

Procedimiento: Juicio Ordinario 1700/2017

SENTENCIA Nº 945/2018

En Málaga, a 12 de noviembre de dos mil dieciocho.

Vistos por mi, D^a Macarena Molina Noguera, Magistrada- Juez de Adscripción Territorial, actuando en el Juzgado de Primera Instancia nº18 BIS de Málaga, los presentes autos de Juicio Ordinario, seguidos ante este Juzgado bajo el número 1700/2017, a instancia de DON JUAN JESUS RUIZ DIAZ, representado por el Procurador Sr. Fraile Mena y asistido del Letrado Sr. Ortiz Serrano, contra WIZINK BANK, S.A., representado por la Procuradora Sra. Peláez Salido y asistido del Letrado Sr. Krauel Conejo, aparecen los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador Sr. Fraile Mena, en el nombre y representación acreditados en autos, presentó demanda de juicio ordinario frente a WIZINK BANK, S.A., por la que, en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimaba pertinentes, terminaba suplicando el dictado de una sentencia por la que **DECLARE** la nulidad de la cláusula litigiosa relativa al vencimiento anticipado contenida en la Escritura de HIPOTECA Y PACTO DE AFIANZAMIENTO, en tanto que Condición General de la Contratación de carácter abusivo y contraria a la normativa; eliminando la citada cláusula de la Escritura, teniéndola por no puesta y manteniendo la vigencia del contrato sin aplicación de la misma.

DECLARE la nulidad de la cláusula litigiosa relativa a la imposición de los gastos y tributos a cargo del prestatario hipotecante, contenida en la Escritura de HIPOTECA Y PACTO DE AFIANZAMIENTO, en tanto que Condición General de la Contratación de carácter abusivo y contraria a la normativa y ante la necesaria REPARACIÓN ÍNTEGRA DEL DAÑO CAUSADO.

En consecuencia, **ELIMINE LA CITADA CLÁUSULA DE LA ESCRITURA DE HIPOTECA Y PACTO DE AFIANZAMIENTO**, teniéndola por no puesta; **DECLARANDO** y confirmando que la demandada es la obligada a abonar los gastos relacionados en los hechos de la presente demanda.

Y en consecuencia, **CONDENE A LA DEMANDADA A ABONAR A LA PARTE ACTORA** las cuantías soportadas en exceso por acción y efecto de la Cláusula nula, contempladas tanto en hechos como en fundamentos de la presente. Todo ello con el correspondiente interés legal desde el momento de su pago e incrementados en dos puntos desde el dictado de la sentencia, en virtud del art. 576 LEC.

Que se dicte mandamiento al titular del REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN para la inscripción de la Sentencia que en su día se dicte, en relación a la nulidad y no incorporación de las condiciones generales de la escritura de HIPOTECA Y PACTO DE AFIANZAMIENTO con fecha 2 de Marzo de 2012 suscrita ante el Ilustre Notario Don Manuel Tejuca García con número 679 de su protocolo.

2. **SUBSIDIARIAMENTE**, se **DECLARE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA litigiosa**, relativa a la Imposición de los Gastos y Tributos a cargo del prestatario hipotecante, **ELIMINÁNDOLA DE LA ESCRITURA**, teniéndola por no puesta; **DECLARANDO** que la demandada estaba y está obligada a abonar los gastos relacionados en los hechos de la presente demanda; **CONDENANDO A LA DEMANDADA A ABONAR un total de CONDENE A LA DEMANDADA A ABONAR un total de CUATRO MIL CUATROCIENTOS TRECE EUROS CON TREINTA CÉNTIMOS (4.413,30 €)**, con el correspondiente interés legal de aquellas

Código Seguro de verificación:Vef5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MACARENA MOLINA NOGUERA 13/11/2018 09:34:08	FECHA	13/11/2018
	MA AMPARO GOMEZ MATE 13/11/2018 13:40:48		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	1/19
			
Vef5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==			

cantidades, desde el momento de su pago por la parte actora, e incrementados en dos puntos desde el dictado de la sentencia, de conformidad con el art. 576 LEC.

Y todo ello con expresa CONDENA EN COSTAS A LA PARTE DEMANDADA

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada para personarse y contestar a la demanda interpuesta de contrario, lo que fue verificado, como consta en autos por ésta, que presentó escrito contestando y oponiéndose a la demanda interpuesta de contrario e interesando la desestimación de las pretensiones de la actora con expresa condena en costas.

TERCERO.- Convocadas las partes a la audiencia previa, ésta tuvo lugar en fecha de 8/11/2018. No pudiendo llegar a un acuerdo, desistió la parte actora de la reclamación relativa al IAJD, se fijaron los hechos controvertidos y se recibió el pleito a prueba, proponiéndose por ambas partes únicamente la documental.

Admitida la prueba propuesta en los términos registrados, los autos quedaron vistos para sentencia, al amparo de los artículos 428 y 429 LEC,.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente procedimiento, la parte actora ejercita una acción de nulidad de condiciones generales de la contratación incluida en una escritura de préstamo hipotecario firmado entre las partes en fecha 2/3/2012.

En concreto, se trata de la cláusula quinta sobre gastos gastos de la escritura y séptima sobre vencimiento anticipado.

El fundamento jurídico de dichos pedimentos se halla en la normativa europea sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores así como la legislación interna sobre la materia y en concreto, el texto refundido de la Ley general para la defensa de Consumidores y Usuarios (RD Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre) y la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación además de toda la Jurisprudencia que la desarrolla.

La parte demandada, en su escrito de contestación a la demanda, se opone a las pretensiones de la parte actora, alegando la incorrección de la STS de 23 de diciembre de 2015 en cuanto a la afirmación de que el sujeto pasivo del IAJD es la entidad prestamista, discrepando asimismo, de los efectos de una eventual declaración de nulidad.

