



Roj: **SAP V 3121/2017 - ECLI: ES:APV:2017:3121**

Id Cendoj: **46250370092017100460**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **9**

Fecha: **21/11/2017**

Nº de Recurso: **918/2017**

Nº de Resolución: **624/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **GONZALO MARIA CARUANA FONT DE MORA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

ROLLO NÚM. 000918/2017

SENTENCIA NÚM.:624/17

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS:

DOÑA ROSA MARIA ANDRES CUENCA

DON GONZALO CARUANA FONT DE MORA

DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA

DON LUIS SELLER ROCA DE TOGORES

DOÑA BEATRIZ BALLESTEROS PALAZON

DOÑA MARIA LUZ DE HOYOS FLOREZ

DON SALVADOR U. MARTINEZ CARRION

En Valencia a veintiuno de noviembre de dos mil diecisiete.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON GONZALO CARUANA FONT DE MORA**, el presente rollo de apelación número 000918/2017, dimanante de los autos de Juicio Ordinario - 000650/2016, promovidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 5 DE VALENCIA, entre partes, de una, como apelante a BANKIA, representado por el Procurador de los Tribunales SILVIA LOPEZ MONZO, y asistido del Letrado MARIA NURIA ASUNCION RODRIGUEZ y de otra, como apelados a Jesús María y María Milagros representado por el Procurador de los Tribunales FRANCISCO JOSE GARCIA ALBERT, y asistido del Letrado ANA BELEN LARA FERNANDEZ, en virtud del recurso de apelación interpuesto por BANKIA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO . La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 5 DE VALENCIA en fecha 21-2-2017, contiene el siguiente FALLO: " *Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda formulada por D. Jesús María y Dª. María Milagros contra BANKIA SA, declarando la nulidad de las siguientes cláusulas contenidas en los contratos de préstamo suscritos entre las partes en fechas 31 de enero de 2.016 y 26 de junio de 2.009:*

1- **CLÁUSULA TERCERA BIS. TIPO DE INTERÉS VARIABLE PUNTO CUARTO. COMUNICACIÓN AL PRESTATARIO DEL TIPO DE INTERÉS VARIABLE.**

2- **CLÁUSULA QUINTA- GASTOS A CARGO DEL PRESTATARIO.**

3- **CLÁUSULA SEXTA BIS- RESOLUCIÓN ANTICIPADA DE LA ENTIDAD DE CRÉDITO.**



A la vez que se declara la retroactividad de los efectos de la declaración de abusividad, con obligación de BANKIA SA de devolver las cantidades indebidamente percibidas.

Todo ello sin hacer expresa imposición de costas."

SEGUNDO . Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por BANKIA, dándose el trámite previsto en la Ley y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, tramitándose la alzada con el resultado que consta en las actuaciones.

TERCERO. Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . En virtud de la demanda presentada por Jesús María y María Milagros contra Bankia SA ejercitando la acción de nulidad de determinadas cláusulas habidas en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria sobre vivienda habitual suscritos ante notario en fecha de 31/1/2006 y 26 de junio de 2009, junto con la acción de restitución de lo cobrado de forma indebida, la sentencia del Juzgado Primera Instancia Valencia estima como nulas: a) el pacto de resolución anticipada (sexto bis); b) el pacto de gastos al prestatario (estipulación quinta) y c) de la cláusula de tipo de interés variable (tercera bis), el punto cuarto respecto a la comunicación al prestatario del tipo de interés variable. Igualmente condena a la entidad demandada a reintegrar a los actores las cantidades indebidamente percibidas.

La entidad demandada interpone recurso de apelación por los siguientes motivos; 1º) Incongruencia de la sentencia al dejar imprejugado el pacto derivado de la conservación del inmueble hipotecado y del seguro de daños y del pacto de gastos procesales; 2º) Falta de jurisdicción del orden civil y de competencia objetiva para resolver sobre la cláusula que previene el pago de la liquidación del Impuesto de Transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados; siendo el prestatario el obligado tributariamente el sujeto pasivo del impuesto; 4º) Ser el prestatario el obligado al pago de los aranceles notariales y registrales así como los honorarios de gestión; ser el prestatario el obligado al pago de los gastos de tasación; 5º) Validez, legalidad y no abusividad del pacto de vencimiento anticipado; Infracción de la doctrina de los actos propios al ser pactos nacidos de la autonomía de la voluntad, solicitando la revocación de la sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda. Por otro sí la parte solicitaba la suspensión del procedimiento respecto al pacto de vencimiento anticipado hasta que el TJUE se pronunciase sobre la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo.

La parte demandante interesó la confirmación de la sentencia.

SEGUNDO. Esta Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, formada por todos los magistrados que la integran, debe ante las acciones conjuntamente entabladas en la demanda originadora de este proceso en materia de condiciones generales de la contratación, de entrada, efectuar la siguientes precisiones técnico jurídicas.

Conforme al artículo 82-2-2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial en redacción operada por la L.O. 7/2015 de 21 julio de 2015, la Sección de la Audiencia Provincial especializada en materia mercantil conoce de los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Primera instancia en los procedimientos relativos a acciones individuales relativas a condiciones generales de la contratación.

Conforme al artículo 249-5 de la Ley Enjuiciamiento Civil, las demandas que ejercitan acciones relativas a condiciones generales de contratación, el juicio a tramitar es el proceso ordinario, aunque a la acción de nulidad de la condición por abusiva (artículo 8-2 de la Ley condiciones Generales de la Contratación) se le anude la consecuente de restitución.

La acción de restitución de cantidades indebidamente abonadas por el consumidor, por ser abusivas las condiciones generales de la contratación, al caso en el préstamo hipotecario, exige a la parte demandante, no solo entablarla en la demanda, sino, además, explicitar ex - artículo 399 de la Ley Enjuiciamiento Civil, su montante económico y justificarlo de acuerdo con el artículo 217 de la Ley Enjuiciamiento Civil; no siendo permisible en tal ámbito la aplicación del artículo 219 de la Ley Enjuiciamiento Civil, pues no estamos en los parámetros reglados en ese precepto procesal; no se trata de una indemnización de daños y perjuicios, sino de restitución de cantidades monetarias abonadas por el demandante, con lo que fácilmente tiene a su alcance no solo el conocimiento del importe abonado que pretende ser restituido, sino también su justificación, a través de los diversos medios que el ordenamiento procesal pone a su disposición. Así, impone el artículo 219 -1 de la Ley Enjuiciamiento Civil porque se reclama una cantidad dineraria por un concepto concreto y determinado, sin que sea dable liquidación alguna.

Esta Sala en su diversa composición y en ejercicio de su específica competencia objetiva, ha dictado varias sentencias en materia de nulidad de pactos habidos en contratos de préstamo hipotecario concertados ante



Notario, entre entidades bancarias y prestatarios consumidores, entre ellos el pacto de gastos e impuestos al prestatario, como condiciones generales de la contratación; así sentencias 25/4/2016 nº 559/2016 (R. 1359/2015); 27/4/2016 nº 578/2016 (R. 1327/2016); 4/5 / 2016 nº 617/2016 (R. 554/2016); 11/5/2016 R.1416/2016 nº 659/2016 (R. 1416/2016), advirtiendo por su relevancia y trascendencia con respecto a la presente, que en todas y cada una de ellas, se enjuició, exclusivamente, la acción de nulidad al no haberse acumulado la acción de restitución. En la reciente sentencia de 25/10/2017 Nº 533/2017 (R.731/2017) fijamos la nulidad del pacto de imposición al prestatario de los Impuestos de la operación y se condenó a la entidad bancaria a reintegrar al prestatario el importe por él abonado en concepto de Impuesto de Actos Jurídicos Documentados por la fianza.

La sentencia del Tribunal Supremo de 23/12/2015 enjuició una acción colectiva de cesación de determinadas cláusulas habidas en diversas clases de contratos bancarios, tendente al cese en su utilización, centrándose en un control abstracto del carácter abusivo conforme a la redacción de las estipulaciones. En su FD apartado g), motivó el carácter abusivo desde tal perspectiva de la cláusula de gastos del préstamo hipotecario; sin que en tal sentencia, lógicamente, se pronunciase sobre los efectos restitutorios de tal nulidad. En el presente caso se enjuicia una acción individual, cuyo objeto y fin es diverso como ya ha fijado el TJUE en la sentencia de 14/4/2016 (C-381/2014); el Tribunal Supremo en sentencia de 24/2/2017 y amparado por el Tribunal Constitucional en sentecia 148/16 de 19 de septiembre y 206/16 , 207/16 y 208 /16 todas de 12 de diciembre.

La legitimación de la entidad bancaria para soportar la acción de restitución resulta consecuencia inmediata de la nulidad de la cláusula abusiva en cuanto por haber sido impuesta al consumidor, este abona un gasto o un tributo que no debería soportarlo, beneficiando a la entidad profesional, concurriendo en esta un enriquecimiento injusto en cuanto trae causa de un pacto que es nulo de pleno derecho y absoluto que no produce efectos (artículo 83 Texto Refundido de la Ley de defensa de Consumidores y Usuarios; en adelante TR-LGDCU).

