



## ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Por el Procurador [redacted] z, en el nombre y representación acreditados, presentó demanda de Juicio Ordinario frente a la citada demandada, por la que, con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimaba pertinentes, terminaba suplicando, en síntesis, de modo principal el dictado de una Sentencia por la que se declarara la nulidad y eliminación de las Cláusulas expresadas incorporadas en escritura de préstamo hipotecario; el reintegro de las cantidades indebidamente cobradas por su aplicación; los intereses legales devengados; y las costas procesales.

**Segundo.-** Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada para personarse y contestar a la demanda interpuesta de contrario.

**Tercero.-** Por la entidad demandada se evacuó trámite de contestación a la demanda, mostrando su oposición sobre la base de los argumentos procesales y sustantivos que expresaba, solicitando la desestimación de la demanda y la imposición de costas a la parte actora; salvo el ALLANAMIENTO PARCIAL que manifestaba a la nulidad de las cláusulas referidas, y restitución económica por gastos de acuerdo a criterio fijado por STS 23/1/2019 (50% de notariales y gestoría, y 100% de registrales).

Siguiendo el íter procesal legalmente previsto, fue celebrada audiencia previa en fecha 15 de FEBRERO de 2021 con asistencia, por medio telemático, de las partes personadas.

Admitida en exclusiva prueba documental, quedaron los autos vistos pendientes del dictado de sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En la presente litis, fijada por Decreto devenido firme la **Cuantía del procedimiento a la cifra de 1.977,51 euros** a fin de que la misma englobe todos los aspectos económicos reclamados en la litis (gastos hipotecarios de acuerdo a documental) aparece como antecedente el contrato de préstamo hipotecario referido y que por documental se aportan con demanda suscrito entre la parte demandante y demandada de fecha indicada (Doc. 1).

Así, la parte actora ejerció de modo principal frente a la demandada una acción de nulidad de diversas cláusulas contractuales que han sido objeto de referencia en su contenido básico.

En concreto, expuso en su demanda que el día de firma indicado, la parte demandante suscribió un contrato de préstamo hipotecario con la entidad indicada. Para la acreditación de este extremo adjuntó documento 1 de la demanda, consistente en la copia de la escritura pública.

La cláusula de VENCIMIENTO ANTICIPADO, SEXTA BIS del vínculo, establecía la resolución del vínculo para el caso de un solo impago de cuota, principal o intereses, o cualquier incumplimiento no determinado del prestatario.

La cláusula SEXTA de Intereses de Demora fija un tipo resultante notablemente superior al ordinario o legal del dinero.

Por último, la cláusula QUINTA de GASTOS determinaba el pago por parte de la demandante, como prestatario, de prácticamente todos los gastos y tributos derivados de la operación de préstamo y escritura de hipoteca, añadiendo acto seguido una numerosa descripción que en realidad suponían según la parte la imposición a la demandante del abono de todos los eventuales costes derivados de la operación concertada.

Como consecuencia de la cláusula -Gastos- del contrato de préstamo hipotecario, se manifiesta en escrito de demanda, concretado en audiencia previa, que la demandante abonó determinados importes en la operación por gastos, indicando a efectos acreditativos, documento nº 1 y ss facturas y justificantes de pago.

En la demanda, de acuerdo a lo anterior se expresa los siguientes pagos

por la parte demandante, acreditados por documental:

- 505,76 euros por aranceles notariales
- 94,56 euros por aranceles registrales
- 174,29 euros por gestoría
- 1.203,30 euros por cuota del IAJD.

No consta acuerdo extrajudicial al respecto.

La parte actora considera que las cláusulas referidas, especialmente que le imponía el abono de los conceptos aludidos, no fueron objeto de negociación individual, sino que le fue directamente impuesta por la entidad sin posibilidad de influir en su contenido. De igual modo, considera que, en contra de la buena fe, la condición general objeto de impugnación causó un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, en su perjuicio en condición de consumidor.

Por su parte, la demandada manifestó en su oposición alegaciones en contra de naturaleza procesal y esencialmente relativas a la validez del negocio jurídico suscrito entre las partes y su carácter no abusivo, interesando la desestimación de la demanda y la condena en costas procesales a la parte demandante; salvo el ALLANAMIENTO PARCIAL a la nulidad de las cláusulas y restitución parcial referida.

