



**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4
MURCIA**

SENTENCIA: 00244/2018

Modelo: N19250
SCOP CIVIL, PASEO DE GARAY, Nº 5, MURCIA

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Tfno.: 968 229119 Fax: 968 229278

Equipo/usuario: MFS

N.I.G. 30030 42 1 2017 0010582

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000996 /2017

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N.11 (SIS) de MURCIA

Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0099053 /2017

Recurrente: CAJA RURAL CENTRAL, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO

Procurador: JOSE ESCUDERO GIRONA

Abogado: FRANCISCO JAVIER FERNANDO. FERNANDEZ SALA

Recurrido: NURIA MARTINEZ RABADAN, DAVID MARTINEZ PONCE

Procurador: ANDRES GIMENEZ CAMPILLO, ANDRES GIMENEZ CAMPILLO

Abogado: ENRIQUE CELDRAN ALVAREZ, ENRIQUE CELDRAN ALVAREZ

S E N T E N C I A NÚM. 244/2018

*Sección Cuarta
Rollo de Sala 996/2017*

ILMOS. SRES.

D. MIGUEL ÁNGEL LARROSA AMANTE	/
Presidente de la Audiencia.	/
D. CARLOS MORENO MILLÁN	/
D. JOSÉ MANUEL NICOLÁS MANZANARES	/
Presidentes de Sección Civil.	/
D. JUAN MARTÍNEZ PÉREZ	/
D. FRANCISCO J. CARRILLO VINADER	/
D. JUAN ANTONIO JOVER COY	/
D. FERNANDO LÓPEZ DE AMO GONZÁLEZ	/
D ^a . PILAR ALONSO SAURA	/
D. JACINTO ARESTE SANCHO	/
D. CAYETANO BLASCO RAMÓN	/
D. ANDRÉS PACHECO GUEVARA	/
D. JUAN ÁNGEL PÉREZ LÓPEZ	/
D. RAFAEL FUENTES DEVESA	/
D. JOSÉ FRANCISCO LÓPEZ PUJANTE	/

**MAGISTRADOS**

En la ciudad de Murcia, a diecinueve de abril del año dos mil dieciocho.

Habiendo visto en grado de apelación constituida en Pleno esta Audiencia Provincia el Rollo de apelación 996/2017 de su Sección Cuarta las actuaciones de Juicio Ordinario número 53/2017 que inicialmente se han seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número Once de Murcia entre las partes, como actores y ahora apelantes D. David Martínez Ponce y D^a. Nuria Martínez Rabadán, representados por el Procurador Sr. Giménez Campillo y defendidos por el Letrado Sr. Celdrán Álvarez, y como demandada y ahora también apelante Caja Rural Central, Sociedad Cooperativa de Crédito, representada por el Procurador Sr. Escudero Girona y defendida por el Letrado Sr. Ferrández Sala. Siendo ponente don Francisco José Carrillo Vinader que expresa la convicción del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de instancia citado con fecha 23 de octubre de 2017 dictó en los autos principales de los que dimana el presente rollo la sentencia cuya parte dispositiva dice así: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Don Andrés Giménez Campillo en nombre y representación de Don David Martínez Ponce y Doña Nuria Martínez Rabadán contra la Caja Rural Central Sociedad Cooperativa de Crédito, representada por el Procurador Don José Escudero Girona, debo declarar y declaro nula la cláusula quinta, reguladora de los gastos, contenida en la Escritura de Préstamo Hipotecario suscrita por las partes en fecha 14 de mayo de 2015, la cual se tiene por no puesta; condenando a la demandada a abonar a los actores la cantidad de mil quinientos ochenta y un euros con cuarenta y cuatro céntimos (1.581,44 euros) más intereses legales desde el 12 de abril de 2017 hasta su completo pago; sin imposición de costas procesales a ninguna de las partes."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia, en tiempo y forma, interpuso recurso de apelación en primer lugar Caja Rural Central, Sociedad Cooperativa de Crédito, solicitando su revocación total o, subsidiariamente, parcial.



Del recurso se dio traslado a la otra parte, quien presentó escrito oponiéndose al mismo, pidiendo su desestimación.

También dentro de plazo la parte actora planteó recurso de apelación contra la sentencia, solicitando su revocación parcial, a lo que se opuso la demandada inicial.

Por el Juzgado se elevaron las actuaciones a esta Ilma. Audiencia Provincial, turnándose a la Sección Cuarta donde se registraron con el número de Rollo 996/2017. Tras personarse las partes, por providencia de la Presidencia de esta Audiencia Provincial del día 28 de marzo de 2018 se señaló el 13 de abril de 2018 para deliberación, votación y fallo de la causa, que ha sido sometida a deliberación del Pleno de la Audiencia Provincial.

TERCERO.- En la sustanciación de esta segunda instancia se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D^a. Nuria Martínez Rabadán y D. David Martínez Ponce plantean demanda de juicio ordinario contra Caja Rural Central, Sociedad Cooperativa de Crédito, para que se declare la nulidad de la cláusula quinta del contrato de préstamo con garantía hipotecaria concertado entre las partes el 14 de mayo de 2015, los actores como prestatarios y la demandada como prestamista, cláusula relativa a los gastos derivados de dicho contrato que deben asumir los prestatarios. Se fundamenta la petición de nulidad por ser abusiva, tratándose de una condición general de la contratación impuesta por la prestamista, siendo los prestatarios consumidores, provocando un desequilibrio importante entre las partes a favor de la entidad prestamista, pues impone todos los gastos a los prestatarios, por lo que también interesan la condena de la demandada al pago de los gastos que se le han originado a causa de la aplicación de la citada cláusula, que cuantifican provisionalmente en 3.589'56 €, más intereses legales.

La demandada contesta oponiéndose totalmente a la demanda, alegando prescripción de la acción y, subsidiariamente, defendiendo la validez de la cláusula combatida, por lo que interesa su desestimación, con costas.



