

JDO. 1A.INST.E INSTRUCCION N. 6 ZAMORA

C/ RIEGO Nª 5, 4 PLANTA 49004
Teléfono: 980559916, Fax: 980559774
Equipo/usuario: MSA
Modelo: 0030K0

N.I.G.: 49275 41 1 2017 0001196

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000150 /2017

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE D/ña.

Procurador/a Sr/a. MANUEL DE LERA MAILLO

Abogado/a Sr/a. LUIS FELIPE GOMEZ FERRERO

DEMANDADO D/ña. CAJA LABORAL POPULAR COOP. DE CREDITO

Procurador/a Sr/a. OSCAR CENTENO MATILLA

Abogado/a Sr/a. FERNANDO DE LAS HERAS CANTALAPIEDRA

SENTENCIA: 00203/2017

En Zamora a 17 de Octubre de 2017.

Vistos por **DOÑA MARIA ISABEL AGUADO GARCIA-LUJAN**, Magistrado- Juez del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Zamora, los presentes autos de juicio ordinario número 150/17, seguidos a instancia de **DON MANUEL DE LERA MAILLO**, Procurador de los Tribunales y de **DON** asistido del Letrado **DON LUIS FELIPE GOMEZ FERRERO**, contra **CAJA LABORAL POPULAR** representada por **DON OSCAR CENTENO MATILLA** y defendida por **DON FERNANDO DE LAS HERAS**, en ejercicio de acción declarativa y de condena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por el referido actor se dedujo demanda origen de los presentes autos en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimaban de aplicación, suplicando del Juzgado se admitiera a trámite la demanda y previos los trámites legales dictara sentencia por la que se declarare la nulidad parcial de la cláusula de gastos contenida en la cláusula Quinta conforme a la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo 705/2015; que se condenare a la entidad financiera a devolver las sumas abonadas por el cliente a resultas de la aplicación de dicha cláusula en a parte que sea declarada nula y que en principio deberían ser los conceptos abonados para el pago de Notaría, Registro de la Propiedad e Impuesto de Actos Jurídicos Documentados o subsidiariamente al pago de los conceptos o porcentajes de dichos gastos que se consideren procedentes; por último subsidiariamente de entenderse que no cabe la devolución de los abonos, se condene en virtud de la acción acumulada de indemnización de daños y perjuicios o por el abuso de derecho o ejercicio antisocial generador de enriquecimiento

injusto; respecto a la cláusula sexta se declarare la nulidad de la cláusula de intereses de demora en la parte que se estimare procedente, más los intereses legales devengados desde la fecha de disposición de las merítadas sumas dinerarias entendiéndose las mismas desde el momento en que fueron dispuestas de la cuenta del cliente y todo ello , con imposición a la demandada de las costas procesales causadas.

SEGUNDO.- Que admitida a trámite la demanda, se dio traslado de ella a la demandada, para que en el plazo de veinte días compareciera y contestara a la demanda, lo que hizo alegando los Hechos y Fundamentos de Derecho que estimó de aplicación, quedando citadas las partes para la celebración de la preceptiva Audiencia Previa a la que comparecieron ambos y en la que tras ratificarse en sus escritos iniciales y proponer la prueba que estimaron por conveniente, quedaron los autos pendientes para dictar sentencia sin juicio al no proponerse más que prueba documental respecto de documentos obrantes en autos.

TERCERO.- Que en la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales excepto el plazo para dictar sentencia, dado el cúmulo de asuntos que penden ante este Juzgado.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Se ejercita por el actor acción declarativa y de condena , en base a los siguientes hechos: Que el día 11 de Abril de 2008 el actor firmó una escritura que contiene un contrato de préstamo hipotecario para financiar la adquisición de su vivienda habitual a favor de la entidad Caja Laboral Popular; que en dicha Escritura se incluye la cláusula 5ª que establece el sistema de reparto de los gastos que se producen como consecuencia de la suscripción del contrato; que dicha cláusula constituye una condición general de la contratación no habiendo sido negociada por las partes y en ella es el prestatario el que asume todos los gastos derivados de la suscripción del préstamo ; que la aplicación de la clausula se tradujo en que la gestoría designada unilateralmente por el Banco previa provisión de fondos ordenada por la entidad al cliente se hizo cargo de las tareas descritas en los documentos aportados con la demanda como documentos 2 al 4; que además en la clausula sexta se incluye un interés de demora del 18%; por último, que por todo ello se interpone la presente demanda al amparo de lo dispuesto en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación , Reales Decretos mencionados en la demanda, 1303 del Código Civil y concordantes con el contenido obrante en el suplico de la misma.

