



SECCIÓN CUARTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL  
Avda. Tres de Mayo nº3  
Santa Cruz de Tenerife  
Teléfono: 922 34 94 19-20  
Fax.: 922 34 94 18  
Email: s04audprov.tfe@justiciaencanarias.org  
Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen:  
0000098/2017-00  
Juzgado de Primera Instancia Nº 9 de Santa Cruz de  
Tenerife

Rollo: Recurso de apelación  
Nº Rollo: 0000601/2017  
NIG: 3803842120170001027  
Resolución: Sentencia 000125/2018

## SENTENCIA

Ilmos. Sres.

Presidente

D./D<sup>a</sup>. PABLO JOSÉ MOSCOSO TORRES

Magistrados

D./D<sup>a</sup>. EMILIO FERNANDO SUÁREZ DÍAZ

D./D<sup>a</sup>. PILAR ARAGÓN RAMÍREZ (Ponente)

En Santa Cruz de Tenerife, a 18 de abril de 2.018

Visto, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial integrada por los Ilmos. Sres. antes reseñados, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el JUZGADO DE 1ª INSTANCIA núm. NUEVE DE SANTA CRUZ DE TENERIFE, en los autos núm. 98/2017, seguidos por los trámites del juicio Ordinario, sobre nulidad condición general y reclamación de cantidad y promovidos, como demandante, por DOÑA , representada por la Procuradora doña Irma Amaya Correa y dirigida por la Letrado doña Noemí Meliá Martín, contra la entidad CAIXABANK, S.A, representada por la Procuradora doña Ana García Pérez y dirigida por la Letrado doña Vanesa Arcejo Sancho, ha pronunciado, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, la presente sentencia siendo Ponente la Magistrado doña Pilar Aragón Ramírez, con base en los siguientes

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la resolución apelada.

**SEGUNDO.-** En los autos indicados la Ilma. Sra. Magistrado-Juez doña María Dolores Aguilar Zoilo dictó sentencia el tres de julio de dos mil diecisiete, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda formulada por el Procurador D<sup>a</sup>. Irma Amaya en nombre y representación de D. M<sup>a</sup> , bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup> Noemi Melio , contra Caixabank representada por el Procurador D<sup>a</sup> Ana Jesús García y bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup>. Vanesa Aucejo y debo declarar y declaro:





1.- La nulidad parcial de la clausula quinta de gastos cargo del prestatario en cuanto a gastos de Notario , Registro de la Propiedad y de Impuesto de Actos jurídicos documentados y condeno a la entidad demandada a eliminar dicha condición general de contratación del10 contrato de préstamo hipotecario y debo condenar y condeno a la entidad bancaria a la restitución de la suma cobrada indebidamente en importe de 2543, 97 €, más los intereses desde el indebido cobro , mas el interés legal .

Todo lo anterior lo es sin condena en costas a ninguna de las partes ».

**TERCERO.-** Notificada debidamente dicha sentencia, se presentó escrito en los autos por la representación de la parte demandada, en el que interponía recurso de apelación contra tal resolución con exposición de las alegaciones en las que fundaba la impugnación, del que se dio traslado a las demás partes por diez días, plazo en el que la representación de la parte demandante presentó escrito de oposición al mencionado recurso.

**CUARTO.-** Remitidos los autos con los escritos del recurso y de oposición a esta Sala, se acordó, una vez recibidos, incoar el presente rollo, designar Ponente y señalar para la votación y fallo del presente recurso el día de del año en curso, en el que ha tenido lugar la reunión del Tribunal al efecto.

**QUINTO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La sentencia recurrida estimó sustancialmente la demanda interpuesta por la Sra. [redacted] mediante la que se solicitaba la declaración de nulidad de la clausula quinta del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes, condenando a la entidad bancaria a hacerse cargo de los gastos notariales y registrales y del impuesto sobre actos jurídicos documentados, con restitución a la demandante de lo abonado en tales conceptos, que asciende a un total de 2.543,97 euros.

Mediante auto de 26 de abril de 2.007 se estimó la parte de la demanda (pretensión primera) referente a la declaración de nulidad de la llamada "clausula suelo", al allanarse la demandada a la misma

La demandante ser ha aquietado con la sentencia, pese a no ser plenamente estimatoria, pues la juez a quo considera que respecto a los gastos de tasación y de seguro de vida también reclamados, no se ha aportado por la demandante prueba alguna de que los haya abonado, y recurre la entidad financiera, alegando la validez de la clausula quinta y, en síntesis, que es la parte prestataria la obligada a correr con los gastos en ella fijados.

**SEGUNDO.-** En la reciente sentencia de esta Sala de 15 de marzo de este año 2.018, reiterada, entre otras, en la de 11 de abril pasado, se hace un examen exhaustivo de las cuestiones planteadas en este pleito, tratándose de dos casos análogos, por lo que se procede a su transcripción.