Tras la celebración de la audiencia previa, quedaron los autos vistos para sentencia al no proponerse otra prueba que la documental, dictándose sentencia en la que se declara que la cláusula es nula, por abusiva, ya que no ha sido negociada individualmente y atribuye a los prestatarios todo tipo de gastos previos, presentes y futuros derivados del contrato, lo que evidentemente implica un importante desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, con incidencia importante en los derechos y obligaciones de los consumidores. Ahora bien, dicha nulidad no conlleva sin más la devolución de las cantidades abonadas por los prestatarios como gastos derivados del contrato, pues lo que implica, conforme a la sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012 y la actual redacción del art. 83 TRDCU (por Ley 3/2014, de 27 de marzo) es que se tenga por no puesta, de ahí que el contrato sigue subsistiendo entre las partes, aplicándose las normas de derecho interno a las obligaciones derivadas del mismo. Como el contrato no puede integrarse o moderarse, conforme a reiterada jurisprudencia del TJUE sobre la Directiva 93/13/CEE (por todas la STJUE de 21 de diciembre de 2016), que impide eliminar su efecto disuasorio, concluye que en defecto de norma específica interna, los gastos que deben ser de cuenta de los prestatarios consumidores son únicamente aquellos que determinan normas de derecho interno, que en el presente caso son los de impuestos, por lo que condena a la demandada a devolver el resto de las cantidades que en virtud del contrato han abonado los actores en concepto de gastos de notaría, registro de la propiedad, tasación y gestoría, que se cuantifica en 1.581'44 €, más intereses legales desde la fecha de la interpelación extrajudicial.

Contra la misma, en cuanto declara la nulidad de la cláusula de gastos y condena a la demandada al pago de los honorarios de notaría, registro, gestoría y tasación de la escritura de hipoteca, interpone la demandada recurso de apelación, negando que la cláusula sea abusiva, pues no debe valorarse en abstracto, sino en el caso concreto, habiendo ella acreditado que se ha negociado entre las partes y ha sido la propia actora quien ha solicitado esos servicios. También discrepa de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula referida, pues repercutirla en la demandada afecta a terceros e implica consecuencias complejas fiscales y contables, por lo que sólo ha de producir efectos hacia el futuro. Finalmente, con carácter subsidiario, solicita, que, de mantenerse la abusividad de la cláusula y la obligación de la demandada de hacer frente a los gastos, los mismos se distribuyan por



mitad entre las partes, por ser una solución equitativa.

Del recurso se dio traslado a la parte contraria que se ha opuesto al mismo, defendiendo el acierto de la resolución recurrida, cuya íntegra confirmación interesa.

Igualmente los actores iniciales recurren en apelación la sentencia, denunciando error en la interpretación de la jurisprudencia y normativa aplicable, pues la sentencia del TS de 23 de diciembre de 2015, en estos casos atribuye en el ámbito civil el pago del impuesto a la entidad prestamista, por lo que, al ser nula por inequidad la cláusula que la impone a los prestatarios y al establecerse la hipoteca en exclusivo interés de la prestamista, debe correr éste con dicho gasto y, en consecuencia, estimarse íntegramente su demanda. Subsidiariamente interesa que se reparta por mitad el importe de los impuestos y, en todo caso, que se imponga a la demandada las costas de la primera instancia, al existir una estimación total o sustancial.

De este recurso se da traslado a la otra parte que se ha opuesto al mismo, interesando su desestimación.

I.- RECURSO DE CAJA RURAL CENTRAL

SEGUNDO.- De la abusividad de la cláusula

La cláusula quinta del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, que es el objeto del presente procedimiento, dice así:

"QUINTA (Gastos a cargo de la parte prestataria). Cuantos gastos se originen por el otorgamiento de esta escritura, así como los correspondientes en su día y caso a la cancelación, modificación o ejecución de la hipoteca. Se entienden comprendidos los gastos de tasación del inmueble, los aranceles notariales (incluida una primera copia de la escritura para la Caja) y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca, los gastos de tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la Oficina Liquidadora de impuestos, los derivados de la conservación del inmueble hipotecado así como del seguro de daños del mismo, los gastos procesales o de otra naturaleza derivados del incumplimiento por la parte prestataria de sus



obligaciones de pago o cualquier otro gasto no previsto que corresponde a la efectiva prestación de un servicio, relacionado con el préstamo, que no sea inherente a la actividad de la Caja dirigida a la concesión o administración del mismo."

En primer lugar, entiende la apelante que la sentencia de primera instancia ha incurrido en un error al declarar con carácter general la nulidad por abusividad de la cláusula de gastos contenida en la escritura de constitución de hipoteca para garantizar un préstamo concedido a unos particulares para la adquisición de su vivienda habitual, y ello porque se ha limitado a hacer una valoración en abstracto de una sentencia del TS (no precisa cuál) cuando debería haberlo hecho en el caso examinado, teniendo en cuenta las circunstancias concretas que concurren en el mismo, resultando que, en el presente supuesto se superan los filtros y controles de transparencia e incorporación, pues el contrato celebrado es bilateral y se ha formalizado con el concurso voluntario y simultáneo de ambas partes, siendo el prestatario quien ha solicitado el servicio (la concesión del préstamo), existiendo un acuerdo entre ambas partes para que el prestatario asuma todos los gastos de su otorgamiento, no sólo porque así consta en la escritura, sino también en la información previa, ya que el actor suscribe la información personalizada -FIBER- y autoriza a la gestoría a que se cargue en su cuenta la provisión de fondos para atender los gastos derivados de las actuaciones de pagos de impuestos, inscripción en el Registro y otras actuaciones.

Como primera cuestión plantea la apelante la falta de un examen concreto de la cláusula discutida, que debería haber llevado a concluir que "la cláusula supera los filtros y controles de transparencia e incorporación". Sin embargo la recurrente no tiene en cuenta que la sentencia de primera instancia, en su Fundamento Jurídico Segundo, da una respuesta clara y concluyente a esta cuestión, y así en sus dos últimos párrafos establece:

"Pues bien, en el presente caso, la parte actora no pone en duda que la cláusula en cuestión esté incorporada al contrato. Lo que fundamenta la pretensión de la parte actora es que la cláusula, en su contenido, es abusiva.

Por tanto, todas las alegaciones que efectúa la parte demandada en su escrito de contestación sobre la transparencia de la cláusula, sobre la información que, de su contenido y



consecuencias se ofreció al prestatario en los documentos precontractuales (solicitud de seguro y FIPER) y sobre la aceptación de la cláusula mediante la suscripción con su firma en la Escritura Pública, carecen de trascendencia para dar respuesta a la acción ejercitada."

A lo anterior debe añadirse que la parte ahora recurrente no propuso ni practicó prueba alguna sobre la realidad de la negociación de la repetida cláusula, pues se limitó a aportar la documentación previa, toda ella elaborada unilateralmente por la misma, y a referir que la iniciativa del contrato fue de los prestatarios, cuando ellos sólo la tuvieron respecto al contrato de préstamo, que ciertamente lo solicitan, pero las condiciones del mismo y las relativas a la hipoteca son fijadas unilateralmente por la entidad financiera. También señala la apelante un acto por el que los prestatarios autorizan a la gestoría a cargarles los gastos que iba a realizar, actos que realmente son en interés de la entidad financiera (pago de impuestos y actuaciones en el registro de la propiedad). Todo ello, al contrario de la interpretación interesada que pretende darle la apelante, lo que evidencia es la imposición de esas condiciones por parte de la entidad financiera y la ausencia de cualquier negociación entre ella y los consumidores.

Debe tenerse en cuenta, como señala la STS de 9 de mayo de 2013 en relación a otra condición general de la contratación (cláusula suelo) que las cláusulas predispuestas deben calificarse como impuestas por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que se adhiere o debe renunciar a contratar, y que la carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contratos entre un empresario o profesional y los consumidores, recae sobre el empresario. En los contratos con consumidores corresponde al profesional-empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, la carga de la prueba (como resulta del precedente art 10 bis de la Ley 26/1984, actual art 82.2.II RDL 1/2007). Según doctrina de la STS de 22 de abril de 2015:

"Para que la cláusula quede excluida del control de abusividad es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo



adquisición de una vivienda, con apoyo en el art. 10.1 c), apdo. 11 LDCU (en su redacción original, que era igual al apartado 22 de la Disposición Adicional Primera antes citado)". Las recientes sentencias también se refieren a la de igual Sala número 705/2015, de 23 de diciembre, de la que dicen que, aunque "3...no se pronunció sobre el resultado concreto de la atribución de gastos (en sentido amplio, incluyendo impuestos) entre las partes de un contrato de préstamo hipotecario...", en el control realizado en el marco de una acción colectiva en defensa de los intereses de consumidores y usuarios, declaró abusivo que se imputaran indiscriminadamente al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la operación." Más adelante en el Fundamento Jurídico Sexto, apartado 2, mencionan como normas que determinan esa declaración de nulidad de tales cláusulas los artículos 8.2 LDCU y 83 TRDCU, para finalmente, en sus Fallos establecer: "2º.- Casar en parte dicha sentencia en el sentido de establecer que: (i) La cláusula litigiosa es nula por abusiva, al atribuir, indiscriminadamente y sin distinción, el pago de todos los gastos e impuestos al prestatario."

Consecuencia de todo ello es que debe desestimarse la primera de las pretensiones de la apelante para que se deje sin efecto la declaración de nulidad de la citada cláusula.

TERCERO.- De los efectos de la nulidad

A) Planteamiento de la recurrente. La segunda de las pretensiones de la apelante es la de que, "para el supuesto de que se resolviese la nulidad de las cláusulas debatidas, se resuelva: En cuanto a la cláusula de gastos de notaría, registro, tasación y gestoría, la improcedencia de llevar a cabo la restitución y/o reembolso a la parte actora de los conceptos reclamados".

Con escaso orden y sistemática, en el primer motivo del recurso hace la apelante un análisis de cada una de las partidas concretas que la sentencia considera abusivas (gastos notariales, registrales, de tasación y de gestoría), aunque lo hace entrando a considerar quién viene obligado a abonarlas, cuando el motivo combate el carácter abusivo de la citada cláusula, y no los efectos de la declaración de abusividad.

Luego, en el segundo motivo de su recurso, dedicó a los efectos de la declaración de nulidad, se limita a cuestionar el pronunciamiento que le



obliga a restituir las cantidades cobradas en aplicación de esas cláusulas, pero porque entiende que esa solución resulta muy compleja por implicar a terceros profesionales ajenos al proceso (notarios, registradores y gestores administrativos), así como efectos contables y fiscales derivados de las facturaciones generadas hace más de dos años. Finalmente señala que la nulidad se ha de limitar a producir efectos a futuro, no con carácter retroactivo.

No ha tenido en cuenta la recurrente la doctrina señalada por la sentencia apelada en su Fundamento Jurídico Sexto, donde recoge la jurisprudencia del TJUE sobre la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas y la consecuencia de que se han de tener por no puestas, sin vincular nunca al consumidor, no pudiendo los Tribunales moderarlas ni integrarlas.

A este respecto, la sentencia de esta Audiencia Provincial, Sección Cuarta, número 20/2018, de fecha 11 de enero, en su FJ Cuarto establece:

"1. Atendida la finalidad tuitiva del derecho de consumo, la abusividad de la cláusula implica, pura y simplemente, dejarla sin aplicación, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultado el juez para modificar el contenido de la misma. Por todas, la STJUE de 21 de diciembre de 2016:

"60. Por otra parte, 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).

61. De las consideraciones anteriores resulta 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

existe alguna norma que regule quién deba atender los gastos que se habían impuesto unilateralmente a los prestatarios en la cláusula declarada abusiva.

a) En primer lugar la apelante se refiere a los gastos de notaría, que trata conjuntamente con los registrales, reprochando a la sentencia de primera instancia que considere como único interesado en el otorgamiento de la escritura a la entidad financiera, cuando el contrato se otorga por ambas partes y el interesado en el mismo es el prestatario, constando además que la notaría expidió la factura a nombre de los prestatarios. Por todo ello interesa, en primer lugar, que se revoque ese pronunciamiento y se deje sin efecto la nulidad del pacto que obliga a los prestatarios a hacer frente a su importe, lo que ha sido rechazado en el anterior Fundamento de Derecho. Subsidiariamente, pide que el pronunciamiento de nulidad no produzca efectos de devolución y sólo lo sea de futuro (también rechazado anteriormente). Finalmente, si se desestiman esas peticiones, pide que se impongan por mitad a los dos contratantes. Esta última es la cuestión a examinar ahora, bajo el prisma de la doctrina jurisprudencial antes señalada, examinando si la normativa interna nacional impone dicho pago, en todo o en parte, a los prestatarios.

Este motivo de recurso debe prosperar en su pretensión final subsidiaria, determinando que se han de abonar por mitad entre prestamista y prestatarios los gastos notariales, por lo que a cada parte corresponde, en el presente caso, pagar la cantidad de 329'43 € (el importe no cuestionado de los gastos notariales ha sido el de 658'86 €), importe que habrá de restarse de la cantidad fijada en la sentencia de primera instancia. La Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial ya ha tenido ocasión de pronunciarse con anterioridad sobre esta cuestión en su sentencia número 20/2018, de 11 de enero, que en su Fundamento Jurídico Quinto establece:

"1. Aunque la STS de 23 de diciembre de 2015 no se pronuncia sobre los efectos de la nulidad, contiene las siguientes consideraciones al respecto:

"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 TRLCGV)."

Como los pronunciamientos no son concretos, y dejan abiertas diferentes soluciones, a continuación, la comentada sentencia de esta Audiencia, en su apartado 3 del mismo Fundamento Jurídico, hace una exposición de las diferentes resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales sobre la cuestión, en los siguientes términos:

"3. En cuanto a los gastos de Notaría, debemos precisar que son los relativos a la constitución de préstamos hipotecarios, no los derivados de la compraventa del inmueble, y que no estamos ante un único negocio, sino que se trata de dos negocios jurídicos distintos: el contrato de préstamo y el negocio constitutivo de un derecho real de hipoteca. Pero esta diversidad negocial no se traduce arancelariamente en una pluralidad de conceptos minutables, sino que se aplica el arancel por un solo concepto: el préstamo hipotecario, cuya base inmutable se determina de conformidad con la legislación fiscal, atendiendo al importe global de la cifra de la responsabilidad

En defecto de pacto válido, debe estarse a la norma sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/89 según la cual "(1) a 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 intercesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente." Por su parte, el art. 63 del Reglamento Notarial dispone que "la retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios y se regulará por Arancel notarial...".

Ante la ausencia de pronunciamientos del TS, son varias las respuestas que se han dado en los tribunales.

3.1 Unos se inclinan por asignar los gastos al prestatario, como la SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 28 de marzo de 2017

"... en la práctica, tratándose de préstamos hipotecarios, lo habitual es que se encargue formalmente la escritura tanto por el comprador personalmente o a través de la agencia inmobiliaria que le ha auxiliado en la compra del inmueble o del gestor que le buscó la financiación (cada vez más habitual), como por la entidad de crédito; aunque en el fondo la realidad del tema o lo que tenemos que preguntarnos es ¿quién ha activado todo el mecanismo? Parece que la respuesta lógica es que fue la parte compradora y prestataria, la cual está interesada en la adquisición de un inmueble mediante compraventa y para la que el préstamo hipotecario es el medio de satisfacer todo o parte del precio de la vivienda.

La formalización de la escritura de compraventa la solicitan e instan las partes contratantes en la misma, quienes presentan en Notaría los títulos correspondientes, advirtiéndole que para el pago del precio se otorgará un préstamo hipotecario que gravará la finca adquirida. No obstante, la garantía se constituye en interés del banco.

Como vemos, no tenemos elementos de juicio en el procedimiento para valorar el primer elemento que señala el Arancel del 89 para indicar de quien se obtendrá la satisfacción de los honorarios, - " a los que hubieran requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario"- , por lo menos, con la seguridad de dar una respuesta a los litigantes por parte del Tribunal.

Pero si la encontramos en el segundo criterio fijado en el Arancel, se viene a imputar los gastos de las escrituras al obligado fiscalmente al pago del impuesto de ellas derivado, tenemos que concluir también, como antes ya aclaramos, que no es otro que el prestatario.

[...]En suma, los Aranceles notariales abonados por los prestatarios demandantes, a quienes incumbía el pago según el RDI426/1989, de 17 de noviembre, que regía la función del fedatario, no serán objeto de devolución, estimándose con ello el Recurso

De igual modo la SAP de Asturias, Sección 4ª, de 13 de octubre de 2017, con cita de la de 24 de marzo de 2017, apuntando que en la escritura se plasma tanto el préstamo como la hipoteca, y el beneficiado por el préstamo, según la repetida sentencia del T.S es el cliente, al que presume solicitante del servicio porque la factura de honorarios emitida por el notario va a su nombre.

3.2 Otros consideran que deben ser soportados por mitad, de la que es ejemplo la SAP de A Coruña, Sección 4ª, de 25 de septiembre y 8 de noviembre de 2017:

"Por lo tanto, si aplicamos la mentada norma arancelaria podríamos concluir, que si ambas partes acuden al notario para formalizar su relación contractual, para lo cual incluso podrían compelerse recíprocamente conforme al art. 1279 en relación con el art. 1280 del CC, es que ambas, por acto concluyente suyo, solicitan la intervención notarial; por lo tanto, por tal circunstancia y en ausencia de otras pruebas, serían deudoras de los aranceles por los servicios prestados, como igualmente lo serían por las normas de derecho sustantivo, en tanto en cuanto ostentan, por tal circunstancia, la condición de deudoras del precio por los servicios profesionales prestados (art. 1544 del CC), vínculo obligacional distinto del propio del negocio jurídico autorizado por el fedatario interviniente. Es más conforme a la normativa fiscal el arancel le corresponde satisfacerlo a los usuarios del servicio.

[...] Siendo así las cosas como así son, el prestamista es también deudor de los aranceles notariales, sin que los mismos correspondan, al menos de forma exclusiva, al prestatario. Por consiguiente, su repercusión, no negociada individualmente, predispuesta e imputada al consumidor, supondría atribuirle el pago de gastos notariales cuyo abono compete, al menos en parte, a la entidad prestamista. Por otro lado, tampoco el arancel deslinda, a efectos retributivos, el préstamo y la hipoteca, sino que les da un tratamiento arancelario conjunto(...)

Al considerar a ambos contratantes, en defecto de otro criterio susceptible de ser adoptado en este caso, como deudores de la

intervención notarial, frente al fedatario público acreedor ostentan la condición de deudores en manifestación de solidaridad tácita, habida cuenta de la existencia de una comunidad jurídica de objetivos en la formalización de sus pactos en instrumento notarial, con indiscutibles ventajas comunes e interna conexión entre los otorgantes, derivada de la requerida prestación de los servicios notariales (SSTS 28 de octubre de 2005, recurso 233/1999, 535/2010, de 30 de julio y 198/ 2015, de 17 de abril entre otras). Por lo que, en sus obligaciones internas, los litigantes responderían a partes iguales (arts. 1145 II, en relación con el art. 1138 CC), sin perjuicio, en cualquier caso, de la presunción derivada de éste último precepto, conforme al cual si del texto de las obligaciones a las que se refiere el art. 1137 no resulta otra cosa - nada consta en este caso- el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros.

