

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5
PALMA DE MALLORCA
SENTENCIA: 00386/2017

Modelo: N10250

PLAZA MERCAT, 12

Tfno.: 971-728892/712454 Fax: 971-227217

N.I.G. 07040 42 1 2017 0007439

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000473 /2017

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 17 de PALMA DE MALLORCA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000240 /2017

Recurrente: BANCO [REDACTED]

Procurador: [REDACTED]

Abogado:

Recurrido: [REDACTED]

Procurador: [REDACTED]

Abogado: ,

SENTENCIA N° 386

Ilmos. Sres.

Presidente:

D. MATEO RAMÓN HOMAR

Magistrados:

D. SANTIAGO OLIVER BARCELÓ

D^a COVADONGA SOLA RUIZ

En Palma de Mallorca a 21 de diciembre de 2017.

Vistos por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 17 de Palma, bajo el número 240/17, Rollo de Sala número 473/17, entre partes, de una, como demandada apelante BANCO [REDACTED] S.A., representada por el Procurador de los Tribunales [REDACTED] y asistida del Letrado [REDACTED] y, de otra, como demandantes apelados [REDACTED], representados por el Procurador de los Tribunales [REDACTED] y asistidos del Letrado [REDACTED]

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número 17 de Palma en fecha 10 de julio de 2017 se dictó Sentencia cuyo Fallo es del tenor literal siguiente:

"Declaro abusiva y nula de pleno derecho la cláusula "QUINTA" de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria en fecha 14 de diciembre del año 2010 con el siguiente tenor literal:

"Serán de cuenta exclusiva de la parte deudora todos cuantos arbitrios e impuestos derivados de esta escritura, los que graven la(s) finca(s) o puedan crearse durante la vigencia de este contrato, así como los gastos, tales como tasación, gastos y honorarios de los técnicos que puedan intervenir, así como aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca, los derivados de la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y los tributos ocasionados por esta escritura (y su acta de entrega), hasta la inscripción de la misma(s) en el Registro de la Propiedad, su copia autorizada con efectos ejecutivos y una copia simple, ambas para la caja, e incluso los que puedan girarse con posterioridad con carácter complementario, y las primas devengadas por la póliza del seguro contra incendios cuyos conceptos podrá satisfacer la Caja por cuenta del prestatario(s) si este(estos) no lo hiciere(n), garantizándose tales sumas con la cantidad consignada en la estipulación OCTAVA para prestaciones accesorias. Igualmente, serán de cuenta del deudor(es) los gastos de cancelación de hipoteca y todos cuantos se produzcan

a la Caja si para conseguir la efectividad del pago de lo adeudado hubiera de ejercitarse cualquier acción de procedimiento judicial, en cuanto la normativa procesal permita esta atribución. Asimismo se repercutirán los gastos por correo que se puedan originar, incluyéndose en las liquidaciones periódica que se remitan al domicilio del prestatario y de acuerdo con las tarifas oficiales vigente en cada momento”.

Condeno a la entidad demandada a eliminarla.

Condeno a la demandada a restituir a la actora la cantidad de 7.419,38 euros como consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula anterior con el interés legal a aplicar desde la fecha de la firma y suscripción de la escritura (14 de diciembre de 2010), hasta la fecha de la presente resolución, momento en que devengarán los intereses legales procesales del artículo 576 LEC, hasta la fecha del completo pago.

Condeno a la demandada a las costas del procedimiento”.

SEGUNDO.- Que contra la anterior sentencia y por la representación de la parte demandada se interpuso recurso de apelación y seguido el recurso por sus trámites se celebró deliberación y votación en fecha 19 de diciembre del corriente año, quedando el recurso concluso para Sentencia.

TERCERO.- Que en la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con la demanda que dio origen a las presentes actuaciones se interesaba por la actora se declarase la

nulidad, por abusiva, de la cláusula Quinta contenida en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 14 de diciembre de 2010, condenando a la demandada a su eliminación y a le reintegre las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de la misma, que ascienden a un total de 7.419,38.- euros, con más los intereses legales devengados y pago de las costas procesales generadas.

A dicha pretensión se opuso la demandada, alegando que la actora fue debidamente informada de todas las condiciones de la operación, y de los gastos que dicho otorgamiento otorgaría, acordándose que serían asumidos por ellos, siendo que, además le serían legalmente atribuibles; y que las facturas cuyo reintegro ahora reclama, se emitieron a su nombre sin que conste protesta o disconformidad alguna por su parte hasta el momento de la presentación de la demanda, por lo que es contrario a los actos propios y a la buena fe pretender ahora repercutirle tales gastos.

La sentencia de instancia estimó en su integridad la demanda y contra dicho pronunciamiento se alza la parte demandada reproduciendo, como motivos de impugnación, los mismos argumentos esgrimidos en su contestación a la demanda, esto es, que la cláusula impugnada además de ser clara y transparente no vulnera la normativa de consumidores y usuarios toda vez que los gastos deben correr a cargo de quien solicita el préstamo hipotecario; que previamente a la firma de la escritura, se informó a los actores de todas las condiciones de la operación y de los gastos que debía asumir; y que ninguno de los importe abonados fueron percibidos ni cobrados por el banco, sino por terceros que facturaron a la actora que los abonó sin protesta alguna, por lo que termina suplicando se revoque la resolución de instancia y en su lugar

se desestime en su integridad la demanda, con expresa condena en costas a la parte actora.

La parte demandante se ha opuesto al recurso interesando la íntegra confirmación de la resolución recurrida y con expresa imposición de costas a la parte apelante.

SEGUNDO.- Centrado de este modo los términos de la presente alzada, con carácter previo se hace necesario precisar que desde el momento en que no se ha puesto en duda la condición de consumidor de la parte demandante, ni tampoco que la cláusula a analizar responde al concepto de condiciones generales de la contratación, la cuestión queda reducida a determinar si en cuanto a su contenido se ajustan o no a la normativa tuitiva sobre consumidores y usuarios.

Dicho lo anterior, la cláusula impugnada es la que se contiene en el pacto quinto de la escritura de 14 de diciembre de 2010, y cuyo tenor literal se contiene en el fallo de la resolución impugnada anteriormente transcrito y que damos aquí por reproducido.

Lo primero que llama la atención es su redacción abierta y con vocación omnicomprensiva, que evidencia su falta de proporcionalidad y de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que por sí sólo es motivo suficiente para considerar la cláusula como abusiva, resultando por tanto correcta su declaración de nulidad, siendo de plena aplicación al caso, la doctrina recogida en la STS Pleno de 23 de diciembre de 2015, citada en la instancia que al respecto refiere:

"1,-. En primer lugar, resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones (como veremos) contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto.

El artículo 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" (número 2º), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es un 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. 89.3.3ª 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 tiene por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4ª) y correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizadores que no corresponden a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresado 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 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 de 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 artículo 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentales, 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 artículo 26.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el artículo 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 copias, actas y testimonios que intereses 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) TRLGC, 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...

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 artículos 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 de 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 sólo 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 consecuencia 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”.

TERCERO.- Partiendo de lo anterior, si bien la sentencia de instancia al declarar la nulidad de la citada cláusula consideramos que aplica adecuadamente la doctrina sentada en la sentencia transcrita, por lo que procede confirmar dicha declaración de nulidad, por el contrario no podemos compartir en su integridad, las consecuencias que deriva de dicha declaración, y en este sentido, como ya tuvimos ocasión de señalar en la Sentencia de 9 de noviembre de 2017, asumimos como propios los razonamientos que al efecto se contienen en la SAP de Asturias de 2 de junio de 2017, en la que tras analizar la diferencia entre la acción enjuiciada por el TS en la precitada sentencia, que no es otra que la acción colectiva de cesación, en la que prima ese control abstracto o formal de la misma, y la que al igual que en el presente, lo que se analiza no es sólo dicho control en abstracto, sino también las consecuencias de la declaración de nulidad en forma de restitución de todas las prestaciones por el predisponente en aplicación de la misma refiere “*en relación a esta obligación de reintegro, habrá de estarse en cada caso respecto al concreto gasto cuyo reintegro se pretende, a lo que establezca el derecho positivo respecto de quién debe soportarlo, como si esta estipulación no existiera, de modo que la nulidad, solo alcanzará al contenido del pacto que pueda modificar el régimen de atribución que el derecho positivo haga de cada gasto, lo que obliga a abordar el enjuiciamiento de la abusividad, no desde la estricta literalidad de la cláusula,*

considerada en abstracto o de forma teórica sino en función del modo en que la misma ha sido aplicada, esto es relacionándola con el uso que la entidad financiera ha hecho de la misma en cada caso, de forma que el reintegro de gastos que se pretende en base a esa declaración de abusividad formal o abstracta, solo podrá ser declarada si la parte que lo insta prueba cumplidamente que los abonados a que se refiere el mismo no le correspondían sino que eran a cargo de la entidad financiera predisponente, existiendo una repercusión indebida de gastos que a la misma correspondían; de hecho la sentencia de 23 de diciembre de 2015 del Pleno del TS ordena la cesación en el uso de dicha cláusula por la atribución indiscriminada al consumidor de cuantos gastos comporte el negocio en cuestión, pero por el contrario razona abiertamente que al menos una parte de ellos han de ser de cargo del prestatario, de manera que en relación a estos no puede decirse que la cláusula sea abusiva”.

En el caso, y respecto a los concretos gastos que en la referida cláusula se imputan al prestatario, consideramos lo siguiente:

a) Gastos de gestaría, consideramos acertado que los gastos de gestoría, en tanto que fue el propio Banco quién le encomendó la tramitación de la inscripción de la carga hipotecaria en el Registro de la Propiedad, debían ser asumidos por aquél. Si nos atenemos a la factura emitida por la Gestoría directamente designada por el Banco, fácil es deducir que la mayoría de las gestiones realizadas hacen referencia a las derivadas de a las actuaciones registrales, y aun cuando es cierto que también gestionó la liquidación y pago del impuesto sobre los Actos Jurídicos Documentados, cuyo obligado tributario es el prestatario, no existe en autos

prueba que acredite que su actuación responda a un solicitud expresa del prestatario, que no cabe deducir tampoco de un contenido tan genérico como el que se incluye en la cláusula analizada.

b) Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Aunque la doctrina jurisprudencial sobre dicha cuestión no es unánime, existiendo al respecto dos posturas, una que obliga a la devolución, basándose en la doctrina contenida en la STS de 23 de diciembre de 2015, y la otra, que considera que si bien la cláusula es abusiva y debe tenerse por no puesta, entra en el examen de la determinación de quien es el sujeto pasivo de dicho impuesto, según Ley y Reglamento aplicable, para concluir que el obligado tributario es el propio prestatario; este Tribunal se inclina por esta segunda postura, con base a lo siguiente:

Cabe reseñar la siguiente normativa:

1) El artículo 17.5 de la Ley General Tributaria de 17 de diciembre de 2003, dispone que "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.

2) El artículo 89.3 del TRLCU señala que el obligado tributario tampoco puede ser alterado por actos o convenidos de los particulares entre un profesional y un consumidor, en perjuicio de este último, y contiene una referencia expresa en su apartado c) para la compraventa de viviendas. Por tanto, en relaciones entre un profesional o empresario y un consumidor

no puede imponerse a este último un impuesto cuyo sujeto pasivo es el profesional o empresario.

3) El Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por la que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, establece que "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: 1º Las transmisiones patrimoniales onerosas (...) 3º Los actos jurídicos documentados"(art. 1.1) "Son transmisiones patrimoniales sujetas (...) B) La constitución de derechos reales, préstamos (...)" (art. 7.1 LITP Y AJD). A tenor del artículo 8 "Estará obligado al pago del Impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: c) En la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el prestatario". En su Título Tercero, que regula los Actos Jurídicos Documentados, según art. 27 se sujetan a gravamen en los términos que se previenen en los artículos siguientes: a) Los documentos notariales, señalando el art. 28, en cuanto al hecho imponible, que están sujetas las escrituras, actas y testimonios notariales, estableciendo en cuanto al sujeto pasivo el art. 29 que se considerará como tal 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, 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).

4) El Reglamento de dicho impuesto, RD de 29 de mayo de 1995, en su artículo 68 dispone "Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario".

Frente a la postura que se recoge en la STS de 23 de diciembre de 2015 que parece sostener que el sujeto pasivo es el prestamista, la postura de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, se inclina por considerar que el sujeto pasivo de dicho impuesto es el prestatario; postura que se encuentra en la STS, Sala 3ª, de 31 de octubre de 2006 que, a su vez, cita sentencias del Alto Tribunal de 20 de enero y 20 de junio de 2006, 19 de noviembre de 2001, entre otras: *"que la interpretación tradicional de esta Sala ha aceptado siempre la premisa de que el hecho imponible, préstamo hipotecario, era y es único, y que, por tanto, la conclusión de su sujeción a AJD, hoy por hoy, es coherente, cualesquiera sean las tendencias legislativas que, en un futuro próximo, pudieran consagrar su exención en esta última modalidad impositiva, introduciendo la necesaria claridad en el sistema aplicativo de un impuesto, como el de AJD, que tantas dificultades encierra en su actual configuración ...*

En cualquier caso, la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible es el prestatario, de conformidad con lo establecido en el art. 8º.d), en relación con el 15.1 del Texto Refundido ITP Y AJD, y en relación, asimismo, con el art. 18 del Reglamento de 1981, hoy art. 25 del vigente de 29 de mayo de 1995, que, por cierto, ya se refiere a la

constitución de, entre otros, derechos de hipoteca en garantía de un préstamo y no a la de préstamos garantizados con hipoteca".

Con cita de la sentencia de 27 de marzo de 2006, refiere dicha Sala "entendiendo que el artículo 30 (hoy 20) del Texto Refundido del ITP y AJD de 1980 (artículo 68 del Reglamento) señala que, en la modalidad de documentos notariales del IAJD "será sujeto pasivo el adquiriente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan" y que ese adquiriente del bien o derecho sólo puede ser el prestatario, no ya por un argumento similar al de la nulidad del hecho imponible en torno al préstamo, conforme ocurre en la modalidad de transmisiones onerosas - arts 8ºd), en relación con el 15.1 del Texto Refundido y con el art. 18 de su Reglamento -, sino porque el "derecho" a que se refiere el precepto es el préstamo que refleja el documento notarial, aunque este se encuentre garantizado con hipoteca y sea la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad elemento constitutivo del derecho de garantía". De tal argumentación se infiere que, incluso cuando el contrato celebrado entre las partes pueda escindirse en un negocio jurídico contractual principal (préstamo concedido por la entidad bancaria al prestatario) y un negocio jurídico real accesorio (constitución de la hipoteca, como garantía real en caso de incumplimiento de la obligación principal de devolución de la cantidad prestada) desde el punto de vista tributario (a efectos fiscales) el hecho imponible (presupuesto que determina el nacimiento de la obligación de pagar un determinado impuesto) es único: el préstamo hipotecario.

Asimismo la STS Sal 3 de 20 de enero de 2004 indica que *"el citado artículo 68 del RD 828/1995 no ha incurrido en una extralimitación del artículo 29 del RD Leg 1/1993 que lo habilita..."*.

Se planteó cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 29 del Real Decreto 1/1993 de 24 de septiembre, en relación con los artículos 8 d) y 15.1 del mismo Texto Refundido, y con el art. 68 del Reglamento, y tal petición no fue admitida a trámite en Autos del Tribunal Constitucional de 18 de enero y 24 de mayo de 2005, al considerar que dicha normativa no vulnera el derecho a la igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas, ni el principio de capacidad económica previsto en el art. 31.1 de la Constitución, ni el derecho al disfrute a una vivienda digna. El objeto de dichos autos no es determinar el sujeto pasivo del impuesto, sino si es inconstitucional que el sujeto pasivo fuera el prestatario, a lo que da una respuesta negativa.

Ante tal contraposición, consideramos debe prevalecer la postura de la Sala de lo Contencioso y como recoge la SAP Pontevedra, Sec 1, de 28 de marzo de 2017, en argumento que compartimos *"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 aludida jurisprudencia sobre la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para declarar quién es el sujeto pasivo de un impuesto fue confirmada por dos Autos del Pleno del Tribunal Constitucional Auto nº 24/2005, de 18 de enero y Auto nº*

223/2005, de 24 de mayo, que no han admitido las respectivas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas sobre ello”.

En parecido sentido se expresan diversas sentencias de la AP de Asturias, como la de su Sección 5ª de 31 de julio de 2017, que concluye “no puede afirmarse que la estipulación que impuso a la parte actora y ahora recurrente el abono del impuesto en cuestión pueda tacharse de nula, toda vez que no puede apreciarse infracción del art. 89.3.3 c) del TRLDCU”, y la de la Sección Cuarta de 24 de marzo de 2017, al indicar “siendo esto así, no se está ante el caso previsto en el artículo 89.3.3º letra c) TRLDCU, pues no se desplaza al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo sea el empresario, sino que, a lo más, se trataría de una cláusula superflua, al circunscribir su contenido a recordar una obligación legal e imperativa a cargo del prestatario. Ningún desequilibrio o abusividad cabe apreciar” y respecto a la posible preferencia de la dictada por la Sala Primera sobre las dictadas en el ámbito contencioso-administrativo, refiere que “Se está ante una única sentencia, por más que hubiera sido dictada por el pleno de la Sala, insuficiente para generar jurisprudencia que, para que tenga la consideración de fuente complementaria del ordenamiento jurídico (art. 1.6 CC) requiere que plasme una doctrina “de modo reiterado”. Es decir, en palabras del propio TS, es necesario que, al menos, existan dos sentencias contestes sobre supuestos fácticos idénticos, análogos o muy similares, expresivas de un criterio uniformemente reiterado (así, sentencia de 29 de abril de 2055 y las numerosas que en ella se citan)... Y, en fin, aunque es cierto que dada la existencia de distintos órdenes jurisdiccionales, la doctrina sentada en uno de ellos no tiene efecto vinculante en otro distinto (así, STS de 26 de mayo de 1994), este principio debe matizarse cuando el tema debatido

se centra en lo que es objeto específico de una jurisdicción diferente, como sucede aquí con la determinación del sujeto pasivo de un impuesto respecto a la competencia que corresponde a las salas de lo contencioso administrativo”.

Procede, en consecuencia, excluir de la restitución interesada la cantidad de 6.022,35.- euros, abonada por la actora en concepto de Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

c) Gastos notariales y del Registro. En sentencia de este mismo Tribunal de fecha 26 de octubre de 2017, ya tuvimos ocasión de señalar que el responsable de los gastos notariales y registrales derivados de la escritura que constituye el préstamo con garantía hipotecaria, es aquel que resulte “interesado” en la constitución de dicha garantía, el banco, por ser acorde con la normativa que regula los Aranceles notariales y del Registrador (RD 1426/1989, de 17 de noviembre por el que se aprueba el Arancel de los Notarios; RD 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad) y que no podíamos compartir, con base a la doctrina sentada por aquella Sentencia de Pleno, “la argumentación que realiza la parte apelante en orden a que el prestatario sí tiene un interés en el otorgamiento de la escritura pública de préstamo hipotecario e inscripción registral, por lo que debe entenderse que como solicitante de los servicios debe asumir los gastos derivados de la intervención del fedatario público, al igual que con los gastos derivados de la inscripción del registro, pues lo que se indica en la Sentencia de Pleno citada es que es preciso discriminar entre la obligación principal (préstamo) en el que el principal interesado es el consumidor, y la accesoria (la garantía hipotecaria) que

favorece directamente a la entidad bancaria por los motivos que expone (*obtiene un título ejecutivo, constituye la garantía real y adquiere la posibilidad de ejecución especial*)". En consecuencia, en este extremo, confirmamos el pronunciamiento de instancia que obliga a la demandada a restituir los gastos notariales y registrales repercutidos indebidamente al prestatario.

CUARTO.- A los razonamientos expuestos, no es oponible la doctrina de actos propios que se alega por la recurrente, precisamente por tratarse de un supuesto de nulidad radical, y por tanto su aplicación queda excluida atendiendo a los criterios fijados por la doctrina sentada por el TJUE en orden a las consecuencia de la declaración de nulidad, de una cláusula que se considera abusiva, en especial en la Sentencia de 21 de diciembre de 2016, que parte del principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y que la declaración judicial del carácter abusivo de tales cláusulas debe tener como consecuencia, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.

Se parte así, por tratarse de una vulneración de una norma imperativa y de orden público, que implica la nulidad radical de la cláusula, y no de un vicio de consentimiento, que por sí sola excluye la posibilidad de convalidación, siendo que además el simple abono por el consumidor de lo que en base a dichas cláusulas declarada nulas, por abusivas, le competía según el contrato, no puede ser considerado como convalidante, pues tampoco cabe considerar dicho abono como un acto volitivo del que se derive de forma indudable e inequívocamente su decisión de renunciar a la ejercicio de la nulidad, pues parte tener voluntad de renunciar, se precisa también tener

conocimiento claro y preciso de la causa que determinada la nulidad, y no es el caso, pues el pago no tenía otra finalidad que cumplir el contrato para evitar que la contraparte pueda instar la resolución por incumplimiento o accionar para reclamar la cantidad que considera debida. En similar sentido SSAP Pontevedra 4-2017, Murcia 21-09-2017, Badajoz 12-09-2017.

Para finalizar, tampoco podemos compartir que el banco no viene obligado a restituir el importe de aquellos gastos indebidamente repercutidos a la actora por el simple hecho de que no fue él quien percibió su importe, sino terceros ajenos al contrato, pues como igualmente dijimos en sentencia de 26 de octubre de 2017, aun siendo cierto que no los percibió, la condena a su reintegro no es sino consecuencia de lo que a efectos de pago por tercero se establece en el artículo 1.158 del Código Civil.

QUINTO.- En consonancia con todo lo expuesto, no cabe sino estimar parcialmente el recurso de apelación y revocar parcialmente la resolución recurrida, sin que proceda hacer especial pronunciamiento sobre las costas devengadas en ambas instancias, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SEXTO.- Asimismo y de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial introducida por la LO 1/2009 de 3 de noviembre, en su apartado 8, se acuerda la devolución de la totalidad del depósito constituido para recurrir a la parte apelante.

En atención a lo expuesto, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca,

FALLAMOS

Que ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso de Apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales [REDACTED] en representación de BANCO [REDACTED] contra la Sentencia de fecha 10 de julio de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 17 de Palma, en los autos de Juicio Ordinario número 240/17, de que dimana el presente Rollo de Sala, se REVOCA PARCIALMENTE dicha resolución y en su lugar:

1.- Tras confirmar la declaración de nulidad de la cláusula quinta de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 14 de diciembre de 2010, y la obligación de la entidad demandada de eliminarla declaramos que dicha nulidad sólo conlleva la condena de la entidad demandada de restituir a la actora la cantidad de 1.397,03.- euros, con mas los intereses legales devengados conforme a lo declarado en la resolución recurrida.

2.- No se hace expresa imposición sobre las costas procesales devengadas en ambas instancias.

3.- Procédase a la devolución del depósito constituido para recurrir a la parte apelante.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Información sobre recursos.

Recursos.- Conforme al art. 466.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, contra las **sentencias** dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el **recurso extraordinario por infracción procesal** por el **recurso de casación**, por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella.

Órgano competente.- es el órgano competente para conocer de ambos recursos -si bien respecto del extraordinario por infracción procesal sólo lo s con carácter transitorio- la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.

Plazo y forma para interponerlos.- Ambos recursos deberán interponerse mediante escrito presentado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, suscrito por Procurador y autorizado por Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal.

Aclaración y subsanación de defectos.- Las partes podrán pedir aclaración de la sentencia o la rectificación de errores materiales en el plazo de dos días; y la subsanación de otros defectos u omisiones en que aquella incurriere, en el de cinco días.

- No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno.

- Debiéndose acreditar, en virtud de la disposición adicional 15ª de la L.O. 1/2009 de 3 de Noviembre, el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta de esta sección quinta de la Audiencia Provincial nº 0501, debiéndose especificar la clave del tipo de recurso