**SEGUNDO.-** En primer lugar, sin perjuicio del ALLANAMIENTO PARCIAL realizado y respecto de aspectos discutidos, debe en esta resolución hacerse expreso recuerdo de las normas procesales relativas a la carga de la prueba, y ello en atención asimismo a lo específico de la materia objeto de autos. Así, el artículo 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, establece que *“son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia*

*externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”; a lo que añade el apartado segundo que “el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión”.*

Esta previsión debe completarse con la doctrina emanada de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia objeto de análisis. En concreto, la STS de 9 de mayo de 2013, establece en su fundamento jurídico 137 los requisitos que deben concurrir para la existencia de condiciones generales de la contratación, a saber:

a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) Predisposición: la cláusula ha de estar pre redactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.

c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

Para mayor abundamiento, el propio Tribunal Supremo reconoce el carácter de condición general de la contratación a las estipulaciones incorporadas a las escrituras de préstamo hipotecario suscritas por entidades financieras (ver por todas la STS 663/2010, Sala 1, de 4 de noviembre), en aquellos casos en los que concurran los presupuestos antes citados. Las notas indicadas están presentes en

la cláusula objeto de impugnación; por ende, la naturaleza de condición general de contratación es evidente.

El Tribunal Supremo ha abordado la cuestión de la carga de la prueba en lo que respecta a la negociación individual de cláusulas. En este sentido, merece la pena destacar, por su importancia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, que establece en su apartado 162 que *“en el enjuiciamiento de su carácter negociado o impuesto, la carga de la prueba de que no se destinan a ser impuestas y de que se trata de simples propuestas a negociar, recae sobre el empresario”*, añadiendo en su apartado 164 que *“Más aún, de hecho aunque no existiese norma específica sobre la carga de la prueba de la existencia de negociación individual, otra tesis abocaría al consumidor a la imposible demostración de un hecho negativo -la ausencia de negociación-, lo que configura una prueba imposible o diabólica que, como precisa la sentencia STS 44/2012, de 15 de febrero de 2012, reproduciendo la doctrina constitucional, vulneraría el derecho a la tutela efectiva”*.

En el caso que nos ocupa, no obrando datos que excluyan la condición de consumidor de los demandantes, no existe prueba alguna que corrobore el carácter negociado del contrato en general, ni de las cláusulas impugnadas, en particular. En efecto, la representación de la demandada no ha incorporado por ende documentos u otros elementos probatorios de los que se infiera la libertad del consumidor para influir en los términos del contrato. Tampoco acredita que existiera una situación de igualdad entre los contratantes que colocara al demandante en la misma situación de fuerza que la del profesional. El material probatorio obrante en autos no corrobora que hubiera conversaciones previas entre las partes dirigidas a distribuir equitativamente los gastos, ni que hubiera recíproco sacrificio de derechos en perjuicio de ambos contratantes, en aras de llegar a un acuerdo equitativo.

En el presente caso no se realiza aportación documental con la contestación de la demanda consistente en solicitud de préstamo u oferta vinculante, no obstante tal documental, aun cuando se hubiere aportado no habría suplido el déficit probatorio acerca de que las cláusulas fueron individualmente negociadas, pues, compartiendo el criterio jurisprudencial dominante, y del que

participa nuestra Audiencia Provincial de Alicante Secc. 8ª en su reciente sentencia de 30 de octubre de 2018, tomando en consideración la previa Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, “la firma de oferta vinculante no es bastante para afirmar que la cláusula es transparente”.

Por consiguiente, la parte demandada no ha constatado el acuerdo entre las partes para la fijación de condiciones de contratación, carga que a ella correspondía, ex artículos 217.3 LEC y 82.2 TRLGDCU; y no cabe pensar que esta posición vulnerable y desequilibrada fuera convenida y consentida libremente en el seno de una negociación individual. Por lo tanto, debe reputarse el carácter predispuesto, general e impuesto de las cláusulas impugnadas, que directamente fueron impuestas por el profesional, sin que el demandante pudiera influir en su contenido, y por ende, sin negociación individual.

**TERCERO.-** Pasando a analizar las condiciones impugnadas, resulta, por lo que al **vencimiento anticipado** respecta, CLAUSULA SEXTA BIS , que el tema debe abordarse desde una perspectiva abstracta, resultando que la cláusula impugnada permite a la entidad de crédito dar por vencido el préstamo a partir de incumplimiento genérico o el mero impago de una sola cuota mensual de amortización , cuando el total de las mismas se fijaron en relación a las extensas cuotas mensuales de duración del periodo de amortización . El cotejo y valoración de tales datos autoriza a considerar que no se pueda considerar grave o esencial, en atención a la cuantía y duración del préstamo, el impago de una sola cuota.

Consta ALLANAMIENTO a la nulidad, con lo que a efectos meramente ilustrativos y razonando sobre tal nulidad, cabe recordar que la STJUE de 14 marzo 2013 aborda la cuestión, concretando los parámetros que ha de valorar el juez nacional ante este tipo de cláusulas en los siguientes términos: " *En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del*

*profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo" (Aptdo. 73).*

Que consecuencia de tal sentencia fue la reforma operada por la Ley 1 / 2.013 sobre el art. 693 Lec., fijando en tres cuotas mensuales el número de impagos mínimos que permitían instar el vencimiento anticipado.

Y, finalmente, también el T.S. se ha pronunciado al respecto, st. 23-12-15, corroborando el mismo criterio al concluir que una cláusula que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo debe reputarse abusiva, dado que el incumplimiento no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves. Así, dispone la citada sentencia, " Sobre estas bases, la cláusula controvertida no supera tales estándares, pues aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno - se refiere al artículo 693 LEC en su redacción inicial- , ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - art. 693.3, párrafo 2, LEC- , en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio). Y en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesorio, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves. "

Debe asimismo ponerse de manifiesto el último hito jurisprudencial existente al respecto, cual es la **STJUE de 26 de marzo de 2019** donde, en

resolución de cuestión prejudicial, se expresa que *“resulta de las apreciaciones de los órganos jurisdiccionales remitentes que las cláusulas controvertidas en los litigios principales, pese a estar inspiradas en el artículo 693, apartado 2, de la LEC, en su versión vigente en la fecha en que se firmaron los contratos de préstamo hipotecario objeto de los litigios principales en los que se incluyeron, deben considerarse abusivas en la medida en que establecen que la entidad financiera puede declarar el vencimiento anticipado del contrato y exigir la devolución del préstamo en caso de que el deudor deje de pagar una mensualidad.”*; concluyendo que *“Los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, se oponen a que una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario declarada abusiva sea conservada parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva, cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia, y de que, por otra parte, esos mismos artículos no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales.”*

Aclara de modo definitivo el panorama la **STS 463/2019, de 11 de septiembre**, que manteniendo la validez del contrato, y asumiendo la doctrina establecida por el TJUE en la sentencia de 26 de marzo de 2019 y los AATJUE de 3 de julio de 2019 , refiere que el TJUE ha admitido que la cláusula abusiva se sustituya por la disposición legal que inspiró las cláusulas de vencimiento anticipado, en referencia al art. 693.2 LEC en su redacción del año 2013. No obstante, la Sala ha considerado más lógico, en el momento actual, tener en cuenta la nueva Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI), como norma imperativa más beneficiosa para el consumidor.

Así, la Sala facilita las siguientes orientaciones jurisprudenciales para los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso, en los que no se haya producido todavía la entrega de la posesión al adquirente:

“1.- Los procesos en que el préstamo se dio por vencido antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, deberían ser sobreseídos sin más trámite. 2.- Los procesos en que el préstamo se dio vencido después de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, si el incumplimiento del deudor no reúne los requisitos de gravedad y proporcionalidad exigidos por la jurisprudencia, teniendo en cuenta como criterio orientador el art. 24 LCCI, deberían ser igualmente sobreseídos. Por el contrario, si el incumplimiento del deudor reviste la gravedad prevista en la LCCI, podrán continuar su tramitación.

3.- El sobreseimiento de los procesos no impedirá una nueva demanda ejecutiva basada, no en el vencimiento anticipado por previsión contractual, sino en la aplicación de LCCI.”

Se produce, por tanto, remisión indirecta a los términos de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario., y en concreto a su artículo 24 que prevé un mínimo de doce impagos mensuales por parte del prestatario para que pueda darse por vencido o resuelto el vínculo a instancia de la entidad acreedora.