Es por ello que consideramos que los aranceles se deben abonar a partes iguales, salvo las copias expedidas para cada parte, ya que, con respecto a ellas, son los requirentes exclusivos de su expedición, como la necesaria para la liquidación del impuesto, que será a cargo únicamente del prestatario, mientras que las copias libradas a favor del Banco serán de su individualizada satisfacción".

En igual sentido, SAP de Logroño, de 31 de octubre de 2017, que apunta que el hecho de que sea siempre el banco el que aporte la minuta por el Notario, no significa sin más que este sea el requirente de la actuación o intervención notarial, pues es perfectamente factible que ambas partes -prestamista y prestatario- requieran la intervención del notario para redactar un contrato conformado por condiciones generales de contratación, conforme a minuta aportada por el Banco predisponente. Y considera a ambas partes como requirentes al aparecer como exponentes y otorgantes de la escritura pública

Por su parte, entendiendo que el consumidor es el interesado en la celebración del préstamo, pero, por el contrario, a quien interesa la constitución de la garantía hipotecaria es al prestamista, la AP de Asturias, Sección 6ª, en Sentencias de 27 de enero y 2 de junio de 2017, señala que en "trance de distribuir el coste que nos ocupa constata que la práctica más común es que ambos negocios jurídicos se concierten en

unidad de acto y en un solo instrumento notarial, de manera que la minuta no diferencia el coste del préstamo del que corresponde a la garantía; por ello, a falta de criterio más ajustado, se considera que la solución más equitativa sería repartir los gastos de la factura de notario que se reclama por mitad entre ambos otorgantes".

De igual modo, SAP de Palencia, Sección 1ª, de 6 de noviembre de 2017.

3.3 Finalmente, un tercer grupo, basándose en que la STS de 23 de diciembre de 2015 argumenta que quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es el prestamista, patrocina que la nulidad conlleva que el pago sea a cargo de la entidad financiera prestamista. Así, entre otras, la AP de Asturias, Sección 5ª en sentencia de 26 de mayo de 2017, con cita de las de 1 y 17 de febrero del mismo año, o la Sección 7ª de la misma Audiencia, en sentencias de 28 de septiembre de 2017, reiterada en las de 13 y 26 de octubre de 2017; SAP de Baleares, de 27 de octubre y 9 de noviembre de 2017 o la SAP de Las Palmas, de 6 de julio de 2017, que con cita sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Fuenlabrada de 26 de mayo de 2017, añade que:

"...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.

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

De igual manera la SAP de Segovia, Sección 1ª, de 3 de noviembre de 2017:

"Lo habitual es que el cliente bancario, prestatario, solicita un servicio del banco, la concesión del préstamo, a cambio de la remuneración que pacte fundamentalmente mediante el abono de interés, de donde se concluye que racionalmente es el banco quien requiere el servicio del notario, para documentar la operación de préstamo y garantía hipotecaria accesoria, razón por la que le remite el proyecto de escritura, que queda a disposición del prestatario para su examen en los términos expresados. Si no fuera por la cláusula que dispone que el prestatario tiene que afrontar los gastos de formalización, la aplicación de la normativa expuesta conduciría a que el abono

condiciones- en la elevación a público del contrato de préstamo hipotecario.

iii) siendo ambos "interesados" (que es lo que dice la norma arancelaria), ambos serán deudores de los aranceles por los servicios prestados frente al fedatario público acreedor, compartiendo el parecer de la AP de A Coruña de que se trata de un supuesto de solidaridad tácita, de manera que en el ámbito interno cada uno de ellos responde por partes iguales (arts. 1145 II, en relación con el art. 1138 CC).

En definitiva, se estima que los aranceles notariales (762,92€) se deben abonar a partes iguales, salvo las copias expedidas para cada parte, que serán a cargo únicamente del aquel en cuyo favor se libren.

Se estima, pues, la petición subsidiaria, sin que ello suponga incurrir en una facultad moderadora prohibida por el TJUE, pues lo que se hace es aplicar la respuesta legal que el ordenamiento prevé en caso de defecto de pacto."

Esta solución ha sido posteriormente reiterada en la sentencia de esta misma Sección Cuarta número 186/2018, de 22 de marzo, en cuyo Fundamento Jurídico Cuarto, apartado 4, además se añade otro argumento utilizado por las dos sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018, las número 147 y 148, en los siguientes términos:

"Postura que reafirmamos a la vista de la STS de 15 de marzo de 2018, que si bien no se pronuncia directamente sobre el tema, al tratar del derecho de cuota fija por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz, sí apunta que:

"Como el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, 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-, como el prestamista -por la hipoteca-, es razonable distribuir por mitad el pago del impuesto (solución que, respecto de los gastos notariales y registrales, apunta la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 2016)."

Por lo tanto, si incluso en ese concreto impuesto se ha de considerar como interesados a ambas partes

(prestamista y prestatario) y se debe considerar como la solución más razonable distribuir por mitad su importe, con igual razón se ha de seguir dicho criterio de reparto equitativo en la aplicación del importe del otorgamiento de la escritura conforme al arancel notarial.

b) En cuanto a los gastos registrales, el recurso, con escasa convicción y desarrollo, se limita a decir, tras lo alegado sobre los gastos notariales, que "el mismo tratamiento y consideraciones cabe dar a los honorarios registrales a la luz y tenor del Real Decreto 1427/1989 que regula, en esta caso, el arancel registral".

La comentada sentencia de la Sección Cuarta de esta Audiencia número 20/2018, de 11 de enero, sobre esta cuestión llega a la misma conclusión que la sentencia de primera instancia ahora recurrida. En su fundamento Jurídico Quinto, apartado 2, expone los siguientes argumentos:

"2. En el caso de los aranceles del Registro de la Propiedad, el pago viene regulado por la norma octava del Anexo II del Real Decreto 1427/89 que establece:

"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."

