

JDO.PRIMERA INSTANCIA N.1 BIS TOLEDO

SENTENCIA: 00539/2018

-

C/ MARQUES DE MEDIGORRIA 2
Teléfono: 925-396020/32, Fax: 925-396033
Equipo/usuario: AM
Modelo: 0030K0

N.I.G.: 45168 41 1 2017 0008445

OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0001963 /2017

Procedimiento origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0001526 /2017

Sobre COND.GNRLS.CTRTO.FINAC.GARNT.INMO.PRSTARIO.PER.FIS

DEMANDANTE D/ña. *****
Procurador/a Sr/a. *****
Abogado/a Sr/a.
DEMANDADO D/ña. CAIXABANK S.A.
Procurador/a Sr/a. *****
Abogado/a Sr/a.

S E N T E N C I A

En Toledo, a 1 de junio de 2018.

Vistos por mí, Lorena-África Sánchez Casanova, los presentes autos del Juicio Ordinario en materia de impugnación de condiciones generales registrados con nº 1963/2017, por demanda presentada por el Procurador *****, en nombre y representación de *****, contra CAIXABANK, S.A., representado por el Procurador *****, procedo a dictar la siguiente resolución

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por la representación procesal de la parte actora se interpuso demanda de juicio ordinario contra la demandada, en la que, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, suplicó al Juzgado que se dictase sentencia por la que declare abusiva la cláusula quinta contenida en la escritura de préstamo hipotecario objeto de autos y condene a la demandada a abonar a la parte actora la suma de 1.750,97 euros más los intereses legales, y todo ello con expresa imposición de las costas procesales al demandado.

Segundo.- Admitida a trámite la demanda y emplazada la parte demandada al objeto de que compareciera en autos y contestara a la demanda, se personó en tiempo y forma y contestó a la demanda, oponiéndose a la pretensión ejercitada con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicitando la desestimación de la demanda, con imposición de costas a la parte actora.

Tercero.- Convocadas ambas partes a la celebración de la audiencia previa prevista en el artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, propusieron como medios de prueba únicamente la documental, de modo que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 429 de la LEC, quedaron los autos vistos para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Objeto del proceso.

Entrando ya en el fondo del asunto por parte de la demandante se deduce una acción para obtener la declaración de nulidad de una cláusula de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, concertada con la entidad demandada, en calidad ésta de prestamista, a lo que se opone la demandada. En concreto, préstamo hipotecario documentado en escritura pública de fecha 13 de marzo de 2015, otorgada ante el ****, con número de protocolo ***.

En particular se solicita la nulidad de la cláusula Quinta relativa a los gastos y tributos a cargo de la parte deudora, por cuanto que impone al prestatario el pago de todos los gastos y tributos ocasionados por la constitución del préstamo (notaría, registro, gestoría, tasación e impuestos).

Segundo.- Negociación de la cláusula.

El control de abusividad sobre la cláusula objeto de controversia pasa necesariamente por la ausencia de su negociación individual puesto que reuniendo la parte actora la condición de consumidor -circunstancia que no es controvertida en el presente caso-, el 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 (en adelante, TRLGDCU) define en su artículo 82.1 las cláusulas abusivas como *«aquellas estipulaciones no negociadas individualmente»*. Así, si una estipulación contractual ha sido individualmente negociada, no podrá ya, por definición, ser considerada abusiva. El inciso II del apartado 2 del mismo artículo añade que *«el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba»*.

La existencia en el contrato de préstamo que vincula a las partes de condiciones generales de la contratación resulta palmaria si se tiene en cuenta que los demandantes son dos personas físicas y la demandada, una entidad bancaria, que suscribieron un contrato de préstamo hipotecario y la subsiguiente escritura pública de formalización con arreglo a un modelo preestablecido. Apreciación que viene corroborada por la jurisprudencia y así, como ya ha entendido el Tribunal Supremo en su Sentencia 241/2013, de 9 de mayo, es un hecho notorio que en determinados sectores económicos, entre los que se encuentra el bancario, la contratación con consumidores y usuarios se realiza mediante el uso de condiciones generales de la contratación, predispuestas por la entidad bancaria para ser incorporadas a una generalidad de contratos.

Siendo indiscutible la ausencia de negociación individual de la cláusula controvertida, puede ser esta sometida al control de abusividad que la parte actora pretende.