TERCERO . En cuanto al reproche inicial que el recurso de apelación hace a la sentencia del Juzgado Primera Instancia de incongruencia con apoyo en el artículo 218 de la Ley Enjuiciamiento Civil , por omitir los pronunciamientos sobre dos peticiones de la demanda, la Sala debe rechazar tal posicionamiento por las siguientes consideraciones.

La primera es que en la demanda de la estipulación quinta de ambas escrituras de préstamo hipotecario, se atacaban las letras a), b), c), d), e), g) y h) por vulnerar el artículo 89-3TR-LGDCU ; es decir, no se atacó por nulidad el apartado f) que refiere a " *los derivados de la conservación del inmueble hipotecado, así como del seguro de daños del mismo* ". Por consiguiente, no siendo objeto de demanda el pacto de asunción de gastos de mantenimiento y de seguros de daños resulta obvio su falta de tratamiento en la sentencia, decisión consecuente con el principio de rogación y dispositivo, rectores el proceso civil, por lo que no hay incongruencia alguna. Si bien el fallo de la sentencia del Juzgado Primera Instancia refiere a todo el pacto quinto debe matizarse por esta Sala, dadas las funciones revisoras y correctoras que ostenta sobre lo resuelto por la sentencia del Juzgado Primera Instancia, que del mismo queda excluido el apartado f) y así se corregirá en el fallo de la presente resolución.

La segunda, porque fue objeto de nulidad el pacto g) referido a los gastos procesales, que la parte apelante denuncia no ha sido tratado por el Juzgador. Una cuidada y atenta lectura de la sentencia conlleva a que si expresa y contiene motivación sobre dicho pacto contractual y así es de ver como en el penúltimo párrafo del FD Cuarto de la sentencia trata ese pacto de asunción de gastos procesales por el prestatario que se motiva su carácter nulo y el Juez para razonarlo se remite a la sentencia del Tribunal Supremo de 23/12/2015 . Por tanto, cuando el fallo fija la nulidad del pacto quinto en materia de gastos, debe estar comprendido el apartado f).

Indicar que del elenco de cláusulas que la sentencia del Juzgado Primera Instancia motiva y declara abusivas, por ende nulas en los contratos adjuntados con la demanda, quedan por mor del artículo 465-5º de la Ley Enjuiciamiento Civil fuera de enjuiciamiento por este Tribunal y no serán analizadas en esta resolución, dado su falta de ataque en el recurso de apelación, el pacto tercero bis y la cláusula de imposición de gastos de gestoría al prestatario.

CUARTO . Para una mejor lógica constructiva de la actual sentencia, en relación con las diversas cláusulas contractuales declaradas nulas por abusivas en la sentencia del Juzgado Primera Instancia y las que refiere el recurso de apelación, iniciamos el tratamiento con el último motivo del recurso donde se fija que tales cláusulas son válidas y lícitas bajo el amparo y cobertura legal del artículo 1255 del Código Civil , rector del principio de autonomía de voluntad, siendo la impugnación de su nulidad vertida por los demandantes en este proceso una conducta contraria a la doctrina de los actos propios, como manifiesto del ejercicio de buena fe de los derechos recogido en el artículo 7 del Código Civil .



El motivo debe ser totalmente rechazado, porque precisamente la autonomía de la voluntad con el apoyo legal invocado, en la contratación privada, tiene como límite la ley y precisamente en la contratación entre profesionales y consumidores juega como reglamentación imperativa la Directiva 93/13 y el TR-LGDCU, porque no nos encontramos en contratación por negociación (propia del Código Civil) sino en cláusulas predispuestas por el profesional que no son negociadas inter-partes, sino que aquel implanta seriadamente en los negocios que concierne con los consumidores. Por consiguiente el dato de que el contrato esté suscrito o firmado por los demandantes, en modo enerva el preceptivo análisis o control de su carácter abusivo.

No existe, por otro lado, prueba alguna de la negociación de los pactos declarados nulos por el Juzgado Primera Instancia en su sentencia, por constituir cláusulas abusivas y, en todo caso, aunque parece ya ocioso por la enorme reiteración jurisprudencial, advertir que la prueba de esa negociación debía correr a cuenta del profesional, indicamos en tal sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril 2015 y 3 de junio de 2016 y la sentencia del TJUE de 16 de enero de 2014, (C- 226/12).

Muestra evidente de esa falta de negociación y ser pacto reiterado y predispuesto para contratos de préstamo hipotecario por parte de la entidad bancaria demandada, es la redacción y transcripción idéntica, literal y sistemáticamente, en los dos contratos de préstamo con garantía hipotecaria que sustentan la acción entablada, cuando están otorgados ante dos Fedatarios diferentes y con un espacio temporal, entre una y otra escritura pública, de tres años.

Por consiguiente, no resulta aplicable la fundamentación invocada por el recurrente y precisamente la contratación seriada o en masa, técnicamente con condiciones generales, para ser válida y lícita debe significar e implicar un tratamiento con el consumidor basado en un trato dispensado desde la buena fe, elemento cardinal en la materia que estamos enjuiciando, por lo que resulta insólito reprochar al consumidor, en tal tesitura, no actuar con la buena fe, cuando - normativamente- es el profesional quien debe comportarse atemperando esta singular contratación a esos necesarios parámetros de la buena fe.

QUINTO . *Pacto de vencimiento anticipado fijado en la cláusula sexta bis de ambas escrituras de préstamo hipotecario.*

El pacto sexto bis de ambas escrituras públicas, bajo el título de " *Resolución anticipada por la entidad de crédito* ", colaciona diversos supuestos, apartados desde la letra a) hasta la letra f) y dado el contenido explicativo de la demanda y motivación de la sentencia, la acción de nulidad y la decisión del Juzgador se refiere al apartado a) que permite a la entidad bancaria declarar vencida anticipadamente la obligación y exigir de inmediato el pago de cuanto se adeude por capital e intereses: " *Si la parte deudora no abona a su vencimiento, en todo o en parte, alguna de las amortizaciones de capital o intereses de conformidad con la pactado en esta escritura* " .

5-1 . Debe darse respuesta, de entrada, a la petición de la parte apelante de suspensión del proceso en esta fase de segunda instancia por el pedimento deducido por medio de "Otrosi" contenido al final del pliego de apelación, hasta que el TJUE resuelva la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo sobre la materia del pacto de vencimiento anticipado; citando los autos de las Audiencias Provinciales de Asturias, Murcia y Madrid de 7 de marzo , 17 febrero y 14 de febrero de 2017 , respectivamente.

Apesar del auto del Tribunal Supremo de 8/2/2017 , referente a tal cuestión prejudicial, procede denegar tal petición por varias razones.

a) Porque no resulta -procesalmente- viable la suspensión parcial del procedimiento civil por cuestiones prejudiciales a la vista del artículo 40 y siguientes de la Ley Enjuiciamiento Civil , tal como petitiona la parte recurrente al desear tal efecto suspensivo solo sobre dicho pacto no sobre las otras cuestiones deducidas en la demanda, objeto del proceso cuya tramitación es unitaria.

b) A la acción individual declarativa de nulidad de este pacto, no se anuda consecuencia alguna que no sea su expulsión contractual, esto es, solo se interesa esa nulidad por cláusula abusiva, para lo que resulta carente de trascendencia la cuestión prejudicial deducida, pues no nos encontramos en un proceso de ejecución hipotecaria (ámbito al que refieren las resoluciones judiciales indicadas por la aparte apelante) y en esta resolución, dado los límites cognitivos impuestos por la demanda y contestación conformadores del objeto del proceso (artículo 412 Ley Enjuiciamiento Civil) solo se examinará la validez o no de tal pacto.

c) Porque la pretensión del apelante carece de sustento legal; muestra de ello es la ausencia motivadora de precepto legal que sustente tal petición.

5-2. La Sala ha de confirmar la fundamentación del Juzgado Primera Instancia y su decisión pues una cláusula como la presente (en la parte transcrita supra) atendidas las concretas condiciones de ambos préstamos, resulta abusiva ex artículo 82 del TR-LGDCU siguiendo los criterios específicos que fijó el TJUE en la sentencia de 14/3/2013 (claramente detallados en la sentencia recurrida y que damos por reproducidos en aras a inútiles



repeticiones) por desproporcionada y no atemperar ni modular la grave consecuencia pactada fijado (pérdida del beneficio del plazo para el deudor consumidor) con la gravedad del incumplimiento de su obligación.

En el primer préstamo hipotecario el importe es de 156.000 euros para la adquisición de la vivienda, a amortizar en 300 cuotas mensuales que vence en el año 2031 (la cuota mensual inicial fue de 780,97 euros). El segundo préstamo hipotecario de junio 2009 para refinanciar deudas habidas por la primera y antecedente operación, es por 25.000 euros a amortizar en 36 cuotas mensuales (tres años).

Pues bien, en ambos casos, que por el solo hecho de impagar parte de una cuota, la entidad bancaria pueda denegar y eliminar el beneficio del plazo al consumidor con el riesgo claro y efectivo de pérdida de su vivienda, resulta absolutamente desproporcionado tanto en relación con la duración de ambos préstamos, como por la cuantía significada en relación con el montante total, por lo que debe ratificarse su nulidad.

El carácter abusivo de tal pacto no puede verificarse por las normas del Código Civil indicadas por el recurrente, artículo 1255 y 1256 del Código Civil en relación con el artículo 1124, 1125, 1127 y 1129 del Código Civil, pues no estamos en el caso de verificar cómo se hará el ejercicio concreto de tal cláusula (no producido) sino simplemente el carácter abusivo del pacto tal como quedó estatuido, que no se regla por la normativa del Código Civil fijada para una contratación negociada, sino por la normativa protectora de consumidores y usuarios.

Igualmente la invocación al artículo 10 de la Ley 28/1998 de 13 de julio de venta a plazos de bienes muebles no resulta atinente porque no nos encontramos en esa clase de contrato. La misma suerte debe llevar la mención al artículo 693 de la Ley Enjuiciamiento Civil porque no nos encontramos en los presupuestos para acceder a la vía de ejecución privilegiada o hipotecaria, sino simplemente si tal pacto resulta o no cláusula abusiva.

Por consiguiente, el Tribunal va a confirmar la decisión del Juzgador, si bien corrigiendo el fallo de la sentencia para fijar que la nulidad del pacto de la estipulación Sexta bis en ambos contratos refiere solamente al apartado a).

SEXTO. *Gastos de tasación del inmueble hipotecado.*

La estipulación 5ª de ambas escrituras dice serán a cargo del prestatario los gastos ocasionados por; "a) Tasación del inmueble hipotecado."

La sentencia motiva que esta cláusula resulta abusiva por mor del artículo 89-3 del TR-LGDCU por ser un gasto generado en exclusiva utilidad del prestamista y no puede repercutir al prestatario.

El artículo 89.3 del TR-LGDCU (inmerso dentro de la denominada "lista negra" de cláusulas abusivas) dice que en todo caso resulta como tal: "*La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario*".

La parte recurrente alega que este coste no es propio de la formalización de la hipoteca sino un trámite previo que puede finalizar o no en la hipoteca y que la tasación se hace por encargo de la prestamista pero que al final la dispone el cliente que puede formalizar la operación con otra entidad e invoca una línea mayoritaria de resoluciones judiciales que amparan que tal gasto se fije contractualmente al prestatario al ser solicitante del préstamo.

La Sala en primer lugar advierte que el pacto no hace distinción sobre quien encarga la tasación e impone en todo caso su coste al consumidor. Dado que la acción ejercitada es la individual, el argumento primero del recurrente centrado en apartarlo por completo de la causa de la hipoteca para ubicarlo en una relación negocial de arrendamiento de servicios, se desvirtúa, al caso, con el dato de que el pacto de asunción del coste de la tasación del bien hipotecado, no se fija fuera de la escritura de préstamo hipotecario, en esa relación de encargo de la tasación, sino en la propia escritura pública y como gasto que por tal pacto se impone al prestatario.

Igualmente el Tribunal no desconoce la corriente mayoritaria de la Audiencias Provinciales que justifican la falta del carácter abusivo de este pacto en cuanto es un acto en interés del prestatario, indudablemente interesado en la obtención del préstamo, quien debe ofrecer la garantía real para obtener el préstamo y por ende debe justificar que la misma es suficiente; pero -añadimos- igualmente resulta de interés a la entidad prestamista, a sensu contrario, para conocer el valor de la garantía real en cuanto por su razón fijará la oferta y la cantidad dineraria a entregar con, especialmente, la seguridad de cobertura por el valor del bien objeto de garantía real.

Estamos en un gasto que se devenga por un trámite dispuesto por la Ley 2/1981 de 25 de Marzo de Regulación del Mercado Hipotecario, que no regla la imposición de su coste y que a mayor abundamiento, también reporta utilidad efectiva para la entidad prestamista, no solo porque el informe de tasación es necesario en los



trámites de ejecución, sino que es un requisito preceptivo para el ejercicio de la acción ejecutiva privilegiada (hipotecaria) conforme al artículo 682-2-1 de la Ley Enjuiciamiento Civil, y para poder establecer la fijación del precio para la subasta en dicho trámites.

En consecuencia, si en tal trámite está igualmente interesado y beneficiado la parte prestamista, la imposición de su coste, vía cláusula no negociada, exclusivamente, al prestatario es contrario a la buena fe y en perjuicio del consumidor rellenando el carácter de abusividad general (artículo 82 TR-LGDCU) y la específica que automáticamente produce el carácter abusivo del artículo 89-3 del mismo texto legal .

En conclusión, igualmente que el Juzgador, debemos ratificar la nulidad fallada en la instancia de dicho pacto.

Ahora bien, la parte demandante, en su escrito inicial no fijó la cantidad por tal concepto abonada y tampoco hay justificación alguna de su abono y de su importe, ni a lo largo del proceso se han solventado esas omisiones, razón por la cual, resulta improcedente la condena a Bankia a que devuelva la cantidad por una tasación, dado su total y absoluto desconocimiento, amén de la inviabilidad contraria a la Ley Enjuiciamiento Civil para fijarla en ejecución de sentencia, reiterándose lo dispuesto en el FD Segundo apartado c) de esta resolución; por lo que la condena a tal devolución debe ser revocada.

SEPTIMO . Aranceles notariales y registrales.

Conforme al pacto 5º apartado b) -en ambas escrituras públicas-, son a cargo del prestatario " *los aranceles notariales y registrales ocasionados por la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca y demás garantías prestadas, si las hubiere* " .

El Juez de Instancia motiva el carácter abusivo de este pacto transcribiendo el FD de la sentencia del Tribunal Supremo de 23/12/2015 y concluye que al no distribirse de manera equitativa entre las partes y estando interesados en los mismos, también, la entidad prestamista, resulta abusivo la imposición al consumidor por mor del artículo 83-3 del TR-LGDCU .

La Sala va a ceñirse a los gastos de constitución de la hipoteca y por ende a los aranceles del notario y del registrador por el otorgamiento de la escritura pública de préstamo hipotecario y su inscripción en el Registro de la Propiedad; pues de los gastos por tales conceptos por modificación y cancelación nada se dice en la demanda y son eventos no acontecidos (en los que habría que determinar la parte que promueve tal modificación y cancelación).

Tenemos una normativa sectorial que regla los aranceles de dichos funcionarios en el Real Decreto 1426/1989 y 1427/2989, ambos de 17 de noviembre.

Respecto al Notario, 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.

Respecto del Registrador: "*Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento ...*"

Como no nos encontramos ante una acción colectiva, sino individual, observamos de ambas escrituras públicas la comparecencia de ambas partes contratantes ante el Fedatario, sin constar afirmación del Notario de quien determinó su elección, por lo que hay que presumir que ambo interesaron los servicios del Notario; pero aún acudiendo al concepto "interesado" que habla el precepto "según normas sustantivas y fiscales", igualmente -como ya advirtió el Tribunal Supremo en la sentencia de 23/12/2015 - conforme al artículo 1875 del Código Civil y artículo 2 Ley Hipotecaria (leyes sustantivas), para la hipoteca -que es precisamente el gasto a que refiere el pacto- es la entidad prestamista la interesada en su documentación pública porque así se constituye tal derecho real de garantía y obtiene el título ejecutivo (artículo 517 Ley Enjuiciamiento Civil) y le permite acceder al proceso privilegiado de ejecución hipotecaria (artículo 685 Ley Enjuiciamiento Civil); por lo que en tal tesitura, los gastos por aranceles notariales por constitución de hipoteca, imponérselo al consumidor, va en su perjuicio y causa desequilibrio (que el TJUE define en la sentencia de 26/1/2017, C-421/14 , cuando el consumidor empeora la posición jurídica del que le atribuye el Derecho dispositivo) rellenando el carácter abusivo general del artículo 82 del TR- LGDCU como el específico del artículo 89-3, siendo pacto abusivo per se.

Ciertamente al prestatario le reporta interés la intervención del fedatario como elemento garantista de la operación, pero es que en el caso presente el pacto refiere exclusivamente a gastos por la hipoteca en el que el interesado, esencialmente, es la entidad bancaria.



Igual conclusión y con mayor razón ha de darse respecto a los aranceles del Registrador, porque la inscripción tabular de la escritura pública es en interés exclusivo del prestamista para el logro de ambos efectos acabados de exponer.

Por lo expuesto debe ratificarse la nulidad de dicho pacto.

No obstante respecto a la restitución de las cantidades abonadas por dichos conceptos, tal pretensión no puede ser acogida y debe revocarse el pronunciamiento en tal sentido dispuesto en el fallo de la sentencia, por las mismas e idénticas razones que las expresadas en el fundamento anterior.

OCTAVO . *Impuestos por constitución de la hipoteca, por garantías prestadas y por los títulos públicos otorgados.*

El pacto 5 apartado c) fija a cargo del prestatario los impuestos ocasionados por los mismos conceptos y el apartado e) es a cargo del prestatario *"impuestos que sean de aplicación a los títulos públicos que se hubiesen otorgado con carácter previo y necesario para la inscripción registral de la escritura en la que se formaliza la operación"*.

La Sala debe advertir que en la demanda, no obstante solicitarse la nulidad de tal pacto, se guardaba un completo silencio sobre el devengo de Impuestos concretos de ambos contratos otorgados públicamente y nada se adujo sobre el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados que se introduce en la sentencia transcribiendo y reproduciendo parte del Fundamento de Derecho de la sentencia del Tribunal Supremo de 23/12/2015, sobre que la entidad prestamista no resulta ajena a dicho impuesto como sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y el Juzgado condena a Bankia a reintegrar la cantidad indebidamente abonada por los actores.

Resulta necesario antes de examinar los argumentos del recurrente fijar el análisis del pacto en concreto, que, ciertamente, no menciona el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, el cual de entrada es contrario a la concreción, claridad y sencillez exigida por el artículo 80 del TR-LGDCU, al no explicitar qué clase de impuesto asume el consumidor, cuando es evidente que la entidad bancaria, dedicada precisamente de forma habitual y profesional a la concesión de préstamos hipotecarios, debe conocer sobradamente. Y como por tal generalidad y abstracción puede conllevar que cualquier impuesto que genere la constitución de la hipoteca o mediación de títulos públicos es a cargo del consumidor, incluso aquellos que pudieran gravar al profesional, el pacto de por sí constituye una cláusula abusiva por mor del artículo 89-3 c) del TR-LGDCU. Es más, observamos se impone, también, al prestatario los impuestos por las garantías prestadas y esta Sala ya en la sentencia citada de 25/10/2017 (R731/2017) ha declarado nulo (ex - artículo 89.3-c del TR-LGDCU) que el pacto por el cual el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados por fianza se imponga al prestatario, al ser normativamente de exclusiva incumbencia de la entidad a cuyo favor se emite la garantía.

Ahora bien, la Sala debe advertir que tal efecto en modo alguno puede alterar la normativa propia tributaria; es decir, no resulta viable por el dato de ser abusiva una cláusula contractual y así estimarse la acción de su nulidad, la consecuencia implique revertir o modificar la norma o ley tributaria, en beneficio del consumidor, pues no es ese el efecto que produce el carácter abusivo de una cláusula contractual. La exclusión de tal cláusula nos lleva, como aleccionó el TJUE (Gran Sala) en la sentencia de 21/12/2016 (asuntos C-154/15 y otros) en aplicación e interpretación del artículo 6 de la Directiva 93/13 en clara manifestación del principio de no vinculación a decir << ...debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. >>

Por consiguiente hay que reponer al consumidor al momento de la perfección contractual como si tal cláusula no estuviese y por tanto, los impuestos que debió abonar por tal evento frente a la Administración Tributaria siguen con plena virtualidad y vigencia.

Como el Juzgado Primera Instancia acuerda en la sentencia la devolución de la cantidad indebidamente abonada por el Impuesto de Actos Jurídicos documentados, resulta necesario resolver la denuncia que efectúa la parte apelante de la falta de jurisdicción del orden civil y de competencia objetiva para resolver sobre la cláusula que previene el pago de liquidación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

La Sala debe rechazar dicha falta de jurisdicción porque no se trata que enjuiciemos el devengo, hecho imponible, liquidación y determinación del sujeto pasivo en un impuesto o tributo, cuestión indudablemente que conforme al artículo 9-4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa; sino que estamos enjuiciando, no la relación tributaria entre administración y contribuyente,



sino un pacto entre profesional y consumidor en cuanto fuera de la normativa tributaria derivan entre ellos una estipulación negocial de repercusión de la cantidad abonada por impuestos que por la normativa consumista debe ser objeto de revisión por su carácter abusivo.