Respecto al vencimiento anticipado, alega la demandada que la posibilidad de declarar vencido anticipadamente el préstamo o crédito por impago de una cuota, que estaba reconocida por la jurisprudencia, vino respaldada por el artículo 693.2 L.E.Civ (actualmente modificado), que estableció la posibilidad de declaración de vencimiento anticipado en caso de impago de “alguno de los plazos. Este esquema estuvo vigente desde la promulgación de la L.E.Civ. del año 2.000 hasta la reciente reforma operada por la Ley 1/2.013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que sigue admitiendo la cláusula de vencimiento anticipado, si bien modula la misma, exigiendo el impago de tres cuotas como mínimo. No obstante, el legislador ha mantenido su vigencia y validez, condicionando su ejercicio únicamente al impago de tres vencimientos. Por tanto, la cláusula de vencimiento anticipado ha sido ratificada por el legislador.

así, en el momento en que se estipuló la cláusula de vencimiento anticipado, el texto legal vigente era del citado, esto es, el que amparaba el vencimiento anticipado por impago de alguna

Código Seguro de verificación:VeF5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MACARENA MOLINA NOGUERA 13/11/2018 09:34:08	FECHA	13/11/2018
	MA AMPARO GOMEZ MATE 13/11/2018 13:40:48		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	2/19



VeF5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==

No ha resultado controvertida, como se ha puesto de manifiesto en la audiencia previa, la condición de consumidor del demandante firmante del contrato de préstamo hipotecario que nos ocupa, (recordar no obstante a tal efecto que la Directiva 93/13/CEE entiende por consumidor "toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional (artículo 26)". Nuestra legislación amplía el concepto de consumidor a " las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión y 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" (artículo 3 del RD 1/2007, TRLGDCU)", y sí el carácter de Condiciones generales de la contratación, respecto de lo cual, tiene la carga la demandada que lo alega, de acreditar el carácter negociado de la cláusula.

SEGUNDO: Gastos. La especial complejidad del sector financiero (terminología, casuismo, constante innovación de las fórmulas jurídicas, transferencia de riesgos a los clientes adquirentes) dotan al mismo de peculiaridades propias y distintas respecto de otros sectores, que conllevan la necesidad de dotar al consumidor de la adecuada protección en todas las fases del contrato. Pudiendo resaltarse, con carácter previo al análisis de la acción ejercitada y a efectos ilustrativos, la siguiente normativa:

En el ámbito comunitario, las **Directivas 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993**, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y **2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011** sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

El art. 3 de la Directiva 93/13/CEE (la cual no se aplica, según determina su artículo 1.2, a las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni disposiciones de convenios internacionales donde los Estados miembros o la Comunidad son parte) define las cláusulas abusivas en los siguientes términos: "1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. 2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba. 3. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas."

Por tanto, se considera que una cláusula no negociada es abusiva cuando causa, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones que se derivan del contrato; teniéndose en cuenta para la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual la naturaleza de los bienes o servicios que son objeto del contrato; las circunstancias que concurren en la celebración del contrato; y las demás cláusulas del contrato o de otro contrato del que dependa.

Código Seguro de verificación:Vef5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MACARENA MOLINA NOGUERA 13/11/2018 09:34:08	FECHA	13/11/2018
	MA AMPARO GOMEZ MATE 13/11/2018 13:40:48		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	3/19
 Vef5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==			



ADMINISTRACIÓN
GOBIERNO
JUSTICIA

En el ámbito nacional, serán de aplicación: El **Real Decreto Legislativo 1/07, de 16 de febrero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios**, establece en su artículo 3, modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que 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.”*

En el caso presente, como se ha dicho no es controvertida la la condición de consumidor de la parte actora .

El art. 80 de Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, establece los siguientes requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido; c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

Y, en concreto, en su art. 82.1 encontramos la definición de cláusula abusiva, señalando que *“Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.”*

El carácter abusivo de una cláusula debe apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

Específicamente, el art. 82.4 TRLCU considera en todo caso cláusulas abusivas las que 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 en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable; precepto que es desarrollado en los arts. 85 a 90.

La **Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC)**, que tiene por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 abril 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación, señala en su artículo 1.1 *“Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”*.

La Exposición de Motivos de la LCGC se refiere a las cláusulas abusivas y contiene una remisión al la Ley General de Consumidores y Usuarios, referencia que debe entenderse al Texto

Código Seguro de verificación:Vef5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MACARENA MOLINA NOGUERA 13/11/2018 09:34:08	FECHA	13/11/2018
	MA AMPARO GOMEZ MATE 13/11/2018 13:40:48		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	4/19



Vef5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Refundido de la misma de 16 de noviembre de 2007. Señala la Exposición de Motivos de la LCGC:

Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares. Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o -en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas. El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual. Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. En este sentido, sólo cuando exista un consumidor frente a un profesional es cuando opera plenamente la lista de cláusulas contractuales abusivas recogidas en la ley, en concreto en la disp. adic. 1ª Ley 26/1984 de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que ahora se introduce. De conformidad con la directiva transpuesta, el consumidor protegido será no sólo el destinatario final de los bienes y servicios objeto del contrato, sino cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional.”

El art. 8 de la LCGC sanciona con nulidad a las condiciones generales que sean abusivas. Dicho precepto, tras declarar en su apartado 1º que son nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en la LCGC o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención, en su apartado 2º, declara nulas en particular, las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, remitiéndose a la normativa de consumidores y usuarios (en la dicción literal, al art. 10 bis y disp. adic. 1ª L 26/1984 de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y tras el RDLeg. 1/2007, habrá que entender por tales las enumeradas en los arts. 85 a 90 TRLGCU, a los que nos hemos referido en el apartado anterior)

Y el art. 10 LCGC regula los efectos de la declaración de no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o de nulidad de las mismas, previendo que las mismas no determinarán la ineficacia total del contrato si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1258 CC y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo (arts. 1281 a 1289 CC).

TERCERO.- El presente procedimiento debe resolverse atendiendo a la legislación mencionada en los fundamentos anteriores y asumiendo el criterio mantenido por el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de mayo de 2013 a cuyo tenor para que se aprecie el carácter abusivo de una cláusula contractual es preciso que concurren los siguientes requisitos:

A) Que la cláusula en cuestión forme parte de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor. En este sentido, el Tribunal Supremo, en la sentencia indicada, ha especificado que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado de forma reiterada que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa, precisamente, en la idea de que el consumidor se halla en posición de inferioridad respecto al profesional con el que contrata. Por lo tanto, no

Código Seguro de verificación:Vef5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MACARENA MOLINA NOGUERA 13/11/2018 09:34:08	FECHA	13/11/2018
	MA AMPARO GOMEZ MATE 13/11/2018 13:40:48		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	5/19



Vef5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==



resulta de aplicación la legislación tuitiva existente en materia de cláusulas abusivas cuando el crédito en cuestión no se concede para financiar una operación destinada a satisfacer una necesidad personal, sino claramente empresarial, pues en tal caso, no nos encontramos ante un consumidor. En este sentido el artículo 3 TRLGDCU, modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, 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.”

B) Que la cláusula contractual cause un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones del contrato en contra de las exigencias de la buena fe. Según la STJUE de 14/3/2013, la buena fe consiste en la comprobación de si, de haber tratado al consumidor de manera leal y equitativa, éste hubiera contratado esa cláusula en el marco de una negociación individual..

C) Que el desequilibrio perjudique a un consumidor. Por lo tanto, la parte ejecutada que plantea el incidente tiene que tener la condición de consumidor con relación al título en el que se encuentra incluida la cláusula contractual. Recuérdese que, tal como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo en la aludida Sentencia de 9/05/13, el ámbito de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, se circunscribe a los contratos con consumidores.

D) Que la estipulación no haya sido negociada individualmente. Efectivamente, las cláusulas contractuales prerredactadas (sean condiciones generales –sometidas a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación- o particulares –no sujetas a dicha norma-) deben tenerse por impuestas cuando no han sido negociadas individualmente. A estos efectos, el Tribunal Supremo mantiene en la citada Sentencia que “el empresario o profesional que afirme que una cláusula ha sido negociada individualmente, tiene la carga de la prueba respecto a dicha cuestión fáctica”. Así mismo, el Tribunal Supremo en Sentencia dictada con fecha 22/04/15 especifica que “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 notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario”. En este concreto caso, ninguna prueba se ha desplegado por la parte demandada en orden a acreditar este extremo resultando, además, contrario a toda lógica que el consumidor asuma de buen grado el pago de todos los costes de la escritura en beneficio del banco, cargando con todos los gastos y el banco con todos los beneficios. Por ello, se considera probado que se trata de una cláusula no negociada e impuesta.

E) Que la cláusula contractual no se refiera al objeto principal del contrato, salvo que la misma no sea clara y comprensible. Efectivamente, como pone de manifiesto el Tribunal Supremo, el art. 42 de la citada Directiva 93/13 especifica que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato siempre que dichas cláusulas sean claras y comprensibles, por lo que a sensu contrario debe entenderse que las estipulaciones referidas a la definición del objeto principal del contrato se someterán a control de la naturaleza abusiva única y exclusivamente si no son claras y comprensibles. Por lo tanto, las citadas cláusulas no quedan exentas de un doble control de transparencia (control de incorporación -transparencia documental- y control de comprensibilidad real de su importancia y trascendencia económica y jurídica en el desarrollo razonable del contrato).



Código Seguro de verificación:Vef5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/ Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MACARENA MOLINA NOGUERA 13/11/2018 09:34:08	FECHA	13/11/2018
	MA AMPARO GOMEZ MATE 13/11/2018 13:40:48		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	6/19



Vef5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Por su parte, el artículo 3 de la mencionada Directiva 93/13/CEE dispone que, “Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas”.

Centrándonos en el caso que nos ocupa, cabe indicar que una cláusula como la que se está examinando, en la que se pretende atribuir al consumidor diversos gastos de la hipoteca, fue objeto de análisis en la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo 705/2015, de 23 de diciembre y posterior de 15/3/2018 (y en el mismo sentido se han pronunciado posteriormente otros órganos judiciales, como la AP de Tarragona, en Sentencia 436/2016 de 22 de septiembre, el Juzgado de Primera Instancia de Oviedo en Sentencia 247/2016 de 9 de noviembre, o el Juzgado de Primera Instancia de Bilbao de fecha 5/04/17), resolviendo la cuestión en el sentido de considerar abusiva la cláusula que impone gastos y tributos (presentes y futuros -hasta el total del reembolso del préstamo-) contraviniendo normas legales con previsiones diferentes, razonándolo de la siguiente manera:

“El artículo 89.3 TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto “La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables” (número 2º), como “La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario” (número 3º). El propio artículo atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3º letra a) y a la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos que en los que el sujeto pasivo es el empresario (art.89.3.3º letra c).

Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art.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 (art.89.3.5º)”.

La STS de 15 de marzo de 2018 dice así: “1.- La sentencia de esta sala 550/2000, de 1 de junio, trató la abusividad de la imposición al consumidor de los gastos generados por la constitución de una hipoteca para la financiación de adquisición de una vivienda, con apoyo en el art. 10.1 c), apdo. II LGCU (en su redacción original, que era igual al apartado 22 de la Disposición Adicional Primera antes citado), pero no se refirió a los tributos que gravan la operación, sino a los gastos bancarios, notariales y registrales derivados de la preparación de la titulación que, por su naturaleza, correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, obtención de hipotecas para financiar su construcción o su división y, cancelación).

2.- A su vez, en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre, si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, se dijo que la imputación en exclusiva al

Código Seguro de verificación:VeF5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MACARENA MOLINA NOGUERA 13/11/2018 09:34:08	FECHA	13/11/2018
	MA AMPARO GOMEZ MATE 13/11/2018 13:40:48		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	7/19
			
VeF5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==			



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión, era una cláusula abusiva, por limitar los derechos que sobre distribución de la carga tributaria estaban previstos en la legislación fiscal.

3.- Por último, la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, que se invoca en el recurso, 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, sino que, 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.

A falta de negociación individualizada (pacto), se consideró abusivo que se cargaran sobre el consumidor gastos e impuestos que, conforme a las disposiciones legales aplicables en ausencia de pacto, se distribuyen entre las partes según el tipo de actuación (documentación, inscripción, tributos).

Por ejemplo, en materia de gastos notariales, el arancel distingue entre el otorgamiento de la escritura y la expedición de copias; o en caso del arancel de los registradores, se da diferente tratamiento a la inscripción que a la expedición de certificaciones o copias simples.

Del mismo modo, en materia tributaria, lo que se reprochó es que se atribuyera en todo caso al consumidor el pago de todos los impuestos o tasas, cuando según la legislación los sujetos pasivos pueden ser diferentes, en función de hechos imponibles también diferentes.

4.- Sobre esa base de la abusividad de la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor (en este caso, el prestatario), deberían ser los tribunales quienes decidieran y concretaran en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación”.

Así las cosas, a la vista de lo expuesto, y conforme al criterio fijado por el TS en la Sentencia citada, la cláusula de gastos objeto del presente procedimiento, en virtud de la cual se atribuye al consumidor prácticamente la totalidad de los mismos debe considerarse abusiva, en cuanto que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiese aceptado razonablemente en el marco de la negociación individualizada, recordando que en el presente supuesto, no se ha probado por la entidad demandada, a pesar de tener la carga de hacerlo, que la citada cláusula introducida en la escritura sea fruto de la negociación de las partes ahora litigantes.

Por tanto, teniendo en cuenta lo señalado y en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación (el cual tras declarar en su apartado 1 la nulidad de pleno derecho de las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en la propia Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, concreta en su apartado 2 que, “En particular, serán nulas las condiciones generales sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de Consumidores y Usuarios”), debe eliminarse la cláusula nula, sin que ello conlleve la ineficacia del contrato, el cual puede subsistir sin la misma, con arreglo al artículo 10 del mismo texto legal. Por todo ello, el préstamo hipotecario mantiene su vigencia, con eliminación de la cláusula.



Código Seguro de verificación:Vef5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MACARENA MOLINA NOGUERA 13/11/2018 09:34:08	FECHA	13/11/2018
	MA AMPARO GOMEZ MATE 13/11/2018 13:40:48		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	8/19
	Vef5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==		



Vef5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

CUARTO.- La parte actora, además de solicitar la declaración de nulidad de la estipulación relativa a los gastos, y recogidas en la escritura, reclama los gastos indebidamente repercutidos, y aporta la justificación de los satisfechos por el prestatario en concepto de Notaría, Registro, Gestoría y tasación (Documentos 3 y siguientes de la demanda).

Pues bien, tal y como señala la STJUE de fecha 21/12/16, una vez declarada abusiva una cláusula (y por tanto, nula), no puede tener efectos frente al consumidor y debe restablecerse la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, esto es, el consumidor tiene derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento suyo en virtud de la cláusula abusiva.

Por tanto, el consumidor no debe hacer frente a todos los gastos que preveía la cláusula. Lo que la entidad demandada debe restituir son los gastos que hubiese tenido que asumir con arreglo a Derecho positivo, y de no existir la cláusula que ahora se ha declarado abusiva.

Ahora bien, una cosa es el control de la cláusula en cuestión y su expulsión de la norma del contrato, y otra las condiciones concretas en que se hayan determinado las obligaciones de las partes en cada relación contractual; dicho de otro modo, expulsar la estipulación nula del contrato no significa atribuir necesariamente al predisponente-prestamista el pago de los concretos gastos reclamados en el presente litigio, pues ello dependerá bien de la exigencia de una norma imperativa, bien de norma que regule el concreto gasto en que el acreedor es un tercero ajeno al contrato, o bien del concreto pacto contractual concertado con pleno conocimiento de sus consecuencias, como producto de la negociación individual. Es decir, se trata de mantener la imputación de gastos que corresponda por normativa o fruto de la negociación individual, considerando abusivo que el empresario traslade o repercuta los que le incumben, lo que no releva al prestatario de pagar los gastos que le correspondan.

De manera que, declarada nula por abusiva la cláusula contractual quinta relativa a los gastos, de la escritura objeto de litis, deben determinarse las consecuencias de dicha nulidad, para lo cual es preciso hacer las siguientes consideraciones:

A) Por lo que se refiere a los aranceles notariales y registrales, se debe distinguir entre los abonados al Notario (formalización en escritura pública) y los satisfechos al Registrador de la Propiedad (inscripción registral).

El Tribunal Supremo, en su Sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, establece, “ (...) en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas en el Registro de la Propiedad (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 a quien 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 (artículos 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial. (artículo 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 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).

Ya en la STS 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

Código Seguro de verificación:VeF5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MACARENA MOLINA NOGUERA 13/11/2018 09:34:08	FECHA	13/11/2018
	MA AMPARO GOMEZ MATE 13/11/2018 13:40:48		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	9/19
 VeF5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==			



tanto, nula. Y si bien en este caso la condición general discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriadados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina planteada es perfectamente trasladable al caso”.

En relación al pago de los aranceles del Notario, la parte actora solicita 796,98 € euros por esta partida (factura aportada como documental 3 del escrito de demanda).

A tal respecto, según la norma 6ª del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, “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”. En este caso, ambas partes tienen interés en la intervención del Notario: la demandante cuenta con el asesoramiento de un Notario que debe velar por el respeto de los derechos de los consumidores y usuarios (artículo 147 del Reglamento Notarial), y la intervención del mismo supone la formalización o documentación del préstamo concedido por el Banco a su favor, permitiendo, a través de la constitución de la garantía hipotecaria, no sólo la concesión del citado préstamo, sino también el establecimiento de unos plazos razonables de amortización o devolución del capital del préstamo personal; por su parte, el Banco ostenta interés en la formalización de la escritura pública ante Notario, por cuanto la misma constituye un requisito o conditio sine qua non para el posterior acceso de la hipoteca al Registro de la Propiedad (teniendo tal inscripción carácter constitutivo).

De manera que, no constando suficientemente acreditado en las actuaciones qué persona concreta requirió la prestación de funciones o los servicios del Notario, y teniendo en cuenta que los dos negocios jurídicos (préstamo e hipoteca) se conciertan en unidad de acto y en un único instrumento notarial que beneficia a ambos contratantes, por lo que ambos tienen la condición de interesados, está justificado que el coste del servicio deba ser repartido entre ambas partes (50% cada una).

Por consiguiente, debe acogerse la pretensión planteada por la parte actora relativa a esta partida exclusivamente con relación a la cantidad de 398,49 euros (50% de la factura).

En cuanto a los aranceles derivados de la intervención del Registrador de la Propiedad, la parte actora reclama 184,30 euros por este concepto (documental 4).

Según la norma 8ª del Anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, “Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho”. Así, se estima adecuado imponer el abono íntegro de los mismos a la entidad bancaria, por cuanto la garantía hipotecaria se adopta, y por tanto se inscribe, en beneficio del prestamista. El pago corresponde a la entidad demandada en la medida que no se aprecia que concurra, a los efectos de poder justificar que el abono corresponda al consumidor, ni el supuesto recogido en la letra b) (“por el que lo transmita”) ni el supuesto recogido en la letra c) (“por el que tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir”) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria.

Por consiguiente, debe acogerse la pretensión planteada por la parte actora en relación a esta partida .

B) En relación al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, debe ser dicha pretensión desestimada con los siguientes argumentos: la reciente S.T.S. (Sala III) nº 1505/2018, de 16 de octubre, seguida por otras dos (1523/2018 de 22 de octubre y 1531/2018 de 23 de octubre), modificó la jurisprudencia existente hasta la fecha sobre la cuestión del obligado tributario y declaró que “... el sujeto pasivo en el impuesto sobre actos jurídicos documentos cuando el documento sujeto es una escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria es el acreedor hipotecario, no el prestatario ...”; reputando nulo el art. 68.2 del Real Decreto 828/1995, de 25 de mayo, por contravenir los preceptos que cita de la Ley reguladora del impuesto, pues el Reglamento identifica al prestatario -en la modalidad de actos jurídicos documentados- como el interesado, imponiendo

Código Seguro de verificación:Vef5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MACARENA MOLINA NOGUERA 13/11/2018 09:34:08	FECHA	13/11/2018
	MA AMPARO GOMEZ MATE 13/11/2018 13:40:48		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Vef5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==	PÁGINA 10/19



Vef5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==



ADMINISTRACION DE JUSTITIA

una interpretación que -según el tenor de esta sentencia- el Legislador no ha hecho suya, lo que suponía una vulneración del principio de jerarquía normativa. Así, si bien, la anterior Jurisprudencia había calificado esa interpretación reglamentaria como de “indudable valor interpretativo”, la sentencia de 16/10/18 de la Sala Tercera, entiende que constituye un exceso reglamentario que hace ilegal la previsión contenida en el mismo, ilegalidad que declara el Alto Tribunal conforme al artículo 27.3 de la LJCA.

Esta sentencia, seguida por las otras dos comentadas, contraría la Jurisprudencia constante mantenida por la Sala III del TS durante largos años, lo que ha motivado que la cuestión sea elevada al pleno, quien en reunión mantenida en fecha 5 y 6 de noviembre del presente año, ha acordado mantenerse en su Jurisprudencia anterior.

A raíz de estos acontecimientos, el pasado 8 de noviembre fue dictado Real Decreto Ley al amparo del artículo 86 CE, por el que se modificaron los arts. 29 y 45 del Texto Refundido de la Ley del ITPyAJD, disponiendo el primero de ellos que el sujeto pasivo del IAJD cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria será el prestamista.

Esta previsión, sólo será aplicable a los hechos imponible devengados a partir de la entrada en vigor del RD-Ley.

Toda esta sucesión de hechos, ha puesto de relieve la división existente en torno a la cuestión de quién ha de ser el obligado tributario y ha quedado zanjada a partir del 8/11/2018 con el RD-Ley citado. Para los hechos imponible devengados con anterioridad, deberá regir pues, la anterior Jurisprudencia -a la que ha acordado aquietarse el Pleno de la Sala III del TS en sus mediáticas deliberaciones mantenidas los días 5 y 6 de noviembre de 2018:

Por lo tanto, aun cuando el contrato celebrado entre las partes pueda deslindarse en un negocio jurídico contractual principal (como es el préstamo concedido por la entidad bancaria al prestatario o consumidor) y un negocio jurídico real accesorio (como es la constitución de hipoteca), desde el punto de vista tributario, el hecho imponible es único (el préstamo).

De cara a establecer quién es el sujeto pasivo del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, debe estarse a lo previsto en el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. La anteriormente citada STS 705/5015, de 23 de diciembre, hace referencia al mismo al señalar que, “El artículo 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que estará al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y derechos, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d)”. Por otro lado, el artículo 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos patrimoniales, por el concepto de préstamo. Pero el artículo 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el artículo 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan”.

Pues bien, en relación a este punto debe indicarse que ciertamente los argumentos de la Sentencia referida son correctos, pero no debe perderse de vista el artículo 29 del mismo Texto Refundido que, en relación al impuesto, y en la modalidad de documentos notariales del IAJD, establece que, “Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos a cuyo interés se expidan”. En aplicación del mismo, la Sala Primera del TS, en la citada Sentencia 705/15 declara que, “(la entidad bancaria)



Código Seguro de verificación:Vef5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MACARENA MOLINA NOGUERA 13/11/2018 09:34:08	FECHA	13/11/2018
	MA AMPARO GOMEZ MATE 13/11/2018 13:40:48		

ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Vef5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==	PÁGINA	11/19
-----------	---------------------------	--------------------------	--------	-------



Vef5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==



será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho (de hipoteca) y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese (...).”

Sin embargo, esta doctrina contrasta frontalmente con la establecida reiteradamente por la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, del mismo Tribunal Supremo, en orden a la determinación del sujeto pasivo del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados. A estos efectos, la STS, Sala Tercera, Sección 2ª, de 20 de enero de 2004 (STS 159/2004), prevé que el citado artículo 29 ha sido objeto de desarrollo y concreción por el artículo 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que cierra la controversia señalando que, “Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario”. Remarca esta misma Sentencia que en ningún caso el precepto reglamentario citado incurre en una extralimitación del artículo legal que lo habilita (art. 29 TRLITPyAJD), por cuanto se limita a desarrollar y especificar la correcta aplicación del mismo, no contradiciéndolo, en tanto que entiende que es el prestatario el adquirente del derecho al que se alude en el texto legal (el préstamo recibido de la entidad bancaria, como obligación principal del contrato), no pudiendo referirse en caso alguno al acreedor hipotecario (Banco) por cuanto que la hipoteca no se adquiere, ni se transmite, sino que se constituye como garantía de la obligación principal. La constitucionalidad de dicho precepto ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional en sendos autos de fecha 18/01 y 24/05/05.

En el sentido apuntado, las sentencias de los Tribunales del orden contencioso-administrativo son unánimes y señalan como sujeto obligado al prestatario. Por ello, en relación con esta partida no se produce un desplazamiento de la carga tributaria que debía soportar el profesional hacia el consumidor, ni por ende, concederse cantidad alguna a éste último.

Además, en este punto, hay que tener en cuenta la STS 148/2018 de 15 de marzo, que en su Fundamento de Derecho Quinto dispone que, “1.- Decíamos en la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, en lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, que el art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (LITPAJD) dispone que estará obligado al pago del impuesto de transmisiones patrimoniales a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en la «constitución de derechos reales», aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c); y en la «constitución de préstamos de cualquier naturaleza», el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el art. 15.1 LITPAJD señala que la «constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo», tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo.

A su vez, el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales en que se recoge el préstamo, indicando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

De tal manera que, dijimos en la mencionada sentencia, la entidad prestamista no queda siempre y en todo caso al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la expedición de las copias, actas y testimonios que interese. 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.

2.- Respecto del hecho imponible del impuesto de transmisiones patrimoniales consistente en la constitución del préstamo hipotecario (art. 7.1.B LITPAJD), ya hemos visto que el art. 8 LITPAJD, a efectos de la determinación del sujeto pasivo, contiene dos reglas que, en apariencia, pueden resultar contradictorias. Así el apartado c) dispone que «en la constitución de derechos

Código Seguro de verificación:Vef5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/ Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MACARENA MOLINA NOGUERA 13/11/2018 09:34:08	FECHA	13/11/2018
	MA AMPARO GOMEZ MATE 13/11/2018 13:40:48		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	12/19
			
Vef5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==			



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

reales» es sujeto pasivo del impuesto aquél a cuyo favor se realice el acto; y el apartado d) prevé que, «en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza», lo será el prestatario. De manera que atendemos exclusivamente a la garantía (la hipoteca), el sujeto pasivo sería la entidad acreedora hipotecaria, puesto que la garantía se constituye a su favor; mientras que, si atendemos exclusivamente al préstamo, el sujeto pasivo sería el prestatario (el cliente consumidor). Sin embargo, dicha aparente antinomia queda aclarada por el art. 15.1 de la misma Ley, que dispone: «La constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo».

3.- La jurisprudencia de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de este Tribunal Supremo ha interpretado tales preceptos en el sentido de que, tanto en préstamos como en créditos con garantía hipotecaria, el sujeto pasivo del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario (sentencias de 19 de noviembre de 2001 [RC 2196/1996]; 20 de enero de 2004 [RC 158/2002]; 14 de mayo de 2004 [RC 4075/1999]; 20 de enero de 2006 [RC 693/2001]; 27 de marzo de 2006 [RC 1839/2001]; 20 de junio de 2006 [RC 2794/2001]; 31 de octubre de 2006 [RC 4593/2001]; 6 de mayo de 2015 [RC 3018/2013]; y 22 de noviembre de 2017 [RC 3142/2016]). En tales resoluciones se indica que la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible sea el prestatario, de conformidad con lo establecido en el art. 8 d), en relación con el 15.1, LITPAJD.

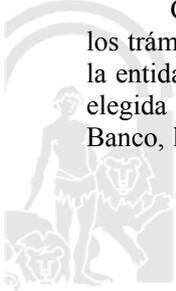
En su virtud, respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, en armonía con la jurisprudencia de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo, debemos concluir que el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario.

4.- Asimismo, frente a alguna duda de constitucionalidad que se ha manifestado doctrinalmente, debemos traer a colación dos resoluciones del Tribunal Constitucional en las que se resuelven sendas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña respecto del art. 29 LITPAJD, en relación con los arts. 8.d) y 15.1 del mismo texto refundido, y con el 68 del Reglamento del Impuesto, por si pudieran ser contrarios a los arts. 14, 31.1 y 47 de la Constitución Española. Se trata de los autos 24/2005 de 18 de enero, y 223/2005, de 24 de mayo. En la primera de tales resoluciones se dice:

«[...]es una opción de política legislativa válida desde el punto de vista constitucional que el sujeto pasivo de la modalidad de “actos jurídicos documentados” lo sea el mismo que se erige como sujeto pasivo del negocio jurídico principal (en el impuesto sobre el valor añadido o en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados), tanto cuando se trata de préstamos con constitución de garantías (aunque la operación haya sido declarada exenta en ambos impuestos), como cuando se trata de constitución de garantías en aseguramiento de una deuda previamente contraída, pues en ambos supuestos se configura como obligado tributario de aquella modalidad impositiva a la persona que se beneficia del negocio jurídico principal: en el primer caso, el prestatario (el deudor real); en el segundo supuesto, el acreedor real (el prestamista)».

En conclusión, y a la espera de conocer los argumentos concretos del Pleno de la Sala III del TS, debe estarse a la interpretación tradicional de la materia, desestimando pues la pretensión relativa a la restitución del IAJD.

C) En concepto de gastos de gestoría se interesa la restitución de 326,86 euros. La gestión de los trámites previstos anteriormente se impone unilateralmente por el Banco al consumidor, siendo la entidad gestora elegida o designada por el propio Banco (no consta que la entidad gestora fuera elegida por el consumidor). Sin embargo, no hay que olvidar que, aun cuando se imponga por el Banco, la gestión también beneficia al consumidor, por cuanto supone la realización de los trámites



Código Seguro de verificación:VeF5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MACARENA MOLINA NOGUERA 13/11/2018 09:34:08	FECHA	13/11/2018
	MA AMPARO GOMEZ MATE 13/11/2018 13:40:48		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	13/19
 VeF5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==			



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

necesarios no sólo para la constitución de la hipoteca, sino también para la formalización del préstamo concedido al demandante. Dado que pueden existir diferencias de honorarios según la entidad gestora que realice los trámites, y no acreditándose (por la parte demandada, que es a quien le correspondía) que se le diera a la parte actora la opción de acudir a una entidad de su elección, esta juzgadora, entiende justificado que el coste del servicio deba ser repartido entre ambas partes (50% cada una).

De manera que debe acogerse la pretensión planteada por la parte actora exclusivamente en la cantidad de 163,43 euros (50% de la factura).

Con arreglo a todo lo expuesto, debe estimarse parcialmente la demanda, condenando a la demandada restituir a la actora la cantidad de 737,22 euros.

En cuanto a los intereses, de conformidad con la declaración de nulidad y por aplicación del artículo 1.303 del Código Civil, procederían los intereses legales (SSTS 24/2/2017 y 8/6/2017) de la cantidad de 737,22 euros desde la fecha de su pago por el consumidor hasta el día de hoy, devengando el global resultante el interés legal del artículo 576 desde la fecha de la presente resolución.

QUINTO.- Respecto al posible carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado previsto en la Cláusula séptima de la escritura de préstamo hipotecario, la misma establece: “7.- Supuestos de vencimiento anticipado.

7.1.- Principales supuestos de vencimiento anticipado.- No obstante la fecha de vencimiento establecida para este contrato (...) la Entidad acreedora podrá declarar vencido el presente préstamo y reclamar anticipadamente la devolución del capital prestado (...) en los siguientes casos:

7.1.1. Por falta de pago a sus vencimientos de cualquier cuota de amortización de capital y/o intereses a que se refiere esta cláusula PRIMERA. (...).”

Sobre el vencimiento anticipado, el Tribunal Supremo, en Sentencia 79/2016, de 8 de febrero, señala lo siguiente:

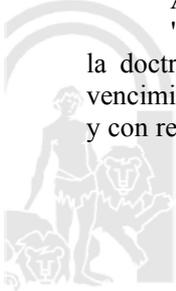
"En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 1.129 del Código Civil prevé expresamente la posibilidad de que el acreedor pueda reclamar la totalidad de lo adeudado, antes del vencimiento del plazo pactado, cuando el deudor "pierde" del derecho a utilizar el plazo; y el artículo 1.124 del mismo Código permite la resolución de las obligaciones bilaterales en caso de incumplimiento. A su vez, en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios, tal posibilidad está expresamente contemplada en el artículo 693.2 LEC, siempre y cuando se haya pactado expresamente.

En términos generales, esta Sala no ha negado la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, siempre que esté claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podrá dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pueda quedar al arbitrio del prestamista, en contravención de lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil (Sentencias de 2/01/2006, 4/06/2008, 12/12/2008 o 16/12/2009, entre otras).

Así, la Sentencia 792/2009, de 16 de diciembre, con base en el artículo 1.255 CC, reconoció la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos "cuando concurra justa causa - verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial- , como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo".

A su vez, en la sentencia de 17 de febrero de 2011, señalamos:

"Esta Sala tiene declarado en sentencia número 506/2008, de 4 de junio, que si ciertamente la doctrina del Tribunal Supremo abogó inicialmente (...) por la nulidad de tales cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios, con invocación de la legislación hipotecaria y con referencia también a los artículos 1.125 y 1.129 del Código Civil, no puede desconocerse que



Código Seguro de verificación:VeF5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MACARENA MOLINA NOGUERA 13/11/2018 09:34:08	FECHA	13/11/2018
	MA AMPARO GOMEZ MATE 13/11/2018 13:40:48		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	14/19



VeF5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==



ADMINISTRACION
JUSTICIA

este pronunciamiento, que no tuvo acceso al fallo y se emitió obiter dicta, en un supuesto además en el que se estipularon una serie de condiciones que desvirtuaban el contenido del préstamo y suponían prerrogativas exorbitantes y abusivas para el Banco prestamista, no fue seguido por otras resoluciones posteriores en las que esta Sala, con carácter general, ha mantenido como válidas estas cláusulas; por ejemplo, en sentencia de 9 de marzo de 2001 y también, en el ámbito del contrato de arrendamiento financiero, en la de 7 de febrero de 2000".

La citada sentencia 506/2008, de 4 de junio, precisó que, atendiendo a los usos de comercio, y vista la habitualidad de dichas cláusulas en la práctica bancaria reciente, existían argumentos para defender la validez de tales estipulaciones al amparo del principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC), cuando concurra justa causa para ello, es decir, cuando nos encontremos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, entre las que se incluye el impago de las cuotas de amortización de un préstamo".

En cuanto a la jurisprudencia del TJUE, la sentencia de 14/03/2013, asunto C-415/11, sin declararlo de manera expresa, dio a entender que una cláusula que preveía el vencimiento anticipado por falta de pago de alguno de los plazos, sin ser abusiva per se, podía considerarse como tal atendiendo a las circunstancias del caso. En este sentido, señala en el apartado 73: "En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimiento del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente (...) si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo".

Sobre estas bases, la cláusula controvertida no supera tales estándares pues, aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual -art.693.B, párrafo 2, LEC, en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio). Y, en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesorias, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.

Sin que el hecho de que la cláusula sea enjuiciada en el marco de una acción colectiva impida dicho pronunciamiento, pues precisamente lo que procede ante este tipo de acción es un control abstracto de validez y abusividad.

Consecuentemente, debe confirmarse la sentencia en cuanto declara la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, que resulta nula e inaplicable. Pero ha de tenerse presente que la abusividad proviene de los términos en que la condición general predispuesta permite el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es per se ilícita. En su caso, y dado que la cláusula impugnada se refiere a la ejecución de bienes hipotecados, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 693. 2 LEC, cuando afirma que "Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución y en el

Código Seguro de verificación:VeF5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MACARENA MOLINA NOGUERA 13/11/2018 09:34:08	FECHA	13/11/2018
	MA AMPARO GOMEZ MATE 13/11/2018 13:40:48		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	15/19
 VeF5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==			



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

asiento respectivo"; conforme a la interpretación que de dicho precepto ha hecho el TJUE en el Auto de 11 de junio de 2015, al decir "la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter "abusivo" -en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13- de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión".

Es decir, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC, los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (C-415-11).

La tutela de los consumidores aconseja evitar interpretaciones maximalistas, que bajo una apariencia de máxima protección, tengan como consecuencia paradójica la restricción del acceso al crédito hipotecario y, derivadamente, a la adquisición de vivienda en propiedad.

Declarada la admisibilidad de las cláusulas de vencimiento anticipado en los términos expuestos, el mismo principio de equilibrio en las prestaciones que ha de presidir su interpretación, revela lo inadecuado de obligar a las entidades prestamistas, ante comportamientos de flagrante morosidad, a acudir en exclusiva a la vía declarativa para obtener la resolución contractual (art. 1.124 CC), con cierre de la vía ejecutiva especial legalmente prevista y correlativa obstaculización de la efectividad de la garantía real. Cuando, además, las propias estadísticas oficiales revelan que la duración media pactada de los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda se incrementó entre 1990 y 2005 de 12 a 25 años, acercándose incluso entre 2006 y 2010 a una media de 26 años; lo que redunda en la inconveniencia de obligar a la espera de un incumplimiento total en todos los préstamos vigentes a largo plazo que contengan cláusulas de vencimiento abusivas.

Hemos dicho anteriormente que, conforme a la jurisprudencia del TJUE, el juez nacional puede sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato; si bien dicha posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representan para éste una penalización. Y eso es lo que, a nuestro criterio, como tribunal nacional superior en el orden civil (art. 123.1 CE), sucedería si la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, por razón de la levedad del incumplimiento previsto para su aplicación, cerrara el acceso al proceso de ejecución hipotecaria incluso en los casos en que el incumplimiento efectivamente producido haya tenido una gravedad adecuada a la consecuencia del vencimiento anticipado; ya que no puede considerarse que el sobreseimiento de la vía ejecutiva hipotecaria sea en todo caso más favorable al consumidor.

Así, ha de tomarse en consideración la posibilidad prevista en el art. 693.3 LEC , al reconocer que en los casos en que se reclame por causa del vencimiento anticipado la totalidad de la deuda, el acreedor puede solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de lo adeudado, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte; y tratándose de vivienda habitual, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las

Código Seguro de verificación:VeF5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MACARENA MOLINA NOGUERA 13/11/2018 09:34:08	FECHA	13/11/2018
	MA AMPARO GOMEZ MATE 13/11/2018 13:40:48		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	16/19
 VeF5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==			



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

cantidades antes reseñadas. Aún más, en beneficio del deudor hipotecario, y según el mismo art. 693 LEC, éste no tendrá limitada la posibilidad de liberar el bien en varias ocasiones siempre que medie al menos tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuado por el acreedor. Estamos, pues, ante un remedio enervatorio de la ejecución que permite neutralizar los efectos de la cláusula de vencimiento anticipado con la consiguiente rehabilitación del contrato y, por ende, del crédito hipotecario.

Por su parte, la reciente STJUE de 26 de enero de 2017, en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Santander (asunto C-421-14) resuelve que, "incumbe al tribunal nacional examinar, en particular, si la facultad que se concede al profesional de declarar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo está supeditada al incumplimiento por parte del consumidor de una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en que tal incumplimiento tiene carácter suficientemente grave en relación con la cuantía y duración del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones contractuales específicas y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo; y que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el artículo 693, apartado 2, de la LEC que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional".

En atención a lo expuesto, cabe concluir que la cláusula objeto de análisis está prevista sólo en beneficio del banco y para el caso de incumplimiento de cualquier plazo de amortización del capital prestado o intereses, en un contrato de larga duración como el de litis, resultando desproporcionado que, por un solo impago, la entidad ejecutante pueda dar por resuelto el contrato de forma anticipada, exigiendo la íntegra devolución de la cantidad garantizada objeto del préstamo.

Por todo ello, procede la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado analizada.

SSEXTO.- En relación con la cuantía, de conformidad con el artículo 252.2º LEC, si las acciones acumuladas provienen del mismo título o con la acción principal se piden accesoriamente intereses, frutos, rentas o daños y perjuicios, la cuantía vendrá determinada por la suma del valor de todas las acciones acumuladas. Pero si el importe de cualquiera de las acciones no fuera cierto y líquido, sólo se tomará en cuenta el valor de las acciones cuyo importe sí lo fuera.

Para la fijación del valor no se tomarán en cuenta los frutos, intereses o rentas por correr, sino sólo los vencidos. Tampoco se tomará en cuenta la petición de condena en costas. A criterio de esta Juzgadora, ejercitándose una acción principal de nulidad de condiciones generales de la contratación de la que se interesan accesoriamente "intereses, frutos, rentas o daños y perjuicios" perfectamente cuantificadas, debe estarse a dicha cantidad. Así, se fija la cuantía del procedimiento en 4.413,30 €, reclamados inicialmente en la demanda.

SSEXTIMO.- En materia de costas, dada la estimación parcial de la demanda, no se hará especial pronunciamiento.



Código Seguro de verificación: Vef5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MACARENA MOLINA NOGUERA 13/11/2018 09:34:08	FECHA	13/11/2018
	MA AMPARO GOMEZ MATE 13/11/2018 13:40:48		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	17/19
 Vef5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==			



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

FALLO

Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por DON JUAN JESUS RUIZ DIAZ, representado por el Procurador Sr. Fraile Mena y asistido del Letrado Sr. Ortiz Serrano, contra WIZINK BANK, S.A., representado por la Procuradora Sra. Peláez Salido y asistido del Letrado Sr. Krauel Conejo:

DECLARO LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA LITIGIOSA RELATIVA AL VENCIMIENTO ANTICIPADO contenida en la Escritura de HIPOTECA Y PACTO DE AFIANZAMIENTO de 2/3/2012, en tanto que Condición General de la Contratación de carácter abusivo y contraria a la normativa; eliminando la citada cláusula de la Escritura, teniéndola por no puesta y manteniendo la vigencia del contrato sin aplicación de la misma.

DECLARO la nulidad DE LA CLÁUSULA litigiosa relativa a la imposición de los gastos y tributos a cargo del prestatario hipotecante, contenida en la Escritura de HIPOTECA Y PACTO DE AFIANZAMIENTO de 2/3/2012, en tanto que Condición General de la Contratación de carácter abusivo y contraria a la normativa y ante la necesaria REPARACIÓN ÍNTEGRA DEL DAÑO CAUSADO.

En consecuencia, acuerdo la ELIMINACIÓN DE LA CITADA CLÁUSULA DE LA ESCRITURA DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO Y AFIANZAMIENTO , teniéndola por no puesta; DECLARANDO y confirmando que la demandada es la obligada a abonar los gastos relacionados en este resolución.

Y en consecuencia, CONDENO A LA DEMANDADA A ABONAR A LA PARTE ACTORA las cuantías soportadas en exceso por acción y efecto de la Cláusula nula, POR IMPORTE DE 737,22 EUROS . Todo ello con el correspondiente interés legal desde el momento de su pago e incrementados en dos puntos desde el dictado de la sentencia, en virtud del art. 576 LEC.

Firme que sea la presente, librese mandamiento al titular del REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN para la inscripción de la presente Sentencia , en relación a la nulidad y no incorporación de las condiciones generales de la escritura de HIPOTECA Y PACTO DE AFIANZAMIENTO con fecha 2 de Marzo de 2012 suscrita ante el Ilustre Notario Don Manuel Tejuca García con número 679 de su protocolo.

Todo ello sin expreso pronunciamiento en relación con las costas del proceso.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer recurso de apelación ante este Juzgado dentro de los veinte días siguientes a su notificación para su conocimiento por la Audiencia Provincial de Málaga.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará certificación a los autos y se conservará su original en el libro oportuno, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Sra. Magistrada-Juez que la suscribe, en la audiencia pública del día de su fecha. Doy fe.



Código Seguro de verificación:Vef5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MACARENA MOLINA NOGUERA 13/11/2018 09:34:08	FECHA	13/11/2018
	MA AMPARO GOMEZ MATE 13/11/2018 13:40:48		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	18/19
	Vef5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==		



Vef5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA



Código Seguro de verificación:Vef5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MACARENA MOLINA NOGUERA 13/11/2018 09:34:08	FECHA	13/11/2018
	MA AMPARO GOMEZ MATE 13/11/2018 13:40:48		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	19/19



Vef5ndh00hV+mpqQJfkYtQ==