

JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 MOTILLA DEL PALANCAR

SENTENCIA: 00098/2017

AVENIDA DE LA JUSTICIA, 8
Teléfono: 969 33 12 53, Fax: 969 33 23 18
Equipo/usuario: MRA
Modelo: N04390

N.I.G.: 16134 41 1 2017 0000181

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000086 /2017

Procedimiento origen: /

Sobre **OTRAS MATERIAS**

DEMANDANTE , DEMANDANTE D/ña. [REDACTED]
Procurador/a Sr/a. CRISTINA POVES GALLARDO, CRISTINA POVES GALLARDO
Abogado/a Sr/a. JUAN CARLOS GALVAÑ BARCELO, JUAN CARLOS GALVAÑ BARCELO
DEMANDADO D/ña. BBVA, SA
Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Procedimiento: ORD 86/2017.

SENTENCIA N°98/17

En Motilla del Palancar, a 4 de octubre de 2017.

Dña. Beatriz Madrigal Sánchez, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de esta ciudad y su partido judicial, ha visto los autos de juicio ordinario, registrados con el número 86/2017, promovidos por D. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] Dña. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], representados por la Procuradora de los Tribunales Dña. Cristina Poves Gallardo y asistidos por el Letrado D. Juan Carlos Galvañ Barceló, contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., representada por Dña. [REDACTED] [REDACTED] y asistida por el Letrado D. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], siendo el objeto del pleito la acción de nulidad de condiciones generales de la contratación.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador de los Tribunales demandante, en el nombre y representación que acreditó, formuló ante este Juzgado demanda de juicio ordinario contra el mencionado demandado, alegando, en apoyo de sus pretensiones, los hechos y los fundamentos de derecho que consideró de aplicación al caso, y terminó suplicando al Juzgado que tuviese formulada "DEMANDA frente a la entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., en ejercicio de las ACCIONES ACUMULADAS DE NULIDAD DE CONDICIÓN GENERAL DE CONTRATACIÓN Y RECLAMACIÓN DE CANTIDAD y, tras los trámites procesales oportunos, dicte Sentencia por la que:

"1.- Declare la nulidad de la estipulación que establece, en el contrato del que se deriva la presente demanda, la imposición al prestatario de todos los gastos e impuestos que origine el otorgamiento de la escritura hasta su inscripción en el Registro de la Propiedad y, en concreto, la imposición de los siguientes gastos: notariales, registrales e impuesto de actos jurídicos documentados.

2.- Se condene a la demandada a abonar a la prestataria la cantidad de 3.428,04 Euros, en concepto de reparación del gasto soportado por las partidas anteriores, más los intereses legales correspondientes desde la fecha de pago por el prestatario.

3.- Declare la nulidad de la estipulación que establece el interés de demora del 20% aplicable al contrato.

Y, alternativamente, para el caso de que se considere que la entidad prestamista no debe soportar la integridad del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados:

1.- Declare la nulidad de la estipulación que establece, en el contrato del que se deriva la presente demanda, la imposición al prestatario de todos los gastos e impuestos que origine el otorgamiento de la escritura hasta su inscripción en el Registro de la Propiedad y, en concreto, la imposición de los siguientes gastos: notariales, registrales e impuesto de actos jurídicos documentados.

2.- Se condene a la demandada a abonar a la prestataria la cantidad de 2.996,89 Euros, en concepto de reparación del gasto soportado por las partidas anteriores (minorando en un 20% la relativa al IAJD), más los intereses legales correspondientes desde la fecha de pago por el prestatario.

3.- Declare la nulidad de la estipulación que establece el interés de demora del 20% aplicable al contrato. Y en ambos casos con expresa imposición de las costas procesales a la parte demandada".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado a la parte demandada para que contestasen en el plazo de veinte días, lo que hizo, con el contenido obrante en las actuaciones.

TERCERO.- Mediante diligencia de ordenación de 25 de mayo de 2017, se acordó citar a las partes para la celebración de la audiencia previa el 18 de septiembre de 2017.

