



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° DOS DE CÁDIZ

C/ Los Balbo s/n

Tlf.: 856103021 / 856103006. Fax: 956013085

Email: jinstancia.2.cadiz.jus@juntadeandalucia.es

NIG: 1101242120180001855

PROCEDIMIENTO: Proced. Ordinario (Contratación -249.1.5) 1178/2018 Negociado: E

De: [REDACTED]

Procuradora Sra.: [REDACTED]

Letrado Sr.: [REDACTED]

Contra: [REDACTED]

Procuradora Sra.: [REDACTED]

Letrado Sr.: [REDACTED] A

SENTENCIA N° 1005/2019

En Cádiz, a once de octubre de dos mil diecinueve

VISTOS por la Ilma. Sra. [REDACTED] de refuerzo de este Juzgado, los autos arriba referenciados seguidos a instancia de [REDACTED] como demandantes, representados por la Procuradora de los Tribunales Doña María Isabel Herrada Martín y asistidos del Letrado [REDACTED] contra la entidad [REDACTED] como demandada, representada por la Procuradora de los Tribunales [REDACTED] y asistida del Letrado [REDACTED] se procede

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

A dictar la presente resolución

1



Código Seguro de Verificación: 8MZLCRHXS5N859FR2HZGX5BCM8W6SK.
Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección
<https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/code/8MZLCRHXS5N859FR2HZGX5BCM8W6SK>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	FECHA FIRMA	FIRMADO POR	FECHA FIRMA
ALBA MARIA GARCIA MATILLA	14/10/2019 17:39:56	GUADALUPE MORENO CATENA	15/10/2019 09:39:24
ID. FIRMA	arrobafirmang.justicia.junta-andalucia.es		PÁGINA 1 / 13

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por turno de especialidad correspondió a este Juzgado el conocimiento de la demanda de juicio ordinario presentada el día 13 de febrero de 2018 por la Procuradora de los Tribunales [REDACTED] en nombre y representación de [REDACTED], frente a la entidad [REDACTED] NV. Tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, los actores solicitaron el dictado de una sentencia en la que se acordara, conforme al suplico de la demanda:

- LA DECLARACIÓN DE NULIDAD, POR ABUSIVA, DE LA CLÁUSULA QUINTA DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIOS DE FECHA [REDACTED] ENTRE LA ENTIDAD HOY DEMANDADA, [REDACTED] Y MI REPRESENTADO ANTE EL NOTARIO D. [REDACTED]

- LA CONDENA A LA ENTIDAD DEMANDADA A ABONAR A MIS MANDANTES LA CANTIDADES QUE DEBIERON SER ABONADAS POR LA PARTE DEMANDADA EN EL MOMENTO DE LA CELEBRACIÓN DE CONTRATO HIPOTECARIO, CUYA CUANTÍA SE DEBERÁ DETERMINAR EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA.

- LA CONDENA EN COSTAS A LA ENTIDAD DEMANDADA.

SEGUNDO.- El día 20 de julio de 2018 se dictó decreto admitiendo a trámite la demanda y emplazando a la demandada para que, con traslado de la demanda y la documentación acompañada, contestara en el plazo de veinte días hábiles.

TERCERO.- Por la Procuradora de los Tribunales [REDACTED] en nombre y representación de la entidad [REDACTED], se presentó escrito de contestación a la demanda el día 5 de noviembre de 2018 interesando el dictado de una sentencia desestimatoria de la demanda y la condena en costas a los actores.

CUARTO.- Mediante decreto de 6 de febrero de 2019 se convocó a las partes a la celebración de la Audiencia Previa señalada para el día 19 de septiembre de 2019 a las 12:45 horas.

QUINTO.- El día señalado se celebró la Audiencia Previa, documentándose el acto en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen. Las partes, que comparecieron asistidas de sus Letrados y representadas por sus Procuradores, no llegaron a ningún acuerdo. Esta Juzgadora desestimó la excepción planteada por la entidad prestamista en su escrito de contestación a la demanda relativa a la indeterminación de la cuantía, de tal forma que la cuantía del procedimiento quedó fijada como indeterminada. Ninguna de las partes formuló alegaciones complementarias ni aclaratorias, y por SSª se fijaron los hechos controvertidos de la litis. Tras la proposición y admisión de la prueba documental, con arreglo al artículo 429.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil los autos quedaron conclusos y vistos para sentencia sin previa celebración de juicio.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Dos son las pretensiones principales de la demanda promovida por [REDACTED] en esta litis:

a) Por una parte, LA DECLARACIÓN DE NULIDAD, POR ABUSIVA, DE LA ESTIPULACIÓN FINANCIERA QUINTA. “-GASTOS-” de la escritura de subrogación de préstamo hipotecario suscrita el día [REDACTED] ante el Notario [REDACTED], con nº de Protocolo [REDACTED] según la cual “*Todos los gastos, tributos e impuestos que origina la presente escritura, en su nacimiento, vida, ejecución y cumplimiento, serán satisfechos por la parte deudora en su integridad, incluso las costas, gastos y perjuicios que se originen al BANCO por el incumplimiento del contrato, o para el cobro del crédito, y por los procedimientos motivados por todo ello, incluidos los honorarios de Abogado y Procurador*”.

Los actores entienden que esta cláusula es una condición general de la contratación abusiva y nula de pleno derecho porque fue redactada por la entidad prestamista sin mediar ningún tipo de negociación, y en la misma se les imponen de forma genérica e indiscriminada todos los gastos e impuestos derivados de la escritura sin tener en cuenta la normativa ni la jurisprudencia aplicable en cada caso.

b) Por otra parte, los actores interesaron LA CONDENA A LA DEMANDADA A RESTITUIRLES LAS CANTIDADES INDEBIDAMENTE ABONADAS POR LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA CONTROVERTIDA, más los intereses legales y las costas del procedimiento.

LA ENTIDAD [REDACTED] se opuso en su escrito de contestación a la demanda a la declaración de nulidad de la cláusula de gastos esgrimida por los actores al entender que la misma fue negociada por las partes y redactada de forma clara, específica, comprensible, remitiéndose tanto a la normativa como a la jurisprudencia aplicable. Igualmente, la entidad demandada se opuso a la restitución de las cantidades reclamadas por la aplicación de la cláusula impugnada al entender que dicha restitución era improcedente. Por todo ello, la entidad prestamista demandada interesó el dictado de una sentencia desestimatoria de la demanda presentada de contrario y la expresa condena en costas a los actores.

SEGUNDO.- Antes de analizar la cláusula impugnada en este procedimiento es preciso determinar qué debemos entender por cláusula abusiva y cuándo procede realizar un control de abusividad de las cláusulas de un contrato:

- **El concepto de “cláusula abusiva”** se recogió por primera vez en la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Concretamente el artículo 3 de la Directiva las definía como “*las cláusulas contractuales que no se han negociado individualmente y, 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*”.



El RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias -en adelante LGDCU-, en desarrollo del artículo 51 de la Constitución Española, y asumiendo las funciones de ley nacional de transposición de la Directiva mencionada, prácticamente reproduce en su artículo 82.1 el concepto de cláusulas abusivas recogido en la Directiva. Además, añade el apartado 4 de dicho precepto legal que "En todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90:

- vinculen el contrato a la voluntad del empresario;
- limiten los derechos del consumidor y usuario;
- determinen la falta de reciprocidad en el contrato;
- impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba;
- resulten desproporcionadas con el perfeccionamiento y ejecución del contrato;
- contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable".

- **El control de abusividad de las cláusulas de un contrato**, control reservado exclusivamente para la protección de los consumidores, tan sólo tendrá lugar cuando concurren dos presupuestos ineludibles: (1) que la cláusula se inserte en un contrato celebrado con consumidores, y (2) que la misma no haya sido objeto de negociación, o lo que es lo mismo, que se trate de una condición general de la contratación.

Respecto al primero de los presupuestos, el artículo 3 de la LGDCU establece que: "A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial". Por tanto, de acuerdo con este precepto el elemento fundamental para determinar la presencia de un consumidor en nuestro ordenamiento jurídico es *el destino que se le da al bien o servicio y, en concreto, si la persona, física o jurídica, lo incorpora o no a una actividad empresarial o profesional*. En este sentido, el Tribunal Supremo indicó en la **STS de 22 de abril de 2015** que "conforme al artículo 2.b de la Directiva 1993/13/CEE, ha de entenderse por consumidor toda persona física que, en los contratos regulados por la Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional".

Respecto al segundo de los presupuestos, el artículo 1 de la Ley 7/1998 de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación -en adelante LCGC- define las mismas como "las cláusulas predispuestas redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, 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".