Por su lado, la entidad demandada se opuso a la demanda alegando en primer lugar la prescripción de la acción; en segundo lugar, que de la cláusula cuya nulidad se pretende fue informado previamente el ahora actor ; en tercer lugar que la asunción de tales gastos por el prestatario no infringe ley alguna dado que no existe prohibición legal con sanción de nulidad y que la entidad demandada no designó unilateralmente a la gestoría ni ordenó provisión de fondos alguna no acreditándose por el actor el pago de los gastos de Notaría ; en cuarto lugar se opone a la declaración de nulidad de la cláusula de intereses de demora y por último a la imposición de las costas procesales caso de estimación de la demanda.

SEGUNDO.- Derivado de lo anterior, cabe decir que constituyen hechos no controvertidos en el pleito en primer lugar que el demandante cuya condición de consumidor no se discute por las partes, suscribió con Caja Laboral Popular, un contrato de préstamo hipotecario el 11 de Abril de 2008 para la adquisición de vivienda habitual ; que en dicha Escritura y en su cláusula 5º se contiene literalmente:

“ Los gastos de tasación de los inmuebles hipotecados en esta escritura, los que origina este otorgamiento, aranceles notariales y registrales, sus copias, impuestos de toda clase e inscripción en el Registro de la Propiedad , serán de cuenta del deudor, así como los que produzcan las modificaciones o novaciones, la carta de pago y cancelación de hipoteca en su día, salvo los que la ley prohíba con sanción de nulidad....Serán asimismo a cuenta del deudor, los gastos de información registral, las notificaciones, las peritaciones y los de gestión de cobro que ocasione la falta de cumplimiento por parte del prestatario de las obligaciones establecidas en el presente contrato.”

La aplicación de la mencionada cláusula se tradujo en que la gestoría designada unilateralmente por el Banco previa provisión de fondos ordenada por la entidad al cliente , se hizo cargo de las tareas de retirada de la escritura y abono de los honorarios de la Notaría , liquidación del modelo de Actos Jurídicos Documentados de la hipoteca , presentación ante el Registro de la Propiedad y abono del arancel y por el actor, se solicita se declare la nulidad de la cláusula junto con la de intereses de demora y se condene a la entidad bancaria demandada a la devolución de los importes correspondientes de los gastos notariales registrales e Impuesto de Actos Jurídicos documentados .

Se alega en primer lugar por la Entidad demandada **la prescripción de la acción**; a este respecto cabe decir lo siguiente: Hay que tener en cuenta que la **acción** que ejercita el actor es la de declaración de **nulidad** por abusividad de la cláusula de un contrato celebrado entre una entidad bancaria y un consumidor. A estos efectos, tanto el *art. 83 del TRLGDCU, como el art. 8.2 de la LCGC, establecen categóricamente que las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho - nulidad absoluta-* descartando por ello la aplicación del plazo de **prescripción -o caducidad-** previsto en el *art. 1.301 CC* , el cual se aplica únicamente a los supuestos de **nulidad** relativa o anulabilidad -tal y como ha establecido reiteradamente la Jurisprudencia, por ejemplo en *SSTS de 18 de marzo de 2.008 , 18 de octubre de 2.005 o 5 de junio de 2.000* , entre otras-.

De este modo, si se estima que tales cláusulas son nulas de pleno derecho, no habrán producido efecto alguno -quod nullum est, nullum producit effectum-, debiendo reponer al demandante en la situación de hecho y de Derecho en la que se encontrase de no haber existido nunca tal cláusula , siendo la **acción** ejercitada imprescriptible -tal y como establece el art. 19.4 de la LCGC-, por cuanto que el paso del tiempo no puede subsanar los actos nulos de origen -quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.

Por los mismos motivos, se ha de desestimar la excepción planteada por la parte demandada de **prescripción** de la **acción** de reclamación de cantidad, por cuanto constituye un efecto legal inherente e inescindiblemente unido a la declaración de **nulidad** -ex *art. 1.303 del CC* -, no siendo aplicables los *arts. 1.967 y 1.968 del Código Civil*.

Partiendo de lo anterior, no se discute la cuestión de que estamos ante una **condición general de la contratación** al tratarse de una cláusula cuya incorporación al contrato ha sido impuesta por una de las partes, en este caso, la entidad bancaria prestamista y que se incorpora a una pluralidad de contratos reuniendo los requisitos que recoge el artículo 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación ; no se ha practicado prueba alguna por la entidad demandada a quien corresponde la carga de la prueba conforme a la legislación reguladora de los derechos de los consumidores ,que frente a la afirmación del actor acerca de la falta de información sobre dicha cláusula que se incluyó en la Escritura de hipoteca , demuestre que existió dicha información ni mucho menos de que la misma hubiera sido negociada entre las partes.

Partiendo de lo anterior y de que en el presente procedimiento atendida la Fundamentación Jurídica y el suplico de la demanda se impugna en primer lugar la parte de la cláusula relativa a la imposición al prestatario de los **gastos notariales y registrales derivados de la constitución de la hipoteca**, se hace preciso dilucidar si conforme afirma el actor tal imposición vulnera la legalidad vigente , así como si la misma es abusiva ; en este sentido y en cuanto a la primera de las cuestiones y en concreto respecto a los **gastos notariales** entendidos los mismos como los relativos a la constitución de préstamos hipotecarios, no los **gastos** derivados de la compraventa del inmueble, 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"*.

Conforme se recoge entre otras en la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 6 de Julio de 2017, 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 esa 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 4ª.2), atendiendo al importe global de las obligaciones que asume el prestatario y que resultan garantizadas con **hipoteca**, esto es, a la cifra de responsabilidad.

El Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone en el Anexo II, norma Sexta: *"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"*.

La obligación de pago se imputa, por tanto, al sujeto requirente o, alternativamente, al sujeto interesado.

Existe una diferencia sustancial entre la obligación del requirente y la del interesado.

El requirente debe pagar todos los conceptos minutables; mientras que el interesado, o beneficiario del derecho que se inscribe, solo el concepto minutable en el que esté interesado o correspondiente al derecho que le beneficia.

Para la determinación del "**_sujeto requirente_**", en este caso, hay que valerse de presunciones.

Pues bien, conforme a una elemental máxima de experiencia, la intervención notarial se solicita en la generalidad de los casos por la entidad de crédito, quien envía la minuta en virtud de la cual el notario redactará la escritura del préstamo hipotecario.

El *artículo 147 III del Reglamento del Notariado* prescribe: "*En el texto del documento, el notario consignará, en su caso, que aquél ha sido redactado conforme a minuta y si le constare, la parte de quien procede ésta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación*".

En la escritura que examinamos, consta que la escritura ha sido redactada conforme a la minuta escrita presentada por el Banco.

Por otra parte, es "**_interesado_**" aquél al que beneficie la actuación notarial.

Según las propias normas sustantivas, el interesado en la garantía hipotecaria es, sin duda alguna, el Banco prestamista. Así, tenemos:

- La celebración de un préstamo, que lo que realmente interesa al prestatario, no requiere escritura pública, siendo perfectamente válido el préstamo otorgado en escritura privada.

Dice el *artículo 1258 del Código Civil* que "*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*".

- Por el contrario, el *artículo 145 de la Ley Hipotecaria* exige para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas:

1º. Que se hayan constituido en escritura pública.

2º. Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad.

- La constitución de la **hipoteca**, que es el motivo por el que se formaliza de escritura pública (con sus **gastos**) y que la misma se inscriba en el Registro de la Propiedad (con sus **gastos**), al único a quien beneficia, obviamente, es al Banco prestamista. Y ello por lo siguiente:

1º. Obtiene el derecho o la garantía de poder vender el inmueble hipotecado para pagar la deuda en caso de incumplimiento de la obligación por parte del prestatario (*artículo 1858 del Código Civil*).