Llegado el día de la fecha, comparecieron ambas partes. Tras la ratificación de los respectivos escritos de demanda y contestación, se fijaron los hechos controvertidos y se propuso como prueba, la documental. Admitida la prueba y formuladas conclusiones por las partes, quedaron los autos vistos para sentencia, en virtud del artículo 429.8 de la LEC.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del proceso. Objeto de la controversia.- La parte actora ejercita una acción de nulidad de condiciones generales de la contratación y reclamación de cantidad frente a BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. En concreto, interesa que se declare la nulidad de la cláusula de imputación de gastos al prestatario (en concreto, los que imponen los gastos notariales, registrales e impuesto de actos jurídicos documentados) y la cláusula que fija los intereses de demora al 20%, cláusulas contenidas en el contrato de préstamo hipotecario celebrado entre D. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] y la entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. el 9 de agosto de 2012.

La parte demandada sostiene que la cláusula por la cual se imputan los gastos al prestatario es perfectamente válida, al ser clara y transparente, y al haber otorgado al

prestatario/consumidor toda la información necesaria para su comprensión. Asimismo, alega que la eventual declaración de nulidad no implica que los gastos se atribuyan automáticamente al prestamista. También es objeto de controversia si la cláusula que fija el interés de demora es o no abusiva.

No es objeto de controversia ni la condición de consumidores de los prestatarios ni la el carácter de condiciones generales de la contratación de las cláusulas cuya nulidad se pretende.

SEGUNDO.- Del carácter abusivo de la cláusula de gastos.-

La parte actora interesa que se declare la nulidad de la cláusula que impone a los prestatarios todos los gastos e impuestos que origine el otorgamiento de la escritura hasta su inscripción en el Registro de la Propiedad y, en concreto, la imposición de los gastos notariales, registrales y del impuesto de actos jurídicos documentados.

La cláusula que fija los gastos y cuya nulidad se pretende, tiene el siguiente contenido (cláusula quinta):

"Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados para la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación -incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía- y ejecución de este contrato, a excepción de las costas judiciales cuyo pago será de quien determinen los jueces y tribunales en el correspondiente procedimiento, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía hipotecaria, y de otras garantías,

incluso los alzamientos personales prestados por terceros, que en el futuro acuerden en aseguramiento de todas las obligaciones que se deriven de ese contrato, siendo igualmente a cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en esta escritura.

La parte prestataria faculta al Banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que en este acto se constituye y de los títulos previos a esta escritura, así como los gastos derivados de la cancelación de cargas y anotaciones preferentes a dicha hipoteca. Los gastos suplidos podrán ser cargados en cuenta a la parte prestataria en la forma y condiciones que se indican al final de esta cláusula.

La parte prestataria queda obligada a satisfacer y resarcir al Banco cuantos daños, perjuicios y gastos de cualquier naturaleza, se generen u originen al Banco por la constitución, cumplimiento, comunicación o extinción de las obligaciones resultantes del presente contrato o para el cobro del crédito, incluyéndose los gastos y costes, directos o indirectos, causados por las actuaciones del Banco que tengan por objeto la reclamación de la deuda (tales como, en especial los requerimientos de pago por correo, teléfono, telegramas o notariales); a excepción de las costas judiciales cuyo pago será de quien determinen los jueces y tribunales en el correspondiente procedimiento.

El Banco queda facultado para cargar en cuenta o reclamar en cualquier momento a la parte prestataria cuantas cantidades se adeuden por los conceptos antes indicados. Las cantidades así adeudadas al Banco, devengarán desde la fecha en que éste

las hubiera satisfecho y sin necesidad de reclamación, el interés de demora establecido y quedarán garantizados con cargo a la cifra de responsabilidad hipotecaria prevista para gastos y costas".

La Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 (sentencia nº705/2015) analizó el carácter abusivo de la cláusula que fija los gastos a cargo del prestatario y dispuso lo siguiente: "El art. 89.3 TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto "La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (numero 2º), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 3º). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º).