FIRMADO POR	FECHA FIRMA	FIRMADO POR	FECHA FIRMA
ALBA MARIA GARCIA MATILLA	14/10/2019 17:39:56	GUADALUPE MORENO CATENA	15/10/2019 09:39:24
ID. FIRMA	arrobafirmang.justicia.junta-andalucia.es		PÁGINA 4 / 13



En el presente caso concurren los dos presupuestos necesarios para poder someter la cláusula de gastos controvertida al control de abusividad: por una parte, (1) tanto [REDACTED] [REDACTED] tienen la condición de consumidores porque son personas físicas que suscribieron el préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual, como así se desprende de la escritura de préstamo hipotecario aportada como documento nº 1 junto al escrito de demanda. Esto implica que los actores actuaron en un ámbito personal y no empresarial o profesional. Además, es relevante indicar que la entidad prestamista demandada no cuestionó la condición de consumidores de los actores en este procedimiento. Por otra parte, (2) la cláusula de gastos impugnada debe ser considerada una condición general de la contratación porque la entidad prestamista demandada, a quien le incumbe la carga de la prueba con arreglo al artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no ha acreditado que la misma fuera negociada por las partes. Por ello, la cláusula impugnada debe ser considerada una cláusula redactada por la entidad prestamista para ser incorporada en una pluralidad de contratos y, concretamente, impuesta a los prestatarios.

TERCERO.- Una vez aclarada la posibilidad de controlar el eventual carácter abusivo de la cláusula de gastos cuestionada en este procedimiento, la misma debe ser analizada con arreglo a la normativa y a la jurisprudencia aplicable.

Por una parte, **el artículo 89 de la LGDCU** establece que *“son abusivas las cláusulas que, en un contrato de compraventa de viviendas, atribuyan al consumidor los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (párrafo 3.3º.a) y las que impongan al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (párrafo 3º.3.c)”*. Asimismo, este precepto indica que *“se consideran abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (89.3.5º)”*.

Por otra parte, el Alto Tribunal se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia sobre los gastos e impuestos derivados de la escritura de préstamo hipotecario, entre los que se incluyen: los gastos de notaría, los honorarios registrales, los gastos de gestoría y los gastos de tasación o el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD). De forma específica, en **la STS nº 148/2018 de 15 de marzo de 2018** el Tribunal Supremo puso de manifiesto que *“en una escritura de préstamo hipotecario, la cláusula que atribuye al prestatario el pago de todos los gastos e impuestos derivados de la operación de forma indiscriminada, cuando la ley o el reglamento considera sujetos pasivos al prestamista o al prestatario en función de los distintos hechos imponible, debe considerarse abusiva con arreglo al artículo 89.3 c) de la LGDCU”*.



FIRMADO POR	FECHA FIRMA	FIRMADO POR	FECHA FIRMA
ALBA MARIA GARCIA MATILLA	14/10/2019 17:39:56	GUADALUPE MORENO CATENA	15/10/2019 09:39:24
ID. FIRMA	arrobafirmang.justicia.junta-andalucia.es		PÁGINA 5 / 13



En el presente caso, y con arreglo a lo anteriormente expuesto, podemos apreciar que la cláusula impugnada es una cláusula no negociada individualmente e inserta en un contrato celebrado entre un profesional y dos consumidores, que atribuye a los prestatarios de forma indiscriminada y genérica el pago de todos los gastos e impuestos derivados del préstamo hipotecario. Por ende, en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio de los consumidores, la cláusula impugnada causa un importante desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes que intervienen en el contrato. Por todo ello procede declarar la abusividad de la cláusula QUINTA. “-GASTOS-” de la escritura de subrogación de préstamo hipotecario suscrita el día 22 de noviembre de 2005 ante el Notario Don Rafael de Cózar Pardo, con nº de Protocolo 3.838.

CUARTO.- El carácter abusivo de la cláusula impugnada en este procedimiento comporta, a su vez, efectos y consecuencias diferentes:

A.- Por una parte, su nulidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 83 de la LGDCU sin que, en principio, quepa su moderación o integración. En este sentido, **el TJUE en la Sentencia de 14 de junio de 2012 (as. Banesto c. Calderón)** indicó que *"si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (...) en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando así el interés de dichos profesionales"*.

B.- Por otra parte, el carácter abusivo de la cláusula controvertida supone su inaplicación, prescindiendo de su contenido en la ejecución del contrato, con independencia de que se haya solicitado así o no por los consumidores. **El artículo 10.1 de la LCGC** establece que *"la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato si éste puede subsistir sin tales cláusulas; extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia"*. En este caso la nulidad de la cláusula abusiva no impide que el contrato continúe subsistiendo y produciendo efectos, así como tampoco supone dejar sin efecto los abonos realizados por los prestatarios, pues los mismos se distribuirán entre las partes que intervinieron en el contrato con arreglo a la normativa y la jurisprudencia aplicable, como se indicará en el siguiente fundamento jurídico.

C.- En tercer y último lugar, la nulidad de la cláusula controvertida lleva de suyo, como regla general, la obligación de restitución de las prestaciones recibidas de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.303 del Código Civil, según el cual *"declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes"*.



FIRMADO POR	FECHA FIRMA	FIRMADO POR	FECHA FIRMA
ALBA MARIA GARCIA MATILLA	14/10/2019 17:39:56	GUADALUPE MORENO CATENA	15/10/2019 09:39:24
ID. FIRMA	arrobafirmang.justicia.junta-andalucia.es		PÁGINA 6 / 13



Se trata, tal y como afirmó el Tribunal Supremo en la STS nº 118/2012, de 13 de marzo de 2012, de una propia *restitutio in integrum* como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique. Nuestro sistema defiende que la ineficacia de los contratos -o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste-, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica *quod nullum est nullum effectum producit*.

QUINTO.- El efecto restitutorio de las prestaciones indebidamente abonadas por los prestatarios merece una mención especial en este procedimiento, y es que junto a la acción de nulidad de la cláusula abusiva los actores ejercitaron también en su escrito de demanda una acción de reclamación de cantidad. Concretamente, [REDACTED] interesaron el dictado de una sentencia que condenara a la entidad prestamista demandada a restituirles las cantidades indebidamente abonadas en exceso por la aplicación de la cláusula impugnada.

Tal y como ya se ha indicado en el anterior fundamento jurídico, como regla general la nulidad de una cláusula lleva de suyo la obligación de restitución de las prestaciones recibidas de acuerdo con lo previsto en el artículo 1.303 del Código Civil. No obstante lo antedicho, si bien el artículo 1.303 del Código Civil se refiere de forma exclusiva a la restitución de las prestaciones recibidas entre las partes de una relación jurídica cuando se declara la nulidad de una obligación, este precepto no resulta de aplicación en el presente caso porque los actores interesaron la restitución del dinero que ya fue abonado a terceras personas (como el Registrados, el Notario o el gestor), y no a la entidad prestamista demandada. Los prestatarios reclaman a la entidad prestamista la restitución de las cantidades ya abonadas a terceras personas en virtud de lo dispuesto en la cláusula nula con arreglo al artículo 1.158 del Código Civil, siempre que quede sentado que la verdadera deudora de los gastos derivados del préstamo hipotecario era la entidad prestamista, en cuyo caso el pago hecho por los prestatarios tendrá la consideración de *pago hecho por tercero distinto del deudor*. Así, de forma específica el artículo 1.158 del Código Civil establece que *“puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor. El que pague por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad. En este caso sólo podrá repetir del deudor aquéllo en que le hubiera sido útil el pago”*.

Esta misma idea fue recogida por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Álava en la Sentencia nº 501/2017 de 17 de noviembre y por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos en la Sentencia de 1 de febrero de 2018, al afirmar que *“A pesar de haber apreciado la nulidad de la cláusula controvertida, las consecuencias no son las interesadas en la demanda. No opera lo dispuesto en el art. 1.303 del CC como efecto jurídico directo de la nulidad de un contrato, en orden a la restitución recíproca de las cosas que hubieran sido objeto del contrato con sus frutos, y el precio con sus intereses, pues el banco demandado no ha recibido de forma directa cantidad alguna por los*



FIRMADO POR	FECHA FIRMA	FIRMADO POR	FECHA FIRMA
ALBA MARIA GARCIA MATILLA	14/10/2019 17:39:56	GUADALUPE MORENO CATENA	15/10/2019 09:39:24
ID. FIRMA	arrobafirmang.justicia.junta-andalucia.es		PÁGINA 7 / 13



referidos gastos. Por tanto, con base al citado precepto no es posible condenar a la entidad prestamista a la restitución de tales gastos. No obstante lo anterior, es obvio que los prestatarios se han visto obligados a pagar los gastos por mor de la cláusula litigiosa que les impone su pago, y en tal sentido el abono de gastos que no les corresponde pagar, ora por cuanto que su pago corresponde en exclusiva al banco ora porque tal pago corresponde a ambas partes, les ha supuesto un evidente perjuicio al sufrir una carga que no estaban obligados a soportar, y ello con la correlativa ventaja o beneficio para el banco que ha eludido el pago de gastos cuyo abono le hubiera correspondido en todo o en parte. (...) 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. Con arreglo al art. 1.158 del CC, la entidad prestamista, como deudora verdadera de las cantidades abonadas por los prestatarios a terceras personas, debe ser condenada a restituir a los prestatarios las cantidades indebidamente satisfechas en virtud de lo dispuesto en la cláusula declarada nula".

Ahora bien, el hecho de haber declarado la nulidad de la cláusula de gastos del préstamo hipotecario no significa que la entidad prestamista deba restituir sin más a los prestatarios el pago de todos los gastos contemplados en dicha cláusula, pues habrá que atender a la normativa sectorial o específica que regule cada gasto. Sólo podrá imponerse a la entidad prestamista el pago de los gastos que le hubiera correspondido haber abonado. Así, el Tribunal Supremo en el fundamento jurídico sexto.2 de **la STS de 15 de marzo de 2018**, señaló que "anulada la condición general que imponía al consumidor el pago de todos los gastos e impuestos, el Tribunal debe fijar los efectos restitutorios inherentes a tal declaración de nulidad".

A continuación procedemos a analizar cada uno de los gastos a los que se refiere la cláusula impugnada y que son objeto de reclamación por los actores en esta litis:

1.- Respecto a los gastos registrales: el Real Decreto 1427/1989 de 17 de noviembre por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad dispone en la norma 8ª del Anexo II que "los derechos del Registrador se pagarán por aquél 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. Los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes lo soliciten".

Como regla general es la entidad bancaria la encargada de solicitar la inscripción de la escritura de préstamo hipotecario en el Registro de la Propiedad, ya que es la principal interesada. Este es el criterio seguido por el Alto Tribunal en **la STS nº 705/2015**, en la que se establece concretamente que "quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 de la LEC), constituye la garantía real (artículos 1.875 del CC y 2.2 de la LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (artículo 685 de la LEC)".



FIRMADO POR	FECHA FIRMA	FIRMADO POR	FECHA FIRMA
ALBA MARIA GARCIA MATILLA	14/10/2019 17:39:56	GUADALUPE MORENO CATENA	15/10/2019 09:39:24
ID. FIRMA	arrobafirmang.justicia.junta-andalucia.es		PÁGINA 8 / 13



Además, en las STS nº 44, 46, 47, 48 y 49/2019 de 23 de enero el Supremo volvió a reiterar esa idea al afirmar que: *“la garantía hipotecaria se inscribe a favor del Banco prestamista, por lo que es a este al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción de la hipoteca. En cambio, la inscripción de la escritura de cancelación interesa al prestatario, por lo que a él le corresponde este gasto”*.

Por todo lo expuesto, quien debe asumir el pago de los aranceles registrales es la propia entidad prestamista demandada. Esto implica que la entidad prestamista deberá devolver a los actores la cantidad de 163,03 € en concepto de aranceles registrales derivados de la escritura de subrogación del préstamo hipotecario suscrita por las partes, más 208,89 € en concepto de aranceles registrales derivados de la novación del préstamo hipotecario suscrito por las partes, esto es un total de 371,92 €, tal y como se refleja en las facturas emitida a nombre del prestatario y aportadas junto a la demanda como cuerpo documental nº 2.

2.- Respecto a los gastos notariales, según el artículo 63 del Reglamento del Notariado *“la retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios, y la misma se regulará por el Arancel notarial”*. Este Arancel, aprobado por RD 1426/1989, establece en la norma 6ª del Anexo II que *“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”*.