2º. El crédito es preferente.

Dice el artículo 1923-3º del Código Civil: "Con relación a determinados bienes inmuebles..., gozan de preferencia: 3.º Los créditos hipotecarios..., inscritos en el Registro de la Propiedad, sobre los bienes hipotecados..."

3º. En caso de concurso de acreedores, el crédito garantizado con **hipoteca** es privilegiado, con privilegio especial (art. 90.1-1º de la Ley Concursal).

4º. El crédito, finalmente, es ejecutivo.

Dice el artículo 517.2-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil: "1. La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución. 2. Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: ... 4.º Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes."

Y el artículo 130 de la Ley Hipotecaria señala: " El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una **hipoteca** inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo".

- La propia legislación especial hipotecaria contempla como interesado en la garantía al acreedor.

Así resulta del art. 233 Reglamento del Notariado que dice: "A los efectos del artículo 517.2.4.º De la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se considera título ejecutivo aquella copia que el interesado solicite que se le expida con tal carácter".

Por su parte, El Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de diciembre de 2015 dice lo siguiente:

"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 ex-presamente 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".

Conforme a todo lo que se acaba de exponer, la cláusula aquí examinada es abusiva por atribución de todos los **gastos** notariales al prestatario.

En cuanto a los gastos registrales, El Real Decreto 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:

"1. 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 las soliciten".

Dice el artículo 6 de la Ley Hipotecaria:

«La inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente: a) Por el que adquiera el derecho».

Conforme a lo anterior, la **hipoteca** se inscribe a favor del Banco por lo que es el Banco quien debe abonar los derechos de registro.

La respuesta es sencilla y es suficiente remitirse a la doctrina del Tribunal Supremo a este respecto.

La cuestión no debe enturbiarse con el argumento falaz del interés del prestatario en obtener la financiación.

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. En cuanto a la **posible abusividad** de esta imposición de la totalidad de los gastos al prestatario se ha de traer a colación la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de fecha 30 de Marzo de 2017 conforme a la que : "...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).

Basta 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 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 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)....”

*De todo lo dicho, al entender que la imposición de la totalidad de los gastos a los prestatarios infringe la normativa antes aludida y que dicha imposición incurre en abusividad no procede sino declarar la nulidad en los términos solicitados en la demanda y en cuanto a las **consecuencias de la nulidad de la cláusula por la que se atribuye al prestamista los gastos notariales y de registro.**, dado que tanto la formalización de la escritura pública ante Notario como la inscripción de la garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad se efectúan en el exclusivo interés del Banco prestamista, es éste quien debe correr con dichos gastos , por lo que habrá de proceder a reintegrar a los prestamistas los que éstos han acreditado haber abonado en aplicación de la cláusula declarada nula.*

Entrando ya en el tema de los gastos de tributación que se reclama (Impuesto de Actos Jurídicos Documentados) se ha de partir de que existe una discrepancia entre la doctrina jurisprudencial de las Salas 1º y 3ª del Tribunal Supremo en esta materia y así, la Primera en su sentencia de 23 de Diciembre de 2015 alude a quien tiene la condición de sujeto pasivo de los artículos 8, 15.1 y 27.1 del RDL 1/1993 de 24 de Septiembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y precisa que el artículo 27.1. a) de dicho Real Decreto sujeta a Actos Jurídicos Documentados los documentos notariales y dice que el artículo 29 dispone 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 “ por lo que siendo el adquirente del derecho la entidad prestamista que pasa a ostentar derecho de hipoteca respecto del inmueble que se grava como garantía y quien solicita los documentos notariales son las entidades financieras que remiten la minuta al Notario ; según dicha sentencia: “... La entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil en lo que se refiere dentro de este tributo a la constitución del derecho y en todo caso a la expedición de copias, actas y testimonios que interese y que a través de la cláusula litigiosa carga indebidamente sobre la otra parte contratante “ considerando abusiva y por tanto nula la estipulación que impone al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario ; por el contrario la Sala Tercera no lo entiende así desde su sentencia de 19 de Noviembre de 2001 y las que le siguen al basarse en lo dispuesto en el artículo 68 del Real Decreto 828/1995 de 29 de Mayo por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados que establece 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”; algunos sectores doctrinales consideran que tal norma reglamentaria contradice el artículo 29 del TRLITP y el artículo 31.1 de la CE y no debiera ser aplicado por los Tribunales en aplicación de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al suponer una extralimitación respecto de lo que establece una norma de rango legal.

