

Procedimiento: Juicio Ordinario 216/2017

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO xDE A CORUÑA

SONIA cccc, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de BANCO ccccc S.A., según se acredita mediante la escritura de poder general para pleitos que se acompaña, bajo la dirección letrada de D. Iñaki fffff, colegiado nº xxxx del Ilustre Colegio de Abogados de A Coruña, en el Procedimiento Ordinario arriba referenciado nº kkk/2017, seguido a instancias de D. MARIA ELENA, ante el Juzgado comparezco y, como mejor proceda en Derecho, DIGO:

I.

Que, con fecha 10 de Abril de 2017 me ha sido notificada Cédula de Emplazamiento y Decreto, ambos del pasado 04 de Abril, mediante los que se emplaza a esta parte para que conteste, en el plazo de veinte días hábiles, a la demanda presentada por Doña Maria Elena contra mi mandante.

II.

Que, mediante el presente escrito y en el plazo conferido al efecto, banco contesta a la demanda presentada de contrario, OPONIÉNDOSE a la misma, con base en los siguientes

HECHOS

PREVIO.- En el presente procedimiento, la actora solicita la declaración de nulidad de la Cláusula Quinta (de Gastos) de la escritura de préstamo hipotecario suscrita por los demandantes con mi representada, a la que luego nos referiremos, solicitando la condena a banco a abonar a sus mandantes la suma de 8.025,79 €, “en concepto de gastos de hipoteca y compraventa”, más intereses y costas del procedimiento.

PRIMERO.- Conformes con los Hechos Primero a Tercero del Escrito de Demanda en lo que no contradiga cuanto a continuación exponemos, y en todo aquello que coincida con lo estipulado en la escritura de préstamo hipotecario otorgada por los actores y banco el día 25 de Agosto de 2.004 ante el Notario de A Coruña D. RAFAEL ggg con el Número xxxx de su protocolo, una copia de la cual aporta la actora como Documento Nº 1 de la demanda.

SEGUNDO.- Disconformes con el resto de pedimentos de la demanda.

TERCERO.- Se indica en el Hecho Tercero de la demanda que, “la demandante se vió obligada a pagar todos los gastos ordinarios de preparación de la hipoteca, que suman 8.025,79 €”;

aportándose como Documentos 3 a 8 del Escrito de Contestación los documentos acreditativos de los pagos efectuados por la actora.

Del examen de dichos Documentos a embargo, se revela que la actora está reclamando no solo los gastos de formalización del préstamo hipotecario, sino que en los gastos reclamados se incluyen IMPROCEDENTEMENTE partidas ajenas a la formalización del Préstamo Hipotecario, y que corresponden a GASTOS CORRESPONDIENTES A LA FORMALIZACION DE LA COMPRAVENTA otorgada en protocolo inmediatamente anterior a la Escritura de Préstamo Hipotecario (pág. 3 de la Escritura de Préstamo, apartado "Título), QUE EN NINGÚN CASO PUEDEN RECLAMARSE A MI MANDANTE, POR SER AJENO A LA OPERACIÓN DE COMPRAVENTA.

Así, de los 8.025,79 € reclamados al Banco, 5.412,84 € corresponden exclusivamente a la operación de compraventa:

5.029,50 € de ITP-AJD (Doc. 5 escrito de Demanda), correspondiente a "COMPRAVENTA DE VIVIENDA", "PROTOCOLO 2877", "TRANSMITENTE CELSO fffff".

279,91 € de la Factura nº 2880A/2014 del Notario (Doc. 11 escrito de Demanda), correspondiente a "COMPRAVENTA VIVIENDA, PROTOCOLO 0000"

103,43 € de la Factura nº 12869 del Registro (Doc. 6 del Escrito de Demanda), correspondiente a "COMPRA VIVIENDA"

Y así consta claramente en la Liquidación informativa de gastos aportada como Documento nº 4 del Escrito de Demanda:

A pesar de que la actora señala expresamente que los 8.025,75 € corresponden a "gastos ordinarios de preparación de la hipoteca", la realidad es que de forma temeraria e inaceptable se está incluyendo dentro de este concepto una serie de gastos ajenos a la Escritura de Préstamo Hipotecario, como son los gastos de formalización de la compraventa de la vivienda (si bien esta irregularidad ya se desliza en el punto 3 del Suplico, en contra de lo que se pretende hacer creer en el relato fáctico al indicarse expresamente que los gastos reclamados corresponden íntegramente al préstamo). La realidad es que la compraventa que se formalizó en protocolo anterior al Préstamo Hipotecario, y se trata de una operación en la que no intervino mi mandante, siendo ajena a la misma. EN NINGÚN CASO PUEDE SER OBJETO DE RECLAMACIÓN A MI MANDANTE, NI DE DISCUSIÓN EN ESTE PROCEDIMIENTO, NINGÚN GASTO QUE CORRESPONDA A UNA OPERACIÓN DISTINTA AL PRESTAMO HIPOTECARIO, Y QUE NO RESULTE AFECTADA POR LA CLAUSULA INVOCADA DE ADVERSO: CLAUSULA QUINTA DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO, QUE REGULA LA IMPUTACIÓN DE GASTOS DE DICHA OPERACIÓN FINANCIERA, Y NO OTRA. LA COMPRAVENTA FORMALIZADA EN PROTOCOLO ANTERIOR A LA OPERACIÓN DE PRESTAMO Y LOS GASTOS INHERENTES A DICHA

COMPRAVENTA, CONSTITUYE UN NEGOCIO JURÍDICO INDEPENDIENTE, NO AFECTADO POR LA CLÁUSULA CUYA NULIDAD SE INVOCA EN ESTE PROCEDIMIENTO

Ha de desestimarse de forma automática la reclamación a mi mandante de las partidas que correspondan a gastos por la formalización de la operación de compraventa.

CUARTO.- Respecto a la Cláusula de Gastos (Cláusula Quinta de la Escritura de Préstamo Hipotecario de fecha 25 de Agosto de 2.004 ante el Notario de A Coruña D. RAFAEL ccccc con el Número 0000 de su protocolo) y los gastos incurridos en la constitución de dicho Préstamo Hipotecario.

La actora se refiere en su demanda a la Cláusula Financiera Quinta "Gastos" de la escritura de préstamo hipotecario reseñada en el Hecho anterior, en aplicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23/12/2015 que declara la nulidad de las cláusulas de gastos derivados de la constitución de hipoteca.

En concreto la actora dice que la cláusula de gastos es nula, porque en las negociaciones mantenidas con el Banco no se hizo pronunciamiento alguno sobre algunos extremos del contrato a firmar, entre ellos la estipulación relativa a los gastos.

Vaya por delante que esta alegación sería irrelevante a los efectos de la pretensión ejercitada. Lo relevante aquí es que este tipo de cláusulas han sido declaradas nulas por el Tribunal Supremo en la sentencia citada, de 23/12/2015, y con el alcance que en dicha sentencia se establece, que no es el que la actora pretende.