El problema se plantea a la hora de determinar quiénes están realmente interesados en los servicios notariales si no consta quién los requirió concretamente. Si bien hasta el momento la doctrina no ha sido unánime sobre este punto, recientemente el Alto Tribunal se ha pronunciado al respecto. En las STS nº 44, 46, 47, 48 y 49/2019 de 23 de enero, el Tribunal Supremo ha indicado que *“la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que deben distribuirse por mitad: los costes de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario, así como los derivados de la escritura de modificación del préstamo hipotecario. No obstante, los gastos de cancelación de la hipoteca serán de cargo del prestatario porque es el interesado en la liberación del gravamen. 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”*. En este mismo sentido se ha pronunciado hasta el momento la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz en las Sentencias de 9 de octubre, 16 de octubre y 14 de noviembre de 2018.

Como en este caso no se ha acreditado quién requirió los servicios del Notario, siguiendo el criterio jurisprudencial expuesto debemos entender que los mismos interesan a ambas partes. Por un lado, la entidad prestamista obtiene un título ejecutivo que unido a su inscripción le permite acudir a un procedimiento especial de ejecución en caso de impago del préstamo. Por otro lado, los prestatarios pueden obtener un préstamo hipotecario con el que conseguir financiación para comprar su vivienda habitual a un interés remuneratorio inferior que el que le sería ofrecido en un préstamo personal que no precisa de otorgamiento de escritura.



FIRMADO POR	FECHA FIRMA	FIRMADO POR	FECHA FIRMA
ALBA MARIA GARCIA MATILLA	14/10/2019 17:39:56	GUADALUPE MORENO CATENA	15/10/2019 09:39:24
ID. FIRMA	arrobafirmang.justicia.junta-andalucia.es		PÁGINA 9 / 13



Tal y como se refleja en las facturas aportadas como cuerpo documental nº 2 junto a la demanda y emitidas a nombre del prestatario, los aranceles notariales derivados de la escritura de subrogación del préstamo hipotecario suscrita por las partes ascienden a 339,48 €, y los aranceles notariales derivados de la novación del préstamo hipotecario ascienden a 319,51 €. Como los gastos notariales deben distribuirse por mitad entre las partes, tal y como ya se ha expuesto anteriormente, la entidad prestamista demandada deberá abonar a los actores en este caso la cantidad de 329,49 €.

3.- Respecto a los gastos de gestoría es importante indicar que no existe una norma legal concreta y específica que atribuya la distribución de los mismos entre las partes que intervienen en el préstamo hipotecario. No obstante lo antedicho, lo cierto es que la intervención de la gestoría, que es un servicio privado, no es necesaria ni obligatoria para la suscripción del préstamo hipotecario.

La doctrina ha estado dividida a la hora de determinar la distribución de los gastos de gestoría entre las partes que intervienen en el contrato de préstamo hipotecario, pero recientemente el Tribunal Supremo ha fijado un criterio jurisprudencial claro sobre esta materia. Concretamente en **las STS nº 44, 46, 47, 48 y 49/2019 de 23 de enero de 2019 al Alto Tribunal** ha indicando que *“El pago de los gastos de gestoría también se impone por mitad”*.

Este criterio jurisprudencial implica que los gastos de gestoría interesan a ambas partes. Por un lado, la entidad prestamista se asegura de la debida inscripción en el Registro, necesaria para la válida constitución de la hipoteca, evitando el riesgo que supone la entrega del importe del préstamo antes de su inscripción. Por otro lado, contratando los servicios de una gestoría los prestatarios no se ven en la obligación de realizar trámites de gestión que, si bien no entrañan complejidad, son trámites de carácter técnico o burocrático que pueden resultar tediosos.

De las facturas aportadas al procedimiento como cuerpo documental nº 2 y emitidas a nombre del prestatario se desprende que los gastos de gestoría derivados de la escritura de subrogación del préstamo hipotecario ascienden a 323,87 €, y los gastos de gestoría derivados de la novación del préstamo hipotecario ascienden a 243,69 €. Como los gastos de gestoría deben distribuirse por mitad entre las partes, tal y como ya se ha expuesto anteriormente, la entidad prestamista demandada deberá abonar a los actores en este caso la cantidad de 283,78 €.

4.- Respecto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD), el artículo 8 d) de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados determina que *“estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el prestatario”*. En estos mismos términos se pronuncia el artículo 34 del Real Decreto 828/1995 de 29 de mayo por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.



