



Roj: **SAP GC 2972/2018 - ECLI: ES:APGC:2018:2972**

Id Cendoj: **35016370042018100835**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **4**

Fecha: **21/12/2018**

Nº de Recurso: **473/2018**

Nº de Resolución: **874/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JUAN JOSE COBO PLANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SECCIÓN CUARTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 4ª)

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 42 99 00

Fax.: 928 42 97 74

Email: s04audprov.lpa@justiciaencanarias.org

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000473/2018

NIG: 3501642120170012482

Resolución: Sentencia 000874/2018

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0000364/2017-00

Juzgado de Primera Instancia Nº 6 BIS de Las Palmas de Gran Canaria

Apelado: Aurora ; Abogado: Leticia Alonso Suarez; Procurador: Deyarina Galindo Castaño

Apelado: Felipe ; Abogado: Leticia Alonso Suarez; Procurador: Deyarina Galindo Castaño

Apelante: SANTANDER CONSUMER FINANCE SA; Abogado: Antonio Carlos Santana Cruz; Procurador: Acacia Del Pilar Teixeira Cruz

SENTENCIA

SALA

Ilmos/as. Sres/as.

Presidente

D. JUAN JOSÉ COBO PLANA (Ponente)

Magistrados

D. JESÚS ÁNGEL SUÁREZ RAMOS

Dª. MARGARITA HIDALGO BILBAO

En Las Palmas de Gran Canaria, a 21 de diciembre de 2018.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas, integrada por los ilustrísimos señores magistrados arriba indicados, ha visto en grado de apelación, bajo el número de rollo



473/2018, los autos de juicio ordinario nº 364/2017, provenientes del Juzgado de Primera Instancia nº 6 bis de Las Palmas de Gran Canaria.

Las partes han actuado representadas y con la asistencia de los profesionales identificados en el encabezamiento de la presente resolución, siendo ponente el Sr. Magistrado D. JUAN JOSÉ COBO PLANA, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 bis de Las Palmas de Gran Canaria se dictó sentencia de fecha 16 de noviembre de 2017 en los referidos autos cuya parte dispositiva literalmente establece:

Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Felipe Y DÑA. Aurora contra la entidad SANTANDER CONSUMER FINANCE, S.A.:

1.-DECLARO la nulidad de pleno derecho por ser abusiva¹¹ de la CLÁUSULA QUINTA (Gastos) del préstamo hipotecario

2.- CONDENO a la entidad demandada a restituir a la actora la cantidad de 6.360,13 euros más el interés legal devengado desde su pago.

3.- DECLARO la nulidad de pleno derecho por ser abusiva de la CLÁUSULA SEXTA (Interés de demora) del contrato suscrito inter partes.

4- CONDENO a la entidad demandada a la eliminación de dichas cláusulas.

Impónganse las costas devengadas a la entidad demandada.

SEGUNDO.- La referida sentencia se recurrió en apelación por la representación procesal de SANTANDER CONSUMER FINANCE, S.A..

La representación procesal de DON Felipe Y DOÑA Aurora formuló escrito de oposición al mismo.

Tras ello, se elevaron las actuaciones a esta Sala, donde se formó rollo de apelación.

No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, sin necesidad de celebración de vista se señaló para deliberación, votación y fallo que tuvo lugar el día 21 de diciembre de 2018.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La resolución impugnada y el recurso de apelación

1. DON Felipe Y DOÑA Aurora Interpuso demanda solicitando la declaración de nulidad de diversas cláusulas del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito con SANTANDER CONSUMER FINANCE, S.A..

La sentencia, en lo que aquí interesa:

- Declaró la nulidad de la estipulación que imponía al Cliente el pago de todos los gastos e impuestos ocasionados por la escritura.

- Condenó al Banco a devolver la totalidad de las cantidades percibidas correspondientes a honorarios de Notario; Registro de la Propiedad en la parte del préstamo; Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y actos jurídicos documentados.

2. Recurre en apelación el Banco. Para su mejor estudio, sus alegaciones se pueden resumir (sin seguir estrictamente el orden del escrito de apelación) en:

Validez de la cláusula que impone al prestatario el pago de todos los gastos.

Discrepancia sobre los efectos de la nulidad en cuanto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Discrepancia sobre los efectos de la nulidad en cuanto a los gastos notariales y registrales

Prescripción de la acción.

DON Felipe Y DOÑA Aurora se opone al recurso, solicitando la confirmación de la sentencia.

SEGUNDO. Cláusula de imposición de gastos hipotecarios. No caducidad ni prescripción de la acción.



1. Su carácter abusivo ha sido establecido por la Jurisprudencia: "A falta de negociación individualizada (pacto), se consideró abusivo que se cargaran sobre el consumidor gastos e impuestos que, en aplicación de las disposiciones legales aplicables en ausencia de pacto, se distribuyen entre las partes según el tipo de actuación (documentación, inscripción, tributos) [...] Por lo que una cláusula que cargue indiscriminadamente el pago de todos los tributos al prestatario, sin distinción o salvedad alguna, puede ser abusiva, por aplicación analógica del art. 89.3 c) TRLGCU, que en los contratos de compraventa de viviendas considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario; dado que los préstamos sirven para financiar esa operación principal que es la adquisición de la vivienda", Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 15 de marzo de 2.018 , Sentencia nº 148/18, Recurso 1518/17 y Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 15 de marzo de 2018, Sentencia: 147/2018 Recurso: 1211/2017 .

2. No existiendo prueba de negociación al respecto, cuya carga tiene el Banco, la cláusula es nula.

3. Alega la parte demandada-apelante que la acción de reclamación de cantidad está prescrita.

Tal pretensión no puede ser atendida.

No podemos desconocer que lo que se propugna es la declaración de nulidad de pleno derecho, de la cláusula de imposición de gastos que recogía el contrato, tanto por su naturaleza de condición general de la contratación, como por su carácter abusivo. Nulidad de pleno derecho que como es sabido no está sujeta a plazo, en tal sentido sentencias del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1.980 y de 14 de marzo 2.000 , por lo que las consecuencias de la misma, esto es la devolución de las cantidades indebidamente abonadas, tampoco prescribe.

TERCERO. Gastos Notariales y Registrales

3.1. Gastos notariales.

Con carácter previo, debemos precisar que los gastos en tela de juicio son los relativos a la constitución de préstamos hipotecarios, no los gastos derivados de la compraventa del inmueble.

El artículo 63 del Reglamento del Notariado , comienza: "La retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios y se regulará por el Arancel notarial".

Las escrituras de préstamo hipotecario formalizan dos negocios jurídicos de distinta naturaleza y que gozan de autonomía sustantiva, el contrato de préstamo y el negocio constitutivo de un derecho real de hipoteca. Pero esa diversidad negocial no se traduce arancelariamente en una pluralidad de conceptos minutables, el préstamo, por su cuantía, y la hipoteca, por el importe que garantiza. Prevalece, por el contrario, la consideración unitaria del conjunto negocial y de ella se deriva el que se aplique el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario. La base minutable en el préstamo hipotecario se determina, de conformidad con la legislación fiscal, a la que se remiten directamente los aranceles (norma 4ª.2), atendiendo al importe global de las obligaciones que asume el prestatario y que resultan garantizadas con hipoteca, esto es, a la cifra de responsabilidad.

El Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone en el Anexo II, norma Sexta: "La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente".

La obligación de pago se imputa, por tanto, al sujeto requirente o, alternativamente, al sujeto interesado.

Existe una diferencia sustancial entre la obligación del requirente y la del interesado.

El requirente debe pagar todos los conceptos minutables; mientras que el interesado, o beneficiario del derecho que se inscribe, solo el concepto minutable en el que esté interesado o correspondiente al derecho que le beneficia.

Para la determinación del "sujeto requirente", en este caso, hay que valerse de presunciones.

Las presunciones judiciales son un método para fijar la certeza de ciertos hechos (Exposición de Motivos LEC). "A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano" (art. 386.1 I LEC).

Las máximas de experiencia, también llamadas en el derecho anglosajón estándares de actuación, son juicios hipotéticos de contenido general independientes del caso concreto a decidir en el proceso, y que han sido adquiridos mediante la verificación de su reiteración en el tiempo aunque son autónomos de los



casos singulares de cuya observación se infieren. Vienen a ser un juicio lógico obtenido del examen de casos semejantes, y que tienen el valor de juicios, reglas o normas de comportamiento que tienen un valor complementario pudiendo ser utilizadas por el Juez. Obviamente no son verdades *urbi et orbe* aplicables al caso concreto, pero sí tienen el valor de ser un criterio de interpretación que con carácter auxiliar pueden ayudar al Juez en la toma de su decisión teniendo el valor de corroborar la decisión adoptada por el Juez en el caso concreto.

En otras ocasiones es el propio Juez el que puede aplicarlas para completar su decisión como ocurre con la apelación a la diligencia de un buen padre de familia, a los usos de la vida social, a la adecuación a pautas y comportamientos sociales

Pues bien, conforme a una elemental máxima de experiencia, la intervención notarial se solicita en la generalidad de los casos por la entidad de crédito, quien envía la minuta en virtud de la cual el notario redactará la escritura del préstamo hipotecario.

El artículo 147 III del Reglamento del Notariado prescribe: "En el texto del documento, el notario consignará, en su caso, que aquél ha sido redactado conforme a minuta y si le constare, la parte de quien procede ésta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación".

En la escritura que examinamos, consta que la escritura ha sido redactada conforme a la minuta escrita presentada por el Banco.

Por otra parte, es "interesado" aquél al que beneficie la actuación notarial.

Según las propias normas sustantivas, el interesado en la garantía hipotecaria es, sin duda alguna, el Banco prestamista. Así, tenemos:

A). La celebración de un préstamo, que lo que realmente interesa al prestatario, no requiere escritura pública, siendo perfectamente válido el préstamo otorgado en escritura privada.

Dice el artículo 1258 del Código Civil que "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley."

B). Por el contrario, el artículo 145 de la Ley Hipotecaria exige para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas:

1º. Que se hayan constituido en escritura pública.

2º. Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad.

C). La constitución de la hipoteca, que es el motivo por el que se formaliza de escritura pública (con sus gastos) y que la misma se inscriba en el Registro de la Propiedad (con sus gastos), al único a quien beneficia, obviamente, es al Banco prestamista. Y ello por lo siguiente:

1º. Obtiene el derecho o la garantía de poder vender el inmueble hipotecado para pagar la deuda en caso de incumplimiento de la obligación por parte del prestatario (artículo 1858 del Código Civil).

2º. El crédito es preferente.

Dice el artículo 1923-3º del Código Civil : "Con relación a determinados bienes inmuebles ..., gozan de preferencia: 3.º Los créditos hipotecarios ..., inscritos en el Registro de la Propiedad, sobre los bienes hipotecados ..."

3º. En caso de concurso de acreedores, el crédito garantizado con hipoteca es privilegiado, con privilegio especial (art. 90.1-1º de la Ley Concursal).

4º. El crédito, finalmente, es ejecutivo.

Dice el artículo 517.2-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil : "1. La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución. 2. Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: ... 4.º Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes."

Y el artículo 130 de la Ley Hipotecaria señala: "El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo".

D). La propia legislación especial hipotecaria contempla como interesado en la garantía al acreedor.



Así resulta del art. 233 Reglamento del Notariado que dice: "A los efectos del artículo 517.2.4.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se considera título ejecutivo aquella copia que el interesado solicite que se le expida con tal carácter".

E). El interesado según las normas fiscales sería también el prestamista (en la actual interpretación de la Sala 1ª del Tribunal Supremo), lo que no contradice la jurisprudencia de lo Contencioso, que grava con el impuesto al prestatario sobre la base de considerarlo "adquirente", no "interesado".

El Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de diciembre de 2015 dice lo siguiente:

"Baste recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC).

En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista.

Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU).

En la sentencia 550/2000, de 1 de junio, esta Sala estableció que la repercusión al comprador/consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. Y si bien en este caso la condición general discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso".

Conforme a todo lo que se acaba de exponer, la cláusula aquí examinada es abusiva por atribución de todos los gastos notariales al prestatario.

3.2. 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 el Anexo II, norma Octava:

"1. 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.
2. Los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes las soliciten".

Dice el artículo 6 de la Ley Hipotecaria :

"La inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente: a) Por el que adquiera el derecho".

Conforme a lo anterior, la hipoteca se inscribe a favor del Banco por lo que es el Banco quien debe abonar los derechos de registro.

La respuesta es sencilla y es suficiente remitirse a la doctrina del Tribunal Supremo a este respecto.

La cuestión no debe enturbiarse con el argumento falaz del interés del prestatario en obtener la financiación.

Lo que le interesa al prestatario es el préstamo, no la hipoteca, y no puede inferirse un interés en la hipoteca por el solo hecho de adherirse al conjunto negocial.

3.3. Sobre las consecuencias de la nulidad de la cláusula por la que se atribuye al prestamista los gastos notariales y de registro.

Dado que, como antes se ha puesto de manifiesto, tanto la formalización de la escritura pública ante Notario como la inscripción de la garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad se efectúan en el exclusivo interés



del Banco prestamista, es éste quien debe correr con dichos gastos, por lo que habrá de proceder a reintegrar al prestamista los que éste haya acreditado haber abonado en aplicación de la cláusula declarada nula.

Respecto al pago de las copias emitidas por el Notario, no habiéndose acreditado en el procedimiento que fueran solicitadas expresamente por el Cliente y siendo evidente que al menos una tuvo que ser interesada por el Banco para proceder a la inscripción de la Hipoteca, deben reintegrarse igualmente.

Procede condenar al Banco a la devolución de la totalidad de la factura del Notario.

El importe a devolver por gastos de notaría es: 777,74 euros.

El importe a devolver por gastos de registro es: 415,54 euros.

Dado que la devolución se produce como consecuencia de la nulidad de la cláusula, con reintegro de las respectivas prestaciones, las sumas a devolver devengarán el interés legal desde la fecha de pago por parte del prestatario hasta su reintegro por parte de la entidad financiera. Cabe señalar que en absoluto puede considerarse que el tiempo transcurrido desde la suscripción del préstamo constituya siquiera indicio de un ejercicio desleal de su derecho por la actora, pues no ha sido sino hasta hace pocos años que los Tribunales han iniciado el examen en profundidad de cláusulas como las litigiosas, cuya licitud antes no se había planteado.

CUARTO. Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

1. "Respecto del hecho imponible del impuesto de transmisiones patrimoniales consistente en la constitución del préstamo hipotecario [...] 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 [...] 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", Sentencias citadas.

Siendo de cargo del prestatario no procede devolución alguna (f. 102).

QUINTO. Costas y depósito

1. La pretensión principal que ha sido estimada: declaración de nulidad por abusiva de la cláusula de imposición de gastos. Cierto que las consecuencias derivadas de la nulidad no son todas las pedidas, pero esa es una pretensión secundaria respecto a la anterior, y que ni siquiera está sometida la petición de parte. Por otro lado, "esta sala considera que el criterio más ajustado al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y al principio de efectividad del Derecho de la Unión es que las costas de las instancias en casos similares al presente se impongan al banco demandado. ... 2.ª) Si en virtud de esa salvedad el consumidor recurrente en casación, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación en las instancias, o en su caso de informes periciales o pago de la tasa, no se restablecería la situación de hecho y de derecho a la que se habría dado si no hubiera existido la cláusula suelo abusiva, y por tanto el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos. En suma, se produciría un efecto disuasorio inverso, no para que los bancos dejaran de incluir las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios sino para que los consumidores no promovieran litigios por cantidades moderadas....", Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 4 de julio de 2017, Sentencia: 419/2017 Recurso: 2425/2015.

Procede la imposición al Banco de las costas de la primera instancia.

2. Las costas de la apelación parcialmente estimada, por imperativo del artículo 398, no se impondrán a ninguno de los litigantes.

3. Procede acordar la devolución total del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y de pertinente aplicación, en nombre del Rey

FALLAMOS

Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por SANTANDER CONSUMER FINANCE, S.A., revocando la sentencia de fecha 16 de noviembre de 2017, en el único sentido de:



Condenar a SANTANDER CONSUMER FINANCE, S.A. a la devolución a la actora de la sumas de 1.193,28 euros, más el interés legal desde la fecha de pago por parte del prestatario hasta su reintegro por parte de la entidad financiera. Confirmando el resto de pronunciamientos.

No imponer las costas del recurso a ninguna de las partes, con devolución de la totalidad del depósito constituido.

Contra esta sentencia podrán las partes legitimadas interponer recurso extraordinario por infracción procesal, en los casos del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; o el recurso de casación, en los del artículo 477. El recurso se interpondrá ante este Tribunal en el plazo de 20 días desde el siguiente a su notificación, y será resuelto por la Sala Civil del Tribunal Supremo, conforme a la Disposición Final decimosexta.

Dedúzcanse testimonios de esta resolución, que se llevarán al Rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución una vez sea firme, interesando acuse recibo.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: Leído y publicado fue la anterior sentencia en el día de su fecha. Certifico.