



Roj: **SAP H 817/2017 - ECLI: ES:APH:2017:817**

Id Cendoj: **21041370022017100586**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Huelva**

Sección: **2**

Fecha: **19/12/2017**

Nº de Recurso: **1121/2017**

Nº de Resolución: **710/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JOSE MARTIN MAZUELOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUELVA**

SECCIÓN SEGUNDA, Civil

### **Recurso de Apelación Civil núm. 1121/2017**

Proc. Origen: Procedimiento Ordinario nº. 593/2017

Juzgado Origen: Juzgado de Primera Instancia nº. 6 de Huelva

Apelante: DON Secundino

Procurador: DOÑA MARIA MARTINEZ LOPEZ

Abogado: DON JAVIER LOPEZ LERIDA

Apelado: DEUTSCHE BANK SAE

Procurador: DOÑA MARIA DE LA CRUZ REINOSO CARRIEDO

Abogado: DON GUILLERMO FRUHBECK OLMEDO

### **SENTENCIA NÚM. 710**

**Ilmos Sres.:**

D. FRANCISCO JOSÉ MARTÍN MAZUELOS (Ponente)

D. JOSÉ PABLO MARTÍNEZ GÁMEZ

**D. FRANCISCO BELLIDO SORIA**

**D. ANDRÉS BODEGA DE VAL**

En la ciudad de Huelva, a diecinueve de diciembre de dos mil diecisiete.

La Sección Segunda de esta Audiencia Provincial, constituida por todos sus Magistrados, bajo la ponencia del Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JOSÉ MARTÍN MAZUELOS, ha visto en grado de apelación el juicio ordinario núm. 593/2017 del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Huelva, en virtud de recurso interpuesto por el actor DON Secundino y de impugnación por la demandada DEUTSCHE BANK S.A.E.

## **I.- ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Se aceptan los de la resolución apelada.

**SEGUNDO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia indicado, con fecha 28 de septiembre de 2017 se dictó sentencia, cuya parte dispositiva dice así: " Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE LA DEMANDA FORMULADA POR DON Secundino y, en consecuencia, por las razones expresadas en la precedente Fundamentación Jurídica, DECLARANDO NULAS (en cuanto abusivas) Y TENIENDO PUES POR NO PUESTAS todas las cláusulas referidas en el fondo de esta Sentencia (aunque con el alcance, extensión y en los términos



asimismo reseñados en el fondo de esta Sentencia), DEBO CONDENAR Y CONDENO A "DEUTSCHE BANK S.A.E." A estar y pasar por precedentes pronunciamientos Y A ABONAR AL DEMANDANTE LA CANTIDAD DE CUATROCIENTOS SETENTA Y UN EUROS CON SETENTA Y SIETE CÉNTIMOS DE EURO (471,77 euros), más intereses legales devengados por la misma desde la fecha de formulación de la demanda, sin efectuar expresa imposición a ninguna de las partes litigantes de las costas procesales devengadas en la primera instancia de este procedimiento. "

**TERCERO.-** Contra la anterior se interpuso recurso de apelación y, dado traslado a la parte contraria, que la impugnó, fueron remitidas las actuaciones a esta Audiencia para la decisión del recurso.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia declara abusivas y nulas las cláusulas de interés moratorio, vencimiento anticipado, comisión por cuotas impagadas y de atribución de todos los gastos a cargo de la parte prestataria, en sus apartados de aranceles notariales y registrales incluidos modificación y cancelación, impuestos, y costas procesales, pero no los de tasación, gastos de conservación y seguro de daños y vida, y condena a devolver la mitad de los aranceles, como resulta de la parte dispositiva en relación con los fundamentos a los que ella se remite.

El actor se conforma con haberse denegado anular las cláusulas referentes a gastos de conservación, seguro de daños y de vida. En su recurso solicita la devolución de los gastos de tasación, del impuesto de actos jurídicos documentados por el préstamo y de la mitad de los aranceles, hasta el total reclamado de 1.686,19 euros, y pide la condena a intereses no sólo desde la demanda, sino desde que pagó las cantidades, y al pago de costas.

La demandada impugna la sentencia por entender que la cláusula de gastos no genera un importante desequilibrio y en todo caso sería legítima la comisión por impago y la cláusula de vencimiento anticipado.

Limitado así el objeto de esta segunda instancia, el tribunal se pronunciará en primer lugar sobre el vencimiento anticipado, luego sobre las comisiones y gastos diversos y finalmente los intereses y costas.