A este respecto cabe decir que habrá de prevalecer la norma de rango legal y que no se puede considerar “adquirente” sin más al prestatario dado que éste recibe el importe del préstamo pero quien adquiere el único derecho que se constituye, la hipoteca, es el profesional por lo que en aplicación de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Diciembre de 2015, este impuesto deberá ser satisfecho por la entidad que no puede quedar al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil.

Resulta plenamente aplicable para resolver esta controversia a juicio de esta juzgadora el razonamiento contenido en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Arrecife de fecha 11 de Septiembre de 201 en la que literalmente se contiene: **“C) Impuestos de Actos jurídicos documentados.**

El artículo 17.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria advierte: «Los elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares, que no producirán efectos ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas».

No obstante, por virtud del artículo 89.3, de la Ley de Consumidores, el obligado tributario tampoco puede ser alterado por actos o convenios de los particulares entre un profesional y un consumidor (una manifestación expresa en el art. 89.3 c) Lucy para la compraventa de viviendas).

El Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, establece: «El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados es un tributo de naturaleza indirecta que, en los términos establecidos en los artículos siguientes, gravará: 1.º Las transmisiones patrimoniales onerosas. [...] 3.º Los actos jurídicos documentados » (art. 1.1).

«Son transmisiones patrimoniales sujetas: [...] B) La constitución de derechos reales, préstamos, [...]» (art. 7.1 LITPyAJD). A su vez debe distinguirse. Por defecto, los préstamos hipotecarios son operaciones sujetas como préstamos (arts. 8 y 15.1 LITPyAJD) pero exentas art. 45 y 15 LITPyAJD). Ahora bien, los préstamos bancarios -el banco actúa en el ejercicio de su actividad- son operaciones no sujetas (art. 7.5 LITPyAJD) y, al mismo tiempo, sujetas y exentas del Impuesto sobre el Valor Añadido (art. 20.Uno.18º c) Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido), lo que no impide su compatibilidad con la modalidad de actos jurídicos documentados .

En la modalidad actos jurídicos documentados, el préstamo hipotecario queda sujeto a la submodalidad de documentos notariales (arts. 27.1 y 28 LITPyAJD), con distinta cuota tributaria según sea la escritura matriz o copias autorizadas, en papel timbrado (art. 31.1 LITPyAJD) o la primera copia del acto o contrato inscribible (art. 31.2 LITPyAJD).

«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» (art. 29 LITPyAJD).

No obstante lo anterior, el Reglamento del **Impuesto** añade: «Cuando se trate de escrituras de constitución de **préstamo** con garantía se considerará adquirente al prestatario» (art. 68 II *Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo*, por el que se aprueba el Reglamento del **Impuesto Documentados**) sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados).

En la actualidad, existe un conflicto de doctrina entre las Salas del Tribunal Supremo, pues si bien la Sala de lo Contencioso considera que el sujeto pasivo es el prestatario en concepto de

«Adquirente» de un **préstamo** hipotecario contemplado unitariamente y con apoyo interpretativo en el Reglamento; la Sala Civil asume que sujeto pasivo es el prestamista en cuanto interesado en la **hipoteca**, omitiendo mencionar el Reglamento.

El resultado tributario de que quede gravado el prestatario no ha sido objetado por el Tribunal Constitucional: «es una opción de política legislativa válida desde el punto de vista constitucional que el sujeto pasivo de la modalidad de "actos jurídicos **documentados**" lo sea el mismo que se erige como sujeto pasivo del negocio jurídico principal» (ATC *Pleno 24/2005*; también *ATC 223/2005*).