Prosigue el TS refiriendo que “parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves. (...) Consecuentemente, debe confirmarse la sentencia en cuanto que declara la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, que resulta nula e inaplicable tal y como está redactada. Sin perjuicio de que, al margen de lo previsto en la cláusula, puedan ser aplicables las consideraciones antes expuestas en el supuesto de que la entidad prestamista, en caso de incumplimiento de sus obligaciones de pago por el prestatario, instara en el futuro el vencimiento anticipado del contrato, no con fundamento en la cláusula, sino en la ley.”

Cuantas consideraciones anteceden conducen a la estimación de la

demanda y declarar la nulidad, por abusiva de la estipulación financiera indicada, , en lo relativo a la facultad resolutoria por impago de una cuota (vencimiento anticipado) en favor de la entidad bancaria o incumplimiento genérico. El contenido de dicha cláusula, a fin de confirmar la subsistencia del vínculo y no ocasionar perjuicio a las partes, habrá de integrarse, en su caso, de acuerdo al contenido de la normativa jurídica vigente en la materia antes citada.

**CUARTO.-** Por lo que respecta a la previsión de intereses de demora la cláusula SEXTA de fijación de intereses de demora determina el cómputo a tal fin en un interés resultante muy superior al ordinario del dinero.

Constando ALLANAMIENTO a la nulidad, a efectos ilustrativos y razonando acerca de la nulidad, se refiere que la STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso Aziz) se refiere a cuáles pueden ser esos parámetros para enjuiciar la abusividad de la cláusula sobre intereses moratorios en estos términos, y señala que el juez deberá por un lado comprobar las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera pactado nada entre las partes o en diferente contratos de ese tipo celebrados entre consumidores, y por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos.

Asimismo, dicha sentencia alude a distintos parámetros a los que han acudido los tribunales como son, el art. 20.4 de la Ley 6/2011 de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, (establece un límite de 2,5 veces el interés legal del dinero, esto es, aproximadamente un 10%), el art. 7.2 de la Ley 3/2004 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, (establece un tipo de interés en defecto de pacto, el tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más ocho puntos porcentuales), así como el art 576 LEC (a falta de pacto entre las partes o de disposición especial de la ley, establece como interés de mora procesal el resultante de adicionar dos puntos porcentuales al interés legal del dinero).

En el caso en concreto, la cláusula indicada establece un interés o tipo muy por encima del interés legal del dinero, y que también vulnera parámetros consolidados jurisprudencialmente, como los dos puntos porcentuales adicionados al interés remuneratorio establecido para préstamos de carácter personal. Por tanto, ha de concluirse que se trata de un tipo de interés que lleva implícita una indemnización por incumplimientos no esenciales ni graves de obligaciones del prestatario, desproporcionado.

Por todo lo expuesto ha de concluirse que dicha cláusula es abusiva por vía del art. 82 TRLGCU (LA LEY 11922/2007), y específicamente, en los términos del artículo 85.6 del mismo cuerpo legal que establece la abusividad de aquellas cláusulas por vincular el contrato a voluntad del empresario, cuando supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.

En este sentido cabe citar la **STS nº 364/16 de tres de junio de 2016** , cuyos ilustrativos términos se dan aquí por reproducidos, manteniéndose la aplicación del interés remuneratorio pactado.

**QUINTO.-** Avanzando en la solución de los aspectos debatidos, por lo que concierne a la Cláusula QUINTA indicada relativa que los “ Gastos” de la operación sean a cargo del prestatario, la parte demandante interesa la declaración de nulidad de dicha cláusula de la escritura pública por considerarla abusiva.

Constando ALLANAMIENTO en los términos indicados, ha de declararse tal nulidad de la cláusula, expresando a efectos ilustrativos que determinan la nulidad intrínseca de la misma que, al no verse afectado un elemento esencial y definitorio del contrato, cabe realizar directamente un control de abusividad o de contenido, sin necesidad de analizar previamente el control de transparencia. Por consiguiente, a pesar de que la estipulación se redacte de forma sencilla y clara, procede determinar si ocasiona un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, contrario a la buena fe.

La cláusula referida impone al prestatario una pluralidad de conceptos, de modo que la entidad se asegura que cualquier eventual coste derivado del préstamo hipotecario será asumido por el consumidor. Esta forma de proceder se ha considerado abusiva por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como así concluye la reciente Sentencia de Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, número 148/2018, de 15 de marzo.

De igual modo, la Sección octava de la Audiencia Provincial de Alicante, en su Sentencia de 4 de noviembre de 2016 , establece en su fundamento jurídico octavo “[...]lo relevante, desde la perspectiva del carácter abusivo, es la amalgama, sin distinción, y sin orden ni concierto, que contiene la cláusula: un auténtico amasijo de gastos, de muy variada naturaleza (tributarios o fiscales, registrales, notariales, seguros, de correo...), que se imputan a la parte deudora o prestataria, prescindiendo de la concreta normativa que así lo pudiera establecer; incluso, en la mayor parte de los casos, se trata de gastos futuros, inciertos, definidos en términos absolutamente generales. El carácter abusivo deviene, por tanto, de la absoluta indefinición, de la ausencia de distinción entre gastos y tributos que puedan incumbir a una u otra parte, permitiendo (o intentándolo apriorísticamente) la derivación universal de todos ellos, con independencia de su origen o causa, al consumidor. Desde luego, y sin necesidad de cláusula alguna, producido que sea alguno de los gastos previstos en aquélla, habrán de corresponder a quien la disposición legal concreta de aplicación establezca. Subyace en la cláusula una intención de imputar al deudor cualquier gasto 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 de la misma”; criterio que reitera en su reciente Sentencia 177/18, de 19 de abril, así como en la n.º 445/2018 de 30 de octubre.

De modo recentísimo, concretamente en **Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 (nº 46/2019)** , confirma dichas apreciaciones, sentando junto a las resoluciones dictadas en tal fecha

jurisprudencia en la materia de distribución del abono de los gastos derivados del contrato de préstamo hipotecario, en los términos que con posterioridad en la presente se expresarán.

Por los motivos expuestos procede, pues, declarar la nulidad de la estipulación. No obstante, la expulsión de la misma del contenido del contrato no implica que la entidad bancaria deba correr con todos los gastos derivados del préstamo hipotecario, sino que para distribuir las partidas habrá que atender a la normativa sectorial correspondiente y al interés de cada interviniente en la operación.

Expone la citada Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019, cuyos términos han de servir para el fundamento de la presente, que *“Aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real), ambas son inescindibles y conforman una institución unitaria. Como dijo la sentencia de esta sala 1331/2007, de 10 de diciembre, «el crédito garantizado con hipoteca (crédito hipotecario) no es un crédito ordinario, ya que está subsumido en un derecho real de hipoteca, y por ello es tratado jurídicamente de forma distinta».*

*Lo que determina la distribución de gastos en los términos que se expondrán a continuación, que resultan del ordenamiento jurídico vigente en el momento relevante, que en este caso es la firma de la escritura de préstamo hipotecario. El legislador puede modificar la normativa aplicable y establecer otros criterios de atribución del pago de estos gastos, por razones de política legislativa, como parece que realizará en el proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario que se tramita en las Cortes. Pero esas nuevas normas no pueden ser aplicadas con carácter retroactivo, salvo que en ellas se disponga lo contrario (art. 2.3 CC).*

### **TERCERO.- Gastos notariales**

**1.-** *En lo que respecta a los gastos de notaría, el art. 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en Arancel.*

*En primer lugar, la diversidad de negocios jurídicos –préstamo e hipoteca- plasmados en la escritura pública no se traduce arancelariamente en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado; sino que, en armonía con lo antes razonado, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por*

un solo concepto, el préstamo hipotecario.

A su vez, 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, dispone:

«La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las 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».

Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4ª LEC), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria.

Es decir, como la normativa notarial habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor –por la obtención del préstamo a un interés generalmente inferior al que pagaría en un contrato sin garantía real-, como el prestamista –por la garantía hipotecaria–, es razonable **distribuir por mitad** el pago de los gastos que genera su otorgamiento.

**2.-** Esta misma solución debe predicarse respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación.

**3.-** En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto.

**4.-** Por último, respecto de las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario, deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés.

#### **CUARTO.- Gastos de registro de la propiedad**

**1.-** En lo que atañe a los gastos del registro de la propiedad, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1.º, que:

«Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o

*anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado».*

*Con arreglo a estos apartados del art. 6 LH, la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (c).*

*A diferencia, pues, del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho.*

**2.-** *Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del **banco prestamista**, por lo que es a éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario.*

**3.-** *En cuanto a la inscripción de la escritura de cancelación, ésta libera el gravamen y, por tanto, se inscribe en favor del prestatario, por lo que le corresponde este gasto.*

Por lo que respecta al reparto de los **gastos de Gestoría**, tomaremos como referencia el más reciente criterio en la materia y que supone una novedad respecto al modo en que la cuestión era resuelta hasta ahora.

Así, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2020 n.º 555/2020** (Pte. Excmo Sr. I. Sancho Gargallo), expresa en el punto 5 del F.J. TERCERO que “Respecto de los gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora del impuesto, en la sentencia 49/2019, de 23 de enero, entendimos que como “cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad”. Este criterio no se acomoda bien a doctrina contenida en la **STJUE de 16 de julio de 2020** (la negrita es mía), porque con anterioridad a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario, no existía ninguna previsión normativa sobre cómo debían abonarse esos gastos de gestoría. En esa situación, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabía negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que

*se ha declarado abusiva. Razón por la cual, estimamos también en este extremo el recurso de casación.”*

Consecuentemente a lo anterior ha de atribuirse dicho gasto de Gestoría a la entidad bancaria en su integridad.

Retomando a continuación los términos de la previa Sentencia de 23/1/2019, en relación a resto de partidas de gasto hipotecario:

**.- Tributos.**

La parte demandante tacha de abusiva la estipulación referida a la imposición al adherente del pago de tributos, pues la cláusula de Gastos, le atribuye de modo general el pago de tributos que pudieran gravar el préstamo y/o la constitución, modificación o cancelación de la garantía hipotecaria, derivando de ello incluido el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados ( IAJD). Estas previsiones genéricas y amplias denotan la voluntad del banco de atribuir al consumidor cualquier tributo, sin atender a la individualización del sujeto pasivo fijado por normativa vigente. Esta forma de proceder resulta abusiva por producir un quebranto flagrante de la buena fe y provocar un desequilibrio patente entre el profesional y el consumidor, que coloca al prestatario en clara situación de inferioridad. Todo ello determina que la previsión deba de tacharse de abusiva. Esta doctrina se infiere, además, de la reciente Sentencia de Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, número148/2018, de 15 de marzo de 2018.

No obstante, la nulidad de la anterior referencia no implica que el prestatario se vea exonerado del pago de cualquier impuesto. Para determinar el sujeto pasivo de cada tributo habrá que atender a la regulación sectorial pertinente. Por lo que se refiere al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, el 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, dispone en su artículo 8.d) que *“Estará obligado al pago del*

*Impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario [...] En la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el prestatario”.*

Esta previsión debe completarse con lo dispuesto en el artículo 29 del mismo texto, que al especificar al sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados, indica que “*será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan*”. Por su parte, la normativa de desarrollo sigue el mismo criterio, puesto que el artículo 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, después de reproducir lo dispuesto en el artículo 29 antes citado, añade que “*cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario*”. En la misma línea, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ratifica reiteradamente este criterio, pues considera que “*en cualquier caso, la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible es el prestatario*”(fundamento jurídico cuarto, STS, Sala 3ª, de 20 de enero de 2004).

A juicio de este Tribunal, las previsiones legales son claras y de plena aplicación al supuesto de autos. Se trata de normas imperativas, que atienden específicamente al caso enjuiciado. Por tales razones, la obligación del prestatario de hacer frente al pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados resulta perfectamente válida y debe cumplirse, a tenor de la Ley; criterio que ratifica la sección octava de la Audiencia Provincial de Alicante (Sentencia número 16/18, de 18 de enero).

A colación de lo anterior, resulta interesante destacar las conclusiones formuladas por el Tribunal Supremo, en su Sentencia de Pleno número 148/2018, a cuyo tenor “**2.- Respecto del hecho imponible del impuesto de transmisiones patrimoniales consistente en la constitución del préstamo hipotecario (art.7.1.B LITPAJD), ya hemos visto que el art. 8 LITPAJD, a efectos de la determinación del**

*sujeto pasivo, contiene dos reglas que, en apariencia, pueden resultar contradictorias. Así el apartado c) dispone que «en la constitución de derechos reales» es sujeto pasivo del impuesto aquél a cuyo favor se realice el acto; y el apartado d) prevé que, «en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza», lo será el prestatario. De manera que si atendemos exclusivamente a la garantía (la hipoteca), el sujeto pasivo sería la entidad acreedora hipotecaria, puesto que la garantía se constituye a su favor; mientras que, si atendemos exclusivamente al préstamo, el sujeto pasivo sería el prestatario (el cliente consumidor). Sin embargo, dicha aparente antinomia queda aclarada por el art. 15.1 de la misma Ley, que dispone: «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».*