Además, como exponremos en los Fundamentos de Derecho, la antedicha reclamación del actor es improcedente y no tiene amparo ni puede prosperar desde un punto de vista jurídico por los motivos que brevemente exponemos a continuación:

(i)

Sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo:

En primer lugar mostramos el más absoluto desacuerdo con la conclusión a que llega la actora en cuanto a que, siendo nula la cláusula quinta de la escritura, la consecuencia directa de ello sea que mi mandante tenga que asumir todos los gastos que reclama.

La consecuencia de la nulidad de la cláusula de gastos sería su expulsión del contrato, es decir, habría que tenerla por no puesta y acudir a la normativa imperativa, sectorial, o, en su caso, al pacto que se hubiese alcanzado en el caso concreto, pero lo que no puede hacerse, como analizaremos a continuación, es imputar a mi representada y hacerla responsable de la totalidad de los gastos de tramitación del Préstamo Hipotecario, que se reclaman de contrario, ya que de esta forma lo que se conseguiría, a lo sumo, es invertir el contenido de dicha cláusula, como pretende la actora.

Por tanto, la nulidad de la cláusula gastos no conllevaría como consecuencia la condena al pago por mi mandante de las cantidades que se le reclaman, como solicita la actora, de hecho

y como veremos, nada de eso establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 23/12/2015 citada de adverso en el Fundamento de Derecho Jurídico Material V de su demanda.

(ii)

Sobre los efectos de la declaración de nulidad, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

Al igual que nuestro alto tribunal, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido, en multitud de sentencias, que los únicos efectos de la declaración de nulidad por abusividad de una cláusula contractual existente en un contrato celebrado con consumidores debe ser la expulsión de dicha cláusula del contrato, manteniendo el mismo como si dicha cláusula no hubiera existido nunca y devolviendo a las partes a la posición jurídica que hubieran tenido de no haber existido nunca la cláusula.

Dicho pronunciamiento no implica en modo alguno que sea la entidad bancaria la que deba asumir dichos gastos, ya que nos encontramos, por una parte, ante tres créditos de profesionales que prestan sus servicios (Notario, Registrador y Gestoría) y por otra, ante una obligación derivada de la normativa tributaria. Por tanto, existen terceros implicados, ajenos a la relación interpartes.

(iii)

La Directiva 17/2014, de aplicación directa en el caso que nos ocupa, considera que los gastos relacionados con el préstamo hipotecario son a cuenta del prestatario:

La DIRECTIVA 2014/17/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) 1093/2010 (en adelante, la "Directiva 17/2014"), establece literalmente que el coste del crédito a costa del prestatario incluye los gastos.

Así se indica, con la siguiente dicción, en el considerando 50 de la mencionada directiva:

"El coste total del crédito para el consumidor debe incluir todos los gastos que este deba abonar en relación con el contrato de crédito y que conozca el prestamista. Debe, por tanto, incluir los intereses, las comisiones, los impuestos, la remuneración de los intermediarios de crédito, los costes de tasación de bienes a efectos hipotecarios y cualquier otro gasto, exceptuando los gastos notariales, que sea necesario para obtener el crédito, por ejemplo, el seguro de vida, o para obtenerlo en las condiciones ofrecidas, por ejemplo, el seguro de incendios". (Énfasis añadido).

(iv)

En particular, sobre la improcedencia de la repercusión a mi mandante de los gastos reclamados de contrario:

- EN CUANTO AL IMPUESTO DE ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS:

Entrando ya a analizar cada uno de los gastos objetos de reclamación, y en relación al importe del gasto ocasionado por el abono del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, debemos partir de la norma que regula tal impuesto, pues esta sería la normativa sectorial e imperativa que regula tal cuestión, a saber, el art. 68 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Dicho artículo establece la norma genérica sobre el sujeto pasivo del impuesto, afirmando que es normalmente 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 hecho, el citado artículo va más allá y añade: “cuando se trata de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considera adquirente al prestatario.”

Al margen de la norma, cuya posible interpretación no puede dejar lugar a dudas, por su claridad, la Sala III del Tribunal Supremo así lo tiene declarado de forma reiterada y pacífica, como analizaremos en los Fundamentos de Derecho de este escrito.

Por otro lado, no se puede olvidar, como aparentemente pretende la actora, que el acto jurídico documentado no es únicamente la hipoteca que garantiza al préstamo otorgado, sino el propio préstamo en sí, cuyo importe mi mandante entregó efectivamente a la actora contra la firma de la escritura, por lo que la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible es el prestatario, y sobre ello las sentencias de los Tribunales del orden Contencioso- administrativo son unánimes en señalar como único sujeto obligado del tributo al prestatario.

Parece pretender la actora que el hecho de garantizar un préstamo a largo plazo, como es el Préstamo Hipotecario que nos ocupa, constituyendo una garantía real con tal finalidad, es algo irregular porque el contrato de préstamo no requiere tales formalismos (página 3 in fine de la demanda), bastando un simple documento privado para constituir el préstamo, que no implica coste alguno para las partes. Debe resultar evidente que ello no es así, que la constitución de hipotecas es plenamente ajustada a Derecho, y que aunque una cláusula excesivamente genérica que regule esta cuestión pueda suponer la nulidad y exclusión de la misma, ello no afecta a quien sea el sujeto obligado al pago de los distintos gastos, como parece pretender la actora con carácter general.

Por ello no puede condenarse a mi mandante al pago o resarcimiento de aquellos gastos que no le competen.

Antes bien, en lo que al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados se refiere, iría contra todos los principios fiscales más elementales el hecho de que un contribuyente pague a la Hacienda Pública los impuestos que le corresponden a otro.

En efecto, como es de ver en el Documento Nº 5 aportado con la demanda, consistente en la liquidación del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados correspondiente a la formalización del Préstamo Hipotecario, por importe de 1.478,40 €), ésta ha sido presentada ante la Delegación de Economía e Facenda de la Xunta de Galicia, organismo que no puede por

principio aceptar liquidaciones de impuestos sobre quien no sea sujeto pasivo del mismo, en aplicación del apartado 5 del artículo 17 de la Ley 58/2003 General Tributaria. Nótese que en el propio documento consta mi representada como transmitente mientras que como sujeto pasivo consta quien lo es legalmente, la parte demandante.

La Hacienda Pública es la única que puede establecer compensaciones de deudas tributarias y en el hipotético caso de que realmente el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados debiera haberse girado a cargo de la prestamista (hecho negado hasta la saciedad), lo único que cabría sería solicitar la devolución de ingresos por indebidos por parte de quien los pago, el prestatario, y que sea la Hacienda Pública quien gire de nuevo el impuesto contra el nuevo contribuyente.

Lo que no es admisible en derecho es lo que pretende la actora, esto es, que mi mandante le entregue directamente al prestatario lo que éste ha pagado a Hacienda, permitiendo a su vez que el prestatario mantenga las desgravaciones que pudo obtener por dicho pago.