Dado que la garantía hipotecaria se inscribe en favor del banco prestamista, que de esta forma obtiene una garantía real, compartimos la decisión de instancia según la cual estos aranceles (que ascienden a 186,38 €), en ausencia de pacto válido, deben ser sufragados por la entidad demandada, al no concurrir ninguno de los supuestos previstos en el artículo 6 de la Ley Hipotecaria para asignar este gasto al consumidor (letra b, "por el que lo transmita" o letra c, "por el que tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir").

Admitiendo que la existencia de la hipoteca también beneficia al prestatario en tanto permite un tipo de interés menor, y con ello abaratar el coste de financiación, lo cierto es que Arancel no contempla este criterio ni una regla semejante a la hora de establecer quién debe pagar esos gastos, sino que por el contrario los imputa a aquél o aquéllos a cuyo



MINISTERIO DE JUSTICIA

favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho.

En el sentido se pronuncian la mayoría de las Audiencias Provinciales, entre otras, SAP de A Coruña, Sección 4ª, de 8 de noviembre de 2017; SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 28 de marzo de 2017; SAP de Asturias, Sección 4ª, de 13 de octubre de 2017; SAP de Logroño, de 31 de octubre de 2017; SAP de Las Palmas, Sección 4ª, de 6 de julio de 2017 o SAP de Palencia, Sección 1ª, de 6 de noviembre de 2017".

Conforme a lo expuesto, debe desestimarse este motivo de recurso.

c) Gastos de gestoría. La sentencia de primera instancia impone a la entidad financiera el abono de tales gastos al no existir norma alguna que determine quién debe abonarlos y haberse impuesto unilateralmente por la misma a los consumidores, sin hacer un reparto equitativo. La gestoría supone un gasto que no es necesario ni obligatorio, y su intervención sólo interesa al banco para conseguir la liquidación de los impuestos y la presentación en el Registro de la Propiedad de la documentación precisa para la inscripción de la hipoteca.

Frente a ello la apelante invoca la existencia del pacto expreso entre las partes, el informe FIBER y la autorización del cliente a la gestoría para que se cargue en su cuenta la oportuna provisión de fondos para realizar las gestiones oportunas (encargo específico), junto al deber de colaboración contractual que tiene el prestatario.

Lo ya fundamentado sobre la nulidad de la cláusula general de gastos, su imposición por parte de la prestamista y el carácter de consumidor de los prestatarios, determina la nulidad de la misma, con mayor claridad en el presente caso, pues se trata de un servicio no necesario para la celebración del contrato base y que se impone por el banco en su exclusivo interés, para garantizar que se inscribe su garantía.

A este respecto las sentencias de la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial números 186/2018, de 22 de marzo, y 197/2018, de 28 de marzo, se han pronunciado en este sentido, recogiendo aquí los argumentos de la última que lo hace en los siguientes términos:

"4.3 Los gastos por gestoría.

No le falta razón al banco al denunciar que la sentencia, que es digna de alabanza en el



MINISTERIO DE JUSTICIA

tratamiento exhaustivo de otros conceptos, en el caso de los gastos de gestoría omite cualquier argumentación por la que concluye que el banco debe reintegrarlos en su integridad al consumidor prestatario.

No debemos perder de vista que el artículo 40 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en el Mercado de Bienes y Servicios, en el caso de préstamos garantizados con hipoteca inmobiliaria destinados a la adquisición de viviendas que suscriban con personas físicas (como aquí ocurre, al no ser controvertido), reconoce el derecho que asiste al prestatario para designar, de mutuo acuerdo con la parte prestamista, la persona o entidad que se vaya a encargar de la gestión administrativa de la operación.

En el caso concreto no se ha practicado prueba alguna que acredite que la decisión de contratar una gestoría y en concreto qué gestoría contratar fuese una decisión negociada, por lo que debemos entender que fue impuesta por la entidad prestamista, extremo que no se viene abiertamente a cuestionar.

Como ya hemos dicho, lo que se discute es la imposición al banco del reintegro de los gastos de gestoría (250 €) que el demandante consumidor satisfizo, sin incluir los derivados de la gestión de la compraventa. Gestión - la controvertida - consistente en la presentación de la escritura de préstamo hipotecario en el Registro de la Propiedad y del preceptivo impuesto de ITPAJD mediante la presentación de modelo 600 ante la Oficina Liquidadora (según se deduce del citado modelo que figura al folio 43 vuelto); extremos tampoco controvertidos en esta alzada.

La tesis del banco es que dichos servicios lo fueron en beneficio tanto del banco como de los prestatarios, por lo que yerra la sentencia al condenar a la primera a su íntegra restitución a los segundos del importe abonado, pues cuanto menos deberían compartirlo ambas partes al ser ambas beneficiadas, con cita de la SAP de Asturias, Sección 4ª, de 24 de marzo de 2017.

La práctica judicial se encuentra dividida. Un grupo de resoluciones se inclina por imputar los gastos por gestoría a ambos contratantes en la línea de la sentencia referida (entre otras, la SAP de Asturias, Sección 6ª, de 19 de enero de 2018; SAP de Palencia, Sección 1ª, de 25 de enero de 2018; SAP de A Coruña, Sección 4ª, de 11 de enero de 2018; o SAP de Pontevedra,

Sección 1ª, de 17 de enero de 2018 o SAP de Valencia, Sección 9ª, de 14 de diciembre de 2017). Sus argumentos esenciales son: i) la actuación de la gestoría se realiza en beneficio e interés de ambas partes, pues asume deberes que correspondían a ambas partes; ii) hay un interés directo y esencial de la entidad en que no se deje a voluntad del prestatario el pago del impuesto, ya que dicho pago es requisito previo e ineludible para el acceso al Registro de la Propiedad de la garantía hipotecaria, y por ende para la constitución de la garantía.

Otras Audiencias se muestran partidarias de permitir al consumidor reclamar todos los pagos por este concepto a la entidad prestamista (entre otras, SAP de Asturias, Sección 5ª, de 1 de febrero de 2018 y Sección 1ª, de 17 de enero de 2018; SAP de Cáceres, Sección 1ª, de 26 de enero y 5 de febrero de 2018; SAP de Baleares, Sección 5ª, de 26 de enero de 2018; SAP de León, Sección 1ª, de 10 de enero de 2018 o SAP de AP de Alicante, de 13 de noviembre de 2017). Las razones esgrimidas, en esencia, son: i) el carácter no necesario ni imprescindible del servicio de gestoría para presentar la escritura en la Oficina Liquidadora ni para su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad, al poder llevarse a cabo por el prestatario, posibilidad vedada por la imposición del banco predisponente; ii) al no realizar el banco un reparto equilibrado de los gastos entre partes, no es aceptable que el juez proceda a posteriori a distribuir dichos gastos.