*3.- La jurisprudencia de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de este Tribunal Supremo ha interpretado tales preceptos en el sentido de que, tanto en préstamos como en créditos con garantía hipotecaria, el sujeto pasivo del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario (sentencias de 19 de noviembre de 2001 [RC 2196/1996]; 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]; 6 de mayo de 2015 [RC 3018/2013]; y 22 de noviembre de 2017 [RC 3142/2016]). En tales resoluciones se indica que la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible sea el prestatario, de conformidad con lo establecido en el art. 8 d), en relación con el 15.1, LITPAJD.*

*En su virtud, respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, en armonía con la jurisprudencia de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo, debemos concluir que el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario”.*

Consta como hecho notorio ex art 281.4 de la LEC y STS nº 241 de 9-5-2013) que el Pleno de la Sala III del TS, en fecha 6 de noviembre de 2018, acordó desestimar los recursos planteados y volver al criterio según el cual el **sujeto**

**pasivo del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados en los préstamos hipotecarios es el prestatario.**

No ha lugar, pues, a restitución por tal concepto de gasto.

**QUINTO Bis.-** La declaración de nulidad de las cláusulas indicadas tiene como consecuencia ineludible que la cláusula se tenga por no puesta, como si nunca hubiera existido (quod nullum est nullum effectum producit). En el mismo sentido, el artículo 1.303 CC impone la restitución íntegra de prestaciones; en consecuencia, la demandada deberá reponer a la parte actora en la situación de hecho y de derecho en la que se encontraba al tiempo de la celebración del contrato, tal y como hubiera acaecido en el caso de que las cláusulas declaradas abusivas no hubieran figurado.

A colación de lo expuesto, resulta interesante la doctrina emanada de la jurisprudencia del TJUE sobre la materia examinada y sus efectos. La Sentencia TJUE, de 21 de diciembre de 2016 arroja luz sobre tales cuestiones, e indica que *“el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes. Efectivamente, la exclusión de tal efecto restitutorio podría poner en cuestión el efecto disuasorio que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 7, apartado 1, de esa misma Directiva, pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos*

*celebrados por un profesional con los consumidores”.*

No debe olvidarse que la declaración de nulidad conlleva un efecto puramente negativo, de manera que se mantendrá el contrato con exclusión de la cláusula declarada abusiva, sin que el juez pueda integrar o modificar el contenido de la misma; pues como predica la referida Sentencia *“al juez nacional no debe atribuírsele la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 31 y jurisprudencia citada)”*.

Conviene aclarar que la nulidad radical no admite convalidación ni confirmación, por lo que resulta intrascendente que el demandante no haya manifestado previamente su disconformidad, ya que no cabe hablar de respeto a los actos propios.

Así, la demandada deberá restituir al prestatario, en relación a la operación computada -Gastos abonados-, y reparto proporcional indicado, las cantidades abonadas por los conceptos de Notaría, Gestoría y Registro de la Propiedad.

Tales cantidades se satisficieron por el actor en cumplimiento de la condición general de contratación inserta -CLÁUSULA QUINTA-, tal y como se acredita fehacientemente mediante referencias documentales comprendidas como documento 1 y ss. de la demanda , cuya autenticidad no ha sido cuestionada de contrario (arts. 326, 319 LEC).

De tal forma la parte demandada deberá a restituir a los actores el cincuenta por ciento de los gastos asumidos por Notaría (252,68 euros), y la integridad de lo abonado por Gestoría (174,29 euros) y Registro (94,56 euros).

No procede restitución por cuota abonada por el IAJD..

En total la restitución de principal por gastos hipotecarios ascenderá a **521,53 euros**.

**SEXO.-** En lo relativo a los intereses aplicables a la cantidad expuesta, una cláusula contractual declarada abusiva, y por ende, nula no puede generar efecto jurídico alguno. En consecuencia, procede la devolución de las cantidades indebidamente abonadas, más el interés legal del dinero desde la fecha de cada cobro y hasta el dictado de la presente Sentencia, ex artículo 1.303 del Código Civil.

En virtud del artículo 576 LEC, la cifra de principal devengará a favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde el dictado de la presente Sentencia.

**SÉPTIMO.- Costas Procesales.**

En materia de costas, siendo estimada de modo sustancial la demanda (nulidad de las tres cláusulas invocadas y restitución económica acordada) aun cuando consta en la presente litis un allanamiento que se ajusta de modo esencial al contenido del fallo, es apreciable cierta mala fe o dejación por parte de la entidad bancaria que no atendió en modo alguno la inicial reclamación extrajudicial formalizada por el prestatario y ha obligado a impetrar el auxilio judicial. Obra en autos acreditación de reclamación extrajudicial de la parte actora y resultado infructuoso o sin resultado positivo. (Docs. 5-6 dda.).

Así, siguiendo la más reciente línea interpretativa marcada en la materia y en aplicación de los artículos 394 y 395 LEC., procede imponer el abono de las costas procesales devengadas a la parte demandada. De acuerdo a lo indicado, debemos de citar el contenido de la Sentencia de la Secc. 8ª de la AP de Alicante nº 97/2020 de 31 de enero de 2020 (Pte. Sr. García-Chamón Cervera) que expresa que *“el allanamiento parcial en la contestación no puede enervar la aplicación del art. 395.1.II LEC alegando la falta de coincidencia entre los conceptos cuya restitución reclamaba en el requerimiento extrajudicial y los , porque su pasividad*

(el de la entidad bancaria) *al no reconocer la petición de declaración de nulidad de la cláusula sobre gastos ni tampoco haber reconocido la obligación de abonar determinados gastos ha provocado la necesidad de presentar la demanda*".

Vistos los preceptos legales citados y concordantes, así como demás de general y pertinente aplicación,

## FALLO

Que **DEBO ESTIMAR Y ESTIMO** la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sr \_\_\_\_\_, en nombre y representación de Dña. Z. \_\_\_\_\_ frente a KUTXABANK S.A. y, en consecuencia:

**1. DECLARO LA ABUSIVIDAD de la Cláusula de -VENCIMIENTO ANTICIPADO-**, en los términos expresados en fundamento jurídico, de la escritura de préstamo hipotecario de 15/12/2006, y consiguientemente, su NULIDAD Y SUPRESIÓN DEL CONTRATO.

**2. DECLARO LA ABUSIVIDAD de la Cláusula de -INTERESES DE DEMORA-**, en los términos expuestos en fundamento jurídico, de la escritura de préstamo hipotecario de 15/12/2006, y consiguientemente, su NULIDAD Y SUPRESIÓN DEL CONTRATO.

**3. DECLARO LA ABUSIVIDAD de la Cláusula de -GASTOS-** a cargo del prestatario de la escritura suscrita por las partes de préstamo hipotecario de 15/12/2006, y consiguientemente, su NULIDAD Y SUPRESIÓN DEL CONTRATO. **Y CONDENO a la demandada al abono a la parte actora de 521,53 euros** que indebidamente fueron abonados por la parte demandante con ocasión de la

cláusula -gastos- incluida en referidas escrituras, ello es cincuenta por ciento gastos de Notaría e integridad de Registro y Gestoría, con intereses desde la fecha de cada cobro. Esta cantidad determinará en favor del acreedor el devengo de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde el dictado de la presente resolución.

No ha lugar a restituir por CUOTA DEL IAJD..

4. Se mantiene la vigencia del contrato en todo lo no afectado por la presente resolución

5. Se impone el abono de las costas procesales a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma podrán interponer recurso de APELACIÓN ante este Juzgado dentro del plazo de VEINTE DÍAS desde el siguiente a la notificación, exponiendo las alegaciones en que se base la impugnación y citando la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna. Del presente recurso conocerá la Audiencia Provincial de Alicante (artículos 458 y 463 LEC en redacción dada por Ley 37/2011, de 10 de octubre).

Dedúzcase testimonio de la presente resolución para su unión a esta causa; regístrese el original en el Libro de Sentencias de este Juzgado.

Así por esta Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

a, Magistrado-Juez sstto. en funciones de refuerzo en el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Alicante y su partido.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior Sentencia por Ilmo. Sr. Juez que la suscribe, en la audiencia pública del mismo día de su fecha. Doy fe.