2.- Sobre tales bases legales, no cabe considerar que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguna de las normas legales citadas como infringidas, al declarar la abusividad de la cláusula. Baste recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU).

En la sentencia 550/2000, de 1 de junio, esta Sala estableció que la repercusión al comprador/consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva

y, por tanto, nula. Y si bien en este caso la condición general discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso.

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 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, tributarán 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.

4.- En 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.

5.- En cuanto a los gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, y los derechos de procurador y honorarios de abogado contratados por la entidad prestamista, hemos de advertir en primer lugar que los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en los arts. 394 y 398 LEC, para los procesos declarativos, y en los arts. 559 y 561 de la misma Ley, para los procesos de ejecución. Tales normas se fundan básicamente en el principio del vencimiento, y en el caso concreto de la ejecución, las costas se impondrán al ejecutado cuando continúe adelante el despacho de ejecución; pero también podrán imponerse al ejecutante cuando se aprecie algún defecto procesal no subsanable o que no se haya subsanado en el plazo concedido al efecto (art. 559.2 LEC), o cuando se estime algún motivo de oposición respecto del fondo (art. 561.2 LEC); y cuando la estimación sea parcial, cada parte deberá hacer frente a las costas devengadas a su instancia. Por consiguiente, la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales no solo infringe normas procesales de orden público, lo que comportaría sin más su nulidad ex art. 86 TRLCU y art. 8 LCGC, sino que introduce un evidente desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaer a todo trance las consecuencias de un proceso sobre una de ellas, sin tener en cuenta ni la procedencia legal de la reclamación o de la oposición a la reclamación, ni las facultades de moderación que la ley reconoce al Tribunal cuando aprecie serias dudas de hecho o de derecho.

Respecto a la imputación al cliente de los honorarios de abogado y aranceles de procurador de los que se haya servido el prestamista, incluso cuando su intervención no sea preceptiva, la estipulación contraviene de plano el art. 32.5 LEC, que excluye tales gastos de la eventual condena en costas, salvo que el tribunal aprecie temeridad o que el domicilio de la

parte representada o defendida en juicio esté en un lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio. Por lo que, además de la falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes y la dificultad para el consumidor de valorar las consecuencias por desconocer en el momento de la firma del contrato el cúmulo de actuaciones en las que eventualmente podría valerse la entidad contratante de tales profesionales sin ser preceptivo (actos de conciliación, procedimiento monitorio, juicio verbal en reclamación de cantidad inferior a la establecida legalmente...), lo que de por sí sería suficiente para considerar la cláusula como abusiva, resulta correcta la declaración de nulidad de la misma, conforme a los arts. 86 TRLCU y 8 LCGC".

Atendiendo a lo dispuesto por el Alto Tribunal y a la redacción de la cláusula del presente contrato de préstamo hipotecario, cabe concluir que ésta es abusiva. Es llamativa la extensión de la cláusula, que fija casi cualquier gasto imaginable a cargo del prestatario y que, dada su generalidad, impide conocer al consumidor la trascendencia real de su aplicación. Además, impone al prestatario/consumidor conceptos cuyo pago deberían ser de cuenta del prestamista, como el pago de tributos que sean de cuenta del empresario o los pagos de los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario.

Por todo ello, procede declarar abusiva la cláusula quinta del contrato de préstamo hipotecario celebrado entre las partes, lo que determina su nulidad de pleno derecho y su expulsión del contrato (artículo 83 TRLGDCU).

TERCERO.- Consecuencias de la nulidad: gastos notariales.-

La parte actora, además de interesar la declaración de nulidad

de la cláusula relativa a los gastos a cargo del prestatario, solicita que se condene a la parte demandada al pago de las cantidades en su día abonadas por los consumidores en lo relativo a gastos notariales, del Registro de la Propiedad y del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados (en adelante IAJD).

La consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula de atribución de gastos no puede implicar, automáticamente, la atribución de todos ellos a la entidad prestamista, sino que deberá analizarse cada uno de los gastos y las normativas que los regulan para poder determinar quién ha de abonarlos en cada caso.

Comenzando por los gastos de Notaría, la norma sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios establece que *"la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente"*.

El primer criterio que fija la norma para atribuir el pago de los gastos notariales es el relativo a concretar quién solicitó la intervención del Notario. En el presente caso, no existe prueba suficiente que permita concluir si fue el prestamista o el prestatario el que solicitó la intervención del Notario, por lo que ha de acudirse al segundo criterio. El segundo criterio atribuye el pago al interesado en la intervención notarial. En este sentido, existen diferentes criterios de las Audiencias Provinciales en cuanto a quién se considera interesado. El Tribunal Supremo, en la Sentencia de

23 de diciembre de 2015, ya se pronunció al respecto, considerando interesado a la entidad prestamista: *"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)".*

Atendiendo a lo dispuesto por dicha resolución, se considera que el pago de los gastos notariales debe ser a cargo de la entidad prestamista. Y es que, a juicio de esta Juzgadora, el único interesado en formalizar el contrato de préstamo en escritura pública es la entidad bancaria. Al prestatario le es indiferente que el contrato se realice de forma privada o con intervención del Notario, su único interés es obtener financiación (de hecho, la experiencia nos dice que en multitud de préstamos (normalmente, de cuantías pequeñas) no existe intervención notarial). Por el contrario, la entidad bancaria tiene un interés fundamental en elevar a público el contrato de préstamo, y ello, porque le va a permitir obtener un título ejecutivo (artículo 517 de la LEC) y constituir la garantía hipotecaria (requiere inscripción en el Registro de la Propiedad y, por tanto, elevación a escritura pública con carácter previo).

Por todo ello, declarada nula la cláusula que atribuye los gastos al consumidor, debe condenarse a la entidad bancaria a

abonarle la cantidad que en su día pagó por la intervención notarial, que, en este caso, es de 1.024,02 euros (cantidad suficientemente acreditada con el documento 2 aportado junto con el escrito de demanda). Es irrelevante que esa cantidad se abonase por el prestatario a un tercero. En este caso, se está analizando la posible nulidad de una cláusula y sus consecuencias y, declarada abusiva la cláusula examinada, hay que dejarla sin efecto (como si no hubiera existido) y aplicar las consecuencias que esa nulidad determina (de haberse pactado una cláusula no abusiva, debería haber sido la entidad bancaria la que hubiese abonado los gastos notariales, por lo que ha de devolver al consumidor ese importe que en su día abonó en aplicación de una cláusula declarada nula).

CUARTO.- De las consecuencias de la nulidad: aranceles Registro de la Propiedad.- La norma octava del Anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad dispone, en su apartado primero, que *"los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado"*.

La norma atribuye el pago de los aranceles del Registro de la Propiedad a aquél a cuyo favor se inscriba el derecho, que sin duda, en estos supuestos, es la entidad bancaria/prestamista. La entidad bancaria es la que tiene el principal interés en que se inscriba la garantía hipotecaria, entre otras cosas, porque se trata de una inscripción con efectos constitutivos (artículos 1875 CC y 2.2 LH) y, porque, una vez inscriba, obtiene un título ejecutivo (artículo 517 de

la LEC) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (artículo 685 de la LEC).

Por ello, declarada nula la cláusula que atribuye al prestatario los gastos de la inscripción en el Registro, procede condenar a la entidad bancaria a abonar a los demandantes el importe que estos en su día pagaron por tal concepto (en concreto, 248,23 euros). Carece de relevancia, a tal efecto, el hecho de que tal importe se abonase a un tercero, ya que lo que se está analizando es la validez de la cláusula que atribuye los gastos al prestatario. Declarada nula tal atribución de gastos, procede condenar a la entidad a abonar al prestatario la cantidad que, en su día, la propia entidad bancaria debería haber abonado al Registro de la Propiedad.

QUINTO.- De las consecuencias de la nulidad: Impuestos sobre Actos Jurídicos Documentados.- El artículo 29 del 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 determina quién ha de ser el sujeto pasivo en relación con los documentos notariales: *"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"*.

Este artículo se desarrolla por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo (RCL 1995, 1816), por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, cuyo artículo 68 dispone lo siguiente: *"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".

En atención a lo dispuesto en estos preceptos, parece claro que el sujeto pasivo del IAJD es el prestatario/consumidor. Así se determina también por la Audiencia Provincial de Pontevedra en la Sentencia 152/2017, de 28 de marzo, en la que declara que "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 (RTC 2005, 24) , y Auto nº 223/2005, de 24 de mayo , que no han admitido

las respectivas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas sobre ello".

En definitiva, y de conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente y la interpretación realizada de dichas normas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, procede concluir que el sujeto pasivo del impuesto y, por tanto, el que ha de abonar su importe, es el prestatario. De este modo, no procede estimar la pretensión del demandante en lo relativo a condenar a la entidad demandada al pago de los 2.155,79 euros correspondientes al IAJD.

SEXTO.- De la abusividad de la cláusula que fija el interés de demora.- La parte actora solicita que se declare la nulidad de la cláusula sexta del contrato de préstamo cuyo contenido es el siguiente:

"Las obligaciones dinerarias de la parte prestataria, dimanantes de este contrato, vencidas y no satisfechas, devengarán desde el día siguiente al de su vencimiento, sin necesidad de requerimiento alguno y sin perjuicio de la facultad de vencimiento anticipado atribuida al Banco en la cláusula 6ª bis, un interés de demora del veinte por ciento (20%) nominal anual, calculado y liquidable por meses naturales o fracción en su caso y siempre por periodos vencidos. Los intereses vencidos y no satisfechos devengarán y se liquidarán en igual forma nuevos intereses al tipo de interés moratorio aquí establecido.

Las cantidades resultantes como intereses de demora se considerarán firmes en el momento en que se perciban, sin perjuicio del derecho del Banco a exigirle los

intereses moratorios devengados hasta cada momento, y quedarán garantizados exclusivamente con cargo a la cantidad máxima consignada en el apartado b) de la cláusula 9ª".

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, reformó el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, añadiendo un tercer párrafo con el siguiente contenido: *"los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil"*.

Este precepto, según ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), impide que se pacten intereses superiores a los que se indican, pero no excluye el control del carácter abusivo de las cláusulas de intereses moratorios que, aunque cumplan lo dispuesto en el artículo citado, puedan suponer *"la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones"* (artículo 85.6 del TRLGDCU). En definitiva, el juez nacional tiene la obligación de analizar el posible carácter abusivo de una cláusula que fija un interés de demora, incluso en el supuesto de que ese interés no sea superior al límite fijado en el artículo 114 párrafo tercero de la LH (auto TJUE de 11 de junio de 2015, asunto C-602/13). A los efectos de analizar si esa indemnización es o no desproporcionada, el Tribunal Supremo ha declarado lo siguiente (sentencia de 22 de abril de 2015): *"para decidir si una cláusula es abusiva, el TJUE ha declarado que deben tenerse en*

cuenta las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, dice el TJUE, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. En cuanto a la cláusula relativa a la fijación de los intereses de demora, el TJUE afirma que el juez nacional debe comprobar en particular, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos (STJUE de 14 marzo 2013, asunto C-415/11, caso Mohamed Aziz , párrafos 68 y 74)". Además, el juez nacional debe comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual (STJUE de 14 marzo 2013, asunto C-415/11, caso Mohamed Aziz, párrafo 69).

Si se analizan las normas nacionales aplicables en el supuesto de que no hubiese existido un acuerdo expreso, se puede concluir que un tipo del 20% anual es claramente abusivo. En el presente caso, la cláusula que fija ese interés de demora excede del triple del interés legal del dinero (el interés legal en el año 2007 se fijó en un 5%, reduciéndose al 4% a partir del año 2009). Pero es que, además, teniendo en cuenta otras disposiciones legales, se puede concluir que la indemnización fijada es desproporcionadamente alta. Así, el artículo 1.108 del Código Civil fija, a falta de pacto expreso, un interés de demora correspondiente al interés legal. El art.

576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a falta de pacto de las partes o de disposición especial de la ley, establece como interés de mora procesal el resultante de adicionar dos puntos porcentuales al interés legal del dinero. Además, en el marco de los préstamos personales, el Tribunal Supremo, en la sentencia citada de 22 de abril de 2015, ha declarado que es abusivo un interés de demora que suponga un aumento en más de un dos por ciento del interés remuneratorio fijado en el contrato, criterio que ha extendido, asimismo, a los préstamos con garantía hipotecaria en la Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016.

Atendiendo a los intereses fijados en la normativa nacional y, especialmente, a lo dispuesto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de abril de 2015 y de 3 de junio de 2016, debe concluirse que el interés de demora fijado en el contrato es claramente abusivo, al suponer una indemnización desproporcionada en favor del empresario, y exceder, en mucho, al interés remuneratorio fijado en el propio préstamo hipotecario.

La consecuencia del carácter abusivo de la cláusula de interés de demora no es otra que su declaración de nulidad y la expulsión del contrato de préstamo celebrado entre las partes (*"las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas"*, artículo 83 del TRLGDCU).

SÉPTIMO.- Intereses.- La parte actora solicita que se condene a la entidad bancaria al abono de los intereses desde la fecha de pago por el prestatario de cada una de las cantidades.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.303 del Código Civil, procede condenar a la entidad bancaria a abonar el interés legal del dinero de las cantidades cuyo pago le correspondía (aranceles notariales y registrales) a contar desde el momento en que se hizo efectivo dicho pago por el consumidor/demandante. En concreto, el importe de los gastos notariales (1.024,02 euros) devengará el interés legal del dinero desde el 9 de agosto de 2012, mientras que el importe correspondiente a los gastos del Registro de la Propiedad (248,23 euros), desde el 31 de octubre de 2012 (ver doc. 2 de la demanda).

Desde el dictado de la presente sentencia, se producirá el devengó del interés fijado en el artículo 576 de la LEC hasta el completo pago de la cantidad objeto de condena.

OCTAVO.- Costas.- Dispone el artículo 394 de la LEC que *"1. En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.*

Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares.

2. Si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad".

En el presente caso, se han estimado las pretensiones de la parte actora en lo relativo a la declaración de nulidad de la cláusula que fija los gastos y el interés de demora, así como en la pretensión de condena al pago de los gastos del Registro de la Propiedad y notariales. La única desestimación ha sido en lo relativo a la devolución, por parte de la entidad bancaria, de importe abonado por el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

La estimación ha sido prácticamente total, es decir, se ha producido una estimación sustancial de la demanda que justifica la condena en costas de la parte demandada.

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

FALLO

QUE ESTIMANDO la demanda formulada por la representación procesal de D. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] frente a **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.** acuerdo:

- Declarar **NULA** la cláusula quinta y sexta del préstamo hipotecario celebrado entre las partes el 9 de agosto de 2012.
- **CONDENAR** a BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. a devolver a D. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] las siguientes cantidades: **1.024,02 EUROS** (más el

interés de demora devengado desde el 9 de agosto de 2012) y **248,23 EUROS** (más el interés de demora devengado desde el 31 de octubre de 2012). Las citadas cantidades devengarán el interés del artículo 576 de la LEC a partir del dictado de la presente resolución.

Se condena en costas a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes y hágaseles saber que **NO ES FIRME** y que contra ella cabe interponer **RECURSO DE APELACIÓN** en el plazo de **VEINTE DÍAS** a contar desde el día siguiente de la notificación de la presente resolución.

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