FIRMADO POR	FECHA FIRMA	FIRMADO POR	FECHA FIRMA
ALBA MARIA GARCIA MATILLA	14/10/2019 17:39:56	GUADALUPE MORENO CATENA	15/10/2019 09:39:24
ID. FIRMA	arrobafirmang.justicia.junta-andalucia.es		PÁGINA 10 / 13



El Alto Tribunal en las STS nº 44, 46, 47, 48 y 49/2019 de 23 de enero indicó que “La Sala reitera que el sujeto pasivo de este impuesto es el prestatario, como ya acordó en las Sentencias 147 y 148/2018 de 15 de marzo, cuya doctrina se corresponde con la de las sentencias del Pleno de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo 1669/2018, 1670/2018 y 1671/2018, de 27 de noviembre, que mantienen la anterior jurisprudencia de esa misma Sala Tercera”. Este criterio jurisprudencial implica que pese a la declaración de nulidad de la cláusula controvertida, no cabe condenar a la entidad prestamista a devolver a los prestatarios las cantidades abonadas por este concepto ya que los mismos tienen la obligación legal y reglamentaria de abonar este impuesto. Por ende, su restitución por la entidad prestamista a los prestatarios no restablecería una situación de hecho y de derecho anterior, sino que comportaría la creación de una situación de enriquecimiento injusto.

La Audiencia Provincial de Pontevedra indicó en la Sentencia nº 152/2017 que “denegar la devolución a los prestatarios de las cantidades abonadas en concepto de ITPAJD no es un efecto incongruente con la nulidad de la cláusula, ni con la prohibición de integración del contrato o el también llamado por el TJUE “efecto disuasorio” de la Directiva 93/13/CEE, puesto que la expulsión del contrato de la cláusula de gastos no implica sino actuar como si la misma no se hubiera incluido en él. Por tanto, de no existir, es obvio que el ITPAJD, lo hubiera pagado también el prestatario a la Hacienda Pública”.

Por todo ello quien debe abonar el ITPAJD son los prestatarios y no la entidad prestamista demandada. Esto significa que no procede condenar a la entidad prestamista a restituir a los actores la cantidad reclamada de 417,24 € en concepto de ITPAJD abonado por la suscripción del préstamo hipotecario controvertido, tal y como así consta reflejado en el documento nº 2 aportado junto al escrito de demanda.

5.- Respecto a los gastos notariales y registrales de cancelación de la hipoteca se ha pronunciado recientemente el Alto Tribunal en la STS nº 44, 46, 47, 48 y 49/2019 de 23 de enero al indicar que “en cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, el interesado en la liberación del gravamen (arancel notarial) es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto. (...) La inscripción de la escritura de cancelación en el Registro interesa al prestatario, por lo que a él le corresponde este gasto”. El Alto Tribunal no se ha pronunciado sobre los gastos de gestoría derivados de la cancelación de la hipoteca, pero aplicando de forma extensiva el criterio jurisprudencial expuesto, los mismos deben ser abonados por el prestatario.

Si bien los actores indicaron en su escrito de demanda que los gastos notariales de cancelación de hipoteca ascendieron a 297,87 €, que los gastos registrales de cancelación fueron de 158,56 €, y que los gastos de gestoría derivados de la cancelación ascendieron a 223,56 €, como se desprende del cuerpo documental nº 2 aportado junto a la demanda, siguiendo el criterio expuesto no procede condenar a la demandada a restituir a los actores las cuantías reclamadas.



FIRMADO POR	FECHA FIRMA	FIRMADO POR	FECHA FIRMA
ALBA MARIA GARCIA MATILLA	14/10/2019 17:39:56	GUADALUPE MORENO CATENA	15/10/2019 09:39:24
ID. FIRMA	arrobafirmang.justicia.junta-andalucia.es		PÁGINA 11 / 13



De lo expuesto en este fundamento jurídico se desprende que la entidad prestamista deberá restituir a los actores la cantidad de NOVECIENTOS OCHENTA Y CINCO EUROS CON DIECINUEVE CÉNTIMOS (985,19 €) en concepto de gastos abonados de forma indebida por la aplicación de la cláusula abusiva declarada nula en la escritura de subrogación de préstamo hipotecario suscrita por las partes el día 22 de noviembre de 2005 ante el Notario Don Rafael de Cózar Pardo, con nº de Protocolo 3.838.

