RAUL VICENTE BEZJAK

PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES Colegiado núm. 590

NOTIFICADO EL 7/09/2017

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 15 DE VALENCIA

Av. Profesor López Piñero (antes Saler), 14 (Ciudad de la Justicia), piso 3º, zona azul Tel 96 192 90 24 Fax 96 192 93 24

N.I.G.:46250-42-1-2017-0011311

Procedimiento: Procedimiento Ordinario (Contratación - 249.1.5) - 000333/2017-LU

De: D/ña.

Procurador/a Sr/a. VICENTE BEZJAK, RAUL Contra: D/ña. BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA Procurador/a Sr/a. LITAGO LLEDO, MARIA CRISTINA

SENTENCIA núm.

En Valencia, a 28 de julio de 2017.

Vistos por mí, Víctor Calatayud Chollet, Magistrado-Juez, actuando en comisión de servicios como refuerzo a los Juzgados de Primera Instancia de Valencia, los presentes autos de juicio ordinario núm. 333/2017 promovidos por el procurador de los tribunales D. RaúlVicente Bezjaken representación de D. (QUIEN ACTÚA EN NOMBRE DE SU HIJO D.), bajo la dirección letrada de D. Jorge Aliaga Ara, contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., representada por la procuradora de los tribunales D.ª Cristina Litago Lledó dirigida por el letrado D. , con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el procurador de los tribunales D. RaúlVicente Bezjak en representación de D. (quien actúa en nombre de su hijo D. ,se presentó el pasado 11 de marzo de 2017, en el Decanato de este Partido, escrito con el que promovía juicio ordinario, contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A..

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar a los autos la tramitación prevenida para el juicio ordinario de conformidad con el art. 249 LEC, en relación con el art. 399 y concordantes de la misma Ley Procesal Civil.

TERCERO.- Emplazada en forma la parte demandada, compareció y contestó la demanda dentro de plazo, oponiéndose a las pretensiones de contrario, instando la íntegra desestimación de la demanda, con condena en costas a la parte actora.

CUARTO.- Cumplidos los trámites previstos en el art. 414-1 LEC y de acuerdo con lo dispuesto en este precepto, se convocó a las partes a una audiencia previa al juicio, señalándose para tal fin el día 17 de julio de 2017, con el resultado que es de ver en las actuaciones.

Limitada la prueba admitida a la documental obrante, se ha acordado que los autos queden para sentencia, sin necesidad de celebración del juicio, de conformidad con el artículo 429-8 LEC.

QUINTO.- En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con la demanda rectora de estos autos, ejercita D. (quien actúa en nombre de su hijo D.) acción individual de nulidad de condiciones generales de contratación y reclamación de cantidad, frente Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA), instando que se declare la nulidad de la clausula quinta de imputación de gastos al prestatario, y se condene a IBBVA a estar y pasar por la anterior declaración y, al abono a la actora de cuantas cantidades ha abonado en exceso por la aplicación de la cláusula quinta de imputación de gastos, cifrado en €

En concreto la parte ataca:

- 1.- La imposición a la parte prestataria de losgastos, o servicios complementarios, para la preparación de las escrituras. Eso sí, admitiendo que la tasación, o los gastos de verificación registral, benefician al consumidor, por cuanto justifican y prueban ante la entidad la garantía que pretende hacer valer, por lo que la nulidad se pretende respecto de los restantes gastos preparatorios, que deberán ser abonados por aquella parte a quien beneficie o que esté obligada a su pago.
- 2.- La imposición a la parte prestataria de los impuestos, ya sean relativos a la constitución, modificación y cancelación de la hipoteca, así como la expedición de la primera copia para el banco (Tributos y arbitrios de cualquier tipo que afecten a la hipoteca).

- 3.- La imposición a la parte prestataria de todos los gastos -correspondientes a Notaría y Registro- al prestatario.
- 4.- La imposición a la parte prestataria de los gastos extrajudiciales para exigir el pago o cumplimiento incluido tercerías de dominio y de mejor derecho, honorarios de letrado y derechos de procurador, aunque no sea perceptiva su intervención.

Considera la parte actora que con la imposición de las costas judiciales, se pretende eludir el régimen establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil y, vulnerando una norma imperativa, por lo que también debe reputarse como nula.

Sobre los honorarios de abogados y aranceles de procurados –aunque no sean preceptivos- considera la parte demandante que contraviene la normativa procesal, concretamente el artículo 32.5 de la LEC que los excluye, salvo casos concretos, de las condenas en costas, por lo que no queda justificada la atribución al prestatario de estos gastos.

5.- La imposición a la parte prestataria de los gastos de gestoría por la tramitación de las escrituras.

Las cantidades que la parte demandante considera cobradas indebidamente o indebidamente impuestas, y que reclama, son: €de Gastos de Notaría, € de Gastos de Registro, € de Impuesto Actos Jurídicos. Documentados, y € de Gastos de Gestoría. En total €.

*SEGUNDO.- Enorden a esclarecer la naturaleza jurídica de las cláusulas atacadas, y el control al que puedan ser sometidas, debe tenerse presente que la parte actora no cuestiona la condición de consumidora de la parte actora, y que conforme al artículo 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), que "[s]on condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos".

Resulta por tanto, que como así se desprende de la sentencia de Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo n.º 241/2013, de 9 de mayo, es requisito, entre otros, para que una cláusula pueda ser calificada como condición general de la contratación, que su incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

El problema radica en que el artículo 1 LCGC no precisa qué debe entenderse por imposición de la condición general por una de las partes, por lo que, como se dice en la interdicha sentencia n.º 241/2013, al desarrollarse el litigio en materia de condiciones insertas en contratos con consumidores resulta particularmente útil lo

dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 93/13, a cuyo tenor"[s]e considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión".

Y también se dice en esta sentencia, que "[l]a carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario."

Resulta por tanto que es el empresario o profesional quien debe pechar con la carga de probar que la cláusula contractual se ha negociado individualmente.

En todo caso, debe tenerse presente que como también se concluye en la meritada sentencia n.º 241/2013, "[n]o puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario."

De igual modo, "[t]ampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios."

Para que la cláusula quede excluida del control de abusividad es preciso, como se exigen en la sentencia265/2015 del Tribunal Supremo, de 22 de abril, "(...) que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario. Si tales circunstancias no son expuestas y probadas adecuadamente, la alegación de que ha existido negociación es solo una fórmula retórica carente de contenido real, y supone identificar contratación voluntaria y prestación de consentimiento libre en documento intervenido notarialmente con negociación contractual. Tal ecuación no es correcta."

Dicho esto, resulta que de la mera entrega de una oferta vinculante no puede sin más deducirse que las clausulas atacadas son fruto de la exigida negociación individua, como tampoco de la intervención de Fedatario Público en el otorgamiento.

Así las cosas, puesto que no consta la negociación individual de las cláusulas atacadas, deben calificarse de condiciones generales de la contratación, pues se cumplen todos y cada uno de los requisitos exigidos por la doctrina. Requisitos que según la sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo, son: a) La contractualidad, es decir que se trate de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no derive del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión. b) La predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo

haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. c) La imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula. Y tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

TERCERO.- Aclarada la naturaleza de las cláusulas, resulta que las mismas quedan sujetas al control de abusividad que resulta de la legislación de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Precisamente en la sentencia del Tribunal Supremo 705/2015, de 23 de diciembre se analiza posible nulidad de las cláusulas de imputación de pago, y se comienza este examen recordando como, "[e]l 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. 89.3.3° 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. 89.3.5°)."

Y hechas las anteriores precisiones, entrando ya en el emanen de las concretas cláusulas, se razona en esta sentencia "(...) 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)."

Resulta de la doctrina expuesta, que, como resultaría de la sentencia del Alto Tribunal 550/2000, de 1 de junio, la repercusión al comprador/consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca es una cláusula abusiva y, por tanto, nula. En consecuencia debe reputarse igualmente abusiva la imposición al prestatario de los gastos de gestoría, por la tramitación de la escritura ante el Registro de la propiedad y la Oficina Liquidadora del Impuesto, y de las comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación -incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía- y ejecución del contrato, (a excepción de las costas judiciales) y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de la garantía hipotecaria y de otras garantías, incluso los afianzamientos personales pactados con terceros, que en el futuro acuerden en aseguramiento de todas las obligaciones que se deriven del contrato. Estas imposiciones resultan demasiado generales y abiertas, lo que impide al prestatario conocer o prever las consecuencias económicas del préstamo. Pero es que además, haciendo propios los términos usados en la precitada sentencia del Tribunal Supremo 705/2015. al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada. Pero es que además. se impone a la parte prestataria sufragar actuaciones que son de interés un beneficio del prestamista.

Debe tenerse presente, que pese a lo que se desprende del escrito de demanda, lo cierto es que en la escritura pública no se impone a la parte actora el pago de las costas judiciales, sino que por el contrario se remite a lo que determinen los jueces y tribunales en el correspondiente procedimiento. Por otra parte, ninguna mención se hace en la condición quinta de la escritura publica, a tercerías de dominio y de mejor derecho, ni a la imposición de honorarios de letrado y derechos de procurador, aunque no sea perceptiva su intervención.

Tampoco puede considerarse abusiva la imposición de gastos correspondientes al seguro de dañossobre el inmueble, pues como se razona en la sentencia del Tribunal Supremo 705/2015, de 23 de diciembre, [e]n lo que atañe a los gastos derivados de la contratación del seguro de daños, no parece que esta previsión sea desproporcionada o abusiva, por cuanto deriva de una obligación legal (art. 8 LMH), habida cuenta que cualquier merma del bien incide directamente en la disminución de la garantía. Es decir, no se trata de una garantía desproporcionada, en el sentido prohibido por el art. 88.1 TRLGCU, sino de una consecuencia de la obligación de conservar diligentemente el bien hipotecado y de asegurarlo contra todos los riesgos que pudieran afectarlo. Pero, en todo caso, se trata de una previsión inane, puesto que la obligación de pago de la prima del seguro corresponde al tomador del mismo. conforme al art. 14 de la Ley de Contrato de Seguro.

En lo que respecta a los tributosque gravan el préstamo hipotecario se dice en la sentencia de 23 de diciembre de 2015, que:

"El art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados 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 las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el art. 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributaran exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Pero el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, 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 la entidad prestamista no queda 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 constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho.

Ya dijimos en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre, si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, que la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión, era una cláusula abusiva, por limitar los derechos que sobre distribución de la carga tributaria estaban previstos en la legislación fiscal, por lo que la condición general que contuviese dicha previsión debía ser reputada nula."

CUARTO.- La declaración de nulidad consecuencia del control de abusividad de la cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor, lleva consigo, la exclusión de la cláusula controvertida, y la pervivencia del contrato sin esa cláusula. La exclusión de las clausulas cuya nulidad se declara implica que los gastos en cuestión deban ser abonados por quien resulte obligado a ello.

No cuestiona la parte demandada el pago por su adversa, de los gastos que se reclaman en la demanda.

De este modo los gastos de Notaria y los de Registro de la Propiedad que se según resulta de los documentos 6 y 7 se elevan a €, deben ser sufragados por la parte prestamista. Y es que como se ya se ha adelantado en la sentencia 705/2015, se señala que "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)."

También los gastos de gestoriadeben ser de cuenta de la parte prestamista, pues, como ya se ha adelantado,el interesado en la gestión de la escritura y la inscripción de su garantía, no es otro que el prestamista, y, por tanto le corresponde hacer frente a estos pagos.

Más problemática resulta la determinación de quien deba pagar el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Cuestión que ha sido tratada de forma totalmente coherente en el Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 27 de marzo de 2017, en que se razona que:

"Consecuencias de la nulidad de la cláusula del pago de TRIBUTOS que graven esta operación en el caso concreto. - El Tribunal Supremo viene a declarar en la STS de 23 de diciembre de 2015 enjuiciando la cláusula del préstamo hipotecario examinado, que la misma es abusiva como hemos visto; sin embargo, se ha de tener en cuenta que no es la Sala Primera sino la Tercera del TS, la competente para realizar la consideración previa de que el sujeto pasivo en el impuesto que grava el préstamo hipotecario es la entidad prestamista, sin perjuicio de las consideraciones que realice aquella Sala a los meros efectos prejudiciales.

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.

Veamos los argumentos:

- En ITP, de conformidad con lo establecido en el art. 8°. del Texto Refundido ITP y AJD, 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; y además el artículo 15 aclara que en 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. Por tanto, el único sujeto pasivo en la constitución de derechos de hipoteca en garantía de un préstamo es el PRESTATARIO.
- IVA: Según el artículo 20.1.18 de la Ley del IVA los préstamos hipotecarios están sujetos y exentos de dicho impuesto; en consecuencia, tributarán por AJD al constar en escritura pública, y de conformidad con el artículo 29 de la Texto Refundido de ITP y AJD: 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.
- Por su parte, el artículo 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre ITP y AJD, dice 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; y que cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario.

No obstante, la Sala Primera del Tribunal Supremo entiende que la entidad prestamista no queda 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 constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. De esta forma el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que la cláusula que impone al prestatario el pago de los tributos (la cuota gradual del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados que paga la hipoteca en cuanto acto inscribible y la cuota fija -el timbre del papel de uso exclusivo notarial sobre el que se extienden las Escrituras matrices y sus copias autorizadas) vulnera normas imperativas, señaladamente el artículo 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva y por lo tanto nula la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.

En efecto, el artículo 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados al determinar el contribuyente, dice que será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan. Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario. La norma desarrolla lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley del Impuesto y

sitúa como sujeto pasivo del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados de forma expresa.

Parece por ello claro que en este caso el pago del impuesto en la constitución de préstamos con garantía hipotecaria corresponde a los prestatarios y no a la entidad financiera prestamista. Ahora bien, sirven al caso los argumentos que sosteníamos en aquellas sentencias citadas supra en cuanto que "Consideramos que con carácter general, -al menos con la generalidad con la que se expresaban cláusulas idénticas. como las consideradas en aquellos litigios- la entidad financiera no debía quedar 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 podría ser considerada, según los casos, sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. Consideramos además que se está ante normas que en relación a la distribución del pago del impuesto de actos jurídicos, 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 infracción, y sobre ello. el tenor del art. 89.3 c) TRLCU determina como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, por lo que la cláusula, en su generalidad, ha sido correctamente declarada nula."

Así pues, la cláusula por su vocación de generalidad es nula y debe expulsarse del contrato, puesto que como preveíamos también "Otra cosa será la atribución del gasto en cada caso concreto, cuestión que a la jurisdicción civil en relación con la obligación tributaria no compete determinar", y que debe seguir el régimen impositivo en cuanto al sujeto pasivo que determine la Ley.

Así, llegados a este punto, y examinada la factura pagada por los prestatarios por el concepto de " Impuesto de transmisiones y a. jurídicos" e importe de 1.498,39€, no obstante ser declarada nula la cláusula de gastos no procede su devolución, toda vez que se ha pagado por quien según la norma que rige el impuesto, que es imperativa, correspondía.

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, "efecto disuasorio" de la Directiva 93/13, puesto la expulsión del contrato de la cláusula de gastos 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.

Ítem más, al contrario de otro tipo de cláusulas en las que solo se ven afectados las partes que suscriben el documento, prestamista y prestatario, la nulidad del 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.

Se impone, por tanto, la estimación del recurso en cuanto a condena a la Entidad de devolución de la cantidad que los prestatarios han abonado 1489,39 € en concepto de IAJD, importe que le incumbía satisfacer en su caso aún de no existir la cláusula cuestionada al prestatario, la cual se declara nula correctamente de aquí en adelante, pero no procede la devolución de lo abonado aquel concepto en tanto se trata del abono de una cantidad, que legalmente corría de su cuenta."

En definitiva, estando determinada por la Norma tributaria quien es el sujeto pasivo del impuesto, resulta irrelevante cual de las partes fue la interesada en la constitución de la hipoteca. Así pues, nada puede reclamarse por este concepto a la demandada.

Que los pagos cuyo importe se reclama se hayan efectuado a un tercero y no a la parte demandada, no obsta el derecho de la parte prestataria a su reintegro. Y es que como bien se dice en la sentencia dictad por el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Torrent (magistrado D. Gonzalo Sancho Cerdá), "[e]El hecho que los pagos se hayan efectuado a un tercero, en nada impide declarar la nulidad de la cláusula v condenar a la demandada al pago de las sumas abonadas por el actor, ya que se trata de pagos que debió realizar la entidad financiera. La nulidad no afecta a los pagos que se realizaron al profesional, sino que afecta al pacto entre las partes del contrato que atribuía a quien correspondía el pago, de modo que declarado que el pago correspondía a la otra parte, procede el pago de las cantidades indebidamente pagadas al tercero. Entiende que esta consecuencia viene impuesta por el principio de no vinculación del art. 6.1 Directiva 93/13/CEE que implica que, en el caso de cláusulas que hubieran impuesto al consumidor el abono de algún importe, dicha nulidad irá acompañada de la correspondiente restitución de los importes abonados indebidamente (art. 1303 CC y STJUE de 21 de diciembre de 2016). Dicha cantidad, al haberse declarado la nulidad de la cláusula, devengará el interés legal a favor del actor desde la fecha en que se hubiera efectuado el pago (art. 1303 CC)."

QUINTO.- Tal y como se recuerda en la Sentencia del Tribunal Supremo 166/2017, de 27 de marzo, su Sala Primera "(...) se ha pronunciado en distintas resoluciones respecto de la aplicación ope legis de los efectos del artículo 1303 CC (salvo limitación efectuada por la propia demandante, y por motivos de congruencia) que ha de comprender los intereses legales correspondientes desde la fecha de cada cargo (...)".

SEXTO.- No habiendo sido estimadas en su totalidad las pretensiones de la parte actora, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, (artículo 394,2 LEC).

En atención a lo expuesto, vistos los preceptos citados y los demás de general y pertinente aplicación al caso planteado,

FALLO

Que	estimando	como	estimo	10	parcialmente	la	demanda	interpuesta	por e
procurador	de los tribur	ales D					en re	epresentació	n de D
, bajo la dirección letrada de D.									
contra, representada por la procuradora de los tribunales D.ª									
r	dirigida por	el letra	ido D	D.			•		

1.- Declare la nulidad por abusividad de la condición financiera 5ª incluida en el contrato de "préstamo hipotecario unilateral" suscrito por las partes en fecha ^ de de , siendo ante el Notario de Albotaya D. (número de protocolo i).

Se exceptúan de la declaración de nulidad:

- La mención relativa al pago de las costas judiciales, que se remite a lo que determinen los jueces y tribunales en el correspondiente procedimiento.
- La imposición a la parte prestataria de los gastos de tasación, o los gastos de verificación registral.
- La imposición a la parte prestatariade los gastos correspondientes al seguro de daños.
- 2.- La consecuencia de la declaración de nulidad consecuencia es la exclusión de las cláusula controvertidas declaradas nulas, y la pervivencia del contrato sin las mismas.
- 3.- La exclusión de las clausulas cuya nulidad se declara, implica que los gastos en cuestión deban ser abonados por quien resulte obligado a ello.

No procede la condena de la demandada a satisfacer a la parte actora lo abonado en concepto de Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

En consecuencia, condeno a la demandada a reintegrar a la parte actora €, más los intereses legales desde la fecha en que fueron abonados.

5.- No hago expresa imposición de costas por lo que cada una de las partes abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Así por esta mi sentencia, de la que se dejará testimonio en los autos, juzgando definitivamente en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

E/