En consecuencia, parece evidente que, el importe del Impuesto de Actos Jurídicos Documentos debe ser soportado exclusivamente por la parte demandante.

- RESPECTO LOS GASTOS DE NOTARÍA Y REGISTRO:

De la misma forma, y con respecto a los gastos de Notaría y Registro, debemos acudir, para poder afrontar la problemática, a la normativa sectorial que los regula.

Según se establece en la norma 6ª del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, 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.

Y análogamente, el obligado al pago de los derechos del Registrador es aquélla o aquellas personas a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a quien haya presentado el documento, aunque en todo caso se abonarán por el presentante que sea transmitente del derecho o que tenga interés en asegurar el derecho que se pretende inscribir.

Por otra parte, los derechos correspondientes a certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes la soliciten (cfr. 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).

Las mencionadas normas atribuyen la responsabilidad del pago al solicitante del servicio de que se trate (sea la prestación de una función o la expedición de una copia) o a cuyo favor de inscriba el derecho o solicite una certificación. Por tanto la ausencia de pacto alguno comportaría la necesidad de discriminar en cada una de las partidas facturadas quien ha solicitado el servicio concreto. Y aunque pueda considerarse que la hipoteca prestada pudiera ser un Derecho que interese a mi mandante, en la medida que beneficiario de la garantía, no puede olvidarse que los gastos de Notaría no corresponden únicamente a la constitución de la garantía real, sino en su mayor parte a la formalización del préstamo ante fedatario público.

Por tal motivo, frente a la duda que pudiera haber sobre si los gastos del Registro de la Propiedad corresponden a la inscripción notarial de la garantía real, lo cierto es que ninguna duda puede haber de que los gastos notariales no obedecen al interés del Banco sino al interés común de formalizar el préstamo a largo plazo por los cauces habituales, intervenido por fedatario público, y sin que la pretensión de la actora de que este tipo de préstamos podrían formalizarse en documento privado se sostenga a la luz de la lógica más elemental.

A mayor abundamiento, en cualquier caso lo que queda fuera de toda duda es que la factura notarial fue girada contra el prestatario, como también los gastos de registro. Tales documentos fueron recibidos por el demandante y los gastos soportados sin objeción, lo que debería constituir un poderoso indicio en contra de la posición de los demandantes.

Lo que es evidente a nuestro juicio, es que en forma alguna cabe una condena en la que el prestamista haya de hacer frente a la totalidad de los gastos derivados de la formalización del Préstamo Hipotecario mientras que a la prestataria se la libera de cualquier gasto relativo a la firma, inscripción y pago de impuestos de su escritura de préstamo.

- EN CUANTO A LOS GASTOS DE GESTORÍA

La referida Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Diciembre de 2015 no se pronunció sobre estos gastos, que dependerán de cuál sea el objeto de la gestión.

Así, en la Factura aportada como Documento 10 emitida por HIPOTECARIOS ssssss SL por importe de 363,62 €, los honorarios corresponden a los siguientes conceptos: "COMPRAVENTA, HIPOTECA, CATASTRO, RATIFICACIÓN", sin indicar qué importe de los honorarios facturados corresponden a cada concepto, de los que únicamente podrían reclamarse a mi mandante los correspondientes a la Hipoteca y su ratificación; pero en todo caso dependerá de qué suceda con los gastos por los aranceles de Notario y Registrador, para lo que nos remitimos a los dos puntos precedentes.

- CONCLUSIÓN:

La hipotética declaración de nulidad de la cláusula de gastos no implicaría otra cosa que aplicar el derecho como si la Estipulación anulada no existiera. Esto es, supondría que en el caso de que no existiera la Cláusula habría que tener presentes y aplicar las normas al efecto que regulan quien es el verdadero obligado al pago de los distintos gastos de la operación.

A lo largo de múltiples Sentencias, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido que los únicos efectos de la declaración de nulidad por abusividad de una cláusula contractual existente en un contrato celebrado con consumidores debe ser la devolución a las partes a la posición jurídica que hubieran tenido en caso de no existir la Cláusula, de acuerdo a las normas nacionales internas.

La muy reciente SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016, dictada en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15 dice que la declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula debe tener como única consecuencia el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, restableciendo así la situación de hecho y de

Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido la cláusula declarada abusiva.

En consecuencia, si fuere declarada la nulidad de la cláusula de gastos, la consecuencia sería la aplicación al caso de la legislación nacional que regula cada cuestión, y que cada sujeto obligado pague los gastos cuyo pago le atribuye la Ley.

Igualmente, y con relación a la prueba sobre los gastos que, expulsada la cláusula abusiva del contrato, deben resarcirse, tiene especial relevancia, dada la circunscripción territorial en que nos hallamos, la SAP de Pontevedra, Sección: 1, de fecha 23/12/2015 (Id Cendoj: 36038370012015100479) en la que deja claros los efectos que dicha nulidad puede acarrear, diferenciando claramente entre el control de una cláusula y su expulsión del contrato, por un lado y las condiciones concretas en que se hayan determinado las obligaciones de las partes en cada relación contractual, por otro, ya que es evidente que expulsar la cláusula declarada nula del contrato no significa atribuir necesariamente al prestamista el pago de los concretos gastos reclamados en este litigio, sin tener en consideración las exigencias de normas imperativas internas que regulan el concreto gasto o bien los posibles pactos contractuales concertados con pleno conocimiento de sus consecuencias, porque en definitiva y al margen de la cláusula 5ª del contrato, las partes convinieron que el adherente consumidor soportaría el pago del arancel notarial devengado por el otorgamiento de la escritura, o la inscripción en el Registro de la Propiedad. Las partes acordaron de forma individualizada una obligación derivada del contrato que no ha de resultar nula al no causar desequilibrio ni sorprender la buena fe del consumidor.

No menos relevante en este sentido es la SAP de Pontevedra, Sección: 1, de fecha 19/01/2016 (Id Cendoj: 36038370012016100070) en su Fundamento Tercero, donde, aun estimando la abusividad de la cláusula de gastos y declarando su nulidad, desestima no obstante y por las razones antes apuntadas la reclamación de cantidad formulada por la actora. También son relevantes, las dictadas en idéntico sentido y términos, por la misma AP de Pontevedra de 31 de Marzo de 2.016 (Id Cendoj: 36038370012016100133) y 7 de Abril de 2.016 (Id Cendoj: 36038370012016100149).

La Sentencia 247/2016 de 9 de diciembre de 2016 del Juzgado de Primera Instancia Nº 11 de Oviedo ratifica que, en todo caso, la consecuencia sería la expulsión de la cláusula del contrato, por lo que el tributo lo soportaría quien las normas tributarias establecen que es el sujeto pasivo obligado a su pago, es decir, como hemos visto, el prestatario.

