

ATT./D. JULIO SANCHEZ

PROC.:

NOTIFICADO: 21/2/2018

JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 DE TOLEDO

-

C/ MARQUES DE MENDIGORRIA 2
Teléfono: 925-396028/30, Fax: 925-396033
Equipo/usuario: EFR
Modelo: N18740

N.I.G.: 45168 41 1 2017 0003646

OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000720 /2017

Procedimiento origen: /

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

DEMANDANTE D/ña. ANTONIO

Procurador/a Sr/a. -----

Abogado/a Sr/a. JULIO SANCHEZ POBLADOR

DEMANDADO D/ña. CAIXABANK S.A.

Procurador/a Sr/a. l

Abogado/a Sr/a.

T E S T I M O N I O

MARIA JESUS , Letrado de la Administración de Justicia, del JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de TOLEDO, doy fe y testimonio que en los autos de ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000720 /2017 consta sentencia, que literalmente se pasa a transcribir a continuación:

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N°. 1 BIS DE TOLEDO

Juicio Ordinario n°.720/2017

S E N T E N C I A

En Toledo, a 7 de febrero de 2018.

Vistos por mí, don Ildefonso , los autos del presente Juicio Ordinario, procedo a dictar la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero.- Por la procuradora de los Tribunales, doña , en nombre y representación de don ANTONIO

, se interpuso demanda de Juicio Ordinario contra CAIXABANK, S.A., representada por la procuradora de los Tribunales doña María , en fecha 28 de junio de 2017, solicitando se dicte sentencia por la que se:

1º *Se declare la nulidad de las **CLAUSULAS FINANCIERAS QUINTAS** contenidas en las escrituras de fechas 12 de noviembre de 2009, con números de protocolo 1.326 y 1.327, firmadas en la Notaría de Dña. Marta por las que se atribuye a esta parte el pago de todos los gastos derivados de la constitución de los préstamos con garantía hipotecaria, por infracción de normas imperativas, falta de transparencia y carácter abusivo de las referidas cláusulas.*

2º *Se condene a la entidad demandada a indemnizar a mi mandante en la cantidad de **1.298,42** euros, más los intereses correspondientes calculados desde la reclamación extrajudicial efectuada por esta parte.*

3º *Se condene a la demandada al pago de las costas de este proceso.*

Segundo.- Por decreto se admitió a trámite la demanda, dándose traslado de la misma a la parte demandada para su contestación, la cual tuvo lugar, en tiempo y forma por escrito de, interesando la desestimación de la demanda y la condena en costas del actor.

Tercero.- Celebrada la correspondiente audiencia previa el 23/11/2017 y, en la misma propuesta y admitida sólo prueba documental, quedó el pleito visto para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Por parte de la demandante se deduce una acción para obtener la declaración de nulidad de una cláusula de los

contratos de préstamo con garantía hipotecaria concertados con la entidad demandada, en calidad ésta de prestamista.

En concreto se solicita por la demandante la declaración de nulidad de la cláusula quinta del contrato de préstamo hipotecario en cuanto a los gastos, aranceles e impuestos a cargo del prestatario, reclamando la devolución de los ocasionados por el otorgamiento de la escritura pública de préstamo hipotecario, inscripción en el Registro de la Propiedad, gestoría y liquidación del impuesto de Actos Jurídicos Documentados, a lo que se opone la parte demandada por entender que no se ha producido desequilibrio; que el interesado en la constitución de la garantía es el prestatario; que la cláusula quinta expone con claridad los gastos que correrán a cargo del prestatario y no impone gastos que legalmente correspondan al empresario o que se correspondan con servicios no solicitados por el consumidor, de modo que no vulnera las exigencias del art. 89 TRLCU, oponiéndose a la restitución y que el Pacto sobre gastos supera el control de incorporación y contenido, el test de abusividad y el test de razonabilidad, así como que la relación entre la gestoría y el prestatario es un mandato, del cual es ajena.

Antes de entrar en el fondo de la cuestión conviene aclarar que 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»*.

Así entiende el banco demandado, respecto de las cantidades reclamadas en concepto que de gastos e impuestos en este pleito, que no fueron abonadas por los demandantes como consecuencia de la aplicación de la cláusula de gastos establecida en la escritura de préstamo hipotecario, sino que los demandantes efectuaron esos pagos en virtud del pacto expreso al que llegaron con Banco Santander al negociar las condiciones de la financiación hipotecaria.

Conviene precisar que la circunstancia de que alguna de las cláusulas haya sido individualmente negociada no excluye la realización de un control de abusividad sobre las restantes, sin perjuicio de considerar que, en el presente caso, la parte demandada no ha acreditado la negociación de ninguna de las cláusulas en concreto, no resultando admisible su alegación genérica de negociación del contrato en abstracto.

Además, 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.

No habiendo probado la parte demandada la negociación individual de las cláusulas controvertidas, pueden ser estas sometidas al control de abusividad que la parte actora pretende.

Entrando ya en el fondo de la cuestión, como hemos señalado, se solicita por la demandante la declaración de nulidad de la cláusula quinta de los contratos de préstamo hipotecario en cuanto a los gastos, aranceles e impuestos a cargo del prestatario, reclamando la devolución de los ocasionados por el otorgamiento de la escritura pública de préstamo hipotecario, inscripción en el Registro de la Propiedad, gestoría y liquidación del impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

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.

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 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.

En segundo lugar, con 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 pude 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 TRLCU que establece que será nula " la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" .

En tercer lugar, 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 cuando 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 828/2995 , 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 previstatanto en el delTRTPAJD 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.

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.

Segundo.- En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas anteriormente citadas, 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 lo 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 mediante 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 constato 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 los siguientes gastos:

ESCRITURA PROTOCOLO N° 1.326

- 318,25 Euros de gastos de **NOTARÍA**.
- 66,07 Euros de honorarios del **REGISTRO DE LA PROPIEDAD**.

ESCRITURA PROTOCOLO N° 1.327

- 441,53 Euros de gastos de **NOTARÍA**.
- 77,52 Euros de honorarios del **REGISTRO DE LA PROPIEDAD**.
- 217,28 Euros del **IMPUESTO DE ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS**.
- 177,77 Euros de gastos de **GESTORÍA**.

Debiendo ser reintegrada la cantidad de MIL OCHENTA Y UN EUROS CON CATORCE CÉNTIMOS (1.081'14€), una vez descontada la cantidad correspondiente a AJD, conforme a lo argumentado en el apartado precedente.

Tercero.- En materia de costas Siendo parcial la estimación 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 DEBO ESTIMAR Y ESTIMO parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales , en nombre y representación de don ANTONIO , en ejercicio de una acción de nulidad de cláusulas contractuales, contra CAIXABANK, S.A. por lo que DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de las siguientes cláusulas del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes:

- Las **CLAUSULAS FINANCIERAS QUINTAS** contenidas en las escrituras de fechas 12 de noviembre de 2009, con números de protocolo 1.326 y 1.327, firmadas en la Notaría de Dña. por las que se atribuye a parte prestataria el pago de todos los gastos derivados de la constitución de los préstamos con garantía hipotecaria, con subsistencia de los mismos sin la mencionada cláusula, CONDENANDO a la entidad demandada a abonar a la parte demandante la de MIL OCHENTA Y UN EUROS CON CATORCE CÉNTIMOS (1.081'14€), cantidad que devengará el interés legal desde cada una de las fechas en que

fueron abonadas por la actora las cantidades correspondientes a las cláusulas declaradas nulas.

No se hace especial pronunciamiento en costas.

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.

Lo anteriormente transcrito concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, extendiéndose el presente en TOLEDO, a siete de febrero de dos mil dieciocho .

EL/LA LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA,