ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Rollo nº 000516/2017
Sección Séptima

SENTENCIA Nº 4 3 8

SECCION SEPTIMA
Ilustrísimos/as Señores/as:
Magistrado/a :
D. JOSE ANTONIO LAHOZ RODRIGO

En la Ciudad de Valencia, a seis de noviembre de dos mil diecisiete.

Vistos, por D. JOSE ANTONIO LAHOZ RODRIGO, Magistrado de la Sección Séptima de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia en grado de apelación, los autos de Juicio Verbal - 000107/2017, seguidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 1 DE QUART DE POBLET, entre partes; de una como demandado/s - apelante/s [redacted] - Actual BANKIA,S.A., dirigido por el/la letrado/a [redacted] O y representado por el/la Procurador/a D/Dª JOSE [redacted] y de otra como demandante/s - apelado/s [redacted], dirigido por el/la letrado/a D/Dª. JAIME [redacted] y representado por el/la Procurador/a D/Dª LUISA [redacted]

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- En dichos autos, por el Ilmo. Sr. Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 1 DE QUART DE POBLET, con fecha veintiuno de abril de dos mil diecisiete, , se dictó la sentencia cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: .Que estimando la demanda interpuesta por [redacted] ora representados por la Procuradora Sra. Luisa [redacted] contra la entidad Bankia representada por el Procurador Sr. José [redacted] ,debo:

1) declarar a todos los efectos procedentes en Derecho, la nulidad por abusiva de la cláusula financiera quinta de gastos a cargo del prestatario, en lo

GENERALITAT VALENCIANA

PAPEL DE OFICIO

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

relativo a la obligación del prestatario de pagar los gastos de Notario (Arancel notarial), Registro de la Propiedad (Arancel registral), Impuesto de Actos Jurídicos Documentados (tributos) y de gestión (Gestoría adminitrativa), del contrato de préstamo hipotecario de fecha 19 de noviembre de 2010 otorgado por el Notario don Máximo Catalán Pardo con el número de su protocolo 3420;

2) condenar a la entidad Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid-actual Bankia, SA- a estar y pasar por dicha declaración;

3) condenar a la entidad bancaria demandada a abonar a la actora la cantidad de 4.539,68 euros indebidamente cobrados por los gastos abonados por ella en virtud de dicha claúsula, correspondientes a gastos de Notario (750,76 euros), impuesto de Actos Jurídicos Documentados (3.346,42 euros, arancel del Registro de la Propiedad (152,50 euros) y gastos de gestión (290 euros), con los intereses legales desde la fecha del abono y hasta el momento de su restitución;

4) todo ello con expresa imposición de costas a la demandada".

SEGUNDO.-Contra dicha sentencia, por la representación de la parte demandada BANKIA, S.A., se interpuso recurso de apelación, y previo emplazamiento de las partes se remitieron los autos a esta Audiencia, en donde comparecieron las partes personadas. Se ha tramitado el recurso, acordándose el día Once de Octubre de dos mil diecisiete, para Votación y Fallo, en que ha tenido lugar.

TERCERO.-En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones y formalidades legales en materia de procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Se interpone por la representación procesal de la demandada, Bankia, recurso de apelación contra la sentencia de instancia que declaró la nulidad por abusiva de la cláusula financiera quinta de la escritura de préstamo hipotecario (que posteriormente se identificará) y le condenó a la restitución del importe 4.539,68 € (750,76 € por aranceles de notario, 3.346,42 € por impuesto de TPAJD, 152,50 € por arancel del Registro de la Propiedad y 290 € por gastos de gestión) al considerar que no se ajusta a derecho por las razones que expone, por lo que interesa su revocación y se dicte otra que desestime la demanda y le absuelva de la pretensión ejercitada.

GENERALITAT VALENCIANA

PAPEL DE OFICIO

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Los motivos de apelación son los siguientes: error de valoración respecto al doble control de transparencia; infracción de la normativa general respecto al control de transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, Orden de 5 mayo 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre respecto de las cláusulas financieras de los contratos de préstamo hipotecario, apartado 5; infracción de la normativa específica respecto a gastos notariales, aranceles registrales y tributos (Actos Jurídicos Documentados), por lo que interesa su revocación y se dicte otra que desestime la demanda.

Los antecedentes procesales que deben consignarse al efecto de delimitar el ámbito del recurso son los siguientes: a) , ejercitan acción de nulidad por abusividad de la cláusula financiera quinta de la escritura pública de 19 noviembre 2009, número de protocolo 3420 del notario de Valencia don Máximo Catalán Pardo, de préstamo hipotecario, en lo relativo a la obligación del prestatario de pagar los gastos de intervención notarial, registral, tributos y gestoría, y consiguiente acción restitutoria conforme al artículo 1303 del CC, y en la exposición de los hechos refería que el préstamo hipotecario fue destinado a la adquisición de vivienda habitual, por lo que concurre en ellos la condición de consumidores, que la cláusula financiera quinta de la escritura de préstamo hipotecario dispone: ***Primero.- Se pactan como gastos que expresamente asume el prestatario, los siguientes: El prestatario queda obligado al abono de los gastos de tasación del inmueble, gastos de otorgamiento de la presente escritura, incluyendo la primera copia para la entidad acreedora, los honorarios del Registrador para su inscripción, modificación, subsanación o cancelación, así como los impuestos que por todos los conceptos se devenguen por razón del préstamo, y en caso de incumplimiento, satisfará las costas procesales que se originen, incluso los de cualquier tercería y los honorarios y derechos de letrado y procurador que intervengan en los procedimientos correspondientes. Se obliga igualmente al pago de los gastos que origine el seguro de incendios, o de todo riesgo a la construcción en el caso de edificación sobre la finca o fincas hipotecadas obligándose asimismo a que la póliza del seguro quede en poder de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, durante la vigencia del préstamo, conforme al párrafo tercero de la cláusula hipotecaria cuarta. La Caja queda formal e irrevocablemente autorizada por el prestatario para realizar los trámites necesarios con objeto de llevar a cabo la inscripción en el Registro de la Propiedad de la presente escritura y de los documentos previos y complementarios que fueran precisos para la inscripción de esta escritura a través de un gestor administrativo, siendo por cuenta y cargo del prestatario los gastos, honorarios, tributos que se ocasionen o devenguen por tal motivo y por la inscripción de la escritura***

GENERALITAT VALENCIANA

PAPEL DE OFICIO

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

correspondiente"; alega que se trata de una cláusula cuyo contenido estaba redactado y no responde a trato o negociación individualizado entre las partes, que su incorporación al contrato ha sido impuesta por una de las partes no pudiendo influir la prestataria en su contenido, quedándole como opción la concertación del préstamo en las condiciones establecidas o su no formalización, que la cláusula quinta es uniforme para los contratos hipotecarios de la citada entidad; desglosa los gastos derivados de la citada cláusula financiera quinta en: aranceles notariales y registrales, 750,76 € mas 152,50 € del Registro de la Propiedad, 3.346,42 € por el impuesto de actos jurídicos documentados(IAJD) y 290 € por gastos de gestión, ascendiendo a 4.539,68 € cuyo importe reclama como consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula, y tras exponer los fundamentos de derecho respecto a cada una de las partidas que integran los gastos indebidamente satisfechos, suplica se dicte sentencia que declare la nulidad de la cláusula financiera quinta y condene a la demandada a estar y pasar por esa declaración y a restituirle 4.539,68 €; b) La demandada, BANKIA, se opuso y alegó, en primer lugar la citada cláusula responde al doble control de transparencia, es de fácil comprensión y no resulta abusiva por responder a usos y costumbres, siendo aceptadas por los prestatarios; en relación al carácter abusivo de la cláusula se alega con cita de jurisprudencia que se ajusta a las disposiciones de la Directiva 93/13 y a la normativa bancaria que cita, en particular las órdenes que regulan la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y en relación a las distintas partidas de los gastos cuyo reintegro se pretende, se cita la normativa reguladora en cada uno de ellos, la persona obligada a su pago conforme a la normativa y, en particular, respecto a la partida de impuesto de actos jurídicos documentados cita la jurisprudencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo interpretando el artículo 68 del Reglamento en el que se establece que el sujeto pasivo será el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo intereses pidan, y en particular "cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario"; suplica se dicte sentencia que desestime la demanda"; c) La sentencia de instancia estima en su integridad la demanda, declara nula la cláusula financiera quinta y condena a la demandada al reintegro del importe de 4.539,68 €; la demandada recurre en apelación.

SEGUNDO.- Previo al examen de los distintos motivos de apelación, este tribunal debe realizar una serie de consideraciones en relación al régimen jurídico aplicable, alcance de la sentencia del Pleno de la Sala 1º del TS de fecha 23 de diciembre de 2015 en relación a los principales motivos de apelación (aranceles notariales y registrales, Impuesto de Acto Jurídico Documentado y gastos de gestoría) y, por último, la consecuencia de la

GENERALITAT VALENCIANA

PAPEL DE OFICIO

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

declaración de nulidad de una cláusula de conformidad con la jurisprudencia del TJUE.

(i) La parte apelante alega en su recurso que, atendiendo a la fecha de la escritura de formalización del préstamo hipotecario, 19 de diciembre de 2005, la norma aplicable a la materia de cláusulas abusivas es la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios 26/1984, de 19 de julio, modificada por la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, en cuyo artículo 10 bis-1 dispone: "Se consideran abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".

Sin embargo, esa precisión no es correcta pues la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es de 19 de noviembre de 2009 y la norma que regula la materia de cláusulas abusivas es 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 Consumidores y Usuarios que en su artículo 82-1 conceptúa la cláusula abusiva como "1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato" y en el apartado 4 se indica: "No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: c) "determinen la falta de reciprocidad en el contrato" y e) "resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato".

En particular, en el artículo 89 del TRLGDCU, sobre cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato, se califica como abusivas: "La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables (numero 2)" y cuando se trate de compraventa de viviendas 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 (3, letra a) y la que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (3º, letra c).

Por lo tanto, nos encontramos con unas normas que califican como cláusulas abusivas determinadas conductas que no negociadas individualmente imponen al consumidor la asunción de gastos de documentación, de titulación y de tributos que en contra de los principios de buena fe causan un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las que se derivan del contrato. El objeto de este procedimiento afecta a una

GENERALITAT VALENCIANA

PAPEL DE OFICIO

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

cláusula que impone al consumidor los gastos descritos en las letras y epígrafes ante citados.

(ii) La sentencia del Pleno de la Sala Primera 1º del TS de 23 de diciembre de 2015 constituye jurisprudencia y completa el ordenamiento jurídico. El artículo 1.6 del Código Civil, dispone: "La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y a aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho » Una sentencia del Pleno, no modificada por otra posterior, constituye jurisprudencia máxime cuando examina cláusulas abusivas, definidas en los artículos 85 a 90 del TRLGDCU, y las subsume en el artículo 89.2 y 3. a) y b) sobre gastos de notaría y Registro e Impuesto de Actos Jurídicos Documentados sobre escrituras notariales.

(iii) El principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas se regula en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que dispone: "Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas."

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, dictada en la cuestión prejudicial sobre el efecto de nulidad en las clausulas suelo, creó jurisprudencia comunitaria sobre la consecuencia de la nulidad de una cláusula abusiva, exponiendo al efecto:

60

Por otra parte, al juez nacional no debe atribuírsele la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015 (TJCE 2015, 4), Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 31 y jurisprudencia citada).

61

De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.

62

De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que

GENERALITAT VALENCIANA

PAPEL DE OFICIO

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes.

63

Efectivamente, la exclusión de tal efecto restitutorio podría poner en cuestión el efecto disuasorio que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071), en relación con el artículo 7, apartado 1, de esa misma Directiva, pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores. (...)

TERCERO.- La primera cuestión que debe examinarse es si la cláusula quinta, ya transcrita, debe declararse nula por falta de negociación individual o, por el contrario, responde a un acuerdo alcanzado en una negociación entre las partes. El análisis de la abusividad de una cláusula que constituye una condición general de contratación ha de responder al control de incorporación y de contenido; en el primero se examina si la cláusula es fácilmente entendible por el consumidor, la segunda, si responde realmente a la reciprocidad y proporcionalidad de las prestaciones entre las partes de un contrato.

Se alega que la cláusula se encuentra en una escritura de préstamo hipotecario de larga duración con unos intereses remuneratorios inferiores a otra clase de productos como son los préstamos personales y que el consumidor pudo optar por el segundo y no formalizar el de préstamo con garanta hipotecaria. También, que el contrato se ajusta a la normativa sectorial que regula la transparencia de los condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y, en particular, se cita la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre , que es posterior a la fecha de la firma de la escritura, por lo que no resulta de aplicación, y en cuanto a la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, regula los elementos que deberá contratar y los gastos que deberá soportar el prestatario sobre impuestos y aranceles. Sin embargo, esa mera referencia a la Orden de 5 de mayo de 1994 y al posible cumplimiento de la misma sobre transparencia en nada afecta a la calificación de la cláusula quinta como abusiva, no solo porque debe valorarse si la misma es fruto de una negociación individual entre el profesional y consumidor sino si cumple también el estándar de proporcionalidad que debe regir en las relaciones de esta clase máxime cuando la formalización de un préstamo lleva aparejada una serie de gastos notariales, registrales y de impuestos, y no necesariamente debe soportarlos el prestatario sino que debe analizarse si beneficia a ambas partes por igual o, al menos, proporcionalmente, o por el contrario, al ser accesorio al de préstamo, como es la constitución de la garantía hipotecaria que requiere la formalización en escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad, debe soportarlos el prestamista, única parte beneficiada por la constitución de la hipoteca sobre el inmueble que garantiza la devolución del préstamo.

GENERALITAT VALENCIANA

PAPEL DE OFICIO

Por tanto, la primera conclusión a la que llega el tribunal es que la cláusula quinta, "Gastos a cargo del prestatario" es una condición general de contratación no negociada individualmente con el consumidor, se trata de una cláusula de adhesión y ha sido incorporada a una pluralidad de contratos. Su nulidad se rige por el artículo 8-2 de la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación que remite a la definición de cláusula abusiva del artículo 82-1 de la TRLGDCU.

La prueba de que se ha negociado individualmente con el consumidor corresponde a la demandada, el artículo 82-2 del TRLGDCU le impone la carga de la prueba al disponer: "El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba." Ninguna prueba ha aportado sobre el particular, es más, de la escritura notarial se desprende que el préstamo y sus condiciones financieras responden a una oferta vinculante que viene impuesta por la entidad financiera, pues de lo contrario bastaría con aportar minutas diversas de cláusulas sobre gastos a cargo del prestatario recogidas en distintas escrituras en que se haya convenido una clausula de contenido y redacción diferente, cosa que no ha realizado la parte demandada.

En cuanto a la falta de negociación individual y de proporcionalidad en los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, este tribunal considera, en primer lugar, que la formalización de un préstamo entre un consumidor y una entidad financiera no requiere el otorgamiento de escritura pública, el contrato de préstamo queda perfeccionado con la entrega de dinero y la obligación que asume el prestatario de devolver otro tanto de la misma especie, artículo 1740 del CC; en segundo lugar, la constitución de hipoteca en garantía de la devolución del préstamo es accesorio al primero, a la entidad financiera le interesa disponer de un título que lleve aparejada ejecución, artículo 517-2-4 de la LEC, y de constituir hipoteca sobre el inmueble en garantía de la devolución del préstamo que requiere su inscripción en el Registro de la Propiedad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1875 y 1880 del Código Civil y articulo 2-2 en relación con el 104 y concordantes de la Ley Hipotecaria; a su vez, una vez inscrita, le faculta a instar un procedimiento de ejecución hipotecaria, artículo 681 de la LEC que permite al prestamista la realización de su crédito sobre la finca hipotecada.

Hay que distinguir entre el contrato de préstamo del accesorio de constitución de hipoteca y de ello se desprende, en primer lugar, que la escritura pública es consecuencia del segundo, que los aranceles del Registro de la Propiedad también lo son de la constitución de la hipoteca y, por último, que el impuesto por actos jurídicos documentados (IAJD), cuya causa es el documento notarial, es consecuencia de la necesaria formalización del préstamo con garanta hipotecaria en escritura púbica.

La parte apelante omite toda referencia al concepto de "interés" que es

PAPEL DE OFICIO

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

un elemento imprescindible en el examen de la proporcionalidad que debe imperar en el reparto de gastos, siquiera intenta refutarlas en su oposición, de ahí que este tribunal deba referirse a la fundamentación de la sentencia del pleno del TS de 23 de diciembre de 2015, que al examinar en el recurso de casación letra g), Séptimo motivo (cláusula de gastos del préstamo hipotecario) dispone:

"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).

A continuación se examinará la nulidad de la cláusula en lo referente a aranceles notariales, aranceles de Registro, gastos de gestoría e IAJD.

CUARTO.- No resulta controvertido que los gastos soportados por los demandantes a causa de la formalización del préstamo en escritura pública y de inscripción en el Registro de la Propiedad de la hipoteca constituida sobre la vivienda asciende a 750,76 € por gastos notariales, 152,50 € por aranceles del Registro, 3.346,42 € por IAJD y 290 € por gastos de gestión (documento nº 3 de la demanda, factura emitida por Gestoría Antonia Serrano S.L.P. que desglosa las partidas).

(i) Aranceles Notariales- Registrales.

La sentencia del Pleno de la Sala 1ª del TS de 23 de diciembre de 2015, en adelante sentencia del Pleno, declaró que la cláusula que repercuta al consumidor hipotecante la obligación de asumir en exclusiva los gastos derivados de la intervención del Notario y del Registrador de la Propiedad es abusiva por infracción del artículo 89-3, apartado2 2, en la medida en que repercute en el consumidor gastos de gestión que no le son imputables, y el 3.a) porque se impone al consumidor gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza corresponden a la entidad prestamista.

GENERALITAT VALENCIANA

PAPEL DE OFICIO

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

El Anexo II, norma sexta, del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre por el que se aprueba el Arancel de los Notarios dispone 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"). A su vez, el Anexo II, norma octava, del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad dispone que "los derechos del Registrador se pagarán por aquel o aquellos 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"). Ambos atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación.

Ya se ha indicado al analizar el carácter abusivo de la cláusula quinta que el contrato de hipoteca es accesorio del de préstamo, que en el primero es el prestamista quien se beneficia de la garantía y de las posibilidades procesales que le ofrece, por lo que la atribución de los gastos por aranceles al consumidor no responde a una negociación individual y además rompe la proporcionalidad entre los contratantes respecto a los gastos que se deriven de los derechos y obligaciones de cada una derivados del contrato. Me remito al fundamento de la sentencia del Pleno sobre el beneficio que redunda al prestamista la garantía hipotecaria como accesoria del contrato principal que es el de préstamo, sobre la infracción del artículo 82 del TRLGDCU al no distribuir de forma equitativa entre las partes los derechos y obligaciones derivados del contrato cuando atribuye la totalidad de los gastos al consumidor, generando un desequilibrio en el consumidor que no se hubiera aceptado en el marco de una negociación individual.

En este sentido ya se ha pronunciado la Sección Novena de la AP de Valencia en sentencias núm. 578/2016 y 617/2016, de fechas 27 de abril de 2016 (JUR 2016/155263) y 4 de mayo de 2016 (JUR 2016/214702), a cuyo contenido me remito.

(ii) Impuesto de Actos Jurídicos Documentados (IAJD)

La cláusula referida infringe lo dispuesto en el artículo 89.3.c) TRLGCU, por cuanto que se impone al consumidor el pago de tributos (en este caso el IAJD), en los que el empresario es sujeto pasivo, sin perjuicio de contravenir asimismo normas imperativas.

La sentencia del Pleno examinó el carácter abusivo de la cláusula quinta en cuanto impone al prestatario el pago de la totalidad de los impuestos generados por la documentación-titulación del contrato. Al respecto expuso:

3.- En lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, nuevamente no se hace distinción alguna. El *art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados* dispone que estará

GENERALITAT VALENCIANA

PAPEL DE OFICIO

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

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."

La sentencia recurrida estima esa partida de gastos y lo fundamenta en la doctrina de la sentencia del Pleno, siendo objeto de impugnación por la demandada al considerar que infringe la normativa tributaria sobre la materia, que no puede atribuirse a la Sala Primera que cree jurisprudencia sobre la aplicación de la Ley y Reglamento sobre el ITPAJD, que esa potestad le corresponde a la Sala 3ª del TS y que existe diversas sentencias que con claridad han establecido que el pago del impuesto en los préstamos con garanta hipotecaria corresponde al prestatario.

No se comparte el criterio de la parte recurrente por las siguientes razones:

(i) En primer lugar, con referencia a la doctrina de la sentencia del Pleno del TS, la cuestión relativa al impuesto de actos jurídicos documentados compete a la Sala Primera en cuanto resuelve las consecuencias derivadas de la nulidad de una cláusula abusiva, siendo de aplicación el artículo 82 del TRLGDCU y Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que en su artículo 6-1 dispone: "Los estados miembros establecerán que no vincularan al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas."

(ii) En segundo lugar, su nulidad por abusiva es consecuencia del examen de la falta de negociación individual entre profesional y consumidor y

GENERALITAT VALENCIANA

PAPEL DE OFICIO

a la falta de reciprocidad y proporcionalidad en la asunción de los gastos generados por un contrato que única y exclusivamente favorece al prestamista y provoca un desequilibrio patrimonial importante; el tribunal debe apreciar las consecuencias que se derivan de esa declaración de nulidad.

(iii) En tercer lugar, el hecho imponible del impuesto de actos jurídicos documentados es la escritura notarial, artículo 27-1 de la LITPAJD , y la escritura notarial se formaliza por el intereses del prestamista de constituir la garanta hipotecaria, siendo por tanto accesorio al contrato principal que es el de préstamo;

(iv) En cuarto lugar, que la Ley, en su artículo 15 dispone que el sujeto pasivo en los actos de constitución de derechos reales, como es el de hipoteca, es aquel a cuyo favor se realice el acto, y aunque precisa que en el contrato de préstamo será el prestatario, la ley no extiende esa obligación al prestatario en la constitución de la garantía; por último, es el Reglamento el que dispone en el artículo 68-2 que: "cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario". Sin embargo, resulta significativo que la sentencia del Pleno siquiera mencione el citado artículo y no se pronuncie sobre la jerarquía de la norma a aplicar cuando el Reglamento contradice la Ley, y este tribunal aprecia que esa omisión equivale a su inaplicación pues el artículo 6 de la LOPJ dispone: "Los Jueces y tribunales no aplicaran los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley y al principio de jerarquía normativa".

En aplicación de esa disposición se desprende que la previsión reglamentaria contradice el artículo 8 y 15 de la Ley que no establecen que el sujeto pasivo en los contratos de préstamos con garanta hipotecaria sea el prestatario sino más bien lo es en los contratos de préstamo formalizados en escritura pública, de ahí que aplique el artículo 27.1 y 29 que para el impuesto de actos jurídicos documentados dispone 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. Es evidente, en línea con lo expuesto, que el interés en la documentación la tiene el prestatario.

(v) En quinto lugar, este tribunal no debe pronunciase sobre la competencia entre las Salas del TS para resolver sobre el hecho imponible y sujeto pasivo en el ITPAJD pues se trata de una cuestión prejudicial prevista en el artículo 10-1 LOPJ y articulo 42-1 y 2 de la LEC siendo necesario pronunciarse sobre la materia para resolver sobre la procedencia o no del reintegro de los gastos soportados por el consumidor cuya causa es la nulidad de una cláusula abusiva cuya decisión solo surte efecto en el procedimiento que se ha dictado. En ese contexto se examinó la normativa y llegó el TS a la conclusión que no era repercutible por Ley al prestatario. Mientras no se modifique ese criterio para este tribunal es doctrina jurisprudencial al dictarse en un procedimiento y materia cuyo conocimiento viene atribuido a la Sala

PAPEL DE OFICIO

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Primera del TS.

Sobre este particular ya se ha pronunciado en el ámbito de esta Audiencia Provincial de Valencia la Sección 9 en sentencia de núm. 617/2016 de 4 mayo, (JUR\2016\214702).

Las sentencias dictadas por otros tribunales, como la de AP de Pontevedra de 28 de marzo de 2017, Sección 1ª, nº 152/2017 o la de la AP de Oviedo, Sección 4 de 24 de marzo de 2017 en las que pese a declarar la nulidad de la cláusula de gastos excluye el reintegro del importe soportado por el consumidor en concepto de impuesto por actos jurídicos documentados, no son compartidas por este tribunal que considera debe prevalecer y aplicarse el criterio de la Sala 1ª del TS, sentencia del Pleno de 23 de diciembre de 2015 por las razones que ya se han expuesto y, en particular, al afectar a los efectos de la nulidad por abusiva de una clausula y a la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

(iii) Gastos de Gestoría (tramitación).

Los razonamientos jurídicos expuestos constituyen a su vez el fundamento para la confirmación del reintegro al consumidor de gastos de notaría, no solo por la razón expuesta de que la tramitación de la documentación ante el Registro y liquidación del impuesto solo beneficia a la entidad financiera y debieron ser abonados por quien tenía interés en la obtención de la primera copia de la escritura y en la tramitación de la operación ante el Registro de la Propiedad para inscribir la garantía real hipotecaria. Hay que tener presente que la obtención de un título ejecutivo y la constitución de una garantía real que permite la posibilidad de acudir a un procedimiento de ejecución especial que no responde a una negociación individual ni supone el reparto reciproco y proporcional de gastos, pues se imponen en su totalidad al consumidor.

La entidad obliga al consumidor a contratar con una determinada gestoría de su elección, sin que por otro lado se pueda discernir de una lectura de la cláusula qué concretos servicios se iban a prestar por la gestoría, con qué finalidad y por qué importes, imputando la entidad el gasto en su integridad al consumidor, causando con ello un grave desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

Procede, en atención a las consideraciones expuestas, desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia.

QUINTO.- De conformidad con el articulo 398-1 de la LEC, al desestimar el recurso, procede imponer a la apelante las costas de esta instancia.

En su virtud, vistos los preceptos de legal y pertinente aplicación.

GENERALITAT VALENCIANA

PAPEL DE OFICIO

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

F A L L O

Que desestimo el recurso de apelación, interpuesto por el/la Procurador/a D.-Dª. José [illegible]s en representación de BANKIA S.A., contra la sentencia de fecha 21 de abril de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº 1 de Quart de Poblet, debo confirmarla, imponiendo a la apelante las costas de esta instancia.

Y a su tiempo con testimonio literal de la presente resolución, devuélvanse las actuaciones al juzgado de procedencia, para constancia de lo resuelto y subsiguientes efectos, llevándose otra certificación de la misma al rollo de su razón.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno atendiendo a la cuantía, sin perjuicio de que pueda interponerse recurso de casación por interés casación al en el plazo de 20 días si en la resolución concurren los requisitos establecidos en los artículos 477-2-3º y 477-3 en la redacción dada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre de 2011 y, en tal caso, recurso extraordinario por infracción procesal

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

PUBLICACION.- Doy fé: la anterior resolución, ha sido leída y publicada por el Iltmo. Sr., Magistrado, D. José Antonio Lahoz Rodrigo.- Valencia, a Seis de Noviembre de dos mil diecisiete.

GENERALITAT VALENCIANA

PAPEL DE OFICIO