Tercero.- Gastos y tributos a cargo de la parte prestataria.

Solicita la parte demandante la declaración de nulidad de la cláusula quinta del contrato de préstamo hipotecario, en particular, en cuanto a los gastos, aranceles e impuestos a cargo del prestatario ocasionados por el otorgamiento de la escritura pública de préstamo hipotecario, inscripción en el Registro de la Propiedad y liquidación del impuesto de Actos Jurídicos Documentados, a lo que se opone la parte demandada por entender que se trata de un pacto adoptado en virtud del

principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil.

En relación a tales gastos establece la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 23 de diciembre de 2015): "El art. 89.3 TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto "La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (numero 2º), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 3º). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º). 2.- Sobre tales bases legales, no cabe considerar que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguna de las normas legales citadas como infringidas, al declarar la abusividad de la cláusula. Baste recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con

garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU). En la sentencia 550/2000, de 1 de junio, esta Sala estableció que la repercusión al comprador/consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. Y si bien en este caso la condición general discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso.

Basta una simple lectura de la cláusula cuya nulidad se solicita para apreciar lo genérico e indeterminado de los gastos que se imponen al prestatario, lo que supone que, en aplicación de la doctrina sentada en la sentencia de Tribunal Supremo anteriormente transcrita, teniendo en cuenta la condición de consumidora de la parte demandante, sea suficiente para declarar la nulidad de la estipulación quinta del contrato de préstamo hipotecario formalizado en la escritura objeto de las presentes, en cuanto a los apartados interesados.

Cabe añadir que no puede prosperar la alegación de la parte demandada basada en los actos propios de la parte demandante,

pues no puede confirmarse mediante tales actos algo que es nulo de pleno derecho, y por lo tanto los actos posteriores a la firma de la escritura de préstamo objeto de autos no pueden ser tenidos en cuenta a la hora de valorar la nulidad de ésta.

Cuestión distinta es la relativa a la determinación de los efectos de dicha declaración de nulidad en relación con los gastos y tributos abonados por la parte actora, de acuerdo con las facturas y liquidación del impuesto de actos jurídicos documentados aportados como documental de la demanda. En el presente supuesto se solicita la reintegración de los importes abonados en concepto de gastos notariales, inscripción registral, gestión e impuesto de Actos jurídicos documentados. En primer lugar por lo que concierne a los gastos notariales, el artículo 63 del Reglamento del Notariado establece que la retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios y se regulará por el Arancel notarial. El Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, en su Anexo II, la norma sexta establece que "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 sentido, es conveniente matizar que no nos encontramos ante la existencia de un único negocio, sino que dicha unidad se rompa a favor de considerar la existencia de dos negocios jurídicos distintos. Así, tal distinción resulta relevante a efectos de determinar qué gastos se derivan de cada uno de estos negocios, y a quién le corresponde su pago. Esta línea argumental es la que ha seguido la SAP de las Palmas de Gran Canaria 932/2017 de 6 de julio de 2017 que establece que, las escrituras de préstamo hipotecario formalizan dos negocios jurídicos de distinta naturaleza y que gozan de autonomía sustantiva, el contrato de préstamo y el negocio constitutivo de un derecho real de hipoteca. Pero esta diversidad negocial no se traduce arancelariamente en una pluralidad de conceptos minutables, el préstamo, por su cuantía, y la hipoteca, por el importe que garantiza. Prevalece, por el contrario, la

consideración unitaria del conjunto negocial y de ella se deriva el que se aplique el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario. La base minutable en el préstamo hipotecario se determina de conformidad con la legislación fiscal, a la que se remiten directamente los aranceles (norma 4.2º), atendiendo al importe global de las obligaciones que asume el prestatario y que resultan garantizadas con hipoteca, esto es, a la cifra de la responsabilidad.