"1. La cuestión relativa a los gastos por el IAJD devengado como consecuencia del otorgamiento de las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria no ha sido resuelto de manera unánime por nuestras Audiencias Provinciales. Es obvio que tratándose de una cuestión tributaria, regulada por el derecho público, no es la jurisdicción civil la competente para decidir dicha cuestión, que corresponde enjuiciar a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa como la competente para resolver las cuestiones relativas a los





actos de la Administración (en este caso los necesarios para la exacción de ese tributo) sujetos al derecho administrativo.

Lo que ocurre es que, en este caso, la cuestión se plantea como prejudicial para la decisión de una pretensión cuya competencia sí corresponde a la jurisdicción civil, pues de lo que se trata es de determinar si una condición es abusiva por trasladar al consumidor la obligación de pago que corresponde al empresario como sujeto pasivo de un tributo (art. 89.3.c de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios -LGDCU-), y para ello es preciso determinar con carácter previo (prejudicial) quién es el sujeto pasivo del tributo de que se trata, si el consumidor o el empresario. Aparece, pues, una cuestión prejudicial de las previstas en el art. 42 de la LEC, que pueden resolver los tribunales civiles pero *“a los solos efectos prejudiciales”* y sin surtir efecto fuera del proceso en que se produzca, según los núms. 1 y 2 de dicho precepto.

2. Pues bien y como se ha señalado, las Audiencias Provinciales que han conocido de esa cuestión (prejudicial) no han adoptado una solución unívoca, sino que han mantenido posturas contrarias entre sí y, algunas de ellas, contrarias a la decisión de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa en la que reside la competencia principal y propia (o genuina) para decidir y pronunciarse sobre esa cuestión.

El problema se suscita porque el art. 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, que aprueba el Reglamento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, dispone, con relación a esta última modalidad, que será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho, añadiendo que *“cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario”*. Sin embargo, una parte de la doctrina y algunos tribunales, entienden que este Reglamento vulnera y extralimita la ley reguladora del impuesto que considera como sujeto pasivo (art. 29 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993), al 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 ninguna de estas condiciones la ostenta el prestatario en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, por lo que ese sector doctrinal y jurisprudencial concluye que el precepto reglamentario es inaplicable de en virtud del art. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial según el cual *«los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa»*.

3. Sin embargo y como se ha apuntado, la Sala 3ª del Tribunal Supremo, que es la competente para conocer de los recursos directos contra las disposiciones generales -y el Reglamento aprobado por el Real Decreto mencionado lo es- emanadas del Consejo de Ministros (art. 12.1.a de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa), considera que el sujeto pasivo de este impuesto es el prestatario, entendiendo que éste es el adquirente del bien o derecho porque el *«derecho»* a que se refiere el art. 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, es el *«de préstamo»* que refleja el documento notarial, aunque el mismo se encuentre garantizado con hipoteca y sea la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad elemento constitutivo del derecho de garantía. La hipoteca se constituye, no se transmite, por lo que en un préstamo hipotecario, el adquirente es el prestatario (que es quien adquiere la cantidad prestada) aunque el prestamista queda garantizado con el derecho real de hipoteca. Por lo demás, las dudas de legalidad del art. 68 del reglamento citado fueron igualmente disipadas por la sentencia de la Sala 3.ª de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo





de 20 de enero de 2004, que consideró que el mentado precepto, según el cual el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados era el prestatario, es perfectamente conforme a Derecho.

4. Esta Sección entiende que si la cuestión prejudicial que se plantea en este procedimiento ya ha sido resuelto por los órganos de la jurisdicción que tienen la competencia originaria y principal para su resolución, no hay razón, al margen de la posibilidad de una modificación legal, para apartarse del criterio y de la solución adoptada por el mismo, precisamente porque aquí la competencia para resolver de la misma es adherida e instrumental de la que es propia de la jurisdicción civil. Y es que, de no seguir ese criterio no solo desmerecería el principio de seguridad (y debe tenerse en cuenta que en caso de no liquidación del impuesto la Administración tributaria se dirigiría contra el prestatario, o, en caso de que lo liquidara el prestamista –pues de otro modo no vería inscrita en el Registro de la Propiedad la hipoteca-, este podría instar la devolución de ingresos indebidos, lo que probablemente determinaría que esa Administración procediera contra el prestatario) sino también y como se ha señalado en la doctrina, el principio de unidad del ordenamiento, que no es un principio meramente teórico.

Por otro lado, en la jurisdicción contenciosa el órgano jurisdiccional que conoce de un recurso indirecto contra una disposición general por impugnarse un acto de aplicación de esta, se encuentra obligado, si no es competente para conocer del recurso directo contra la disposición general y considera que esta es inaplicable, a plantear, una vez dictada la sentencia que declara la nulidad del acto de aplicación por ese motivo, la correspondiente cuestión de ilegalidad ante el órgano competente para conocer del recurso directo contra la disposición general (art. 27.1 y art. 123 y ss., de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativo), con lo cual se trata de dar coherencia y uniformidad al ordenamiento jurídico en la esfera de su aplicación; y no deja de ser algo paradójico, o al menos incoherente, que el juez civil, ante esa misma situación y decidiendo de una cuestión que originariamente no le compete y que se encuentra resuelta reiteradamente por la jurisdicción competente, no tenga que plantear una cuestión de ese tipo a los mismos fines.

5. Por lo demás esta solución ha sido la que ha adoptado el Pleno de la Sala de lo Civil en su reunión de 28 de febrero pasado (es decir, en la misma fecha señalada para la votación del presente recurso), pues si bien no se conoce el contenido de la sentencia al no haber sido publicada, sí que ha emitido una nota para su difusión en el que ha hecho saber el contenido de su decisión a través de los más importantes medios de comunicación nacionales, decisión que, por consiguiente, ha adquirido la condición de notoria y debe ser tenida en cuenta por esta Sección”.

De acuerdo con dicha sentencia del Tribunal Supremo, (que parte de su propia jurisprudencia sobre la abusividad de una cláusula que, sin negociación y de manera indiscriminada, atribuye en todo caso el pago de los gastos e impuestos al consumidor, a pesar de que la ley, según los distintos supuestos, hace una distribución de los mismos) pueden darse dos situaciones en relación con el impuesto de actos jurídicos documentados

A) Por la constitución del préstamo,. El pago incumbe al prestatario.- Sobre este particular se remite a la jurisprudencia constante de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal, ya expuesta, que ha establecido que el sujeto pasivo del impuesto es el prestatario





B) Por el timbre de los documentos notariales, el impuesto correspondiente a la matriz se abonará por partes iguales entre prestamista y prestatario, y el correspondiente a las copias, por quien las solicite.

Procede, por tanto y en definitiva, estimar esta alegación del recurso, restando a la suma a cuyo pago viene condenada la entidad demandada la correspondiente al repetido impuesto, 2.131,54 euros.

**TERCERO.-** En lo que se refiere a la impugnación en lo que cuestiona la solución de la sentencia a las pretensiones relativas a los gastos de notaría y de registro hay que decir lo siguiente, también reproduciendo la mentada sentencia de esta Sala:

“ (...). En la doctrina se ha señalado que a favor de la abusividad de esta cláusula que incluía los gastos de notaría y registro a cargo del consumidor se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, argumentando que 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 (art. 517.2.4.ª de la LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 del CC y 2.2 de la LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (arts. 681 y ss. LEC); no obstante, esa sentencia añade una reflexión que permite una distribución equitativa de dichos gastos registrales y notariales, 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. Esta afirmación ha llevado a parte de la doctrina y de la jurisprudencia a entender que no se puede afirmar tajantemente que el Tribunal Supremo haya considerado que, declarada nula la cláusula de gastos, corresponde a la entidad financiera asumir la totalidad de los gastos notariales y registrales. Asimismo, también se pone de manifiesto que respecto de los gastos de notaría por la constitución del préstamo hipotecario, el coste de las copias simples recibidas por el consumidor debe ser asumido por éste por ser el receptor; sin embargo, en relación con los gastos de Registro, todos ellos habrían de ser soportados por el prestamista, incluidas las certificaciones y notas simples del Registro de la Propiedad”.

Sigue diciendo la Sentencia que “En aplicación de dichos criterios, y si bien se ha llegado a una cierta conclusión prácticamente unánime con relación a los gastos de Registro por las diferentes Audiencias (en el sentido de declarar abusiva la cláusula que repercute al prestatario los gastos registrales -a menos que se trate de inscripción de escrituras de ampliación de hipoteca-), no ocurre lo mismo con los gastos notariales que algunas resoluciones consideran que debe abonar por completo el prestamista, otras estiman que ambos por mitad e incluso algunas consideran que corresponden al prestatario.

Al respecto, también se ha matizado en la doctrina que las escrituras de préstamo hipotecario formalizan dos negocios jurídicos de distinta naturaleza y que gozan de autonomía sustantiva, el contrato de préstamo y el negocio constitutivo de un derecho real de hipoteca. Pero esa diversidad negocial no se traduce arancelariamente en una pluralidad de conceptos minutables, el préstamo, por su cuantía, y la hipoteca, por el importe que garantiza, sino que prevalece la consideración unitaria del conjunto negocial y de ella se deriva el que se aplique el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario. La base minutable en el préstamo hipotecario se determina, de conformidad con la legislación fiscal, a la que se remiten directamente los aranceles, atendiendo al importe global de las obligaciones que asume el prestatario y que resultan garantizadas con hipoteca, esto es, a la cifra de responsabilidad.





Pues bien, este tribunal entiende que los gastos notariales deben compartirse entre las partes, (la propia sentencia apelada apunta a que debería haberse pactado su pago “de una manera equitativa”) y ello de acuerdo con de determinadas Audiencias Provinciales; en efecto, se ha señalado en alguna de ellas que el Arancel Notarial establece una norma de primer grado (la obligación del pago incumbe al requirente) y una norma de segundo grado, solo aplicable en defecto de la establecida en primer lugar (el pago por los interesados según las normas sustantivas y fiscales). Si el régimen establecido por este precepto fuera el de alternatividad de ambas reglas nos encontraríamos con un problema interpretativo irresoluble, en el supuesto de que no coincidieran el requirente con el interesado. El hecho de que sea prácticamente siempre el banco el que aporte la minuta para el Notario, no significa sin más que sea el requirente de la actuación o intervención notarial, pues es perfectamente factible que ambas partes —prestamista y prestatario— requieran la intervención del notario para redactar un contrato conformado por condiciones generales de contratación, conforme a minuta aportada por el Banco predisponente.

Para conocer quién es el requirente de la intervención notarial, debe estarse a la prueba practicada, donde goza de singular autoridad el propio contenido de la escritura pública y si se analiza ésta se observa que quienes aparecen en la misma ante el Notario, como comparecientes, exponentes y otorgantes de la escritura pública son ambas partes, prestamista y prestatario, pues ambos mediante actos concluyentes e inequívocos, han patentizado de esa forma que interesan y solicitan la intervención del fedatario público.

Por tanto, y aun en la hipótesis de que aplicásemos la segunda regla prevista en régimen de subsidiariedad por el Arancel notarial para disciplinar la imputación de estos gastos notariales, llegaríamos a la misma solución de pago por mitad entre prestamista y prestatario, conclusión<sup>6</sup> que según otra Audiencia Provincial y *«a falta de criterio más ajustado, se considera que la solución más equitativa sería repartir los gastos de la factura de notario que se reclama por mitad entre ambos otorgantes»*.

Como consecuencia de la anterior y siguiendo el criterio mayoritario en las Audiencias Provinciales, este tribunal entiende que los gastos notariales, en lo que se refiere a la matriz, deben ser satisfechos por mitad, sin perjuicio de que los derivados de las copias corresponda a la parte que las solicita. Por tanto deberá restarse también de la suma a cuyo pago viene condenada la entidad bancaria, la cantidad de 248,33 euros, correspondiente a la mitad de los gastos de notaría.

Por contra, los gastos del Registro de la Propiedad deben ser sufragados por la entidad prestamista como interesada en la inscripción en la medida en que es constitutiva de la garantía, por lo que no procede atender el recurso de la entidad bancaria en este punto.

**CUARTO.-** En función de lo expuesto procede estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la demandada, en concreto en lo que se refiere al impuesto de actos jurídicos documentados, y en parte en cuanto a los gastos de notaría con el resultado expuesto más arriba

En cuanto a las costas, debe mantenerse el pronunciamiento de la sentencia apelada sobre las de primera instancia, pues las pretensiones de la demandante, en relación con la nulidad





de la cláusula quinta, indemnización pertinente y condena al banco a eliminar aquella, suponen un acogimiento sustancial de la demanda.

En lo que se refiere a las costas de segunda instancia, no debe hacerse imposición especial sobre las originadas con el recurso de la demandada (ar. 398.2 de la LEC).

### FALLO

En virtud de lo que antecede, LA SALA DECIDE: ESTIMAR en parte el recurso de apelación formulado por la entidad Caixabank S.A., reduciendo de la suma a cuyo pago viene condenada la cantidad de 2.379,87 euros, correspondiente al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados y a la mitad de los gastos de notaría, por lo que la misma queda en 164,1 euros

**CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada.

. **NO HACER IMPOSICIÓN** especial sobre las costas devengadas en segunda instancia,

Contra la presente sentencia, dictada en un juicio ordinario tramitado por razón de la materia (art. 249.1. 5º de la LEC), caben, en su caso, recurso de casación por interés casacional (art. 477.3 de la LEC) y recurso extraordinario por infracción procesal, éste solo si se formula aquél (Disposición Final decimosexta 2ª, de la LEC), y si se interponen ambos en legal forma en el plazo de veinte días ante este Tribunal previa la constitución del depósito en la forma y cuantía legalmente prevenidas.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, y demás efectos legales.

Así por esta nuestra resolución, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