SEXTO.- La argumentación expuesta en los anteriores fundamentos jurídicos conduce a LA ESTIMACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA. Concretamente procede:

- DECLARAR LA NULIDAD, POR ABUSIVA, DE LA ESTIPULACIÓN FINANCIERA QUINTA. “-GASTOS-” DE LA ESCRITURA DE SUBROGACIÓN DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO SUSCRITA POR LAS PARTES EL DÍA [REDACTED] ANTE EL NOTARIO [REDACTED] CON Nº DE PROTOCOLO [REDACTED]

- CONDENAR A LA ENTIDAD DEMANDADA A ABONAR A LOS PRESTATARIOS LA CANTIDADES QUE DEBIERON SER ABONADAS POR LA PARTE DEMANDADA EN EL MOMENTO DE LA CELEBRACIÓN DE CONTRATO HIPOTECARIO POR LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE GASTOS IMPUGNADA, QUE ASCIENDEN A [REDACTED]

SÉPTIMO.- En materia de intereses, desde la notificación de la presente sentencia y hasta el completo pago de las cantidades debidas por la entidad prestamista demandada a los prestatarios se devengarán LOS INTERESES previstos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

OCTAVO.- En materia de costas, la estimación de la demanda supone que la entidad demandada deberá abonar las costas del procedimiento con arreglo a lo previsto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO LA DEMANDA FORMULADA POR [REDACTED], representados por la Procuradora de los Tribunales [REDACTED] y asistidos del [REDACTED] **CONTRA LA ENTIDAD [REDACTED]** representada por la Procuradora de los Tribunales [REDACTED] y asistida del Letrado [REDACTED] **EN CONSECUENCIA, DEBO:**



Código Seguro de Verificación: 8MZLCRHXS5N859FR2HZGX5BCM8W6SK. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/code/8MZLCRHXS5N859FR2HZGX5BCM8W6SK Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.			
FIRMADO POR	FECHA FIRMA	FIRMADO POR	FECHA FIRMA
ALBA MARIA GARCIA MATILLA	14/10/2019 17:39:56	GUADALUPE MORENO CATENA	15/10/2019 09:39:24
ID. FIRMA	arrobafirmang.justicia.junta-andalucia.es		PÁGINA 12 / 13



1.- DECLARAR Y DECLARO LA NULIDAD, POR ABUSIVA, DE LA ESTIPULACIÓN FINANCIERA QUINTA. "-GASTOS-" DE LA ESCRITURA DE SUBROGACIÓN DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO SUSCRITA POR LAS PARTES EL DÍA [REDACTED] ANTE EL NOTARIO [REDACTED] CON Nº DE PROTOCOLO [REDACTED]

2.- CONDENAR Y CONDENO A LA ENTIDAD [REDACTED] A ABONAR A LOS PRESTATARIOS [REDACTED] LAS CANTIDADES QUE DEBIERON SER ABONADAS POR LA PARTE DEMANDADA EN EL MOMENTO DE LA CELEBRACIÓN DE CONTRATO HIPOTECARIO POR LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE GASTOS IMPUGNADA, QUE ASCIENDEN [REDACTED] MÁS LOS INTERESES DEL ARTÍCULO 576 DE LA LEC.

3.- CONDENAR Y CONDENO A LA ENTIDAD [REDACTED] AL PAGO DE LAS COSTAS PROCESALES CON ARREGLO AL ARTÍCULO 394 DE LA LEC.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe formular ante este Juzgado RECURSO DE APELACIÓN, que se interpondrá en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación, conforme a los artículos 458 y siguientes de la LEC, y que se resolverá por la Ilma Audiencia Provincial de Cádiz.

Así por esta mi sentencia, juzgando en primera instancia, la pronuncia, manda y firma SSª Doña Alba María García Matilla, Jueza de refuerzo de este Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Cádiz y su partido. Doy fe.



<p>Código Seguro de Verificación: 8MZLCRHXS5N859FR2HZGX5BCM8W6SK. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/code/8MZLCRHXS5N859FR2HZGX5BCM8W6SK Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.</p>			
FIRMADO POR	FECHA FIRMA	FIRMADO POR	FECHA FIRMA
ALBA MARIA GARCIA MATILLA	14/10/2019 17:39:56	GUADALUPE MORENO CATENA	15/10/2019 09:39:24
ID. FIRMA	arrobafirmang.justicia.junta-andalucia.es		PÁGINA 13 / 13