Otras Sentencias de la Sección 1 de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de fechas 14 de mayo de 2014, 13 de enero de 2016, 18/2016 de 19 de enero de 2016 y 167/2016 de 31 de marzo del 2016 - de las que es ponente SSª Almenar Belenguer-, de 4 de junio de 2015 - ponente SSª Pérez Benítez-, 187/2016 de 7 de abril de 2016 y 524/2016 de 14 de noviembre de 2016 -ponente SSª Menéndez Estébanez- entienden que lógicamente una declaración de abusividad ha de limitarse a la expulsión de la norma del contrato, sin que ello implique atribuir necesariamente al predisponente el pago de los concretos gastos reclamados en el litigio. Dicen que para que ello fuera así, sería necesario que se diera una de las siguien

tes circunstancias: (i) que existiera norma imperativa que exigiera que tuviera que pagarlos el prestamista, (ii) que existiera norma que regulara el concreto gasto en que el acreedor es un tercero ajeno al contrato o (iii) que hubiera pacto contractual negociado individualmente en virtud del que debiera pagar el prestamista.

En relación con esta última cuestión, indica el citado tribunal que es posible en el caso concreto que las partes hayan convenido “que el adherente consumidor soporte el pago del arancel notarial devengado por el otorgamiento de la escritura, o de la inscripción en el Registro de la Propiedad. Y este pacto en concreto, (como por ejemplo la norma dispositiva que atribuye al vendedor los gastos de escritura de compraventa según el art. 1455 del Código Civil), que individualiza una obligación derivada del contrato, no necesariamente ha de resultar nulo si no causa desequilibrio ni sorprende la buena fe del consumidor, de forma que respete el control de transparencia y el control de incorporación.”

En consecuencia, sería absolutamente contrario a derecho establecer como pretende la actora, que la consecuencia de una eventual declaración de nulidad de la cláusula de gastos implique que la prestamista sea quien asuma la totalidad de los gastos ocasionados al prestatario, ya que en defecto de Cláusula debe jugar lo establecido en la legislación aplicable al efecto.

El más reciente posicionamiento jurisprudencial a este respecto viene dado por la IMPORTANTE Y RECIENTE SENTENCIA DICTADA POR LA SECCIÓN PRIMERA DE LA AP DE PONTEVEDRA DE FECHA 28 DE MARZO DE 2017 (SENTENCIA Nº 152/2017),

La referida sentencia delimita claramente el alcance de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23/12/2015 y los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas de gastos en los Préstamos Hipotecarios. La Sentencia, concluye que no todos los gastos derivados de la formalización de un Préstamo Hipotecario son a cargo de la entidad, aunque la cláusula pueda ser nula al incorporarse al contrato de manera que imponga al consumidor la totalidad de los gastos.

Lo determinante, y a lo que realmente alcanzará dicha nulidad, es a aquellos gastos que realmente no competiera afrontar al cliente y sí a la entidad financiera. Porque obviamente, que un pacto contractual pueda devenir nulo por mor de su incorrecta redacción no implica que las verdaderas obligaciones de las partes, impuestas por la normativa sectorial aplicable en nuestro ordenamiento jurídico, deban de pasar a asumirse exclusivamente por la entidad financiera, sea ésta el sujeto pasivo de las mismas o no.

Como conclusión, la sentencia referida establece que, de los distintos gastos de formalización de un Préstamo Hipotecario, el Banco debe de correr con los gastos del Registro de la Propiedad, pero no con los correspondientes al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, cuyo sujeto pasivo es el prestatario que es a quien por tanto corresponde su abono, pues aún de no existir la cláusula de gastos abusiva sería éste un concepto que Hacienda reclamaría siempre al verdadero sujeto pasivo del tributo, que es el prestatario.

Respecto a los gastos notariales, la Audiencia establece que la respuesta lógica a la pregunta de ¿qué parte es realmente quien requiere los servicios del notario y a quien interesa la

formalización notarial del Préstamo Hipotecario? debe analizarse paralelamente a la respuesta a la pregunta sobre ¿Quién ha activado todo este mecanismo? La Audiencia concluye que la respuesta a esta última pregunta es que es la parte compradora y que precisa de la financiación para adquirir la vivienda quien está interesada en dicha compraventa y en la necesaria financiación de la misma, añadiendo que, aún de existir dudas en este punto existe un segundo criterio que es señalar como parte interesada a la parte fiscalmente obligada al pago del impuesto que genera dicha operación que, como ya ha quedado claro, es el prestatario.

Por esta razón, la Audiencia imputa también al prestatario el pago de los gastos notariales.

A la vista de todo ello, la demanda no puede prosperar con el alcance y efectos pretendidos de contrario, pues en el peor de los casos el único importe que mi mandante estaría obligada a reembolsar a la actora serían los 205,36 Euros pagados por ésta al Registro de la Propiedad por la inscripción de la Escritura de Préstamo Hipotecario.

A los anteriores hechos, son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Nos remitimos por el presente a cuantas disposiciones legales y jurisprudenciales se hayan citado en el cuerpo de la presente contestación.

II

Resulta Juzgado competente aquel al que nos dirigimos, tanto por competencia territorial como objetiva.

III

Con relación a la "Clausula Gastos"

LA STS DE 23/12/2015 NO OBLIGA A "banco" A ABONAR LOS GASTOS DERIVADOS DE LA CONSTITUCIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Los actores solicitan que se les devuelvan los gastos que supuestamente desembolsaron – aunque como hemos visto en los Hechos, no se ha acreditado- como consecuencia de la operación de préstamo hipotecario suscrita con "banco", pero la única fundamentación

expresa a los mismos es en cuanto a la transcripción literal de los apartados 2 y 3 de la Sentencia de la Sala 1ª en Pleno del Tribunal Supremo de fecha 23.12.2015.

Así bien, con carácter previo al análisis de las normas sectoriales que deben aplicarse tras la nulidad de una cláusula, creemos necesario hacer referencia al contenido de la citada STS de 23/12/2015, para comprobar que en absoluto se desprende de la misma que el prestamista deba asumir los gastos que se reclaman a mi mandante a modo de consecuencia necesaria de dicha sentencia.

En efecto, en el apartado séptimo, punto 2 de la meritada sentencia se establece literalmente lo siguiente:

“En consecuencia, la cláusula discutida no solo 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 reglamentaría 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” (Énfasis añadido)

Queda claro que lo que establece el Tribunal Supremo es que debe haber una distribución equitativa de los gastos y deja claro que el negocio principal es el préstamo, de lo que se deduce claramente que en esa distribución equitativa el mayor gasto debe soportarlo el contrato principal, esto es el préstamo, y en consecuencia, el prestatario.

En contra de lo que pretenden los actores, el Tribunal Supremo no establece que la obligación de pago de los gastos deba soportarlo íntegramente el prestamista.