La doctrina de los tribunales de lo contencioso se resume del siguiente modo: «En la escritura de constitución del **préstamo** con garantía hipotecaria existen dos actos o convenciones: el contrato de **préstamo** y la constitución de la garantía. En tales casos rige el principio de unidad de hecho imponible en torno al **préstamo**, principio recogido en el *art. 15.1 Real Decreto legislativo 1/1993*: «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** », idea que reproduce el *art. 25.1 del Reglamento del impuesto aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo*. Dado que el art. 29 del texto refundido confiere la condición de sujeto pasivo «al adquirente del bien o derecho», bien o derecho que consiste, de acuerdo con el principio de unidad de hecho imponible, no en la garantía convenida a favor del acreedor, sino en el **préstamo** documentado en la escritura notarial. Por tanto, solo el prestatario, como adquirente, es sujeto pasivo del IAJD devengado por el solo hecho imponible del otorgamiento del **préstamo** hipotecario. Por ello no infringe la jerarquía normativa la previsión del art. 68, párrafo segundo, del Reglamento» (STSJ *Madrid Contencioso 9ª 1193/2016, 18.11*; siguiendo la doctrina del TS 3ª, sim. not. *STS 3ª 2194/1996, 17.11.2001* hasta *STS 3ª rec. 4593/2001, 31.10.2016* y juris. cit.).

Sin embargo, la Sala Primera del Tribunal Supremo explica: «En lo que respecta a los tributos que gravan el **préstamo** hipotecario, nuevamente no se hace distinción alguna. [...] 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 STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 25-11-2011 (rec. 438/2009)*, 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».

Nos parece más convincente la interpretación de la Sala Primera en Pleno, por los siguientes argumentos:

a) «Las normas tributarias se interpretarán con arreglo a lo dispuesto en el *apartado 1 del artículo 3 del Código Civil* » (art. 12.1 LGT) y «las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado» (art. 13 *init.* LGT).

b) Por constancia terminológica (que es un subcanon de interpretación sistemática), en la modalidad TP, «adquirente» es «el que los adquiere» «en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase» (art. 8 a] LITPyAJD), distinguiéndose de «aquél a cuyo favor» se constituyen derechos reales (art. 8 c] LITPyAJD) y del «prestatario» «en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza» (art. 8 d] LITPyAJD).

c) El principio de unidad de hecho imponible no existe en la modalidad TP para el **préstamo** hipotecario. «A una sola convención no puede exigírsele más que el pago de un solo derecho, pero cuando un mismo documento o contrato comprenda varias convenciones sujetas al **impuesto** separadamente, se exigirá el derecho señalado a cada una de aquéllas, salvo en los casos en que se determine expresamente otra cosa» (art. 4 LITPyAJD).

d) Precisamente, por no existir unidad de hecho imponible en la modalidad TP, el artículo 15 LITPyAJD es una norma especial que exige de gravamen a aquel a cuyo favor se constituye la **hipoteca** (lo cual es una opción legislativa válida según el TC, pero difícilmente entendible por privilegiar a la parte con mayor capacidad económica).

e) En la modalidad AJD, en un **préstamo** hipotecario no hay «adquirente del bien o derecho», ni en el sentido de la propia Ley (supra b]) ni conforme a la naturaleza del negocio (supra a]). En consecuencia, será sujeto pasivo «las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan» (art. 29 LITPyAJD).

f) En la modalidad AJD sí existe, y tiene todo el sentido, la unidad del hecho imponible pues el acto de otorgamiento es único aunque los intervinientes sean varios.

g) El enunciado del artículo 29 -«las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan»- es semisinónimo del de la norma Sexta del arancel notarial -«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 puede concluirse que, en este caso, sujeto requirente y, además, interesado es el Banco. Nótese que no siempre será sujeto pasivo el prestamista, dependerá de las circunstancias del caso.

h) En interpretación teleológica, si el documento notarial se grava es porque contiene un acto jurídico inscribible en el Registro de la Propiedad, que resulta ser la **hipoteca**, no el **préstamo**, siendo el prestamista el beneficiario de la garantía (v. cómo se grava en ITP al acreedor con garantía real o personal, en art. 8 c] y e]).

i) El *artículo 68 del Reglamento del Impuesto* es una disposición ineficaz y, siendo ineficaz, también lo es a efectos interpretativos. El *artículo 8 « Reserva de ley tributaria » de la Ley General Tributaria* dispone: «Se regularán en todo caso por ley: [...] c) La determinación de los obligados tributarios previstos en el *apartado 2 del artículo 35 de esta ley* y de los responsables».

j) La interpretación que considera sujeto pasivo al prestatario, en definitiva, es una interpretación del Derecho nacional que desplaza hermenéuticamente las consecuencias económicas negativas de un hecho en interés del profesional, en perjuicio del prestatario, por lo que no se alinea con los objetivos de la Directiva 93/13.