Así, por tanto, cuestión indispensable resulta determinar quién debe considerarse el requirente a efectos del pago de los gastos del notario, para lo cual, deberemos estar a lo dispuesto en el RD 1426/1989. De acuerdo con el artículo 147 III, es el banco quien presenta la minuta para que sea redactada por el notario, de acuerdo con el Reglamento notarial. Asimismo, el concepto de interesado en los términos del RD 1426/1989 es la propia entidad bancaria puesto que la celebración de un préstamo, que es lo que realmente interesa al prestatario no requiere de escritura pública (1258CC), y sobre la base de que la constitución de la hipoteca -motivo por el que se formaliza escritura pública (con sus gastos) y que la misma se inscriba en el Registro de la propiedad (con sus gastos)-, a quien beneficia es al prestamista. Ello porque le permite obtener un derecho o garantía de poder vender el inmueble hipotecado para pagar la deuda en caso de incumplimiento de la obligación por parte del prestatario (1858CC), obtiene un crédito preferente (1923.3ºCC), en caso de concurso de acreedores, el crédito garantizado con hipoteca tiene un privilegio especial (90.1.1º Ley Concursal), porque el crédito es ejecutivo (art. 517 LEC y 130 LH), y finalmente porque el interesado sería el propio prestamista no solo de acuerdo con la legislación especial hipotecaria (233 Reglamento del Notariado), sino también de acuerdo con las normas fiscales, de acuerdo con la interpretación de la Sala Primera del TS que sigue la línea jurisprudencial de la sala tercera que grava con el impuesto al prestatario sobre la base de considerarlo adquirente y no interesado.

Es por todo lo expuesto, que debe considerarse como obligado al pago de los gastos notariales la entidad demandada.



Respecto a los gastos registrales , el RD 1427/1989 de 17 de noviembre por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad dispone en el Anexo II, norma Octava que, los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria , se abonarán por el transmitente o interesado. 2. Los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes le soliciten.

Quien hace la solicitud de inscripción en el registro de la Propiedad es el Banco, siendo por tanto este, quien deberá abonar los derechos del Registro, de conformidad con lo expuesto anteriormente.

Así, de acuerdo con estos argumentos, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas, (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Este es además el criterio que ha seguido el alto tribunal en la STS 705/2015, antes transcrita en lo que aquí interesa, que establece que 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 (art. 517 LEC), constituye la garantía real (Arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC).

Siguiendo el argumento de la SAP de las Palmas de Gran Canaria 932/2017 , lo que le interesa al prestatario es el préstamo, no la hipoteca, y no puede inferirse un interés en la hipoteca por el solo hecho de adherirse al conjunto negocial .

Por lo expuesto, quien debe asumir el pago de los aranceles registrales, es la propia entidad demandada.

En consecuencia, las cláusulas discutidas relativas a los gastos notariales y registrales, no solo no permiten una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos

como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU).

Así, dicha cláusula aparece expresamente prevista en la ley como abusiva, y concretamente recogida en el art. 89.3 TRLGCU que establece que será nula " la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario".

Respecto de los gastos de gestión satisfechos por la actora, si bien es cierto que se trata del pago de la prestación de un servicio que interesa por igual a ambas partes para realizar las gestiones necesarias en orden a la constitución del préstamo hipotecario, no debe olvidarse que, como tal, su contratación debe ser voluntaria para el consumidor y que en ningún caso puede admitirse como válida su imposición por el empresario o profesional. En este sentido, el artículo 85.5 TRLGDCU declara como condiciones abusivas: "Los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación".

Al mismo tiempo, el art. 40 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en el Mercado de Bienes y Servicios señala lo siguiente en cuanto a la contratación con este tipo de entidades: "Las entidades de crédito y las demás entidades

financieras deberán hacer constar expresamente en los folletos informativos previos a la formalización de los préstamos garantizados con hipoteca inmobiliaria destinados a la adquisición de viviendas que suscriban con personas físicas el derecho que asiste al prestatario para designar, de mutuo acuerdo con la parte prestamista, la persona o entidad que vaya a llevar a cabo la tasación del inmueble objeto de la hipoteca, la que se vaya a encargar de la gestión administrativa de la operación, así como la entidad aseguradora que, en su caso, vaya a cubrir las contingencias que la entidad prestamista exija para la formalización del préstamo (...)."

En el presente caso, no se ha aportado prueba alguna relativa a la previa información a los consumidores, dada de forma clara y separada, de su derecho a designar conjuntamente a la empresa de gestoría o bien de rechazar la contratación de este servicio, con lo que, de acuerdo con los artículos 82.2 párrafo segundo del TRLGDCU y 217.3 LEC y atendiendo a lo establecido en las normas anteriormente citadas debe concluirse que es la parte demandada a quien corresponde el abono íntegro de los gastos de gestoría, cuya contratación, elegida por ella misma, impuso a los consumidores.