En esta tesis nos inclinamos por esta última tesis, como ya apuntamos en nuestra sentencia de 22 de marzo de 2018. Podemos admitir que los servicios realizados por la gestoría redundan tanto en favor de uno como de otro contratante, al desarrollar actividades cuyos interesados son en cada caso uno de ellos. Ahora bien, ante la ausencia de norma legal de atribución de esos gastos de gestoría, la única fuente de asignación de los mismos al prestatario es la convencional. Si desaparece - como consecuencia de su nulidad- deberá responder de los mismos el prestamista, que es el que ha generado ese gasto e impuesto al consumidor de manera abusiva.

No se niega que una distribución equitativa de esos gastos sería posible, y en ese caso esa cláusula no sería nula por abusiva. Pero si ello no ocurre y se imponen de manera inequitativa a la parte débil, y por ende, es nula esa atribución, la parte predisponente (el banco) debe soportar las consecuencias de esa

actuación, y por ende, asumir el total de los gastos, al no existir previsión legal a aplicar en defecto de pacto.

Si no se hace, desaparecía el efecto disuasorio de la nulidad por abusividad: al banco le daría igual establecer esa cláusula abusiva, si después, una vez declarada su nulidad, se integra judicialmente y se distribuyen por mitades los gastos equitativamente porque los servicios de gestoría se llevan a cabo en beneficio de ambos. Aquí, a diferencia de otros conceptos, no disponemos de norma legal a aplicar al eliminar el pacto nulo, de forma que si se distribuye por mitades corremos el riesgo de moderar los efectos de la nulidad contractual, con quiebra del "efecto disuasorio" de la Directiva 93/13, consagrado por la jurisprudencia del TJUE antes citada.

5. Se desestima el motivo en este particular, y se confirma la condena al banco por la suma de 250 € por este concepto."


Conforme a ello, debe desestimarse también este motivo del recurso.

d) Gastos de tasación. Tampoco en este motivo de recurso la apelante hace una mínima exposición de argumentos para apoyar su pretensión revocatoria, limitándose a decir que los mismos "están expresamente contemplados en la solicitud de préstamo aportada como documento 1 de la contestación".

La sentencia de primera instancia hace una amplia motivación de la cuestión, partiendo de lo establecido por la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, donde se establece la obligatoriedad de la tasación del inmueble para constituir una hipoteca en garantía de un préstamo, pero precisa que ni la citada Ley, ni ninguna otra norma, señala a quién corresponde abonar los gastos de esa tasación, limitándose a establecer (art. 3 bis) que "las entidades de crédito, incluso aquellas que dispongan de servicios propios de tasación, estarán obligadas a aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en la presente Ley y no esté caducada según lo dispuesto legalmente, y ello sin perjuicio de que la entidad de crédito pueda realizar las comprobaciones que estime pertinentes, de las que en ningún caso podrá repercutir su coste al cliente que aporte la certificación".

Consecuencia de lo anterior es que debe declararse nula por abusiva la citada cláusula que





impone al prestatario la obligación de abonar íntegramente los gastos de tasación, máxime cuando no se le ha ofrecido al mismo la opción de presentar una tasación emitida por tasador homologado, no bastando que en la ficha de información personalizada y oferta vinculante se le informara de tal posibilidad, pues no ha acreditado que posteriormente se haya negociado dicha cláusula, lo que supone un desequilibrio importante, por lo que se ha de desestimar también este motivo del recurso.

Conclusión de lo expuesto en este Fundamento Jurídico es que se ha de rebajar la cuantía de la condena que la demandada ha de abonar a los actores, restando de la fijada (1.581'44 €) la mitad de los gastos notariales, que eran de 658'86 €, esto es, deduciendo de la misma 329'43 €, lo que arroja que ha de satisfacer 1.252'01 €.

II. RECURSO DE LA PARTE ACTORA

CUARTO.- En el suplico de su recurso interesan estos apelantes que se revoque la sentencia de primera instancia y se estime íntegramente su demanda, aunque en el desarrollo del mismo se hace una petición principal: que se condene a la demandada a indemnizarles en la cantidad de 3.589'56 €, es decir también al importe del impuesto de actos jurídicos documentados originado por el contrato suscrito, al ser de su cuenta conforme a la doctrina jurisprudencial, y por implicar dicha cláusula una falta de equidad contractual, creando una situación de desequilibrio entre las obligaciones del prestamista y del prestatario. Con carácter subsidiario de primer grado piden que el importe de ese impuesto se reparta entre ambas partes de forma equitativa (aunque en el mismo apartado acaba también pidiendo que se condene a la entidad bancaria el pago de los mismos por su actuación abusiva). Finalmente, solicita que se impongan las costas de la primera instancia a la entidad bancaria, al haberse estimado la pretensión principal de la demanda (la nulidad de la cláusula de gastos) y dada su condición de consumidores.

A) Del impuesto de actos jurídicos documentados.

Criticar los recurrentes que la sentencia del Juzgado haya invocado como argumento la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (de lo Contencioso Administrativo), cuando la Sala Primera (de lo Civil) no está vinculada por la misma y en su sentencia de 23 de diciembre de 2015, dictada por el Pleno, y por tanto con fuerza de



autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario, salvo en aquellos casos en que exista un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales, en los que también se distribuirá el pago del impuesto por la matriz. Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite.

d) Las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase están exentas en cuanto al gravamen gradual de la modalidad «Actos Jurídicos Documentados» que grava los documentos notariales.”

Por lo tanto, en el presente caso en el que los actores se limitan en su demanda a reclamar el impuesto de actos jurídicos documentados por importe de 2.008'12 €, que recoge el documento 6, relativo exclusivamente a la constitución del préstamo hipotecario, su importe le corresponde abonarlo a los ahora apelantes, sin que puede tener trascendencia alguna el carácter abusivo del pacto, pues no siendo aplicable, procede aplicar la legislación tributaria existente, sin que los Tribunales puedan achacar a la misma falta de equidad.

Tampoco, por las mismas razones, es posible un reparto de su importe entre los contratantes, ya que la legislación tributaria aplicable es la que determina quién debe satisfacer dicho impuesto.