Por otra parte, en cuanto a la competencia para la interpretación de la norma tributaria, el canon de constitucionalidad del Tribunal Constitucional no coincide con el de la interpretación de legalidad y, en todo caso, la ratio decidendi de sus Autos no fue identificar al sujeto pasivo del **impuesto** sino que, planteado que el sujeto pasivo fuera el prestatario, si ello era constitucional. Aclarado esto, el tribunal civil puede conocer de la cuestión tributaria «a los solos efectos perjudiciales» (arts. 10.1 LOPJ y 42.1 LEC). Además, como hemos puesto de manifiesto, entre dos interpretaciones posibles, el Derecho de la Unión obliga al juez civil a optar por la más conforme con los objetivos de la Directiva 93/13.

La cláusula es nula por su vocación de generalidad ya que, como efecto indiscutible, produce un desplazamiento de la carga tributaria del **impuesto** en la modalidad AJD, al menos, en el timbre de la copia autorizada para la entidad prestamista (art. 31.1 LITPyAJD).

En cuanto a la cláusula 6ª que establece un interés de demora del 18%, resulta aplicable la normativa de protección a los consumidores en concreto el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado mediante RDL 1/2007, que establece en su artículo 82.1 que “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” estableciendo el apartado 4 que “no obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas contenidas en los arts. 85 a 89”, esto es, las cláusulas numeradas en dicho precepto serán nulas en todo caso sin que sea relevante atender a que haya o no hayan sido negociadas individualmente.

En particular, en relación con los intereses de demora, resulta evidente que caen dentro del ámbito de aplicación de la normativa de protección de los consumidores pues son expresamente contemplado en la misma, ya que el art. 85.6 dispone que serán nulas las cláusulas que “supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla sus obligaciones” siendo así que el interés moratorio participa, claramente, de una naturaleza indemnizatoria derivada del retraso o impago de cuotas derivadas de un préstamo u operación similar; por ello deberá estimarse la demanda también en este apartado. Por último se ha de tener en cuenta la Disposición Transitoria 2ª de la Ley 1/2013 conforme a la que la limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3 apartado Dos será de aplicación a las hipotecas constituidas antes de la entrada en vigor de la ley que se devenguen con posterioridad a la misma así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos.

De todo lo anterior, no procede otro pronunciamiento que no sea el estimatorio total de las pretensiones del actor.

TERCERO.- En materia de costas procesales se ha de acoger el criterio del vencimiento conforme dispone el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por lo que procede imponer las costas a la parte demandada.

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

F A L L O

QUE ESTIMANDO la demanda interpuesta por Don Manuel De Lera Maíllo, en nombre y representación de Don _____ contra Caja Laboral Popular, representada por Don Oscar Centeno Matilla, debo declarar y declaro la nulidad parcial de la cláusula de gastos contenida en la cláusula Quinta conforme a la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo 705/2015; condeno a la entidad financiera demandada a devolver las sumas abonadas por el cliente a resultas de la aplicación de dicha cláusula en la parte que ha sido declarada nula, a saber, los conceptos abonados para el pago de Notaría, Registro de la Propiedad e Impuesto de Actos Jurídicos Documentados; respecto a la cláusula sexta, declaro la nulidad de la cláusula de intereses de demora; por último, condeno a la demandada al pago de los intereses legales devengados desde la fecha de disposición de las merítadas sumas dinerarias entendiéndose las mismas desde el momento en que fueron dispuestas de la cuenta del cliente y todo ello, con imposición a la demandada de las costas procesales causadas.



Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma cabe interponer recurso de apelación el cual deberá ser formulado en la forma que establece el artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el plazo de veinte días en este juzgado para ante la Audiencia Provincial de Zamora.

Así, por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.