Por último, en lo que concierne a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, las cláusulas impugnadas imponen al prestatario la obligación de sufragar el pago de los impuestos que por todos los conceptos se devenguen por razón del préstamo. Esta redacción genérica de dichas cláusulas que sin distinción alguna obliga al consumidor a hacerse cargo de cualesquiera impuestos y tributos sin tener en cuenta la distribución que de esta obligación hacen las normas legales o reglamentarias existentes, la hace merecedora -prima facie -, de la condición de abusiva al tenor de lo dispuesto en el artículo 89.3 c) TRLCGU (ut supra). Este precepto resultaría aplicable al presente supuesto aun cuanto el texto legal se refiere en particular a este tipo de estipulaciones dentro de la compraventa de viviendas, pues como señala la STS 705/2015, "la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización de este precepto es acertada".

A efectos de determinar la validez o en su caso la posible nulidad de dicha cláusula que impone al prestatario el pago de los tributos, cuestión indispensable resulta analizar a la luz de la normativa legal y reglamentaria quién es el sujeto pasivo que ha de soportar el pago de tales conceptos.

En este sentido, el art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados dispone en su título II en relación con las transmisiones patrimoniales, que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrato, (a) en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere, (c) en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto, (d) en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el prestatario. En estos mismos términos se pronuncia el artículo 34 del RD 828/1995 de 29 de mayo por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos jurídicos documentados. Por su parte, el art. 15.1 dispone 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.

En relación con los actos jurídicos documentados, el artículo 27 del TRTPAJD, así como el art. 66 del RD 828/1995, disponen que se sujetan a gravamen (...) los documentos notariales. En cuanto al sujeto pasivo del pago, el artículo 29 del TRTPAJD establece que, será obligado al pago el adquirente del bien o derecho en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquéllos en cuyo interés se expidan. Por su parte, el RD 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados señala que cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario".

Sentadas estas premisas, hemos de tener en cuenta que la parte actora solicita la declaración de nulidad de dichas cláusulas por considerarlas abusivas. Conforme ha señalado la STJUE de 21 de diciembre de 2016, el alcance de la declaración de nulidad comporta, la restitución al consumidor de los gastos

que hubiera satisfecho en aplicación de dicha cláusula y que según la normativa vigente correspondiera asumir al empresario así como la imposibilidad de devengo de nuevos gastos en aplicación de la cláusula declarada abusiva.

Sin embargo, nos encontramos con normas relativas a la distribución del pago del impuesto de actos jurídicos documentados que tienen carácter imperativo, lo que determina la nulidad de cualesquiera pactos que en perjuicio del consumidor las contravengan al no determinarse otra consecuencia para el caso de la infracción, máxime teniendo en cuenta los arts. 89.3 y 82 TRLGCU.

El fin último de la institución de la nulidad es el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho inmediatamente anterior mediante la restitución recíproca de lo que hubiere sido materia del contrato. En este caso en concreto, y al amparo de la normativa legal y reglamentaria, no procedería la devolución de las cantidades pagadas por el prestatario, toda vez que se trata de una obligación tributaria con base legal prevista tanto en el del TRTPAJD como en el RD 828/2017 por lo que su restitución por parte de la entidad bancaria al prestatario no restablecería una situación de hecho y de derecho anterior, sino que comportaría la creación de una situación de enriquecimiento injusto, suponiendo así un ataque directo y manifiesto a la propia institución de la nulidad y los efectos que de la misma debieran derivarse, suponiendo una omisión manifiesta de los principios de equidad y equilibrio que han de presidir la institución de nulidad, lo cual únicamente podría salvaguardarse mediante la aplicación de la normativa legal.

