

S E N T E N C I A NÚM.122/2018

Ilmos Magistrados:

Presidente: JOSE ANTONIO SOTO JOVE FERNANDEZ

GUILLERMO SACRISTÁN REPRESA

JAVIER ANTÓN GUIJARRO

En OVJEDO, a veintiséis de marzo de dos mil dieciocho

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001366/2017, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6 de OVIEDO, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000033/2018, en los que aparece como partes apelantes, , representados por el Procurador de los tribunales, Sr. , asistidos por el Abogado D. , y como parte apelada , representada por la Procuradora de los tribunales, Sra. , asistida por el Abogado D .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Oviedo dictó Sentencia en los autos referidos con fecha 9-11-2017 cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por el Procurador D. en la representación que tiene encomendada:

- 1.- Se declara la nulidad por abusiva de la cláusula quinta del contrato de préstamo hipotecario formalizado entre las partes relativas a los gastos a cargo de la parte actora.
- 2.- Se condena a la entidad demandada a estar y pasar por tal declaración y a que la elimine del contrato, manteniendo el resto del contenido del mismo.
- 3.- Se condena a la entidad demandada al pago de 1282'38 euros, importe que devengará los intereses legales desde la fecha del pago de las facturas y hasta la presente sentencia y, desde la misma y hasta el completo pago, los previstos en el art. 576 de la LEC.

No se hace imposición de costas a ninguna de las partes".

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por las partes demandantes , que fue admitido, previos los traslados ordenados, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

CUARTO.- Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 26-3-2018, quedando los autos para sentencia.

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

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Don GUILLERMO SACRISTÁN REPRESA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Impugna la representación de d. la sentencia que estima en parte su demanda frente a la mercantil que declara la nulidad de la cláusula 5ª inserta en la escritura de préstamo hipotecario firmada por los litigantes el 20 de agosto de 2014, relativa a gastos a cargo de los prestatarios, condenando a la demandada a abonar a los actores 1282Z38 E en concepto de gastos de Notaría, Registro de la Propiedad y gestoría a los que hicieron frente los actores; sin embargo rechaza el mismo trato para los Impuestos de Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados, al considerar correctamente atribuidos a los prestatarios,

La impugnación se refiere a tres distintas cuestiones: lo primero, se discute la cuantía fijada en la audiencia previa en forma oral, y consistió en considerar que la cuantía del procedimiento ascendía a 3.552Z97 €, cuando en el decreto inicial fechado el 4 de septiembre de 2017, se había establecido, de acuerdo con el escrito de demanda, cuantía indeterminada; en segundo término se discute la desestimación de la condena a la entidad bancaria de las cantidades que debió pagar el prestatario correspondiente al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados; por fin discute la no imposición de costas, al entender que la estimación de su demanda fue sustancial.

SEGUNDO.- Se va a alterar el orden de resolución, dejando para el final la cuestión relativa a la cuantía del procedimiento.

La cuestión principal había sido ya resuelta por esta Sección en resoluciones anteriores con criterio análogo al recogido en la sentencia discutida, así en las 289 y 291 de 2017, de 1 de diciembre. Ahora bien, desde entonces el Tribunal Supremo ha dictado la sentencia número 148/2018, del 15 de marzo en la que resuelve con carácter definitivo la cuestión relativa al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

En la misma se establece, entre otras cosas, lo siguiente: "la cláusula controvertida es abusiva, y no solo parcialmente, como resuelve la Audiencia, sino en su totalidad en cuanto que, sin negociación alguna, atribuye al prestatario/consumidor el pago de todos los impuestos derivados de la operación, cuando la ley considera sujetos pasivos al prestamista o al prestatario en función de los distintos hechos imponible"; pero a continuación y en relación con los efectos de tal nulidad, añade: "el tribunal debe fijar los efectos restitutorios inherentes a tal declaración de nulidad, lo que en el caso de del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados viene determinado por su ley reguladora y su reglamento (en la interpretación que de tales normas han hecho el Tribunal Constitucional y la Sala Tercera del Tribunal Supremo); y como resultado de ello, acordar que el profesional restituya al consumidor las cantidades que hubo de pagar por impuestos cuyo pago la ley impone al profesional"; y en la parte dispositiva desglosaba la aplicación de la ley y el reglamento en estos términos a través de unas reglas acerca del pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados: "a) Respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, el sujeto pasivo del impuesto

... es el prestatario; b) En lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, será sujeto pasivo el prestatario; e) En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario, salvo en aquellos casos en que exista un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales, en los que también se distribuirá el pago del impuesto por la matriz. Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicita; y d) Las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase están exentas en cuanto al gravamen gradual de la modalidad ZActos Jurídicos Documentados.Z que grava los documentos notariales".

Pues bien, la declaración de la nulidad de la parte de la cláusula Y que incluye estos impuestos, no permite condenar a la entidad prestamista a reintegrar cantidad alguna al no constar individualizadas las que correspondería a la entidad bancaria, al igual que sucedía en el asunto resuelto por el Tribunal Supremo en la sentencia que se acaba de reseñar, y que se señalaba de la siguiente manera: "... debemos compartir los criterios expuestos por la Audiencia Provincial sobre el impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, en cuanto a que no cabe devolución alguna por las cantidades abonadas por la constitución del préstamo. Aunque sí debería restituir el banco las cantidades cobradas por la expedición de las copias cuando no se ajusten a lo antes indicado, este pronunciamiento al importe de las cantidades fijadas en la sentencia recurrida, pues más allá de su escasa incidencia económica, no se ha acreditado que por el concepto del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, la demandante hubiera pagado alguna cantidad distinta a la correspondiente a la constitución del préstamo y haber tenido en cuenta la Audiencia Provincial lo abonado por matriz y copias".

Ahora bien, en el caso que se analiza la sentencia declara nula la totalidad de la cláusula 5³, a diferencia de la resolución de la Sección de esta Audiencia, que dio lugar a que se dictara la sentencia de 15 de marzo de 2.018 de la Sala Primera del Tribunal Supremo. El hecho de que tampoco sea posible condenar a la entidad prestamista al abono a los prestatarios de las cantidades que hubieron de pagar por los impuestos cierra el círculo, pero no permite que se estime el recurso dado que se confirman íntegramente los pronunciamientos que motivan este recurso en cuanto a su aspecto esencial.

TERCERO .- Sostiene el recurso que no se imponen las costas de primera instancia al decir que la estimación de la demanda fue parcial, sin tener en cuenta que ha sido sustancial.

En la demanda la pretensión de los actores era la declaración de nulidad de la cláusula relativa a gastos, la 5³, que imponía a los prestatarios el pago de los gastos de Notaría, Registro de la Propiedad, gestoría, tasación del inmueble y el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, así como la condena a la mercantil al pago de 1282Z38 €, más los intereses legales desde la fecha de cada uno de los abonos, pero rechazaba la nulidad de lo relativo a aquel impuesto así como la condena de otros 2.270Z59 € que desestimaba.

Ciertamente tiene relevancia la parte que se estima, pudiendo entenderse que la conclusión es una estimación sustancial de la demanda; ahora bien, junto a ello debe añadirse un dato que se constituye en sustancial: resulta que las distintas Secciones de esta Audiencia Provincial no han seguido un único criterio en esta materia, la de nulidad de las cláusulas de gastos genéricas, como la del supuesto que se analiza. Así, la sentencia de la Sección 4a de 24 de marzo de 2017 entendía que eran tales gastos por completo a cargo del prestatario, mientras que la 6ª desde su sentencia de 19 de mayo de 2017 estableció que debían ser abonados por mitad por los dos contratantes tanto los notariales como los registrales, mientras que en sentencia de la Sección 5ª de 1 de febrero de 2017 fue declarada nula y condenaba a la prestamista a indemnizar a los prestatarios con el total de lo que hubieran abonado, con ex opción de los impuestos, lo que ha ratificado esta Sección desde su sentencia de 10 de octubre de 2017 .

Ante estas discrepancias anteriores a la concentración de todos los asuntos de esta naturaleza en el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Oviedo la primera instancia, y la segunda en esta Sección Primera de la Audiencia Provincial desde junio de 2017 por acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial del 25 de mayo de 2017, debe ratificarse la disparidad de criterios determinante de serias dudas de derecho en la resolución de estas materias, por lo que es precisa la aplicación del inciso último del apartado 1 del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , lo que determina la imposibilidad de aplicar el criterio del vencimiento en la primera instancia, y del 398 en la segunda para el mismo pronunciamiento, es decir no imponer tampoco las de la alzada por idénticas "serias dudas" en tanto se asienta el criterio.

CUARTO .- Resta por resolverse la cuantía del procedimiento que, señalaba la demanda, se fijaba en indeterminada como consecuencia de ejercitarse una acción de nulidad de cláusula abusiva que supone su eliminación del contrato así como consecuencias patrimoniales. De este modo lo recogía el decreto de 4 de septiembre de 2016 que la admitía a trámite. Ante la oposición por parte de la entidad demandada acerca de la cuantía fijada (en la página 5 de la contestación), fue en la audiencia previa cuando el magistrado verbalmente modificó lo establecido en el decreto reseñado fijando como cuantía del procedimiento los 3.552Z97 E que se reclaman como consecuencia de aquella nulidad. Y la parte actora lo impugna también en su recurso.

Debe señalarse que la fijación de cuantía en el caso en cuestión ni es determinante del tipo de procedimiento (en cualquier caso ha de ser ordinario), ni tampoco de competencia (al corresponder su conocimiento al Juzgado de Primera Instancia número 6 por discutirse condiciones generales de la contratación insertas en préstamos hipotecarios de personas físicas), de tal manera que tan solo podrá tener trascendencia en cuanto a la imposición de las costas. Ahora bien, dicho lo anterior, es una cuestión que se impone que cuando en la demanda se está ejercitando una acción de nulidad de cláusulas contractuales como principal, y como accesoria la condena de las cantidades abonadas por aplicación de tales cláusulas que se declaran nulas, es manifiesto que la cuantía debe considerarse indeterminada, aun cuando su efectividad tan solo vaya a desplegarse en materia de costas.

La consecuencia ha de ser la estimación de este motivo del recurso para señalar que la cuantía del procedimiento es indeterminada, habiendo sido correcto el dictado del decreto de 4 de septiembre último que admitía a trámite la demanda.

QUINTO .-La estimación del motivo anterior del recurso determina que no se haga pronunciamiento sobre las costas de la alzada, si bien la proximidad de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en materia del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados tampoco permitiría la imposición de las mismas, al no ser posible la aplicación del criterio del vencimiento del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

VISTOS, con los citados, los restantes preceptos de aplicación, la Sección primera de la Audiencia Provincial de Asturias, dicta el siguiente

FALLO

LA SALA ACUERDA: Con parcial estimación del recurso planteado por la representación de D. y D , frente a la sentencia dictada en procedimiento ordinario número mil trescientos sesenta y seis de dos mil diecisiete (1366/2017), del Juzgado de Primera Instancia número seis de Oviedo, debemos, confirmando los restantes pronunciamientos, declarar que la cuantía de tal procedimiento es indeterminada. No se hace declaración en materia de costas de la alzada.

Dese el destino legal al deposito constituido para recurrir.

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