



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº18 BIS DE MALAGA
CIUDAD DE LA JUSTICIA, C/FISCAL LUIS PORTERO GARCIA S/N
TEATINOS

Tlf: 677981701

**Procedimiento: Procedimiento Ordinario (Contratación -249.1.5)
1099/2017.**

SENTENCIA Nº 937/2018

En Málaga a 12 de NOVIEMBRE de 2018.

En nombre de S.M. El Rey,

En la ciudad de Málaga a 12 de NOVIEMBRE de dos mil dieciocho,
Don _____, Magistrado-Juez de Adscripción territorial
ante el Juzgado de Primera Instancia número 18 *bis* de esta ciudad, ha
visto los presentes autos de Juicio Ordinario tramitados en este
Juzgado bajo el número 1099/2017, a instancia de **DOÑA**

y DON

representados

por el Procurador de los Tribunales **DON**

y con

asistencia letrada de **DON**

, en

**ejercicio de la acción de NULIDAD DE LA CONDICIÓN GENERAL
DE LA CONTRATACIÓN RELATIVA A LA IMPOSICIÓN DE GASTOS
AL PRESTATARIO HIPOTECANTE y VENCIMIENTO ANTICIPADO,**

1



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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	_____	FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	1/62



Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==



por abusividad y vulneración de la normativa, con todos los efectos legales inherentes a dicha nulidad y el abono de cantidades a consecuencia de la misma. De manera SUBSIDIARIA, declaración de Nulidad de la Condición General de la Contratación citada y RECLAMACIÓN DE CANTIDADES indebidamente abonadas por la parte y subsidiaria de enriquecimiento injusto. Dicha demanda se ejercita contra la entidad _____, representado por el Procurador de los Tribunales **DON** _____ y la defensa letrada de **DOÑA** _____. En virtud de ello, dicto la presente sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente proceso ha sido promovido en virtud de demanda interpuesta por **DOÑA** _____ y **DON** _____ representados por el Procurador de los Tribunales **DON** _____ y con asistencia letrada de **DON** _____, en ejercicio de la acción de **NULIDAD DE LA CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN RELATIVA A LA IMPOSICIÓN DE GASTOS AL PRESTATARIO HIPOTECANTE y VENCIMIENTO ANTICIPADO**, por abusividad y vulneración de la normativa, con todos los efectos legales inherentes a dicha nulidad y el abono de cantidades a consecuencia de la misma. De manera SUBSIDIARIA, declaración de Nulidad de la Condición General de la Contratación citada y



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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	_____	FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	2/62





RECLAMACIÓN DE CANTIDADES indebidamente abonadas por la parte y subsidiaria de enriquecimiento injusto. Dicha demanda se ejercita contra la entidad _____, representado por el Procurador de los Tribunales **DON** _____ y la defensa letrada de **DOÑA** _____.

SEGUNDO.- En virtud de lo expuesto en el antecedente de hecho primero de la presente resolución judicial, debe significarse que la parte demanda estando emplazada en legal forma procedió a efectuar el preceptivo trámite de contestación a la demanda.

Debe ponerse de manifiesto que cumplidas las formalidades procedimentales, quedaron los autos conclusos para dictar sentencia, la cual no se pudo dictar en plazo debido a la situación de sobrecarga que soporta este juzgador.

He aquí por tanto el fundamento o *ratio essendi* de la presente resolución judicial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Debe precisarse para la correcta comprensión de los autos, que de una manera muy simplista, los hechos controvertidos objeto del presente procedimiento vienen dados por la validez o no de las cláusulas cuya licitud se cuestionan –



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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	_____	FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	3/62





gastos y vencimiento anticipado- y los efectos derivados de la declaración de validez *versus* invalidez. Como puede fácilmente comprenderse y tratándose de materia de Derecho de Consumo, cuando además la condición de consumidores de la parte actora no se discute, de lo que se trata es de dilucidar si estamos ante condiciones generales de la contratación y sentado lo anterior, el control de abusividad prevista en la normativa sectorial – normativa de consumo- que es tanto como decir si concurre o no el llamado doble control de transparencia, esto es, si las cláusulas objeto de autos fueron negociadas y además informadas no sólo de la existencia *per se* sino de las consecuencias jurídicas de su establecimiento.

No obstante lo anterior, antes de entrar en el fondo del asunto conviene precisar y resolver cuestiones igualmente planteadas; a saber: 1) la cuantía objeto del procedimiento; 2) la actora solicitó el desistimiento de la reclamación del impuesto a lo que la parte demandada se opuso; 3) la caducidad y ejercicio tardío de la acción entablada.

1.- En cuanto a la cuantía del procedimiento, se ha debatido sobremanera si casos como el de autos -nulidad de cláusula gastos con reclamación de dichas cantidades y vencimiento anticipado además - implica un supuesto de acciones en que la cuantía del procedimiento no puede estimarse ni siquiera de modo relativo, de aquella otra corriente doctrinal que la califica como



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	4/62
		Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==	



Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==



perfectamente determinada o al menos susceptible de determinación. Este juzgador entiende que en caso de acciones de nulidad de condiciones generales de la contratación debe ser considerada como de cuantía determinada, todo ello por la concurrencia de los siguientes elementos o factores: a) en primer lugar y si bien es cierto que la cuantía del procedimiento tiene su incidencia principalmente en materia de costas o incluso del llamado recurso de casación, y que en principio es un concepto que no tiene por qué coincidir con la cuantía reclamada, aunque en no pocos casos coinciden, lo cierto es que en las pretensiones cuando se pueden cuantificar, ambos elementos coinciden. Pues bien ello es precisamente lo que acontece en el presente caso en el que la parte actora ejercita con carácter cumulativo acciones – lo cual es admisible en nuestro derecho a través de la acumulación objetiva de acciones y que además las acciones que se ejerciten pueden ser ejercitadas de forma subsidiaria-. Ahora bien, en el presente caso, es de aplicación, atendiendo a las acciones que se ejercitan, lo preceptuado en el artículo 251.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 252.1 de la citada ley procesal y que es tanto como decir que como quiera que el efecto de la declaración de la abusividad – nos referimos a la cláusula de gastos- se puede cuantificar en el momento de la demanda, en cuanto a cantidades perfectamente determinadas a devolver, lo cierto es que la cuantía de lo reclamado está por ende perfectamente determinado y por tanto el *petitum*, y de ahí que no pueda entenderse la demanda como de cuantía indeterminada; b)



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	5/62
		Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==	
Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==			



sirva de complemento a todo ello, incluso el hecho de que el ejercicio de las acciones acumuladas, basta con que una de las acciones pueda cuantificarse – como lo hace la demandante en cuanto a cantidad a devolver- para que incluso, vía acumulación eventual o subsidiaria de acciones, pueda entenderse la demanda como de cuantía determinada; c) pero es más, si atendemos a la forma de redacción de la demanda, se ejercita una acción de reclamación de cantidades, luego por tanto, vía 252.1 de la citada ley procesal sería perfectamente determinable la pretensión procesal como es en la cantidades en su día pagadas en concepto de gastos y cuya reclamación se pretende; d) no comparte este juzgador esa corriente de pensamiento jurídico que entiende que la restitución o devolución de cantidades opera de manera inexorable con la acción base – la nulidad- y si bien es cierto que es una lógica consecuencia, tiene que ser solicitado porque no opera con mero automatismo, y así se ha dicho en no pocas ocasiones en instituciones tales como en la resolución de obligaciones bilaterales del artículo 1124 del Código Civil, en la que la restitución aunque está estrechamente unida, sí tiene una cierta autonomía por el mismo mecanismo del principio dispositivo y de justicia rogada. Similar conclusión es en los casos de nulidad, porque en un declarativo tiene que ser alegada, y en cuanto al efecto restitutorio tiene que ser solicitada y además cuantificarse, o al menos establecerse las bases de la cuantificación vía 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero que en el caso de autos no hay que establecer base alguna tal y como



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	6/62
			
Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==			



ocurre con la llamada cláusula suelo, sino que están perfectamente determinadas dichas cantidades y desde el principio, luego en consecuencia lo que debe ser objeto de restitución está perfectamente determinado; e) pero es más, que la cuantía del procedimiento puede ser un hecho controvertido no ofrece dudas y además en casos como el del presente caso, y la forma de “impugnar” la cuantía del procedimiento puede hacerse al recurrir el Decreto de admisión o bien en la contestación a la demanda o planteando la cuestión procesal de “*defecto en el modo de proponer la demanda*” pero nunca fuera de estos cauces y de manera sorpresiva en el acto de Audiencia Previa, tal y como se colige claramente de la Sentencia que este juzgador comparte del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Granollers de 21 de diciembre de 2016, y de la que se colige que como cuestión fáctica – hecho controvertido- pasado el primer filtro del Letrado/a de la Administración de Justicia y siempre que no determine un procedimiento de diferente tipo y que no es caso, si no se impugna el órgano judicial no entrará, salvo que *a contrario sensu*, si se impugne y que es el caso; f) a modo de conclusión, como quiera que puede cuantificarse perfectamente lo reclamado en cuanto determinable, no cabe duda alguna de la determinación de la cuantía y precisamente en la cuantía reclamada como restitución en la demanda.



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	7/62





A modo de conclusión, la demanda debe ser considerada de cuantía determinada y concretamente en el *petitum* de la pretensión cuantificable, es decir, **1.779,69 €**.

2.- En cuanto a la petición de desistimiento parcial de la cantidad reclamada por la actora por el concepto del impuesto de Actos Jurídicos Documentados, petición frente a la que la parte demandada se opuso, debemos ya adelantar que procede rechazar la petición de desistimiento instada, todo ello por la concurrencia de los siguientes elementos o factores: a) el desistimiento de todas o algunas de las pretensiones ejercitadas y en caso de verificarse antes de la contestación a la demanda no está sujeta a requisito *ab initio* alguno, entre otras razones porque presenta como fundamento o *ratio essendi* que al no haberse producido la contestación a la demanda el promotor del procedimiento puede modificar el objeto del proceso, es decir, ampliarlo y por tanto y *a contratrio sensu* reducir dicho objeto por elementales consecuencias del principio de justicia rogada y principio dispositivo, máxime cuando todavía no se ha blindado jurídicamente el llamado “objeto de debate” al no haber contestación; b) partiendo de lo expuesto en la letra inmediatamente anterior, en caso de demandado ya emplazado, es el órgano judicial que conoce del asunto concreto y determinado quien resolverá lo procedente- siguiendo la terminología del artículo 20.3 inciso *in fine* de la Ley de Enjuiciamiento Civil-. Así las cosas, obsérvese la estructura y dinámica del propio artículo referido, porque lo que no será de recibo – y así lo dice expresamente el propio artículo en materia de renuncia que sí produce efectos de cosas



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	8/62





juzgada- es que el desistimiento sea legalmente inadmisibile; c) como corolario de lo que se acaba de apuntar, lo que no puede admitirse en modo alguno, porque así se desprende de la prohibición en nuestro Derecho, ex artículo 7 del Código Civil, acudir al instituto del desistimiento que no produce efecto de cosa juzgada pero en abuso de Derecho, máxime cuando ya existe litispendencia en el caso de autos con los efectos derivados de la misma tales como la *mutatio libelli* o si se prefiere el adagio latino *in lite pendente nihil innovetur*; d) no puede permitirse el desistimiento máxime cuando se efectúa a la luz de una Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 y que beneficia a la parte demandada en sus consecuencias jurídicas, las numerosas cuestiones prejudiciales habidas en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la auténtica catarata jurisprudencial que se está produciendo, y todo ello a previsión además de que pueda producirse un cambio jurisprudencial. Por ello, dejar el fondo mi-prejuzgado y que la demandante puede verse con la posibilidad de proceso posterior con idéntico objeto en detrimento de la demandada estando ya ante los efectos de litispendencia no es admisible. No puede admitirse dicha situación si existe expresa oposición, porque no es admisible ya que se pugnaría como quiera verse con un principio informador de nuestra Constitución del artículo 9.3 como es el principio de seguridad jurídica, auténtico pórtico normativo de nuestro sistema judicial.

La cuestión reviste importante matiz, porque una cosa es el desistimiento del proceso mismo y que es la terminación anormal del proceso *per se* y que es a lo que hace referencia la Ley de



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	9/62
 Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==			



Enjuiciamiento Civil, y otra cosa es el desistimiento y con oposición de la materialización u objeto de alguna acción entablada que *ab initio* no es de recibo porque teniendo en cuenta el objeto del proceso considerado como todo, podría incluso darse el riesgo de dividir la llamada continencia de la causa. Es más, no estamos ante un supuesto del artículo 413 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de ahí un pronunciamiento sobre el fondo.

Obviamente, se entrará por tanto en el fondo del impuesto con todas sus consecuencias, es decir, en lo favorable y no favorable que pudiera tener para cualesquiera de las partes de este proceso.

3.- Pues bien, en cuanto al ejercicio tardío de la acción, dicho motivo no puede prosperar porque en materia de condiciones generales de contratación asistimos a supuestos de nulidad radical que conectan con la figura del artículo 6 del Código Civil y concordantes de la normativa de consumidores, dado el carácter tuitivo de dicho bloque sectorial, máxime cuando la condiciones generales de la contratación si son nulas se tienen por no puestas, de lo que se infiere clarísimamente su efectos *ab initio*, lo que refuerza, como no podía ser de otro modo, su consideración del instituto de nulidad radical. A este respecto, este órgano judicial no comparte hablar de prescripción hay que hablar propiamente de si estamos ante caducidad o no, porque como bien recuerda el Tribunal Supremo - sin ánimo de ser exhaustivo las Sentencias de 21 enero 2003, rec. 1381/1997 , 24 abril 2013, rec. 2108/2010 , 6



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	10/62
 Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==			



octubre 2016, rec. 2304/2014). Explica la STS 19 noviembre 201 5, rec. 1329/2014-, *“la nulidad se define como una ineficacia que es estructural, radical y automática. Estructural, porque deriva de una irregularidad en la formación del contrato; y radical y automática, porque se produce "ipso iure" y sin necesidad de que sea ejercitada ninguna acción por parte de los interesados, sin perjuicio de que por razones de orden práctico pueda pretenderse un pronunciamiento de los tribunales al respecto”*. Como quiera que incluso puede ser apreciada de oficio hay que hablar de caducidad en sentido técnico-jurídico preciso y por ello debemos concluir a su vez que no hay caducidad además en materia de nulidad por lo referido y con los efectos del artículo 1303 del Código Civil y concordantes de aplicación, en caso de estimarse la acción entablada.

SEGUNDO.- En virtud de lo expuesto en el apartado de antecedentes de hecho de la presente resolución judicial, no podemos olvidar que la estipulación consistente en **“cláusula de gastos”** contenida en la escritura de **PRÉSTAMO con HIPOTECARIO de fecha 25 de marzo de 2010 -específicamente la cláusula quinta-** y al estar en presencia de consumidores – porque dicho extremo no es hecho controvertido-, lo cierto es que está sometida a un doble control, esto es, al llamado control de incorporación a que se refiere la Ley de Condiciones Generales de Contratación pero también al llamado control de transparencia *per se* que es tanto como decir el cumplimiento



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	11/62



Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==



de lo preceptuado en la normativa de consumidores y usuarios. Debe precisarse que dada la catarata normativa y jurisprudencial que se ha producido en materia de abusividad de las llamadas condiciones generales de contratación, se debe ser muy riguroso, como no podía ser de otro modo, para constatar si se dio o no el doble control de transparencia de cara a la licitud *versus* ilicitud de la cláusula impugnada y por ende de los efectos derivados de la misma. La cuestión no es baladí, máxime cuando en materia del llamado “derecho de consumo” existe una auténtica inversión de normas de carga de la prueba sobre la entidad financiera o de crédito, de tal manera que lo único que le corresponde desde el punto de vista del *onus probandi* a la parte demandante-consumidora es precisamente probar la condición de tal pero que en el presente caso no resulta hecho controvertido.

En el presente caso, ya debemos adelantar que el primer control, el llamado control de incorporación se da – se habla de estipulación legible, delimitada en el cuerpo de la escritura, de forma separada y desde una perspectiva general-. Debe precisarse además que la cláusula impugnada *per se* no es nula siempre que se demuestre que el consumidor/a hubiera sido informado/a de lo que estaba contratando, en definitiva que hubiera sido objeto de negociación entre las partes de la relación jurídica. Como quiera que no se impugna ni se fija como hecho controvertido la condición de consumidora por parte de la demandada, por ende, en cuanto hecho no controvertido, *a contrario sensu* es admitido, sin entrar en mayores consideraciones por razones de índole procesal.



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	12/62



Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==



Dilucidada la cuestión anterior, ya debemos adelantar que la condición cuya nulidad se pretende por la parte demandante, es condición general de la contratación y nula, todo ello por la concurrencia de los siguientes elementos o factores:

1.- A tal efecto debemos traer a colación el artículo 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación que establece: "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 citada norma ha llevado a considerar como requisitos para la consideración de una cláusula como condición general de la contratación, tal y como recoge la STS de 9/05/2013 en su razonamiento jurídico 137, los siguientes:

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

b) Predisposición: la cláusula ha de estar pre-redactada,



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	13/62
 Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==			



siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos.

c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes (...), de tal forma que el bien o el servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin (...)."

La norma transcrita en ningún momento exige una incorporación "masiva" de la cláusula a los contratos celebrados en su actividad profesional por la entidad bancaria. Basta con que se trate de una cláusula redactada para ser incorporada a una pluralidad de contratos, debiendo entenderse dicho concepto en su sentido estricto de diversidad, multiplicidad y en definitiva en su dimensión excluyente de no tratarse de un pacto o cláusula destinado a formar parte de un contrato único, excepcional o exclusivo.

Nada de esto se acredita por la entidad bancaria demandada (a quien correspondía la carga de la prueba), que haya sucedido en el supuesto que nos ocupa, esto es, no se acredita que la cláusula impugnada no sea condición general de la contratación no pre-redactada para una pluralidad de contratos y



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	14/62
 Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==			



que se haya negociado de forma individual, cuestión en la que incidiremos seguidamente. Por el contrario, se infiere lo contrario del contenido del contrato de *litis* y de su redacción literal.

Pero es que en lo relativo a la cláusula gastos, la realidad de la vida cotidiana y por ende de la vida jurídica nos demuestra que en la inmensa mayoría de las escrituras con garantía hipotecaria los gastos recaen de manera exclusiva en quien contrata con la propia entidad bancaria o de crédito. Realmente son condiciones generales de la contratación -esta cláusula de gastos- por la concurrencia de dos elementos: a) por la asimetría de las partes intervinientes en el contrato: b) sirva de complemento a lo que se acaba de exponer en la letra inmediatamente anterior que precisamente por esa asimetría y con la apoyatura jurídica de la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y de la reciente sentencia de 15 de marzo de 2018 de la Sala de los Civil del Tribunal Supremo, precisamente y como quiera que incluso el hecho de la constitución de una garantía como lo es la hipoteca y que ha de ser inscrita ex 1875 del Código Civil en el Registro de la Propiedad porque hipoteca no inscrita es inexistente, por ello y a título de ejemplo en este caso, es el banco el interesado en la inscripción de la hipoteca se produzca para que nazca el título ejecutivo en el mundo del derecho; luego en consecuencia, la atribución genérica de gastos a la parte consumidora, como quiera



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	15/62
 Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==			



verse, es condición general de la contratación, en tanto en cuanto recae exclusivamente en la parte débil de la relación jurídica-contractual.

2.-Es necesario la existencia, para enervar la acción de la actora, de acreditación de la existencia del doble control de transparencia que según la misma STS de 9/05/2013, consiste en:

- “la transparencia a efectos de incorporación en el contrato: (...) las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC –**“La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”**-, y 7 LCGC –“No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de celebración del contrato (...); b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles (...)

- el control de transparencia de condiciones incorporadas a contratos con consumidores"

A través del primer filtro de incorporación, se examina la claridad de la propia cláusula, así como la manera en la que se incorpora al contrato, y el mismo resulta aplicable tanto en el caso de que el



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	16/62
		Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==	



Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==



adherente sea un profesional como un consumidor.

En este examen también se tiene presente la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 reguladora del proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios (derogada por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios).

La Orden Ministerial impone una serie de deberes de información previa a la formalización del contrato que pueden resumirse en: la entrega al solicitante de un folleto informativo, de la posterior oferta vinculante que incluya las condiciones financieras, la posibilidad de examinar la escritura durante los tres días anteriores al otorgamiento y la formalización del préstamo en escritura pública con la obligación de que el Notario informe a las partes y les advierta sobre las circunstancias de lo que se vinculan.

En el segundo filtro, de control de contenido, “la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	17/62
 Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==			



jugar en la economía del contrato”.

Para efectuar dicho segundo control, el Tribunal Supremo señala diversos criterios que serían reveladores de falta de transparencia de la cláusula objeto de análisis. En concreto: a) la falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, pues cuando las entidades les dan un tratamiento impropiaemente secundario el consumidor y no percibe su verdadera relevancia; b) la información de las consecuencias de cara a ver que la negociación fue correcta.

3.- En el caso de autos, lo cierto es que la demandada no ha logrado acreditar que no estábamos ante cláusulas abusivas, o lo que es lo mismo, la existencia de negociación y de información como demostrativo de que la parte consumidora sabía lo que contrataba y las consecuencias jurídicas de hacerlo. Efectivamente, a juicio de este juzgador no se da ninguno de los elementos del control de transparencia, todo ello por la concurrencia de los siguientes elementos o factores: a) en primer lugar la parte demandante dentro de sus posibilidades y atendiendo a la facilidad probatoria a que se refiere el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil incorpora con la demanda los documentos que le son propios y de los que puede disponer; b) asistimos a un deber de información que supondría demostrar que la cláusula objeto de controversia fue negociada y lo cierto es que incumbía a la parte demandada dicha prueba porque en materia



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	18/62
 Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==			



del llamado “derecho de consumo” se produce una inversión de la carga de la prueba en la demandada y no lo ha hecho, y además hubiera sido fácil con prueba documental, documentos que debieron en todo caso haberse incorporado con el escrito de contestación, todo ello de conformidad con el artículo 265 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que hace referencia a los llamados “*documentos fundadores de hechos impositivos o extintivos de la pretensión procesal*” con el consiguiente perjuicio para dicha parte por no haberlos incorporado. Más concretamente no queda acreditado, porque no se practicó prueba alguna distinta de la documental, que se le informara a la parte consumidora de los pormenores de los gastos que tenían que asumir y de otros tantos que podrían a lo sumo verse reducidos; piénsese por ejemplo en la búsqueda de otra gestoría, la posibilidad de elegir otra notaría o incluso de compartir los gastos. Todo ello unido a la falta de prueba distinta de documental.

Por todo ello, procede declarar en primer lugar la nulidad de la cláusula de gastos incluida en la escritura objeto de autos. De igual forma y atendiendo a justicia rogada, se declara nula y se tiene por no puesta, procediendo por ende también la eliminación de la misma.

En cuanto a los efectos de esta declaración de nulidad, debe tenerse por no puesta, de conformidad con la



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	19/62



Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==



normativa de consumidores.

En consecuencia, habiéndose declarado la nulidad de pleno derecho de la cláusula objeto de este procedimiento, de acuerdo con el art. 6 de la mencionada Directiva y con los efectos propios de la nulidad recogidos en nuestra legislación restitución de las cantidades que procedan con sus intereses (artículo 1303 del CC), cuestión en la que incidiremos más adelante una vez cuantificada la cantidad a restituir a los demandantes.

Debe precisarse que la nulidad de la cláusula implica sólo en lo relativo a gastos que recaigan sobre la hipoteca que no sobre las relativas a la propiedad del inmueble objeto de la garantía tales como las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, hogar o incendio.

TERCERO.- Por lo que se refiere a la denominada cláusula de gastos, recogida asimismo en la escritura que es la materialización de la cláusula referida, pero en el particular de los gastos hipotecarios por los conceptos de Aranceles de Notario, Registro, gastos de Gestoría e impuesto cantidad que incluye: los gastos de notaría por importe de 583,89 euros; Registro 135,56 euros; gastos de la Gestoría 393,24 euros e impuesto de Actos Jurídicos Documentados 667 euros.



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	20/62
 Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==			



El préstamo hipotecario aportado con la demanda, tal y como puede vislumbrarse del documento incorporado con el escrito de demanda, dada su tipología, objeto y partes contratantes (entidad prestadora del dinero y consumidores), se enmarcan en el ámbito de la contratación de consumo, y máxime cuando estamos ante consumidores, cuestión no rebatida de adverso.

CUARTO.- En cuanto a las consecuencias de la nulidad de la cláusula gastos y a la justicia rogada, dicha parte demandante reclama los gastos indebidamente repercutidos, y aporta la justificación de los gastos satisfechos por el prestatario en concepto de Notaría, Registro, Gestoría e Impuesto.

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



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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	_____	FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntade	PÁGINA	21/62





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 en 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 a cargo de la parte prestataria, de la escritura objeto de litis, deben determinarse las consecuencias de dicha nulidad, para lo cual es preciso hacer las siguientes consideraciones:



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	22/62



Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==



-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



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	23/62
			
Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==			



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

-En relación al pago de los aranceles del Notario, la parte actora solicita 583,89 euros por esta partida.

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 respecto de los derechos de los consumidores y usuarios (artículo 147 del Reglamento Notarial), y la intervención del mismo



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	24/62
 Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==			



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 el negocio se concierta en unidad de acto y 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 **291,94 euros** (50% de **583,89 euros**).

-En cuanto a los aranceles derivados de la intervención del Registrador de la Propiedad, la parte actora reclama 135,56 euros por este concepto.

Según la norma 8ª del Anexo II del Real Decreto 1427/1989,



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	25/62
		Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==	



Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==



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 135,56 euros.

-La parte actora reclama asimismo la cantidad de 393,24 euros en concepto de gestoría. La entidad bancaria impone al consumidor la contratación de los servicios de gestión de otra entidad mercantil, con la finalidad de que ésta sea quien se ocupe de la tramitación de la escritura pública y de la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad, repercutiendo su importe al consumidor.

La gestión de los trámites previstos anteriormente se impone unilateralmente por el Banco a los consumidores por falta de acreditación de todo punto de vista, siendo la entidad gestora elegida o



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	26/62
 Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==			



designada por el propio Banco (no consta que la entidad gestora fuera elegida por los consumidores). Sin embargo, no hay que olvidar que, aun cuando se imponga por el Banco, la gestión también beneficia a la parte consumidora, por cuanto supone la realización de los trámites 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, este juzgador, 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 196,62 euros (50% de 393,24 euros).

-Mención diferenciada merece el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, porque lo cierto es que nos encontramos en el momento presente ante una de las cuestiones más interesantes con las que se puede encontrar el aplicador del Derecho, sin duda alguna. De una manera simplista, en la presente temática concurren una serie de elementos dignos de mención; a saber: a) durante una importante trayectoria, la jurisdicción contencioso-administrativa estableció quién era el sujeto pasivo del impuesto que nos ocupa y que era el prestatario; b) en este



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	27/62



Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==



orden de cosas, el Tribunal Supremo, Sala I, a título prejudicial y al amparo de la Ley de Enjuiciamiento Civil entendió en Sentencia de 15 de marzo del año presente, con eco en la jurisdicción especializada, que como quiera que el sujeto pasivo del impuesto referido es el prestatario no puede entenderse como consecuencia de la nulidad la restitución de dicho importe, precisamente porque el prestatario consumidor sería el sujeto pasivo del impuesto; c) así las cosas, se dicta sentencia por la Sala III, sección II, del Tribunal Supremo que en Sentencia de 16 de octubre del presente año dice -a diferencia de la doctrina anterior- que el sujeto pasivo del impuesto es el sujeto prestamista, resolución que fue seguida de dos resoluciones más de dicho Alto Tribunal; d) en *pro* de lo anterior y ante doctrinas discrepantes del mismo tribunal, en reunión en Pleno de la Sala III del Tribunal Supremo – cuestión en la que incidiremos más adelante porque todavía no se ha publicado dicho extremo- decide que el sujeto pasivo del impuesto es el prestatario; e) finalmente y en virtud de Real Decreto-Ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, se establece en su artículo único, punto uno, que ***“será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho, y en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan./Cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista”***.



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	28/62



Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==



Obsérvese que no existe Disposición Transitoria y sí una reflexión en el párrafo primero del referido artículo único que dice que la reforma se aplica “a los hechos imponderables devengados a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley”, disposición normativa que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, es decir, entró en vigor el pasado día 10 de noviembre de 2018.

Analicemos por tanto, toda la trayectoria expuesta.

-*Ab initio* y 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 – nos referimos a la regulación originaria antes de la reforma por Decreto-Ley- 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



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	29/62



Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==



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) será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho (de hipoteca) y, en



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	30/62
 Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==			



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.



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	31/62



Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==



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 la parte consumidora, ni por ende, concederse cantidad alguna a éste último.

Además, en este punto, hay que tener en cuenta la reciente 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



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	32/62
 Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==			



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 reales» es sujeto pasivo del impuesto aquél a cuyo favor se realice el acto; y el apartado d) prevé que, «en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza», lo será el prestatario. De manera que si atendemos exclusivamente a la



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	33/62
		Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==	
Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==			



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



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	34/62
 Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==			



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



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	35/62
			
Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==			



principal: en el primer caso, el prestatario (el deudor real); en el segundo supuesto, el acreedor real (el prestamista)». Lo mismo es de aplicación al particular del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales por razón del afianzamiento en razón del sujeto pasivo del mismo.

Debe significarse que si bien la sentencia referida se pronuncia a efectos prejudiciales en consonancia con lo que había venido estableciendo la misma jurisprudencia especializada del Alto Tribunal en su Sala III o de lo Contencioso-administrativo, sin embargo se ha producido una auténtica modificación del criterio hasta ahora sustentado por el Tribunal Supremo en cuanto al particular de quién debe ser considerado como sujeto pasivo del impuesto de Actos Jurídicos Documentados. Efectivamente, nos estamos refiriendo a la reciente sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 16 de octubre del presente año 2018 que afirma categóricamente que el sujeto pasivo del impuesto referido no es el prestatario; todo lo contrario, es la parte acreedora del negocio jurídico hipotecario. De una manera simplista y resumida, podemos decir que las consideraciones en que se basa la nueva sentencia son las siguientes: a) en primer lugar parte la nueva resolución judicial de la unidad del hecho imponible en el recto entendimiento de que si asistimos única y exclusivamente a un préstamo sin más, estaríamos ante un negocio jurídico que tributaría por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales; no por el contrario, cuando estamos ante la variante de un negocio jurídico que podríamos calificar de complejo, es decir y en el caso que nos ocupa, un préstamo pero garantizado con un derecho real



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	36/62



Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==



de garantía como lo es una hipoteca. Pues bien, partiendo del concepto de unidad de hecho imponible, evitando una doble imposición, lo determinante es si el objeto del negocio jurídico conjuntamente considerado tiene vocación de inscripción en el Registro de la Propiedad y como quiera que así es con la hipoteca, porque hipoteca no inscrita es inexistente, ex 1.875 del Código Civil y concordantes, lo cierto es que si ponemos el énfasis en el artículo 30 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto – y además poniéndolo en conexión con el artículo 31 de la Constitución como lo hace su voto particular que completa el análisis también desde el sentido o finalidad constitucional como lo es el llamado principio de “capacidad económica” o contributiva- lo cierto es que como quiera que de acuerdo con esa capacidad económica sólo el prestatario recibe el préstamo y éste debe su devolución y pago de los intereses, mientras que por el contrario el acreedor hipotecario es el verdadero y único interesado en la constitución de la garantía porque además si y sólo si puede acudir al llamado procedimiento especial hipotecario diseñado en *pro* de lo derechos de éste, de ahí que sea éste el destinatario del impuesto de actos jurídicos documentados; b) precisamente por todo ello, el Tribunal Supremo declara nulo por el llamado “exceso de reglamento” el contenido del artículo 68.2 del Reglamento del Impuesto cuando dice que: *“cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario”*. La conclusión del Tribunal es que el Reglamento innova algo que no dice la ley – que es tanto como decir que se



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	37/62
 Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==			



extralimita-. Por tanto se entiende que ya no se trata de una aclaración a efectos interpretativos.

Llegados a este punto, la siguiente problemática que se originaba era si dicha solución del Tribunal Supremo *ex novo* podía aplicarse a resoluciones pendientes de dictado porque estaban vistas para sentencia, y que por tanto se encontraban pendientes y no resultas todavía en la instancia. A juicio de este juzgador la respuesta es categóricamente sí y todo ello por la concurrencia de los siguientes elementos o requisitos:

1) En primer lugar no podemos olvidar que ya de por sí las normas interpretativas de instituciones jurídicas – principio general del Derecho- son tácitamente retroactivas en tanto en cuanto tienen un efecto interpretativo, que no innovadoras, y esto es precisamente lo que suele ocurrir en la legislación sectorial de carácter tuitivo; supuesto paradigmático en el bloque llamado de “Derecho de Consumo”.

2) Si bien es cierto lo que se acaba de apuntar en el número inmediatamente anterior, no lo es menos que en el caso que nos atañe no hablamos de normas, hablamos de criterio interpretativo jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo y además ante un criterio de *ratio decidendi*, por lo que a ello ha de estarse en el



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	38/62
		Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==	
Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==			



momento de dictarse sentencia. Sirva de complemento a todo ello que la Sala III del Tribunal Supremo tenía criterio consolidado y a partir de esta sentencia cambia dicho criterio, cambio al que habrá de estarse porque además, con independencia de que hubiera resoluciones hipotéticas posteriores, lo cierto es que hay un dato incontestable y que es que el artículo 68.2 del Reglamento del impuesto ha sido anulado y que es el que establecía -vía reglamentaria- que el sujeto pasivo era el prestatario, luego por tanto ya no existe ese precepto en nuestro Ordenamiento Jurídico. Por tanto ya no cabe hablar de ese precepto ni siquiera a efectos interpretativos, y por tanto desde la perspectiva constitucional y legal, y dentro de la independencia de este juzgador, debe acogerse ese criterio aunque sólo sea una sentencia, de la misma manera que cuando también se aplicó la sentencia de 15 de marzo del presente año.

3.- Es más, dicha solución casa perfectamente con el criterio mayoritario de la llamada jurisprudencia menor, y que comparte plenamente este juzgador, por la que se otorgaba el 100% de los gastos registrales a los prestatarios por el argumento de que el interesado en la inscripción es siempre el acreedor hipotecario.

-Si andamos en la trayectoria jurídica expuesta, esta resolución fue seguida de dos más. Como quiera que se produjo un giro total en la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	39/62
 Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==			



Supremo, se produjo la convocatoria de un Pleno de la Sala III del Tribunal Supremo de cara a vislumbrar finalmente cuál era la doctrina que debía prevalecer. Debe precisarse que este juzgador *ab initio* y con independencia de que se haya hecho saber en los medios de comunicación, lo cierto es que el acuerdo finalmente alcanzado, y la argumentación jurídica que en su caso pueda darse, no ha sido publicado de cara a un conocimiento por parte de este juzgador. No obstante lo anterior y como quiera que un Juez habla y resuelve a través de sus resoluciones judiciales, de cara a vestir jurídicamente la presente resolución judicial lo cierto es que de la lectura atenta del Real Decreto-Ley del Gobierno de España en su Exposición de Motivos, que aunque no tiene contenido normativo, sí tiene una importante misión en no pocos casos interpretativa, establece en su penúltimo párrafo que: “ *Con posterioridad, el 6 de noviembre de 2018, el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, ha acordado volver a hacer recaer sobre el prestatario la obligación del pago del impuesto*”.

Llegados a este punto, para este Juzgador no cabe duda que en la presente controversia, el impuesto de Actos Jurídicos Documentados debe recaer su pago en la entidad prestamista, porque la disposición del gobierno que se acaba de dictar resuelve una laguna interpretativa y por tanto, y en cuanto tal, es tácitamente retroactiva, máxime cuando hablamos en nuestro campo de Derecho Civil, más



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	40/62





concretamente de Derecho de Consumidores y cuando estamos ante un carácter tuitivo de tal rama jurídica, y cuando además el retorno o devolución del pago del impuesto en caso de nulidad, es consecuencia misma y directa de la nulidad decretada en esta sentencia.

Procedamos por tanto a exponer más detalladamente lo que se acaba de adelantar; a saber:

1.- Debe precisarse que con carácter general las normas son irretroactivas salvo que se diga en las mismas lo contrario, pero no es menos cierto que por una interpretación *a contrario sensu* del artículo 9.3 de la Constitución, las normas favorables, que no restrictivas de derechos individuales, pueden ser retroactivas, retroactividad que puede ser expresa o tácita, cuestión en la que incidiremos más adelante. Pues bien es el propio Tribunal Supremo el que reconoce esta idea. Efectivamente el Tribunal Supremo en sentencia nº 220/12 , ya se pronunció sobre esta cuestión en el sentido de que “la doctrina jurisprudencial contenida entre otras en STS de 3 de junio de 1995 y 24 de noviembre de 2006 , sienta como regla a seguir la de la irretroactividad de las normas, afirmando que el artículo 2.3 CC establece el principio de irretroactividad de las leyes si no dispusieren lo contrario, inspirándose nuestro ordenamiento jurídico positivo en el principio *"tempus regit actum"* o de irretroactividad, en cuya virtud cada relación jurídica se disciplina por las normas rectoras al tiempo de su creación, sin que venga permitido alterarla por preceptos ulteriores a menos que ofrezca inequívoco carácter retroactivo, todo ello en



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	41/62



Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==



observancia al principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución Española), al criterio de confianza y certeza sobre el ordenamiento jurídico vigente, lo que implica el respeto a los derechos adquiridos y a las situaciones jurídicas beneficiosas o más favorables - T.S. 1ª SS. de 6 de abril de 1993 , 25 de mayo de 1995 , 3 de noviembre de 1997 y 19 de octubre de 1999 , entre otras muchas-”. No obstante lo anterior, no es menos cierto que a raíz de cierto instituciones jurídicas- como en materia de sociedades anónimas *et aliae*- el Tribunal Supremo ha venido admitiendo la llamada retroactividad tácita - T.S. 1ª SS. de 7 de julio de 1987 , 16 de junio de 1993 y 29 de septiembre de 1997 -. Pero debemos preguntarnos ¿cuándo podemos hablar de retroactividad tácita), y entendemos que procede- siguiendo al propio Tribunal Supremo- cuando estemos ante “las normas interpretativas, las complementarias, de desarrollo o ejecutivas, las que suplan lagunas, las procesales, y, en general, las que pretendan eliminar situaciones pasadas incompatibles con los fines jurídicos que persiguen las nuevas disposiciones, pues de otro modo no cumplirían su objetivo - T.S. 1ª SS. de 5 de julio de 1986 y 9 de abril de 1992 -, que aunque se refiere a materia de sociedades y responsabilidad de los administradores, lo importante es que hacen hincapié en la idea de “penalidad o sanción” - T.S. 1ª SS. de 15 de julio de 1997 , 29 de abril , 12 de noviembre y 22 de diciembre de 1999 , 30 de octubre y 20 de diciembre de 2000 , 20 de julio de 2001 , 18 de julio de 2002 y 26 de abril de 2005, 9 de enero de 2006 entre otras muchas-, - véase a tal efecto la interesante Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección VI, de 3 de junio de 2013-



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	42/62



Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==



2.- Como puede fácilmente comprenderse y así se entiende por este juzgador a efectos prejudiciales para resolver la presente *quaestio facti* y *quaestio iuris* objeto de autos, en el presente caso con la nueva norma del gobierno dictada asistimos a una norma interpretativa porque además resuelve, al menos a efectos civiles, una importante duda interpretativa como han sido los actuales acontecimientos, y por tanto tácitamente retroactiva. Debe precisarse que en el Decreto-Ley no hay disposiciones del llamado “Derecho Transitorio” y si bien es cierto que el inicio del único artículo dice que **la reforma se aplica “a los hechos imponderables devengados a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley”**, ello no quiere decir que sea a modo de dogma irretroactiva, y no lo dice, entiende este juzgador, por la concurrencia de los siguientes factores: a) cuando el legislador enuncia una proposición normativa puede hacerlo en vía positiva o en vía negativa y ello es lo que se ha dado en llamar “supuesto de hecho”, y a partir de aquí fija una consecuencia jurídica; b) partiendo de lo expuesto en la letra inmediatamente anterior, lo cierto es que el legislador dice lo que dice porque no se puede enunciar de otro modo, ya que en la escrituras públicas otorgadas antes de la norma, y como quiera que el pago del impuesto en la *praxis* entra dentro de la llamada provisión de fondos, lo cierto es que ya se ha devengado el impuesto y se ha pagado; dicho de otro modo, en dicho aspecto, se ha agotado o consumado; c) tampoco dice nada aseverativo de interpretación porque no es su función, la interpretación va



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	43/62





dirigida al aplicador del Derecho que debe buscar la llamada *voluntas o mens legis* que no la *voluntas legislatoris*, por la sencilla razón de que una vez que la norma entra dentro del Ordenamiento Jurídico tiene vida propia y se desgaja de su emisor.

3.- Sentadas las anteriores consideraciones, lo cierto es que el Derecho Civil, tiene sus características, sus principios informadores; más aún en el llamado Derecho de Consumo, porque lo cierto es que cuando un cláusula de gastos en cuanto condición general de la contratación es nula por so sobrepasar el llamado doble control de incorporación y/o transparencia, amén del llamado control de abusividad o desequilibrio, lo cierto es que se producen unos efectos en cuanto a sus consecuencias y *ex lege* , todo ello de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1.303 del Código Civil, y lo cierto es que aquí de lo que se trata es de dilucidar no quien tiene derecho a cobrar que siempre será Hacienda, sino quién tiene obligación de pagar y si se puede o no exigir a otro su pago, ya que hablamos de condiciones generales de contratación con importante asimetría o posición entre las partes de la relación jurídica. En el caso de autos, qué duda cabe que en defecto de Disposiciones de Derecho Transitorio del Decreto Ley, rigen las disposiciones de Derecho Transitorio del Código Civil -y aplicable a cualquier ramo del Derecho al ser Derecho Supletorio, tal y como se desprende de la llamada



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/59/2003>, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

Este documento inco

FIRMADO POR		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	44/62
Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==			



jurisprudencia menor, tales como Audiencias Provinciales de Barcelona (Sección 15ª) en sentencias de 24 de abril de 2008 y 16 de enero de 2009 y de Sevilla (Sección 5ª) de 12 de noviembre de 2007 , 18 de enero de 2008 y 6 de marzo de 2009 o la Audiencia Provincial de Málaga Sección VI, de 3 de junio de 2013- y lo cierto es que el pago de un impuesto y su exigibilidad como efecto de nulidad – el repercutirlo al consumidor cuando ni siquiera estaba claro- es un “gravamen” o “penalidad civil” por así decirlo, luego en consecuencia y además acudiendo a la Disposición Transitoria 3ª del Código Civil que dispone expresamente que "las disposiciones del Código que sancionan con penalidad civil o privación de derechos actos u omisiones que carecían de sanción en las leyes anteriores, no son aplicables al que, cuando éstas se hallaban vigentes, hubiese incurrido en la omisión o ejecutado el acto prohibido por el Código" , especificando en su inciso segundo que "cuando la falta esté también penada por la legislación anterior, se aplicará la disposición más benigna".

Evidentemente, dada la asimetría de las partes, atendiendo al principio del **favor debitoris** como principio informador en la duda del llamado Derecho Contractual español, a la duda interpretativa resuelta en el decreto-ley porque recordemos que en pocos días ha habido doctrinas discrepantes del Tribunal Supremo por lo que se evidencia más aún dicho aspecto interpretativo de la nueva norma, y que en el bloque llamado de Derecho de Consumo rige el **principio pro consumidor e indemnidad del mismo**, la laguna interpretativa que resuelve el Decreto-Ley junto a las normas propias del Derecho Civil



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	45/62





entendido como un orbe o todo, impone necesariamente entender que el pago del impuesto debe soportarlo a los efectos de esta litis la entidad demandada que no la parte consumidora, porque insistimos se zanja con el Directo-Ley desde el punto de vista interpretativo quién debe ser el pagador del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados y hacia atrás al efectos derechos subjetivos privados e inter-partes.

Por tanto debe prosperar dicho pedimento de la actora de reclamación y en la cantidad de 667 euros.

Por tanto en concepto de gastos corresponde a la parte demandante la cantidad de 1.291,12 euros, con los intereses legales del artículo 1303 del Código Civil al estar ante frutos civiles, siendo de aplicación lo expuesto anteriormente en cuanto cláusula abusiva y por ende nula – videm a los efectos de los intereses a los efectos del artículo 1303 del Código Civil las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 30/11/16 y 1/12/16-.

Como quiera que se ha estimado, aunque sea parcialmente, la acción principal no tiene ocasión de entrar a valorarse las ejercitadas con carácter de subsidiario.

A modo de conclusión procede devolver la cantidad referida de



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	46/62



Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==



1.291,12 euros, con los intereses legales desde la fecha de cada pago por los conceptos referidos de conformidad con el artículo 1303 del Código Civil y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El efecto probatorio deriva de la documentación incorporada ex parte – documentos 3 a 6 de la demanda- en relación a las partidas reclamadas por el concepto de la garantía hipotecaria, pero acogidas en los términos expuestos, porque dicho soporte documental presenta rasgos intrínsecos tales como membretes, sellos o firma, que le otorgan la virtualidad jurídica para acreditar los extremos a que se refieren de conformidad con lo preceptuado en el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

QUINTO.- Respecto al posible carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado previsto en la cláusula sexta bis de la escritura objeto de *litis*, hay que tener en cuenta que respecto al mismo, 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



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	47/62
Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==			



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



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	48/62



Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==



1.129 del Código Civil, no puede desconocerse que este pronunciamiento, que no tuvo acceso al fallo y se emitió obiter dicta, en un supuesto además en 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, preciso 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



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/> y 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	49/62



Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==



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.693.3, párrafo 2, LEC, en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio). Y, en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/59/2003>, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	50/62



Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==



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 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



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	51/62
			
Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==			



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



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/> y 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	52/62



Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==



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 redundaba 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.



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	53/62



Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==



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 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 medien 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, lar 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



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	54/62
			
Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==			



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, en un contrato de larga duración como el de litis, resultando desproporcionado hasta el punto de que basta con el impago incluso de uno para que la entidad demandada pueda dar por resuelto el contrato de forma anticipada, exigiendo la íntegra devolución de la cantidad garantizada objeto del préstamo, y ya no



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	55/62
 Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==			



sólo de las obligaciones principales sino también accesorias porque la escritura habla del incumplimiento de “cualquiera” de las obligaciones.

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

SEXTO.- En el presente caso, debemos ya adelantar que procede un pronunciamiento condenatorio en materia de costas para la demandada, todo ello por la concurrencia de los siguientes factores: a) con carácter general la Ley de Enjuiciamiento Civil establece *in genere* el criterio llamado de “vencimiento objetivo” pero no lo es menos que existen excepciones a la regla general como son las llamadas dudas de hecho o de derecho, que establece el propio precepto -artículo 394 y concordantes-, y todo ello sin olvidar la concurrencia o no del llamado requisito de la buena fe *versus* mala fe; b) partiendo de lo expuesto en la letra inmediatamente anterior, lo cierto es que una de las evoluciones más significativas en nuestro Ordenamiento Jurídico ha sido en la materia de Derecho de Consumo; tanto así que ha dado lugar a sendos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea e incluso motivó toda una catarata normativa de modificaciones de nuestro sistema, empezando por el sistema hipotecario y la Ley de Enjuiciamiento Civil, de cara a reforzar el carácter tuitivo del consumidor en los llamados contratos de consumo; c) como quiera verse, lo cierto es que todo ha sido motivado por un cambio jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, auténtica



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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	_____	FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	56/62



Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==



fuente del Derecho de acuerdo con el principio del respeto al llamado acervo comunitario en las que además no podemos olvidar la inversión de normas de carga de la prueba en favor del consumidor; d) así las cosas, lo cierto es que la parte demandante formula reclamación a la entidad demandada, y lo cierto es que cuando el Ordenamiento Jurídico establece derechos en favor de un colectivo son para ejercitarse; e) pero es más, si analizamos el contenido de las acciones ejercitadas, lo cierto es que a mayor abundamiento asistimos a un supuesto de sustancial de la demanda que no parcial; f) efectivamente, no podemos olvidar que las excepciones a reglas generales tienen que ser en cuanto excepcionales, objeto de interpretación estricta; g) no podemos olvidar que en materia de condiciones generales de contratación se ha venido imponiendo el principio de indemnidad del consumidor que abarcaría también el concepto de costas pero también de igual forma se ha reivindicado de forma constante ya no sólo el Tribunal Supremo sino también el Tribunal Constitucional que debe regir la justicia del caso concreto. Pues bien, si atendemos al presente caso, el grueso de lo petitionado ha sido disminuido mínimamente por este juzgador, por lo que fácilmente y valorando todo lo expuesto, realmente asistimos a un supuesto de estimación sustancial de la demanda.

No asistimos a un supuesto de estimación parcial de la demanda, porque como bien recuerda el Tribunal Supremo en materia de acciones de nulidad con reclamación de cantidades de cara al resarcimiento de lo reputado contrario a Derecho – véase a tal efecto la



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntade	PÁGINA	57/62



Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==



interesante Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2003- para la aplicación de la doctrina de la llamada “estimación sustancial de la demanda” en los supuestos en que la pretensión económica, resarcitoria o como quiera llamarse y que esté relacionada con otra pretensión ya sea en forma accesoria, subordinada o condicionada, cuando la pretensión económica es aminorada desde el punto de vista de lo económico del proceso de manera significativa, estaremos ante un supuesto de estimación parcial de la demanda. En el caso de autos se ve claramente cómo el montante económico de la petición accesoria de nulidad en materia de gastos se reduce mínimamente puesto que se reducen sólo dos partidas – la mitad de lo reclamado en dos partidas como en notaría y gestoría, pero que en relación al total reclamado es ínfimo.

FALLO

En atención a lo expuesto, **ESTIMO EN LO SUSTANCIAL, pero como demanda de cuantía determinada en los términos referidos**, la demanda formulada por **DOÑA**
y DON representados por el
Procurador de los Tribunales **DON** en ejercicio
de la acción de **NULIDAD DE LA CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN RELATIVA A LA IMPOSICIÓN DE GASTOS AL PRESTATARIO HIPOTECANTE y VENCIMIENTO ANTICIPADO** contra la entidad , representado por el



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	58/62
 Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==			



Procurador de los Tribunales DON _____, y en
consecuencia, acuerdo:

-No se accede a la petición de desistimiento parcial de la actora en cuanto al particular del impuesto de Actos Jurídicos Documentados originariamente reclamado.

- DECLARO la NULIDAD de la “cláusula de gastos” contenida en la escritura de PRÉSTAMO con HIPOTECARIO de fecha 25 de marzo de 2010 -específicamente la cláusula quinta-, pero dada la generalidad de la misma no los gastos y/o primas del seguro para la conservación de la finca, hogar o incendio o gastos y distintos a la garantía hipotecaria.

- CONDENO a la demandada a ABONAR a la parte demandante la CANTIDAD de 1.291,12 euros relativo a los conceptos de gastos de notaría, registro, gestoría e impuesto, todo ello en los términos expuestos, más los intereses legales del artículo 1303 del Código Civil, esto es, desde la fecha de los pagos, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

- DECLARO la NULIDAD DE LA CLÁUSULA FINANCIERA contenida en la escritura de PRÉSTAMO con HIPOTECARIO de



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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	_____	FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	59/62



Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==



fecha 25 de marzo de 2010 -específicamente la cláusula sexta bis-
relativa a **VENCIMIENTO ANTICIPADO**.

- **CONDENO** a la demandada a **ELIMINAR** las citadas
estipulaciones del contrato en los términos referidos.

- **DECLARO** la subsistencia, en lo demás, del contrato.

-**CONDENO** en **COSTAS** a la parte demandada.

Contra esta resolución cabe recurso de **APELACIÓN** ante la
Audiencia Provincial de MALAGA (artículo 455 L.E.C.). El recurso se
interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el
plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la
notificación, limitado a citar la resolución apelada, con expresión de los
pronunciamientos que impugna (artículo 458 L.E.C.).

Para la admisión a trámite del recurso previamente deberá
efectuarse constitución de depósito en cuantía de 50 euros, debiendo
ingresarlo en la cuenta de este Juzgado de Banco Santander, indicando
en las Observaciones del documento de ingreso que se trata de un
recurso de apelación seguido del código '02', de conformidad en lo



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	60/62
 Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==			



establecido en la Disposición adicional Decimoquinta de la L.O 6/1985 del Poder Judicial, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en la misma (Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y organismos autónomos dependientes de todos ellos) o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

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



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	61/62



Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==



PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por el/la Sr./Sra. MAGISTRADO/JUEZ que la dictó, y tras su firma, de lo que yo, el/la Letrado/a de la Administración de Justicia doy fe, en MALAGA.

"En relación a los datos de carácter personal, sobre su confidencialidad y prohibición de transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento, deberán ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia (ex Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal y ex Reglamento general de protección de datos (UE) 2016/679 de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos)"



Código Seguro de verificación:Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==. 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		FECHA	13/11/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	62/62



Pr8vY2GirZY9HQrfqg/bBg==