Por ello, no procede la devolución por parte de la entidad financiera al consumidor, toda vez que dichos tributos se han pagado por quien según la norma que rige el impuesto, que es imperativa, correspondía. Este criterio es seguido asimismo por la SAP 152/2017 de Pontevedra al señalar que, no es este un efecto incongruente con la nulidad de la cláusula, ni con la prohibición de integración del contrato o el también llamado por el TJUE el "efecto disuasorio" de la Directiva 93/13/CEE, puesto que la expulsión del contrato de la cláusula de gatos no implica sino actuar como si la misma no se hubiera



incluido en él, por tanto, de no existir, es obvio que el impuesto de TPYAJD, lo hubiera pagado también el prestatario a la Hacienda Pública.

Item además, al contrario de otro tipo de cláusulas en las que solo se ven afectados las partes que suscriben el contrato, prestamista y prestatario, la nulidad de alguna de ellas provoca a fortiori la devolución de prestaciones entre ellos ex art. 1303 CC ; sin embargo, cuando interviene un tercero - en este caso la Hacienda Pública-, cuya actividad o derecho de percepción del impuesto está regulada por el legislador, solo procederá la devolución de lo pagado cuando efectivamente se haya realizado indebidamente, esto es, por quien no corresponde y a quien abusivamente se ha impuesto.

Como señala la Audiencia Provincial de Pontevedra en la misma Sentencia anteriormente citada, " La cuestión del obligado tributario del impuesto de AJD en los préstamos hipotecarios concedidos por los sujetos pasivos de IVA -entre ellos, las entidades de crédito-, (obligación indisponible para el deudor y el acreedor, mediante pacto, frente a la Hacienda Pública por imperativo legal) ya fue resuelta por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, del orden Contencioso Administrativo, que es la competente, en reiterada jurisprudencia, (Sentencia del Tribunal Supremo de treinta y uno de octubre de dos mil seis, recurso de casación núm. 4593/01), y que ha declarado que el sujeto pasivo de dicho Impuesto es el deudor hipotecario. La aludida jurisprudencia sobre la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para declarar quién es el sujeto pasivo de un impuesto fue confirmada por dos Autos del Pleno del Tribunal Constitucional Auto nº 24/2005, de 18 de enero , y Auto nº 223/2005, de 24 de mayo , que no han admitido las respectivas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas sobre ello". Para determinar el sujeto obligado al pago de estos impuestos, la jurisprudencia contencioso-administrativa acude al Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados cuyo art. 8 , refiriéndose a las transmisiones patrimoniales, dispone que "estará obligado al pago del impuesto 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)", aclarando que "en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d) ". En cuanto a los actos jurídicos documentados, el art. 29 indica que el sujeto pasivo será 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.

En este mismo sentido se ha pronunciado también la SAP de Asturias Sección 4º de 24 de marzo de 2017 al señalar que, así lo ha venido entendiendo reiteradamente la sala tercera del Tribunal Supremo (sentencias de 27 de marzo y 31 de octubre de 2006), que, partiendo de la unidad del hecho imponible, argumenta que el término de adquirente del bien o derecho (utilizado en el art. 29 de la ley y 68 del reglamento) ha de entenderse referido al derecho derivado del préstamo reflejado en el documento notarial; y que el único sujeto pasivo posible es el prestatario. Asimismo, este es el criterio que también ha seguido el TSJ de Madrid, concretamente en sus sentencias de 23 de noviembre de 2001 , 24 de junio de 2012 , 30 de julio de 2013 , y más recientemente, de 9 de junio de 2016.

A mayor abundamiento, la Sala Tercera del Tribunal Supremo acude también al RD 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que determina en su art. 34 el contribuyente obligado al pago del impuesto de transmisiones patrimoniales, con idéntico contenido al del art. 8 de la Ley. Es en la regulación del impuesto sobre los actos jurídicos documentados donde se observa una regulación diferente a la contenida en la Ley. En concreto, el art. 68 indica, al igual que la norma legal 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. Pero el Reglamento añade el siguiente inciso: "Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario".

Este último inciso del Reglamento especifica quién debe tenerse por persona que insta, solicita o a cuyo favor se

expide el documento notarial, indicando que en la constitución de préstamo se considera como tal al prestatario, que adquiere así la cualidad de contribuyente en este impuesto de actos jurídicos documentados. Si la disposición contenida en el Reglamento contraviniera lo dispuesto en la Ley, el juez, en cumplimiento del control sobre la potestad reglamentaria que tiene atribuido, debería inaplicar aquella norma por contravención de la superior. Sin embargo, no existe una consideración de que el art. 68 del RD 828/1995 (Reglamento del Impuesto) vaya en contra de lo dispuesto en el art. 29 de la Ley sino que, por el contrario y de acuerdo con su naturaleza reglamentaria, especifica y detalla la regulación contenida en la norma de rango superior. Conclusión que se corresponde plenamente con la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo a propósito del sujeto pasivo del impuesto.

Todo este razonamiento viene corroborado por las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018, que, en relación con el Impuesto establece:

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

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

De tal manera que, dijimos en la mencionada sentencia, la entidad prestamista no queda siempre y en todo caso al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la expedición de las copias, actas y testimonios que interese. Por lo que una cláusula que cargue indiscriminadamente el pago de todos los tributos al prestatario, sin distinción o salvedad alguna, puede ser abusiva, por aplicación analógica del art. 89.3 c) TRLGCU, que en los contratos de compraventa de viviendas considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario; dado que los préstamos sirven para financiar esa operación principal que es la adquisición de la vivienda.

2.- Respecto del hecho imponible del impuesto de transmisiones patrimoniales consistente en la constitución del préstamo hipotecario (art. 7.1.B LITPAJD), ya hemos visto que el art. 8 LITPAJD , a efectos de la determinación del sujeto pasivo, contiene dos reglas que, en apariencia, pueden resultar contradictorias. Así el apartado c) dispone que «en la constitución de derechos 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 garantía (la hipoteca), el sujeto pasivo sería la entidad acreedora hipotecaria, puesto que la garantía se constituye a su favor; mientras que, si atendemos exclusivamente al préstamo, el sujeto pasivo sería el prestatario (el cliente consumidor). Sin embargo, dicha

aparente antinomia queda aclarada por el art. 15.1 de la misma Ley, que dispone: «La constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo».

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

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

Asimismo, a pesar de que se trate de materias que en principio puedan parecer ajenas a la jurisdicción civil, nada impide a los tribunales aplicar esta normativa puesto que son cuestiones accesorias íntimamente ligadas con la cuestión principal, siendo además que el juez debe acudir a toda la normativa existente para resolver, puesto que lo contrario sería un conocimiento sesgado del pleito principal e insuficiente para las partes que acuden a los tribunales. Máxime aún cuando existe una previsión legal que permite que

el juez, que a los solos efectos prejudiciales los tribunales civiles podrán conocer de asuntos que estén atribuidos a los tribunales de los órdenes contencioso-administrativo y social, ex art. 42 LEC . Por las anteriores razones, se consideran plenamente aplicables las normas transcritas y de conformidad con ellas, debe considerarse que el inciso analizado de las cláusulas es plenamente acorde con la normativa legal y reglamentaria existente.

Por todo expuesto, al no encontrarnos en el caso previsto en el art. 89.3 3ª c) del TRLGCU puesto que no se obliga al consumidor a hacer frente a gastos que le corresponderían al empresario, sino que, se trata de un inciso que únicamente recoge normativa legal y reglamentaria a cargo del prestatario, no cabe apreciar ningún tipo de abusividad o de desequilibrio entre las partes que permita la declaración de dicha cláusula como abusiva.

Cuarto.- Efectos.

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula anteriormente citada, recientemente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha resuelto, mediante la sentencia de 17 de marzo de 2016, una cuestión prejudicial planteada en relación a la adecuación del derecho nacional, fundamentalmente el artículo 693 LEC, a los artículos 3, 4, 6 y 7 de la Directiva 93/13. Hay que destacar la argumentación del TJUE relativa a los párrafos 34 a 37 establece que la consecuencia de la abusividad de la cláusula es que esta es nula y no vincula al consumidor por el que el juez tiene que derivar todos los efectos que la nulidad establezca según el derecho nacional con objeto de evitar que la cláusula cause efectos perjudiciales al consumidor. Además, el TJUE recuerda que la cláusula no se puede integrar o sustituir por una previsión de derecho nacional puesto que esta facultad sólo está reservada para los casos en que la nulidad de la cláusula comportase la inexistencia del consumidor o se derivarían efectos perjudiciales: "Por lo que respecta a las consecuencias que deban extraerse caso de que el juez considere abusivas cláusulas contractuales como las que constituyen el objeto del litigio principal, debe señalarse

que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 impone expresamente a los Estados miembros la obligación de establecer que tales cláusulas «no vincularán al consumidor». El Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de interpretar la citada disposición en el sentido de que incumbe a los tribunales nacionales que aprecian el carácter abusivo de las cláusulas contractuales deducir todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se derivan de ello, a fin de evitar que estas cláusulas vinculen al consumidor. En efecto, se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (sentencia Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 63).

Habida cuenta de la redacción de la segunda parte de la frase del citado artículo 6, apartado 1, según la cual el contrato celebrado entre el profesional y el consumidor seguirá siendo obligatorio para las partes «en los mismos términos», si puede subsistir «sin las cláusulas abusivas», el Tribunal de Justicia consideró que esta disposición no puede entenderse en el sentido de que permite al juez nacional, en el supuesto de que éste constata la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, modificar el contenido de la misma (sentencia Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 71).

En consecuencia, los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, en su caso procediendo a su anulación, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor (sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 27 y 28).”

En cuanto a la declaración de nulidad de la cláusula relativa a los gastos, la declaración de nulidad de una cláusula y su expulsión del contrato responde a una finalidad restitutoria, consistente en el restablecimiento de la situación inmediatamente anterior a dicha cláusula eliminando así cualquier escenario de desequilibrio existente entre las partes. El artículo 1303 CC regula las consecuencias de la institución de la nulidad al establecer que, declarada la

nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses . Conviene destacar que dicha obligación de restituir es el efecto propio de la declaración de nulidad que, en el caso que nos ocupa, habría de efectuarse incluso de oficio por tratarse de una relación de consumo. De la misma forma que el examen de la posible abusividad de las cláusulas contractuales debe llevarse a cabo de oficio por el órgano judicial, las consecuencias de la declaración de nulidad de pleno derecho de tales cláusulas, en cuanto derivadas de la Ley, han de ser también aplicadas por el órgano judicial, con independencia que en el suplico de la demanda se haya formulado o no reclamación de cantidad por este concepto.

En este caso, de acuerdo con la documental aportada por la actora, la parte demandante abonó:

- Aranceles de Notario, por importe de 637,66 €
- Aranceles de Registro, por importe de 116,66 €
- Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, por importe de 688,02 €
- Gastos de Gestión, por importe de 308,63 €

Al tenor de lo expuesto, procede condenar al Banco a la devolución de la totalidad de la factura del Notario, y la totalidad de las facturas de Registro y gastos de Gestión, siendo improcedente la reclamación del importe correspondiente a AJD conforme a lo argumentado en los ordinales precedentes.

En consecuencia, debe reintegrarse a la parte actora la cantidad de 1.062,95 euros.

Quinto.- Costas.

Por la estimación parcial de la demanda, no procede hacer especial pronunciamiento en costas, de acuerdo con el artículo 394 de la LEC.

Vistos los anteriores preceptos y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de ****, contra CAIXABANK, S.A.:

DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de la cláusula Quinta del contrato de préstamo hipotecario objeto de autos, en cuanto a la imposición al prestatario todos los gastos y tributos derivados de la constitución de la hipoteca. En consecuencia, tal cláusula se tendrá por no puesta en el contrato de préstamo hipotecario, con subsistencia del mismo sin la mencionada cláusula, CONDENANDO a la entidad demandada a abonar a la parte demandante la cantidad de 1.062,95 euros, cantidad que devengará el interés legal desde cada una de las fechas en que fueron abonadas por los demandantes las cantidades correspondientes a las cláusulas declaradas nulas.

No se hace especial pronunciamiento en costas.

Líbrese mandamiento al titular del REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN para la inscripción de la presente resolución, en relación a la nulidad y no incorporación de las condiciones generales de la escritura objeto de las presentes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la LCGC.

Modo de impugnación.- Notifíquese esta sentencia a las partes, con expresa prevención de que la misma no es firme, cabiendo contra ella recurso de apelación, que deberá interponerse ante este Juzgado en el plazo de 20 días contados desde el siguiente a su efectiva notificación, para su ulterior resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Toledo.

Así por esta mi sentencia, que dicto, mando y firmo en el día de su fecha, de la cual se dejará testimonio en los autos de su razón, llevándose su original al libro correspondiente, y ejecutoriándose, en su caso. Doy fe.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA