jurisprudencial, el Presidente de la Sala 3ª acordó "1º Dejar sin efecto todos los señalamientos sobre recursos de casación pendientes con un objeto similar." y "2º Avocar al Pleno de la Sala el conocimiento del alguno de dichos recursos pendientes, a fin de decidir si dicho giro jurisprudencial debe ser o no confirmado." Y celebrado dicho Pleno se anticipa mediante nota informativa, en fecha 6 de noviembre de 2018, que se ha acordado mantener la doctrina anterior a la referida sentencia nº 1505/2018, anunciando resolución que no consta a día de hoy haya sido pronunciada.

Por otra parte, el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, en vigor desde el pasado 10 de noviembre, se justifica disponiendo que: "*Para poner fin de manera urgente a la situación jurídica de incertidumbre descrita, este real decreto-ley modifica los artículos 29 y 45 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre. Se modifica el artículo 29 para determinar que el sujeto pasivo, cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, será el prestamista, estableciendo así una excepción a la regla general establecida en el párrafo primero del propio artículo 29. También se modifica el artículo 45 para que aquellos supuestos en los que el prestatario venga gozando de una exención subjetiva sigan quedando exceptuados de gravamen sin que se vean afectados por la reforma del artículo 29. Asimismo, en tanto no se revise con carácter general el régimen jurídico del Impuesto sobre Sociedades, se añade una Disposición Final Primera que realiza ajustes en dicho impuesto vinculados a lo regulado en este real decreto-ley.*" Y añade: "*Finalmente, cabe señalar que la modificación normativa se*

*aplicará a aquellos hechos imponibles que se devenguen en adelante, es decir, a las escrituras públicas que se formalicen a partir de la entrada en vigor de la norma."* Pese a esto último, avala con norma legal el criterio establecido en el Sentencia de la Sala 3ª del TS nº 1505/2018, de 16 de octubre.

Ante esta situación, dado que tres sentencias forman jurisprudencia, que el criterio establecido en la Sentencia de la Sala 3ª del TS nº 1505/2018, de 16 de octubre, reiterado en las posteriores de 22 y 23 de octubre, no ha sido contradicho por resolución judicial alguna, y que la voluntad del legislador se manifiesta en el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, en el sentido de dar nueva redacción al artículo 29 del citado Texto Refundido, estableciendo, en su párrafo segundo que *"Cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista",* **cabe concluir que, correspondiendo el pago del IAJD al prestamista, y habiendo sido atribuido abusivamente al prestatario, deberá serle reintegrado su importe.**

A lo que debe añadirse, conforme el precepto en vigor, esto es, el art.29 del TRLITP y AJD en relación con el concepto de "adquiriente" se está refiriendo a supuestos en los que exista una transmisión que se produzca en documento notarial y que tenga acceso a un Registro público se infiere que lo único inscribible en esta manera es el derecho real de garantía en el Registro de la Propiedad y no el préstamo que no requiere de escritura pública y por ende, de acceso al Registro, y siendo así que el sujeto que recibe y que tiene interés en recibir la primera copia de la escritura de constitución de hipoteca es el acreedor garantizado, cabe concluir que el sujeto pasivo del impuesto es dicho acreedor.

Pero si ello no fuera suficiente, hay que estar a la base imponible del IAJD que no es el importe del capital préstamo si no el importe de la responsabilidad hipotecaria que no responde a la capacidad económica del contribuyente prestatario conforme el art.31 de la CE puesto que si efectivamente el IAJD se calcula no sobre el capital prestado si no sobre lo calculado para la responsabilidad hipotecaria en el que se incluyen, entre otros aspectos, el importe principal prestado, intereses de demora – en la mayoría de las operaciones abusivos- costas y gastos -abusivos-, es más que evidente que el interesado "adquiriente" en tal operación es la entidad bancaria. Al no basarse solo en el capital prestado sino que su base imponible resulta del total fijado para responsabilidad hipotecaria, garantía accesoria de la operación principal de préstamo.

Dicho lo cual, y teniendo en cuenta que la parte actora ha aportado el justificante de la liquidación del IAJD (Doc. 3 de la demanda) reclamando la cantidad de 2496 euros por ella abonados, sin que la Entidad Bancaria haya acreditado haber realizado algún pago por este concepto, **se impone la condena a la parte demandada a la devolución de dicho importe a la parte actora.**

Por lo que respecta a los gastos de **gestoría**, debemos hacer referencia a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4ª, de 24 de marzo de 2017 *"Se trata de una cláusula habitual en los préstamos hipotecarios que responde, por una parte, a asegurar la debida inscripción en el Registro, necesaria como se ha*

*dicho para la válida constitución de la hipoteca, evitando el riesgo que supone la entrega del importe del préstamo antes de que se lleve a cabo esa inscripción; y, por otra, a facilitar al prestatario-hipotecante la realización de esos trámites, que pueden abarcar otros como sucede en este caso. Es decir, su inclusión obedece a los intereses de ambas partes y a ambas beneficia."*

Tal y como dispone la Sentencia anteriormente citada a ambos interesa la realización de labores de gestión necesarias para la correcta constitución e inscripción de la garantía hipotecaria. Por ese mismo motivo, la imposición al prestatario de forma indiscriminada de todos los gastos derivados de la gestión, sin distinguir que servicios presta la gestoría y a quien se los presta, dota a la citada estipulación de abusividad y por tanto de nulidad, debiendo acordarse la expulsión de la citada cláusula del contrato y actuar como si la misma no hubiere existido.

Determinada la nulidad, y en orden a fijar si procede la devolución por la parte demandada de los importes abonados por la actora por este concepto, conviene traer a colación **la Sentencia nº684/017 de 14 de diciembre de 2017 de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia**, en su **Fundamento de Derecho cuarto**, dispone que: *"Esta cuestión presenta mayor complejidad porque no existe norma, en defecto de pacto, que atribuya el pago de este gasto a una parte en concreto. Por ello, habrá de estarse, en analogía con los gastos analizados en el Fundamento Jurídico anterior, a los beneficiados por su actuación"*.

*Se aporta, al folio 60, el conjunto de gestiones llevadas a cabo en el marco del préstamo hipotecario objeto de este procedimiento, que consistieron en abonar la minuta del notario (por importe de 725,91 euros), abonar el impuesto del prestatario (por importe de 1.187,50 euros), hacer pago al Registro de la Propiedad (por importe de 158,83 euros) y cobrar sus propios honorarios (consta como pago a terceros por importe de 163,84 euros). Así rinde cuentas la gestoría del destino dado a la provisión de fondos entregada por el prestatario. Consta manuscrito también "copia simple. Escritura crédito Caixa Popular (Marqués de Zenete)".*

*La lectura de tales actividades lleva a la conclusión que la actuación de la gestoría fue en beneficio e interés de ambas partes, pues se encargó de los pagos y abonos derivados del préstamo hipotecario, así como la recogida de documentación, que corresponderían a ambas partes, pues entre ellos abonó el impuesto"*.

*Podría defenderse que el prestatario puede llevar a cabo personalmente el pago del Impuesto en las Oficinas de la Hacienda, y que, por tanto dicha labor de la gestoría era prescindible. Sin embargo concurren dos circunstancias a destacar: 1) en la escritura existe autorización expresa a la entidad para que la tramitación del documento se hiciera mediante gestoría que ella designara (folio 36); 2) existe un interés directo y esencial de la entidad que hace que no pueda dejarse a voluntad del prestatario el pago del impuesto; y es que dicho pago es requisito previo e ineludible para el acceso al Registro de la Propiedad de la garantía hipotecaria, y por ende para su constitución.*

*Por todo lo expuesto, dicho gasto se abonará a partes iguales por las partes..."*

Esta juzgadora asume el razonamiento expuesto por la Audiencia Provincial de Valencia, por lo que los gastos correspondientes a este concepto serán abonados por ambas partes por partes iguales.

Dicho lo cual, la parte actora no ha efectuado reclamación de cantidad por este concepto, por lo que el efecto de la declaración de nulidad queda limitado a su expulsión del contrato.

#### **QUINTO.- Efectos de la declaración de nulidad.**

En cuanto a las consecuencias de la nulidad por abusividad, la citada **Ley General de Consumidores y Usuarios** dispone en su **artículo 10 bis 2)** *“Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas abusivas. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato”*.

No obstante lo dispuesto en el artículo de la Ley aplicable al caso, es sabido por las partes la imposibilidad actual del juez de integrar el contrato ante la declaración de nulidad de determinadas cláusulas. Basta traer a colación la **STJUE de 14 de junio de 2012** dictada con ocasión de una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona, en la que se concluyó que la función del juez se limitaría a declarar la abusividad de una cláusula, sin llevar a cabo ninguna labor de integración de la misma, manteniendo la vigencia del contrato en tanto en cuanto fuera posible lo que llevó a la modificación del artículo 83 del TRLGDCU. Y aun cuando dicha Sentencia se dictó estando en vigor el nuevo Texto, lo cierto es que resulta de aplicación al caso actual por el carácter vinculante que la jurisprudencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene para los jueces nacionales.

En el caso que nos ocupa, la nulidad de la cláusula no impide la subsistencia del contrato, quedando afectada por la nulidad únicamente la parte de la cláusula afectada declarada abusiva por esta Juzgadora.

- En cuanto a la cláusula de gastos, determinada la nulidad resta por determinar la suerte de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula expulsada del contrato. Según se ha expuesto en los fundamentos anteriores, la obligación de pago de los referidos gastos, sin perjuicio de la abusividad, se atribuye a la parte actora o a la parte demandada según quien, a juicio de esta Juzgadora, resulta obligado al pago de los mismos.

En el presente caso, habiéndose abonado los gastos en su totalidad por la parte actora en virtud de la citada cláusula declarada nula en algunos de sus apartados, deberá restituírsele el exceso de lo indebidamente abonado, y en consecuencia condenar a la entidad bancaria demandada a devolver a la parte actora la cantidad de 463,71 euros por gastos notariales, 2496,00 euros por el pago del IAJD y 186,88 euros por gastos del Registro de la Propiedad, lo que hace un total de 3146,59 euros.

Y todo ello sin perjuicio de la alegación efectuada por la parte demandada sobre el reintegro de cantidades percibidas por terceros, de la que conviene traer a colación la ya citada **Sentencia de Audiencia Provincial de Pontevedra** *“... al contrario de otro tipo de cláusulas en las que solo se ven afectados las partes que suscriben el documento, prestamista y prestatario, la nulidad del alguna de ellas*

*provoca a fortiori la devolución de prestaciones entre ellos ex art. 1303 CC; sin embargo, cuando interviene un tercero -en este caso la Hacienda pública- cuya actividad o derecho de percepción del Impuesto está regulada por el legislador, solo procederá la devolución de lo pagado cuando efectivamente se haya realizado indebidamente, esto es, por quien no corresponde y a quien abusivamente se ha impuesto....”*

Aplicando dicho razonamiento al caso de autos es por lo que esta Juzgadora entiende que las cantidades abonadas indebidamente por el prestatario deberán ser objeto de devolución por la parte demandada.

#### **SEXTO.- Intereses legales.**

La parte actora pretende el abono de los intereses legales desde el pago de cada uno de los importes indebidamente desembolsados.

Pues bien, la cuestión controvertida debe resolverse en el sentido que una vez declarada la nulidad por abusiva, las consecuencias jurídicas que debe tener tal declaración no pueden ser otra que la no vinculación de la misma para el prestatario consumidor conforme señala el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, y con ello la nulidad con efectos originarios o retroactivos de la misma, lo cual por otra parte es conforme al artículo 1.303 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta que dispone que un contrato o cláusula del mismo que sea declarado nulo no produce efectos jurídicos desde la misma celebración del contrato, por todo lo cual el banco prestamista que impuso la cláusula nula por abusiva queda obligado a restituir al prestatario consumidor todos los intereses ordinarios cobrados de más de forma indebida por aplicación de la citada cláusula desde el origen del contrato o desde que tal cláusula tuvo aplicación en la vida contractual, sin que quepa limitar la restitución a la fecha en que se dicte la Sentencia que declara nula la cláusula.

Por todo lo expuesto, las cantidades que son objeto de condena en la presente sentencia, se incrementarán con los intereses legales devengados por cada una de ellas, desde el momento en el que se efectuó su pago por el consumidor (ex art. 1.303 del CC).

Dichas cantidades devengarán los intereses de mora procesal del artículo 576 de la LEC (interés legal más dos puntos porcentuales) desde el dictado de la presente sentencia.

#### **SÉPTIMO.- Costas.**

En materia de costas, estando en el caso de estimación sustancial de la demanda, procedería imponer las costas procesales a la demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No obstante, primero la indefinición legal, seguida de fluctuaciones jurisprudenciales en su interpretación y la promulgación de un Decreto Ley, provisionalmente en vigor, hasta tanto no sea convalidado, propician en la materia objeto de autos un clima de inseguridad jurídica que justifica apreciar serias dudas de derecho, e impide imposición de costas, de conformidad con el citado artículo 394 de la LEC.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación.

## FALLO

**ESTIMAR PARCIALMENTE** la demanda presentada por la Procuradora D<sup>a</sup>.  
en nombre y representación de **D.**

**Tortajada** contra la **ENTIDAD KUTXABANK, S.A.** representada por la Procuradora D<sup>ña</sup>.  
debo declarar y **DECLARO NULAPARCIALMENTE** por abusiva la siguiente condición general de contratación de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 19 de noviembre de 2007 suscrita ante el Ilmo. Notario Don Manuel Mínguez Jiménez, con número de [REDACTED], en los siguientes apartados:

*QUINTA.- GASTOS A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA: apartados relativos a la imposición al prestatario de los aranceles notariales, registrales, impuestos, gastos de tramitación y tasación del inmueble.*

Asimismo **CONDENO**a la entidad demandada a eliminar dichas condiciones generales de la contratación del contrato de préstamo hipotecario.

Asimismo **CONDENO** a la entidad de crédito demandada a devolver todas las cantidades indebidamente cobradas en concepto de:

- Notaría en la cantidad de 463,71 euros
  - Registro en la cantidad de 186,88 euros,
  - Impuestos en la cantidad de 2496,00 euros,
- Lo que asciende a un total de 3146,59 €.

Todo ello más intereses legales desde el pago indebido y los intereses del artículo 576 de la LEC desde el dictado de la presente Sentencia.

No procede imposición de costas procesales.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que frente a la misma cabe recurso de APELACIÓN, que, en su caso, deberá interponerse ante este Juzgado dentro de los VEINTE DÍAS siguientes al que se notifique esta resolución.

Llévese el original al libro de sentencias.

Así lo pronuncia, manda y firma, D<sup>ña</sup>. Pilar Navarro Andreu, Juez de refuerzo del Juzgado de Primera Instancia nº25 bis de Valencia.

**PUBLICACIÓN.** Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Sra. Juez Dña. Pilar Navarro Andreu, estando celebrando Audiencia Pública en el día de su fecha. **Doy FE.**

RAFAAGUADO.com