**SEGUNDO.-** Con respecto al vencimiento anticipado, en la palabras de la demanda, "la parte actora no niega sino el listado de causas que se incluyen como posibles para su ejercicio, que son abiertas y excesivas y desproporcionadas, además de desligadas de un verdadero incumplimiento de la esencia de los deberes de los prestatarios". La cláusula séptima de la escritura cita como causas en su apartado a) el "Impago por el prestatario de una cuota cualquiera de amortización o, en su caso, de intereses" y, en el b), "Incumplimiento de cualquier otra de las obligaciones pactadas en la presente escritura". En definitiva, la parte actora viene a solicitar que se resuelva conforme la doctrina del Tribunal Supremo en su sentencia núm. 705/2015, de 23 de diciembre de 2015, citada por el juzgador, cuyo criterio es reiterado en la núm. 79/2016, de 18 de febrero. En la fundamentación referida a tal cláusula, apartado 4, expresa que "la abusividad proviene de los términos en que la condición general predisuesta permite el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es *per se* ilícita" y que "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". Impugna la sentencia en este extremo la demandada, lo que hace es remitirse al artículo 693.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para decir que la cláusula no es nula, era conforme a ley en ese momento y debe integrarse con lo dispuesto en dicha norma. En realidad no es así, tal como establece la citada doctrina jurisprudencial la nulidad se refiere a la forma en que está redactada y no impide que en caso de que la entidad pretenda el vencimiento el tribunal examine si existe un incumplimiento suficientemente grave que lo justifique, no meramente los plazos establecidos en el artículo 693.3. La sentencia debe ser confirmada en este extremo.

**TERCERO.-** La comisión de 18,03 euros contenida en la cláusula cuarta ha de ser considerada abusiva. Entendida la comisión como retribución de un servicio o compensación por un gasto, la sentencia recurrida considera de aplicación el art. 89.5 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (LGDCU), conforme al cual se consideran abusivos los incrementos de precio por indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales. Ya este tribunal en anteriores resoluciones ha seguido este criterio (autos de 3 de febrero y 17 de noviembre de 2017 por ejemplo) y, sin perjuicio de que no se haya hecho uso de tal cláusula, en los términos en que está concebida no es aceptable.



**CUARTO.-** La cláusula quinta de la escritura de préstamo hipotecario otorgada el 21 de julio de 2009 establece: "*La parte hipotecante y la deudora, de ser distintas, quedan obligadas al abono de los siguientes gastos: ...*". Detalla diferentes conceptos en distintos apartados:

" a) **Los de tasación del inmueble hipotecado** ". La Ley Hipotecaria lo que exigía antes de su reforma por la LEC 2000 es que en la escritura constara "el precio en que **los interesados tasan la finca**" ( art. 130) y lo sigue exigiendo ahora para la venta extrajudicial ( art. 129.2.a). Al pasar las normas procesales de ejecución hipotecaria a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 , ésta en su art. 682.1.1º establece que para seguir el procedimiento especial de ejecución hipotecaria es requisito: "Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que **los interesados tasan la finca** o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la **tasación que, en su caso, se hubiere realizado** en virtud de lo previsto en la **Ley 2/1981, de 25 de marzo**, de Regulación del Mercado Hipotecario." El último inciso fue añadido en la reforma de 2015 y señala cómo sólo existirá "en su caso", cuando la citada ley lo prescriba, y lo hace en su art. 7º apdo. Uno: " **Para que un crédito hipotecario pueda ser movilizado mediante la emisión de los títulos regulados en esta Ley , los bienes hipotecados deberán haber sido tasados por los servicios de tasación de las Entidades a que se refiere el artículo segundo** , o bien por otros servicios de tasación que cumplan los requisitos que reglamentariamente se establecerán". Esos títulos son las cédulas, bonos y participaciones hipotecarias (arts. 12, 13 y 15). En suma, la tasación por entidad especializada sólo es exigible cuando la entidad quiera emitir esa clase de título, en los demás casos el valor podrá fijarse de mutuo acuerdo. El gasto es imputable al interés de la entidad para posibilitar esas emisiones, no es inherente a la hipoteca y por consiguiente su imposición al consumidor es abusiva. Aunque la entidad alega la previsión de la Ley 2/1981 de que el banco debe aceptar la tasación presentada por el prestatario, esa adición del art. 3º bis I que efectuó la L. 41/2007, de 7 de diciembre, no debe interpretarse como imposición de una obligación al prestatario de aportar la tasación o sufragar los costes de la que encargue la entidad.

Es verdad que la Directiva 2014/17 -cuya transposición y obligatoriedad estaba prevista para el 21 de marzo de 2016 (art. 42 )- con la finalidad de garantizar a los consumidores que concluyan contratos de préstamo un elevado grado de protección (Cdo. 15) pretende garantizar una tasación adecuada conforme a normas "que exigen que los prestamistas adopten y asuman, entre otras cosas, procedimientos adecuados de gestión de los riesgos internos y de las garantías" (Cdo. 26). Cuando su art. 19 se refiere a la exigencia de normas fiables de tasación a efectos del crédito hipotecario (todos) no está trasladando los costes al consumidor ni considerando directamente beneficiado por la tasación al prestatario.

" b) **Los de otorgamiento de la presente escritura , incluso la primera copia para la entidad acreedora y subsanaciones si se produjesen ...** ". El art. 89.3.a) de la LGDCU considera abusiva "La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario". Sobre esta cuestión, la sentencia dictada en la apelación núm. 1085/2017 de esta Audiencia dice en esencia que "el préstamo únicamente se constituye en escritura pública porque al mismo tiempo, y en su garantía, se constituye a su vez el derecho real de hipoteca que exige, tal como el Código Civil y la Ley Hipotecaria reclaman, y como necesario, la formalización de la escritura notarial y la correspondiente inscripción en el registro de la propiedad [ ... ] el interés sustancial del prestatario es que no se formalice el préstamo sino de la manera más simple (verbal incluso) y sin más garantías que la suya personal (sus bienes presentes y futuros) mientras que el interés del banco es el acudir a escritura pública, haciendo fehaciente a efectos probatorios y ejecutivos la existencia del contrato, y porque además de ningún otro modo podrá ganar a su favor el derecho real de hipoteca que se constituye para él". La norma que regula los Aranceles notariales, R.D. 1426/1989, de 17 de noviembre, impone el pago (Anexo II norma sexta) "a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, los interesados según las normas sustantivas y fiscales", y -continúa nuestra sentencia citada- "no es tampoco el consumidor prestatario el que selecciona al notario que interviene en la formalización de la escritura" ni el que proporciona la minuta con las condiciones del préstamo y la hipoteca.

"... **los honorarios del Gestor por la tramitación en el Registro y Oficina Liquidadora y del Registrador de la Propiedad para su inscripción, subsanación, modificación y cancelación ...**". La controversia objeto de este pleito no tiene por objeto los honorarios del gestor, sino los aranceles registrales, que no se contemplan en la cláusula cuya abusividad se ha solicitado. El recurso relativo a la pretensión de su devolución por parte de la entidad -que no se discute los ha retenido o deducido del capital prestado o exigido como provisión de fondos como es práctica habitual- no se funda en la abusividad de cláusula escrita alguna sino en lo infundado de tal hecho que en la práctica bancaria hace que el prestatario cargue con ese gasto. Hay que acudir al Arancel registral, R.D. 1427/1989, de 17 de noviembre, que prevé el pago por aquel o aquellos a cuyo favor se inscriba el derecho, y no cabe duda de que la garantía se inscribe a favor de la entidad prestamista que es la obligada a hacer frente al gasto. Alega la entidad recurrente que la hipoteca es accesoria, y es cierto,



como toda garantía de una obligación, y que se inscribe el préstamo, lo que no es correcto, pues objeto de inscripción registral es el derecho real y los límites de responsabilidad que cubre tal garantía, de manera que sólo acceden al Registro las cláusulas con trascendencia real que influyan en tal responsabilidad. Finalmente, el hecho también alegado de que el prestatario pueda elegir entre una y otra clase de préstamo lo único que significa es que la entidad dispone de una oferta general con las condiciones que impone para cada tipo de préstamo, condiciones generales de contratación en definitiva.

**" así como también los tributos que, por todos los conceptos, se devenguen por razón del préstamo y garantía hipotecaria y su posterior cancelación registral "**. Finaliza así el apartado b) de la cláusula quinta. El art. 89.3.c) de la LGDCU determina la abusividad de "la estipulación que imponga al consumidor el pago de los tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario". Es jurisprudencia unánime de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que, en el impuesto de actos jurídicos documentados por escriturar un préstamo hipotecario, el sujeto pasivo es el prestatario (p. ej. sentencias de 19 de noviembre de 2001 en recurso 2196/1996 , 20 de enero de 2014 en recurso 158/2002 y 22 de noviembre de 2017 en recurso 3142/2016 ). Se planteó cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, cuyas resoluciones son vinculantes para los tribunales ( art. 40.2 LOTC ), el cual se pronunció negativamente en autos núm. 24/2005, de 18 de enero , y 223/2005, de 24 de mayo , del Pleno. Este contiene las siguientes consideraciones:

"Ese art. 29 [de la LITPAJD ] dispone que «será sujeto pasivo [del IAJD] 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». Por su parte, el art. 8 establece que «estará obligado al pago del Impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: d) En la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el prestatario». A continuación, el art. 15 preceptúa que «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.»"

"... está sujeta al impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, en la modalidad de «actos jurídicos documentados», al tipo variable del 0,5 por 100, por tratarse de un documento notarial que tiene contenido económico (cantidad garantizada), que es inscribible en un Registro Público (en este supuesto, el de la Propiedad) y que se encuentra «no sujeto» a las modalidades de «transmisiones patrimoniales onerosas» u «operaciones societarias» del citado impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, ni al impuesto sobre sucesiones y donaciones ( art. 31.2 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre ). El sujeto pasivo de la modalidad de «actos jurídicos documentados» es, como hemos visto, el prestatario [ art. 8.d) del Real Decreto Legislativo 1/1993 , en relación con el art. 15 también del Real Decreto Legislativo 1/1993 y con el art. 68 del Real Decreto 828/1995 ]".

En consecuencia, por aplicación de la LGDCU es nula la cláusula sólo en la medida que puede imponer al prestatario el pago de impuestos de los que no es sujeto pasivo, que no es el caso, por lo que no procede trasladar a la entidad el reintegro del impuesto pagado.

**QUINTO.-** Como consecuencia de todo lo expuesto, ha de estimarse la pretensión formulada en la demanda de que sean devueltos los pagos que ha acreditado excepto el del impuesto, es decir 1.296,19 euros (1686,19 - 390). Los intereses deben computarse desde la fecha de los pagos respectivos, como hace el Tribunal Supremo cuando estima la anulación de cláusulas abusivas respecto a consumidores (STS del pleno sentencia núm. 367/2017, de 8 de junio ). Por último, la estimación de la demanda es parcial en la acción de nulidad y en la de restitución. Alega el apelante que debe considerarse sustancial, pero solicitó una nulidad total sin distinguir entre unos apartados y otros y se ha desestimado en tres de los conceptos por más que la repercusión pecuniaria sea escasa, y no se ha desestimado completamente la pretensión de la demandada, lo que justifica la aplicación de la norma general del art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Respecto a las costas de esta apelación, la estimación parcial del recurso interpuesto por el actor y la desestimación de la impugnación llevan a no efectuar expresa imposición de las costas del recurso, con devolución del depósito prestado para recurrir, así como a imponer a la parte impugnante las causadas como consecuencia de su impugnación, en aplicación del art. 398 de la misma Ley .

## FALLO

En virtud de lo expuesto, el Tribunal HA DECIDIDO:

ESTIMAR en parte el recurso interpuesto contra la sentencia dictada en el asunto a que se refiere el rollo de Sala por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Huelva, que se REVOCA en la cantidad a abonar al demandante que será 1.296,19 euros, más el interés legal desde el 1 de diciembre de 2009, incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia, sin pronunciar expresa condena a



las costas del recurso, con devolución al apelante del depósito prestado para recurrir e imposición a la parte impugnante de las costas causadas por su impugnación.

Notifíquese a las partes con indicación de la necesidad de constitución de depósito en caso de recurrir la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional 15<sup>a</sup> de la L.O.P.J. De acuerdo con lo dispuesto en la disposición final decimosexta de la L.E.C., contra esta sentencia cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo que debe interponerse en el plazo de veinte días ante esta Audiencia si concurre la causa prevista en el apartado tercero del número 2 del artículo 477 y también podrá interponerse conjuntamente con el recurso de casación recurso extraordinario por infracción procesal previsto en los artículos 468 y siguientes ante el mismo Tribunal.

Remítanse las actuaciones originales al Juzgado de su procedencia, con certificación de la presente y despacho para su cumplimiento y efectos oportunos.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.