El Tribunal Supremo en sentencia de 18 de mayo de 2016 (recurso 416/2014), establece, por remisión a la Sentencia (de la misma Sala) de 17 noviembre de 2010 , que " *el conocimiento de las controversias entre particulares acerca del cumplimiento de obligaciones dimanantes de relaciones contractuales corresponde, en principio, al orden jurisdiccional civil, al que, según el artículo 9.1 LOPJ, corresponde el conocimiento de los conflictos inter privados (entre particulares), puesto que se le atribuyen las materias que le son propias, además de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional (SSTS de 2 de abril de 2009 , de 16 de junio de 2010 y de 10 de noviembre de 2008). Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2008 , este principio alcanza a aquellos supuestos en que la procedencia de la obligación entre particulares tiene un presupuesto de carácter administrativo- tributario, como el devengo de un determinado tributo a cargo de un obligado tributario, salvo en aquellos casos en que, por versar la controversia principalmente sobre la existencia o contenido de la obligación tributaria o sobre la determinación del sujeto que resulta obligado en virtud de la misma, no puede admitirse que el thema decidendi [cuestión que debe decidirse], de carácter jurídico-administrativo y llamado a ser resuelto por la jurisdicción de este orden, tenga carácter accesorio o prejudicial respecto de la cuestión civil planteada "*. En la misma línea, en cuanto a la competencia para la determinación del sujeto pasivo del impuesto, pueden destacarse dos Autos del Pleno del Tribunal Constitucional Auto nº 24/2005, de 18 de enero y Auto nº 223/2005, de 24 de mayo .

Con independencia de que la sentencia de 23/12/2015 del Tribunal Supremo no tiene por objeto ni ha dispuesto fijar la atribución del sujeto pasivo de tal impuesto en la prestamista, conforme a la normativa específica tributaria (Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados) y resoluciones judiciales que la han interpretado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, resulta fijado que el sujeto pasivo es el prestatario; razón por la cual, colocados los actores al momento de la contratación, ellos debían abonar el mentado impuesto, por lo que no procede que el mismo sea a cargo de Bankia.

La decisión de esta Sala en tal punto se alinea con la posición absolutamente mayoritaria en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales que han enjuiciado la acción de restitución anudada a la de nulidad de tal clase de pacto en préstamos hipotecarios y muestra de ello son las sentencias de AP Pontevedra 28/3/2017 ; AP Oviedo (6ª) 19/5/2017 y 29/9/2017 y AP Oviedo (5ª) 1/2/2017 , 8/5/2017 y 26/5/2017 ; AP Coruña (4ª) 25/9/2017 y 28/9/2017 : AP Palencia (1ª) 16/10/2017 ; La Rioja (1ª) 31/10/2017 ; AP Cantabria (4ª) 8/11/2017 y AP Alicante (8ª) 13/11/2017 .

A mayor abundamiento, la omisión de alegación en la demanda sobre tal devengo impositivo, la ausencia total de justificación sobre su devengo, contenido y abono (no se aporta carta de pago o instrumento alguno sobre esas premisas fácticas), deben conllevar necesariamente la revocación del fallo de la sentencia en cuanto que condena a la entidad bancaria a devolver lo indebidamente pagado por tal concepto.

Por los razonamientos expuestos, si bien el pacto es nulo, no se aceptan las consecuencias fijadas por el fallo de la sentencia en el sentido acabado de exponer.

NOVENO . La estimación parcial del recurso de apelación conlleva a no efectuar pronunciamiento de las costas causadas en la alzada de acuerdo con el artículo 398 de la Ley Enjuiciamiento Civil .

Vistos los preceptos legales aplicables concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Bankia SA contra la sentencia dictada en fecha por el Juzgado Primera Instancia 5 Valencia en proceso ordinario 650/2016, revocamos en parte dicha resolución y ratificándose la estimación parcial de la demanda presentada por Jesús María y María Milagros ;

1º) Ratificar la nulidad de la cláusula Tercera Bis, punto cuarto (ordinal 1 de la sentencia del Juzgado Primera Instancia).

2º) Se declara la nulidad de la cláusula quinta de gastos en ambas escrituras de préstamo hipotecario en sus apartados a) ; b); c) ; d), e) y g).

3º) Se declara nulo el pacto sexto bis de ambas escrituras públicas, exclusivamente en su apartado a).



4º) Se revoca el pronunciamiento final de la sentencia del Juzgado Primera Instancia y se desestima la acción de restitución por cantidades indebidamente abonadas.

5º) Se ratifica el pronunciamiento de costas de la instancia.

6º) No se hace pronunciamiento de las costas causadas en la alzada y se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el artículo 207.4 Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin necesidad de ulterior declaración; procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de la presente resolución y el oportuno oficio, al Juzgado de su procedencia.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Novena de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CEJPO