A continuación de lo anterior, en el punto 3 del mismo apartado, nuestro Alto Tribunal añade (en lo que parece un improcedente intento de dividir los conceptos del IAJD, como explicaremos más adelante), lo siguiente:

“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” (Énfasis añadido)

De nuevo, el Tribunal Supremo no establece que el prestamista deba correr con la totalidad del IAJD, pues menciona que “no debe quedar al margen” (que no es lo mismo que deba abonar la totalidad); máxime cuando a continuación proclama, “al menos” en lo que se refiere a la constitución y la expedición de copias, actas y testimonios (al menos, de nuevo, no es la totalidad).

Es indudable que el Tribunal Supremo (aunque de forma contraria a la normativa tributaria de fondo, como veremos) estaría especificando que “partes” del IAJD deberían ser por cuenta del

prestamista (en el caso que dicho impuesto, único que grava esta operación jurídica, pudiera dividirse por conceptos –quod non por los motivos que explicaremos a continuación-).

Veremos a continuación que, además, la meritada STS de 23/12/2015 comete crasos errores tributarios de mayor calado aun que el que se comenta.

En este punto, como ya hemos dicho, resulta especialmente significativa y relevante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Primera, a la que hemos hecho mención al final de la Conclusión del Hecho Segundo de este escrito, cuya fecha y resto de datos aún no se conocen más allá de las notas de prensa que aportamos, y que establece el alcance y los efectos de la nulidad decretada por el Tribunal Supremo en la sentencia alegada de contrario, de 23/12/2015, y el modo en que la misma ha de ser interpretada, a la luz de quien sea el verdadero obligado al pago de los distintos conceptos de gasto, tributarios, notariales y registrales en el caso que nos ocupa.

Lo que resultará de la normativa sectorial aplicable en cada caso.

LA NORMATIVA SECTORIAL APLICABLE NO IMPUTA LOS GASTOS DE LA CONSTITUCIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO AL PRESTAMISTA, EN ESTE CASO, A “banco”

Tras la aclaración previa anterior, hay que tener en cuenta lo que dicen las normas sectoriales en cuanto a los gastos que se reclaman de contrario, para ver quien, salvo inexistencia de pacto (como es el caso) le corresponde el pago.

. Sobre los Aranceles Notariales

De conformidad con lo expuesto por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, el verdadero interés parte de aquel que necesita una financiación para realizar un determinado acto jurídico y no de la entidad financiera que cubriría su interés de asegurar el cobro de la financiación otorgada con la constitución de una garantía hipotecaria.

Así se puede comprobar, por ejemplo, en su Sentencia nº1938, de 27 de Marzo de 2006, que tiene el siguiente tenor literal:

“O, dicho en otros términos, la doctrina contenida en la sentencia recurrida, en sus propios términos, no debe ser rectificadas porque coincide con la jurisprudencia de esta Sala que, de manera reiterada, ha entendido que el artículo 30 (hoy 20) del Texto Refundido del ITP y AJD (artículo 68 del Reglamento) señala que, en la modalidad de documentos notariales del IAJD, "será sujeto pasivo el adquirente 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 adquirente del bien o derecho solo puede ser el prestatario, no ya por un argumento similar al de la unidad del hecho imponible en torno al préstamo, conforme ocurre en la modalidad de transmisiones onerosas -- arts. 8º.d), 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 esta en el Registro de la Propiedad elemento constitutivo del derecho de

garantía. En definitiva, cuando el art. 31 del Texto Refundido exigía, entre otros que ahora no interesan, el requisito de que las escrituras o actas notariales contengan actos o contratos inscribibles en el Registro de la Propiedad, está refiriéndose, indisolublemente, tanto al préstamo como a la hipoteca”. (Énfasis añadido).

En todo caso, para determinar quién ha de hacer frente a los honorarios notariales debemos acudir al Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios que, en la norma sexta de su Anexo II sobre Normas de aplicación, 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”.

Es claro que la preparación de la escritura en la Notaría se encomienda a las entidades de crédito, que tienen sus propias minutas y que es ésta quien remite la documentación necesaria para la formalización del préstamo, pero no es menos cierto que todo ello se hace por imperativo legal (los préstamos hipotecarios deben constar en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad para su constitución) y para facilitar al consumidor la formalización y entrega del préstamo que él ha solicitado.

En consecuencia quien requiere la intervención notarial o los servicios del Notario no es otro que quien quiere y solicita la concesión de un préstamo con garantía hipotecaria, esto es, el prestatario.

A diferencia de los gastos correspondientes una escritura de compraventa, que corren a cargo del vendedor (art. 1.455 C.C.), no existe en nuestra legislación y en el ámbito hipotecario norma alguna que establezca de forma específica quién debe correr con dichos gastos y, por tanto, establecido que la prestación de los servicios del Notario, si bien parece haber sido requerida por la entidad financiera, dicho requerimiento se formula necesariamente en calidad de mandataria del prestatario que es el verdadero interesado en la concesión del préstamo, parece lógico pensar que corresponderá el pago de este Arancel al prestatario.

Pero es que si existiera alguna duda sobre quien ha requerido la prestación de funciones del Notario, el Arancel notarial establece que para saber quién debe hacer frente a dichos gastos habrá que acudir “a los interesados según las normas sustantivas y fiscales” y consecuentemente, debemos remitirnos a la norma fiscal, concretamente al párrafo 2º del Artículo 68 del Reglamento del Impuesto que grava la operación, de Actos Jurídicos Documentados, que, como expondremos más adelante, impone la carga también al prestatario.

Podría por tanto discutirse, todo lo más, si los aranceles ocasionados por la expedición de copias a favor del banco prestamista pueden recaer sobre el prestatario, pero ello, en ninguna forma puede considerarse un “desequilibrio importante en detrimento del consumidor”.

. Sobre los Aranceles Registrales

En relación a sobre quien ha de hacer frente a los honorarios derivados de la inscripción en el Registro de la Propiedad debemos acudir al Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por

el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad que, igualmente, en su Anexo II sobre Normas de aplicación, establece en su norma Octava que:

“1. Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o sentado 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”.

A su vez, la Ley Hipotecaria cuando trata De la forma y efectos de la inscripción establece en su Artículo 6:

“La inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente: a) Por el que adquiera el derecho. b) Por el que lo transmita. c) Por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir. d) Por quien tenga la representación de cualquiera de ellos.”

En consecuencia, el Arancel de los registradores también establece que debe hacer frente a dicho pago quien transmite el título (prestatario) o quien tiene interés en asegurar el derecho que se deba inscribir que como expondremos es principalmente el prestatario y solo subsidiariamente y por imperativo legal el prestamista.

Es por ello que no podemos compartir en forma alguna lo establecido en la STS de 23/12/2015 cuando dice 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).

Es cierto que en toda relación jurídica ambas partes tienen un interés directo en la operación y se puede afirmar que mi representada tiene interés en obtener el título ejecutivo, en que se constituya la garantía legal y en poder acudir al procedimiento de ejecución especial.

No obstante, ello no implica que dicho interés sea el principal de la operación sino que debemos analizar quien es realmente el interesado en la inscripción del préstamo con garantía hipotecaria.

Así bien, no es menos cierto que en los préstamos hipotecarios el interés predominante es siempre el del prestatario, interesado en la concesión del préstamo hipotecario y dado que no existe préstamo hipotecario sin su inscripción en el Registro de la Propiedad, el interés principal de la operación es el del prestatario que ha elegido esta modalidad de préstamo, frente al préstamo personal, por las claras ventajas económicas que se derivan de él (tipo de interés muchísimo más bajos) mientras que el interés del prestamista no es sino un interés obligado por la ley que exige, para la validez y constitución de las garantías hipotecarias que consten en escritura pública y sean inscritas en el Registro de la Propiedad.

Tratándose, por tanto, de un interés exclusivamente derivado del interés principal de la operación, el interés del prestamista, que no es otro que obtener el préstamo en las ventajosas condiciones pactadas, frente a las de los préstamos personales.

En el peor de los casos, si nos atenemos a la interpretación que la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección Primera) hace de este gasto, interpretando la Sentencia del Tribunal Supremo de 23/12/2015 y atribuyéndolo a la entidad financiera, éste sería el único importe del que habría de responder mi mandante.

. Sobre el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados:

La Sala Primera del Tribunal Supremo parece entender en la STS de 23/12/2015 que el sujeto pasivo del IAJD es el Banco o Entidad prestamista.

Pues bien, ante todo debemos dejar constancia de que la STS de 23/12/2015, se trata de una única Sentencia aislada, dictada por la Sala de lo civil y que se contradice radicalmente con lo establecido en reiterada jurisprudencia emanada de la Sala Tercera del Tribunal supremo, la Sala de lo contencioso-administrativo, que es a quien corresponde el análisis de las normas tributarias y, consecuentemente, la que debe establecer quiénes son los obligados al pago de cada uno de los impuestos vigentes en nuestro país.

En efecto, mientras la Sala Primera, en esa única Sentencia aislada, tras establecer, como es su competencia, que “es abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario” considera, entrando plenamente en materia reservada a la Sala Tercera, que “En lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario 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.

Y precisamente en base a este artículo 27.1 llega a la equivocada conclusión de que la cláusula de gastos que se analiza impone al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario y la declara abusiva.

Pues bien frente a ello debemos tener en consideración el “principio de especialidad” que integra todo nuestro Derecho y especialmente las normas tributarias y que tiene rango de Principio General del Derecho.

La teoría general del derecho tiene establecido tres criterios para la determinación de la norma aplicable a un supuesto de hecho, el principio de jerarquía (norma superior prima sobre otra de rango inferior) el principio de especialidad (norma especial prima sobre la norma general) y el principio de temporalidad (norma posterior prima sobre norma anterior).

Así, una norma es especial o específica cuando se trata de una regla o precepto jurídico que se diferencia de lo general o que es propia de algo y lo distingue de lo común, constituyendo una excepción a lo establecido en la norma general. Por el contrario una norma genérica es aquella que es común a todos los individuos o casos, salvo excepciones. Por lo tanto, las normas generales contienen reglas que abrazan una categoría muy amplia de relaciones mientras que las especiales contienen una disciplina particular para cierto tipo de esas relaciones, siendo una categoría más restringida frente a las primeras.

Se trata, pues, de un principio general básico que aparece en todo manual de derecho. En palabras de Albadalejo “Se llama general a la norma que contiene una regla general (...) Las normas –relativas a ciertas clases de personas, cosas o relaciones- que se apartan de la regla general, para mejor aplicar el principio que la preside a aquellas clases especiales, se denominan normas especiales.”

Así, con relación al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados es una norma general la que regula que el obligado al pago del impuesto a título de contribuyente es 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, pero dicha norma general tiene una excepción, una norma especial que establece que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario. Por lo tanto esa norma especial debe prevalecer sobre la norma general en la que se basa, a nuestro juicio erróneamente, la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

Igualmente es una norma común o general la establecida en el artículo 27.1 que “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 y es una norma especial la recogida en el Artículo 15.1 que 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”.

Y esa es la forma en la que la sala Tercera de lo Contencioso del Tribunal Supremo, la especializada en la materia de establecer quién es el obligado al pago de un tributo, tiene reiteradamente establecido que siendo el único tributo derivado del contrato de préstamo el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, el sujeto pasivo del mismo es exclusivamente el prestatario, tal y como se recoge en las sentencias dictadas por dicha Sala Tercera en fecha 3 de marzo de 2001, la de 23 de noviembre de 2001 o la 20 de enero de 2004.

En efecto, la sentencia dictada por Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 2ª, en el rec. 8913/1995, siendo Presidente D. Pascual Sala Sánchez y de fecha 3 de marzo de 2001, no solo establece que el único obligado al pago del IAJD es el prestatario sino que utiliza dicho argumento precisamente para acreditar que dicho impuesto no es contrario a las directivas comunitarias, concretamente ni a la Sexta Directiva Comunitaria 77/388/CEE, de 17 de Mayo de 1977, dictada en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros en punto a Impuestos sobre el Volumen de Negocios, ni a la 69/335/CEE, de 17 de Julio, relativa a los Impuestos Indirectos que gravaran la concentración de capitales.

En efecto, la citada Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal supremo deja clara constancia de que los préstamos hipotecarios se han concebido, tradicionalmente, como un solo hecho imponible, que primero basculó sobre el derecho real de hipoteca y después, a partir de la Ley 41/1964, de 11 de Junio, de Reforma del Sistema Tributario, sobre el préstamo, dejando clara constancia de que dicha Sala 3ª ha aceptado siempre la premisa de que el hecho imponible, préstamo hipotecario, era y es único, y así lo tiene establecido en constante y pacífica jurisprudencia.

Asimismo y con relación a la Sexta Directiva Comunitaria 77/388/CEE, de 17 de Mayo de 1977 la citada Sentencia mantiene que si bien esta Directiva establece la exención, en el ámbito empresarial, de operaciones de concesión y negociación de créditos y de negociación y prestación de fianzas, cauciones y otras modalidades de garantía, ello no afecta a la modalidad impositiva sobre Actos Jurídicos Documentados, documentos notariales, precisamente porque, el hecho imponible del IAJD recae sobre el documento y no sobre el acto contenido en el mismo.

Es decir, en este Impuesto AJD lo que se grava es la formalización de ciertos documentos notariales, mercantiles y administrativos y no los contratos, siendo el sujeto pasivo el que adquiere el bien o derecho, es decir, en el supuesto de autos el prestatario, y para que el Impuesto controvertido mereciera la consideración de impuesto sobre el volumen de negocios, tendría que venir referido a unas actividades negociales de ese sujeto pasivo que consistieran en ser receptor de préstamos.

Incluso para la sala Tercera la cuestión es tan clara y pacífica que establece en la citada Sentencia, que no es necesario el planteamiento de una cuestión prejudicial sobre el tema, ya que siempre que la correcta aplicación del Derecho Comunitario pueda imponerse con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada y, siempre que el órgano jurisdiccional nacional esté convencido de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia, podrá abstenerse de someter la cuestión a éste último y "resolverla bajo su propia responsabilidad".

Si la Sala 3ª llega precisamente a esa conclusión de ser innecesario el planteamiento de una cuestión prejudicial es única y exclusivamente por tener el convencimiento de que: "esta Sala ha aceptado siempre la premisa de que el hecho imponible, préstamo hipotecario, era y es único, y que siendo el sujeto pasivo el que adquiere el bien o derecho (o, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan (-arts. 30 de los Textos Refundidos del Impuesto aquí aplicable EDL 1980/4665 y vigente EDL 1993/17918--), es decir, en el supuesto de autos el prestatario". Y acaba afirmando que: "se ha examinado que el IAJD gravando la constitución de préstamos hipotecarios otorgados en el ámbito de la actividad empresarial o profesional no constituía ningún gravamen sobre el volumen de negocios incurría en las prohibiciones existentes en punto a los gravámenes que pueden recaer respecto de la concentración de capitales. En consecuencia, no es un gravamen contrario a las Directivas Comunitarias a que se ha hecho cumplida referencia, pero no ya solo porque así resulta de un correcto entendimiento de cuanto al respecto aquellas establecen, sobre todo cuando abordan la regulación de las

excepciones a las prohibiciones de imposición, sino porque así lo ha interpretado, además, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.”

Y ello implica, a sensu contrario, que de aceptarse o ser correcta la pretensión formulada por la Sala 1ª de lo Civil en su STS de 23/12/2015, sería el propio Impuesto de Actos Jurídicos Documentados el que sería absolutamente contrario al derecho europeo y contrario a la Sexta Directiva Comunitaria 77/388/CEE, de 17 de Mayo de 1977, dictada en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros en punto a Impuestos sobre el Volumen de Negocios, y a la Directiva 69/335/CEE, de 17 de Julio, relativa a los Impuestos Indirectos que gravaran la concentración de capitales ya que dicho impuesto merecería entonces de “la consideración de impuesto sobre el volumen de negocios”.

En efecto, un IAJD que recayera sobre los profesionales prestamistas, como pretende la Sala.

1ª del Tribunal Supremo, y no sobre los prestatarios consumidores, como establece el propio impuesto y fija la jurisprudencia pacífica de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, sería un impuesto contrario a lo establecido en la Sexta directiva comunitaria 77/388 de 17 de mayo de 1977.

Dada claridad, citamos la Sentencia de la Sección 2ª de la Sala 3ª de lo Contencioso-administrativo de nuestro Tribunal Supremo de fecha 20 de enero de 2.004 en el Recurso 158/2002, siendo Presidente D. Jaime Rouanet Moscardó, (La Ley 11595/2004) cuando recuerda que:

“En el acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de julio de 2002, desestimatorio del indicado recurso de alzada “per saltum”, se argumenta, en síntesis, que: A) El artículo 68 del RD 828/1995 EDL 1995/14258 es conforme con el 29 del RD Leg 1/1993 EDL 1993/17918, dado que en los préstamos hipotecarios se gravan conjuntamente el contrato de préstamo y el de hipoteca, siendo el sujeto pasivo designado la persona del prestatario, por lo que, cuando se grava por cualquier modalidad del Impuesto una escritura que recoge un préstamo hipotecario, el sujeto pasivo es siempre el prestatario (como se explicita en la sentencia de la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2001 EDJ 2001/12008, en la que se agrega, además, que tal sujeción no va contra la Sexta Directiva de la CEE ni contra la Directiva 69/335/CEE que regula la tributación de la financiación de las empresas -pues, por un lado, la modalidad del IAJD es un tributo documental que grava, no el acto en sí mismo considerado, sino el documento que lo sustenta y acoge, y, por otro lado, al ser el sujeto pasivo del mismo la persona a la que se concede al préstamo, para que pudiera aplicarse el IVA tendría que tener como actividad la de ser receptor de préstamos hipotecarios, con el absurdo que ello conlleva, cuando es así, también, que, según la jurisprudencia comunitaria, los importes que determinan la cuantía de la base imponible del IAJD no son incardinables en el concepto de volumen de negocios del sujeto pasivo-)”.

Esta Sentencia de 20 de enero de 2.004 establece igualmente que en la modalidad de documentos notariales del IAJD, será sujeto pasivo el adquirente 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 adquirente del bien o derecho sólo puede ser el prestatario, 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.

Y ello porque cuando el art.29 del Texto Refundido EDL 1993/17918 exige el requisito de que las escrituras o actas notariales contengan actos o contratos inscribibles en el Registro de la Propiedad, está refiriéndose tanto al préstamo como a la hipoteca, concluyendo que “dado que el préstamo hipotecario tributa únicamente como préstamo, el sujeto pasivo es, lógicamente, el prestatario” y afirma tajantemente que “sea quien fuere el adquirente en el caso de hipoteca, si se aplica la norma según la que en la constitución de hipoteca en garantía de un préstamo la tributación se hace exclusivamente por el concepto de préstamo, el sujeto pasivo sigue siendo el adquirente del bien o derecho, o sea, el adquirente del préstamo, que es el prestatario”.

Incluso la indicada Sentencia explica las razones por las que no es aceptable la interpretación de: “Frente al argumento de la demanda de que quien adquiere el derecho es el acreedor hipotecario, sin mencionar que lo sea el prestatario, cabe argüir, además, con el Abogado del Estado, que la hipoteca se constituye, no se transmite,” y además fija claramente que “el artículo 68 del RD 828/1995 EDL 1995/14258 no establece, en contra del criterio sustentado por el recurrente, una presunción, sino, simplemente, la designación como sujeto pasivo del prestatario en los casos de préstamos con garantía”.

En consecuencia, a nuestro juicio el corolario de todo ello no puede ser sino establecer que la sala Primera del Tribunal Supremo, en su aislada Sentencia de 23 de Diciembre de 2015, omite la aplicación del principio de especialidad, dicho sea con los debidos respeto y consideración, y llega a una conclusión no acorde al derecho vigente.

Dicha –errónea- conclusión podría llegar a hacer creer que en el caso de constitución de un préstamo el sujeto pasivo de AJD es el prestatario y en la constitución de un derecho real como es la hipoteca es el prestamista. Sin embargo, lo cierto es que la regulación del ITP por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre en su artículo 15 establece que tributarán en unidad de acto los préstamos garantizados con hipoteca y demás por el concepto préstamo por lo que la sujeción del préstamo hipotecario se traslada al prestatario.

Por último, recordemos que, en relación a los pactos privados sobre quién debe hacer frente al impuesto, la Ley 58/2003 General Tributaria es tajante y fija la idea que podríamos expresar coloquialmente diciendo que las partes podrán pactar lo que quieran, pero en caso de impago de un tributo la Hacienda Pública perseguirá al obligado al pago legítimo, es decir el prestatario. Y así lo deja claro la Dirección General de Tributos en numerosas consultas vinculantes en base a lo establecido en el Artículo 17. 1

Consecuentemente, si el obligado al pago del IAJD, de alguna forma y como pretende la Sala 1ª del Tribunal Supremo, pudiera recaer sobre el prestamista, la Hacienda de nuestro país no debería haber aceptado las liquidaciones presentadas por los prestatarios y debería haber abierto millones de inspecciones reclamando a las entidades bancarias esas pretendi 1“(…) 5. 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.”

Si no lo ha hecho es porque la Hacienda Pública sabe y considera inequívocamente que en los préstamos con garantía hipotecaria el prestamista nunca es el obligado al pago sino que, se pacte lo que se pacte, el único obligado al pago en dichas operaciones siempre es el prestatario.

Por todo ello, y a nuestro juicio y dicho sea con los debidos respeto y consideración, la Sala Primera del Tribunal Supremo, comete un claro error de apreciación cuando establece 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 partiendo de esa premisa falsa o errónea considera que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante.

Y como es lógico, partiendo de dos premisas falsas solo puede llegar a una conclusión igualmente equivocada al establecer que: “tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, (cuando no hay contravención alguna) 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, (tampoco hay contravención alguna al corresponder el pago del tributo al prestatario) la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho”.

Si así fuera, reiteramos que, tal como se ha expuesto, sería el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados el que contravendría el derecho europeo y concretamente a la Sexta Directiva Comunitaria 77/388/CEE, de 17 de Mayo de 1977, dictada en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros en punto a Impuestos sobre el Volumen de Negocios, y a la Directiva 69/335/CEE, de 17 de Julio, relativa a los Impuestos Indirectos que gravaran la concentración de capitales, algo que nuestro Tribunal Supremo ha negado reiterada y pacíficamente a lo largo de su continuada jurisprudencia.

Por último, ni que decir tiene que el derecho europeo es de igual aplicación, teniendo que tener en especial consideración, en el presente caso, a las Directivas 77/388 y 93/13, evidentemente, por ser ambas normas jurídicas de obligado acatamiento para todos los jueces europeos.

Es más, cabe resaltar, como adelantábamos al principio de este escrito, que la Directiva 17/2014, que resulta de aplicación directa en el ordenamiento español –debido a su falta de trasposición actual- y que debe considerarse ley especial frente a la Directiva 93/13, que es ley general, determina, en su considerando 50º, que los gastos relacionados con el préstamo hipotecario son a cuenta del prestatario.

IV Cuantía

Conformes con la indicada de adverso

V Costas

Artículo 394 LEC - Condena en las costas de la primera instancia

“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.

No procede la imposición de costas a esta parte, tanto por la incorrecta formulación de la demanda, pues es improcedente la reclamación a mi mandante de los todos los gastos, NO SOLO DE LA OPERACIÓN DE PRESTAMO SINO DE LA COMPRAVENTA PREVIA, lo que debería determinar también la desestimación de la demanda, o en el peor de los casos la estimación parcial de la misma si se considerase que el pago de los gastos del Registro de la Propiedad por la inscripción de la hipoteca corresponden a mi mandante, como por ser un hecho notorio la existencia de serias dudas de derecho en las cuestiones debatidas, pues la jurisprudencia contradictoria sobre la acción accesorio a la petición de nulidad relativa a la devolución de cantidades, y la jurisprudencia que interpreta el alcance y efectos de la nulidad de estas cláusulas decretada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 23/12/2015 pone de manifiesto la concurrencia de dudas importantes y graves en relación con la cuestión objeto de debate, lo debe conducir a la no imposición de costas.

Por todo ello, entendemos, que en ningún caso se podrán imponer costas a mi mandante como solicita la actora, máxime cuando como ya ha quedado dicho mi mandante ha aplicado siempre la Ley y Jurisprudencia aplicable en cada momento en lo referente a la cláusula de gastos, y nunca ha actuado con mala fe, como hemos expuesto.

Por todo lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO, que teniendo por presentado este escrito, junto con el documento que se acompaña, se sirva admitirlos, y en su virtud, tenga por formulada contestación a la demanda, con OPOSICIÓN expresa a la misma y, tras los trámites oportunos, dicte sentencia por la que se desestimen todas las pretensiones de la demandante, y se decrete:

-

Que la demanda está incorrectamente planteada, por ser improcedente la reclamación a mi mandante de gasto alguno ajeno a la formalización del préstamo hipotecario, y en concreto, de gasto alguno relativo a la formalización de la escritura de compraventa de vivienda otorgada en protocolo inmediatamente anterior al Préstamo Hipotecario, debiéndose rechazarse y desestimarse la reclamación a mi mandante de las partidas de gastos relativas a la formalización de la compraventa.

-

Que la eventual declaración de nulidad de la cláusula de gastos contenida en la Escritura de Préstamo de fecha 25-08-2044 (protocolo 0000), a resultas de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23/12/2015 no conlleva la correlativa obligación de mi mandante de abonar la totalidad de los gastos devengados por la formalización del Préstamo Hipotecario suscrito entre los actores y mi “banco”, por lo que no procede que el juzgado declare y confirme que mi mandante está obligada a abonarlos todos ellos, como pretende la actora;

-

Que por lo anterior es improcedente en concreto que, de decretarse que la cláusula de gastos incluida en el contrato de préstamo es nula, eliminándola de la escritura, ello suponga que mi mandante está obligada a abonar los gastos de aranceles del notario y registrador derivados de la constitución de la hipoteca, y del impuesto de Actos Jurídicos Documentados, pues como ha quedado dicho la eliminación y exclusión de la citada cláusula de la escritura determina la correlativa aplicación de la normativa sectorial que rige en cada una de las materias origen de los gastos en cuestión, y determina también la repercusión de los mismos a sus respectivos sujetos pasivos, obligados a su pago, que no es mi mandante.

-

Que por los motivos expuestos en este escrito de contestación, no procede que se condene a mi mandante a abonar a la parte actora los gastos de notaría y registrador derivados de la constitución de la hipoteca, ni del impuesto de Actos Jurídicos Documentados, ni de Gestoría, ni, en consecuencia, interés alguno, por lo que la demanda ha de desestimarse en lo referente a la reclamación de dichas cantidades;

Página 27 de 27

-

Desestimando, en suma el resto de peticiones del escrito de demanda, con condena en costas a la demandante dado lo improcedente de su demanda y su evidente temeridad.

OTROSÍ DIGO: Que es voluntad de esta parte cumplir con los requisitos legales exigidos para este acto procesal, así como proceder a la subsanación de cualquier infracción procesal en la que se pudiese haber incurrido.

SUPLICO AL JUZGADO: Que se sirva tener por realizada la anterior manifestación a los efectos del artículo 231 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Es Justicia que pido, en A Coruña, a 09 de Mayo de 2017.