Por lo expuesto, debe desestimarse este motivo de recurso.

B) De las costas de la primera instancia.

Sostienen los apelantes que su pretensión principal es que se declare la nulidad de la cláusula de gastos, que ha sido acogida por la sentencia de primera instancia, lo que debe conllevar la imposición a la demandada de las costas ocasionadas en la misma, careciendo a estos efectos de relevancia el que la sentencia no haya concedido el importe del impuesto de actos jurídicos documentados, añadiendo que, al ser ellos consumidores, se ha de aplicar la doctrina de la sentencia de Pleno del TS de 4 de julio de 2017 favorable a un pronunciamiento de condena en costas al banco demandado, pues lo contrario supondría la aplicación de una salvedad al principio del vencimiento en perjuicio del consumidor.

Tampoco este motivo puede prosperar. En primer lugar, porque la pretensión inicial de los actores era no sólo la declaración de nulidad de la cláusula de gastos, sino que se condenara a la entidad prestamista a indemnizarles en la cantidad de 3.589'56 €, y frente a ello, la sentencia de primera instancia sólo concede 1.581,44 €, menos de la mitad (cuantía que incluso en este recurso se reduce a 1.252'01 €), por lo que no puede aceptarse que estemos ni ante una estimación íntegra, ni siquiera sustancial. Pero es que, tampoco es de aplicación la comentada sentencia del Tribunal Supremo, que se dictó en una cuestión distinta (alcance temporal de los efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo), en un procedimiento en el que el consumidor había vencido en su totalidad, no parcialmente como aquí ocurre, y ello como consecuencia de una sentencia del TJUE que modificaba la jurisprudencia nacional, lo que tampoco se da en el presente caso.

III. CONCLUSIÓN

QUINTO. - A modo de resumen, de lo hasta ahora expuesto se pueden extraer las siguientes conclusiones acerca de la cláusula de gastos establecida en escritura pública de un préstamo con garantía hipotecaria para la adquisición de vivienda, siendo consumidor el prestatario y un profesional o empresario el prestamista:

1ª.- Dicha cláusula es nula por abusiva porque:

- Está impuesta por el profesional o empresario.
- No ha sido negociada (la carga de la prueba de que lo fue corresponde al profesional).
- No es equitativa al provocar un desequilibrio importante en los derechos del consumidor imponiéndole, indiscriminadamente y sin distinción, todos los gastos derivados del contrato.

2ª.- Consecuencia de dicha nulidad es:

- Que la cláusula se ha de tener por no puesta (inexistente), lo que impide que el Tribunal pueda moderarla o integrarla.
- Aunque el Tribunal podrá aplicar la norma de Derecho nacional prevista para el caso de ausencia de pacto, si permite restablecer

un equilibrio real entre los derechos y obligaciones de los contratantes.

3ª.- La nulidad de la cláusula obliga a quien la impuso a hacer frente a los gastos ocasionados por el consumidor que no tengan cobertura en el Derecho interno, y concretamente:

- Los de impuestos se satisfarán de acuerdo con la legislación fiscal aplicable, teniendo en cuenta la jurisprudencia del TS, conforme a la cual el de actos jurídicos documentados, relativo a la constitución de la hipoteca, a la cuota variable en función de la cuantía del negocio jurídico y a la cuota fija por timbre de la matriz (cuando no exista pacto expreso) los impone al prestatario, en tanto que el derecho de cuota fija por timbre de las copias deberá ser satisfecho por quien las solicite.
- Los notariales se han de satisfacer por mitad, al tener en la normativa arancelaria ambos la consideración de interesados.
- Los registrales son de cuenta del prestatista, a cuyo favor se realiza la inscripción, según la normativa arancelaria.
- Los de gestoría y tasación deberán ser atendidos por el prestatista al no existir norma de Derecho nacional que determine quién debe abonarlos

SEXTO.- De las costas procesales. Al estimarse parcialmente el recurso planteado por la entidad financiera, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en esta segunda instancia (art. 398.2 LEC), con devolución a la apelante del depósito constituido para recurrir (Disposición Adicional 15. 8ª LOPJ).

En cuanto al recurso planteado por los actores, pese a desestimarse, no procede hacer imposición de costas, dado que la cuestión que planteaba carecía de una doctrina jurisprudencial consolidada, no existiendo pronunciamientos claros, habiendo sido con posterioridad a la interposición del recurso cuando se han fijado los mismos, por lo que se aprecian serias dudas de derecho que permiten su no imposición, dada la remisión que el art. 398 LEC hace al art. 394, ambos de la LEC.

VISTOS los artículos citados y los de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que, desestimando el recurso de apelación planteado por el Procurador Sr. Giménez Campillo, en nombre y representación de D^a. Nuria Martínez Rabadán y D. David Martínez Ponce y estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Escudero Girona, en nombre y representación de Caja Rural Central, Sociedad Cooperativa de Crédito, ambos contra la sentencia dictada en el juicio ordinario seguido con el número 53/2017 ante el Juzgado de Primera Instancia número de Once de Murcia, y estimando la oposición al primer recurso sostenida por el Procurador Sr. Escudero Girona, en nombre y representación de Caja Rural Central, Sociedad Cooperativa de Crédito y, en su mayor parte, la oposición al segundo sostenida por el Procurador Sr. Giménez Campillo, en nombre y representación de D^a. Nuria Martínez Rabadán y D. David Martínez Ponce, debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE** dicha sentencia, exclusivamente en cuanto al importe de la cantidad a que se condena a la entidad demandada a devolver a los actores, que será la de mil doscientos cincuenta y dos euros con un céntimo de euro (1.252'01 €), sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

Devuélvase a la apelante Caja Rural Central, Sociedad Cooperativa de Crédito, el depósito constituido para recurrir.

Notifíquese la sentencia y llévase certificación de la misma al rollo de esta Sala y a los autos del Juzgado, al que se devolverán para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, contra la que cabe recurso de casación por interés casacional y, conjuntamente, extraordinario por infracción procesal a interponer ante esta Sala en el plazo de veinte días desde que sea notificada, debiendo consignar la cantidad de 50 € (por cada recurso que se interponga) para su admisión conforme a lo establecido en la D. A. 15^a LOPJ y, en su caso, la tasa prevista en la Ley 10/2012, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

