



Roj: **SAP M 7001/2018 - ECLI: ES:APM:2018:7001**

Id Cendoj: **28079370082018100166**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **21/05/2018**

Nº de Recurso: **690/2017**

Nº de Resolución: **213/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MILAGROS DEL SAZ CASTRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Octava

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 1 - 28035

Tfno.: 914933929

37007740

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2017/0037434

**Recurso de Apelación 690/2017 E**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 59 de Madrid

Autos de Juicio Verbal (250.2) 222/2017

**APELANTE:** BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA

PROCURADOR D. MARCELINO BARTOLOME GARRETAS

**APELADO:** Dña. Apolonia

PROCURADOR D. JAVIER FRAILE MENA

**SENTENCIA N° 213/2018**

**ILMA SRA. MAGISTRADA PONENTE**

**Dña. MILAGROS DEL SAZ CASTRO**

En Madrid, a veintiuno de mayo dos mil dieciocho. La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, constituida de forma unipersonal para el conocimiento del presente asunto por la Sra. Magistrada que al margen se expresa, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio verbal nº 222/2017, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 59 de Madrid, que ha dado lugar al Rollo 690/2017 seguidos entre partes, de una, como parte demandante apelada, **DOÑA Apolonia** representada por el Procurador Sr. Fraile Mena y de otra como demandado-apelante **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.**, representado por el Procurador Sr. Bartolomé Garretas y todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 27 de Abril de 2017 .

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia nº 59 de Madrid, en fecha 27 de Abril de 2017, se dictó sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

*"Que ESTIMANDO como ESTIMO la demanda formulada por el Procurador Sr. FRAILE MENA en representación de Dª Apolonia , debo condenar y condeno a la entidad demandada, BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.*



*representada por el Procurador Sr. BARTOLOME GARRETAS a que abone a la actora la cantidad reclamada en cuantía de CUATRO MIL TREINTA Y SIETE EUROS CON VENTIDOS CENTIMOS DE EURO (4037,22) cuya cantidad desde la fecha de la demanda hasta su completo pago devengará los intereses legales correspondientes que, desde la fecha de la presenta sentencia, serán los previstos en el art. 576 de la LEC , CONDENADO asimismo a la demandada, al abono de las costas procesales devengadas en la tramitación del procedimiento en esta instancia"*

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, que fue admitido y dado traslado, se presentó oposición por la parte actora-apelada y previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

**TERCERO.-** No estimándose necesaria la celebración de vista pública para la resolución del presente recurso, quedó en turno de señalamiento sustanciándose por sus trámites.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales excepto el plazo para dictar sentencia por existir causas pendientes de atención preferente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los fundamentos de derecho de la resolución recurrida en cuanto no se opongan a los que a continuación se señalarán

### PRIMERO.- Antecedentes y objeto del recurso

Por Doña Apolonia , se presentó demanda contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A, en reclamación de la suma de 4.037,22 €, alegando, en esencia, que en fecha 28 de Agosto de 2006 suscribió escritura de préstamo hipotecario en la que se incluía una cláusula que limitaba a la baja las revisiones de los tipos de interés (cláusula suelo), que el Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de Mayo de 2013 había declarado nulas por abusivas las cláusulas suelo del BBVA incluidas en los préstamos hipotecarios y que al habérsela aplicado había tenido perjuicios económicos que concretaba en 897,80 €

De igual forma, al considerar que la cláusula de gastos a cargo del prestatario había sido declarada nula por abusiva por el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de Diciembre de 2015 y que su aplicación le había ocasionado perjuicios que ascendían a 3139,42 €, reclamaba su reintegro, ya que a pesar de haber sido extrajudicialmente reclamados, la demandada no se los había restituido.

La parte demandada se opuso parcialmente a las pretensiones formuladas de contrario, allanándose a la reclamación derivada de la aplicación de la cláusula suelo y alegando, respecto del resto, que la actora carecía de acción puesto que el préstamo había sido cancelado el 29 de Julio de 2010 y, por tanto, hasta la presentación de la demanda habían transcurrido más de cuatro años, por lo que debería declararse la caducidad. Señala además que la declaración de nulidad realizada por el Tribunal Supremo no conlleva la atribución de los gastos al banco, ya que hay que diferenciar según supuesto concreto, quién sería en definitiva el obligado al pago y que en este caso, la reclamación debería ser desestimada.

La Sentencia al considerar que no existía caducidad, admitió el allanamiento de la demandada y respecto de los gastos reclamados, al considerar que el beneficiado por los actos que daban lugar a ellos era el Banco y que se encontraba justificado el pago por la actora, estimó íntegramente la demanda.

Contra la anterior resolución fue interpuesto por la parte demandada recurso de apelación, al que se opuso el contrario, por los motivos que a continuación se expondrán.

### SEGUNDO.- Caducidad

Alega la parte apelante que la Sentencia afirma que el título por el que se acciona son las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2013 y 23 de Diciembre de 2015 que declararon la nulidad de las cláusulas, y, en consecuencia, se trataría de responsabilidad extracontractual que por aplicación de lo establecido en el art. 1968.2 LEC estaría prescrita, y añade que, en todo caso, la Sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de Febrero de 2017 señala que solo existe cosa juzgada material en los supuestos de identidad subjetiva del predisponente y objetiva sobre cláusulas declaradas nulas idénticas, que no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos, ni en los supuestos de ejercicio de acciones individuales y colectivas .

El motivo se desestima. Ciertamente la reclamación se fundamenta en las Sentencias que se citan en el motivo y, por tanto, con independencia de si existe cosa juzgada o no, se solicita únicamente la recuperación de las cantidades abonadas por la prestataria y esta reclamación, como señala la sentencia apelada, no es



consecuencia directa de la nulidad declarada y no puede considerarse que se trate de una reclamación derivada de relación extracontractual, pues el abono de las cantidades reclamadas, se hizo en virtud de contrato, por lo que es de aplicación el plazo de prescripción de las acciones personales del art. 1964 CC, y por vigencia temporal, es el de los quince años desde que pudo ejercitarse, es decir, desde las Sentencias del Alto Tribunal que se citan, por ser en las que la parte funda su derecho.

Así lo ha declarado, por todas, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 21 de Febrero de 2018, al establecer: "Ciertamente, la acción de restitución de cantidades sí que podrá ser limitada mediante la figura de la prescripción por cuestiones de seguridad jurídica, como se infiere, entre otras de la Sentencia de 21 de diciembre de 2016 del TJUE, al señalar que la fijación de plazos razonables del carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el derecho de la Unión, teniendo en cuenta un plazo razonable de prescripción.

*En consecuencia, la reclamación de los efectos restitutorios derivados de la acción de nulidad sí está sujeta a una limitación temporal, que, a falta de disposición especial, se regirá por el plazo general de las acciones personales del Art. 1.964 CC"*

Respecto de la imposibilidad de reclamar por cancelación del préstamo, sólo decir que la acción tiene como límite el plazo de prescripción establecido, siendo indiferente que el préstamo esté o no vigente, y únicamente podría alegarse que se trata de situaciones largamente consentidas, si bien en este caso, como señala la SAP de Asturias de 20 de Marzo de 2018, son "circunstancias que no concurren en el caso de autos, si tenemos en cuenta la fecha de extinción del contrato así como cuando el Tribunal Supremo comienza a dictar sentencias en relación a la validez de dichas cláusulas, como son las referidas a percepción de comisiones y repercusión de gastos en los prestatarios, aprovechando la entidad prestamista una postura prevalente en la contratación."

**TERCERO.- Análisis conjunto de los Motivos Tercero, Cuarto y Quinto: Error en la apreciación de la prueba. Infracción de los artículos 1089, 1091 y ss. Y 1281 y concordantes del Código Civil. Error de derecho por infracción de los preceptos que cita e infracción de normas y garantías procesales y en concreto los art. 14 y 24 CE y 136 y 400 LEC; Error en la valoración de la prueba documental y la prueba de presunciones judiciales. Infracción de los artículos 216, 217, 386, 319 y 326.1 LEC y del art. 24.1 CE en relación con la Disposición Adicional 1ª de la Ley 26/1984 de 19 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.**

Señala la parte apelante (en los motivos segundo y cuarto que se analizan conjuntamente por su identidad de razón) que la apelada no fue parte en el procedimiento que concluyó por la Sentencia de 23 de Diciembre de 2015 y, en consecuencia, la nulidad allí declarada no le vincula, si bien es alegación que no puede ser admitida, puesto que no pueden resolverse en trámite de apelación cuestiones no planteadas en primera instancia ni modificar los términos del debate, y en este supuesto, en el escrito de contestación, la parte hoy apelante únicamente discutió los efectos que de la nulidad declarada de la cláusula de gastos realizada en la Sentencia señalada, debían producirse.

Así lo ha declarado, por todas la SAP Toledo de 29 de Noviembre al señalar: "Todo ello supone que el recurso infringe uno de los principios más básicos del derecho procesal civil español negando los hechos admitidos en su contestación a la demanda y alegando ahora otros nuevos. La contestación a la demanda en su día formulada por esta apelante son las alegaciones de parte que centran su posición en el proceso y los términos de su oposición y ello es algo que la parte no puede alterar sustancialmente después, ni en la primera instancia, ni aun menos en esta alzada. Si se alegan hechos nuevos o se plantean cuestiones jurídicas "ex novo" por la apelante han de considerarse inadmisibles conforme a la Jurisprudencia ( STS 4.6.94 y 27.7.94 entre otras) dado que su examen causaría indefensión a la contraparte, privándole de la posibilidad de contradicción y prueba, al verse sorprendida con alegaciones que no fueron objeto de la oposición a la demanda, siendo precisamente los escritos rectores del proceso los que determinan el objeto litigioso que ya no puede mutarse por ninguna de las partes y, aun menos, en la apelación que en modo alguno constituye un nuevo juicio, ni autoriza a resolver problemas distintos de los planteados en primera instancia, bajo el principio general de derecho de "pendente appellatione, nihil innovetur"

Este principio tiene su apoyo legal en el art 412 de la LEC que impide modificar en cualquier momento posterior el objeto del procedimiento en la demanda o en la contestación y en su caso reconvenición, como son los hechos que se niegan y los que se admiten, y también en cuanto el art 456 de la LEC define el ámbito de la apelación determinando que lo es "con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia" en fin, no sobre hechos distintos, o derechos diferentes ni contradiciendo los hechos y derechos alegados en la primera instancia"

Se añade en el recurso que los gastos ahora reclamados no están justificados, puesto que los documentos 7 y 8 no acreditan el pago y se desconoce si han sido impugnados, si bien, tal y como se hace constar en la sentencia recurrida, la prestataria presentó las facturas correspondientes, no pudiendo deducir que estuvieran



los honorarios o aranceles impugnados, y, respecto de la cuantía, de la escritura aportada de constitución de la hipoteca se extrae que la suma consignada coincide con aquella por la que, por todos los conceptos, debe responder la finca gravada y en cuanto a que el doc. 9 es ilegible y no consta el pago, únicamente señalar que se trata del impuesto, y de los sellos se aprecia la presentación en la Dirección General de Tributos y la entrada en el Banco, por lo que no pueden acogerse las alegaciones de la apelante.

Además, no consta que se reclamen los gastos de constitución del préstamo y resulta indiferente la cita del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de Noviembre, puesto que se hace por referencia a una de las causas que motivaron la declaración de nulidad por el Tribunal Supremo y, además, como señala la STS de 15 de Marzo de 2018 : " No obstante, al tratarse de un texto refundido, el art. 89.3 c) no fue realmente una norma de nuevo cuño, sino que fue reflejo de la refundición o reajuste de una norma previa. Por ello, a estos efectos, en función de la indicada fecha del contrato, deberemos tener en cuenta lo previsto en el art. 10 bis LGCU, en la redacción conferida por la Disposición Adicional Segunda de la Ley 7/1988, de Condiciones Generales de la Contratación (LGC), que se remitía a la Disposición Adicional Primera de la propia LGCU, en la que se contenía un listado de cláusulas abusivas, entre las cuales, la 22 («La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por Ley imperativa corresponda al profesional. En particular, en la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación)»), es equivalente al actual art. 89.3 c) TRLGCU" (en igual sentido el art. 89.2 del texto refundido que también se cita) y, además, como se ha señalado, no se puede valorar en esta resolución la cláusula de gastos, ni determinar las circunstancias concurrentes en cuanto a su nulidad, pues no es pronunciamiento de la Sentencia apelada.

#### **CUARTO.- Respecto de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula gastos objeto del pleito. Error en la valoración de la prueba documental y la prueba de presunciones judiciales**

Tal y como alega la parte apelante, debe diferenciarse entre la nulidad de una cláusula y su expulsión del contrato y otra distinta, las obligaciones de las partes derivadas de la relación contractual y, por tanto, excluir la cláusula de gastos no significa atribuir al predisponente el pago de los concretos gastos reclamados, por lo que deberá analizarse la atribución realizada en la Sentencia apelada.

Respecto de los Aranceles de Notario por 647,64 € y los del Registro por 143,14 €, la Sentencia impone su pago al banco, al considerar que es la parte contratante que tiene interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria ya que así obtiene un título ejecutivo ( art. 517 LEC ), constituye la garantía real ( art. 1875 CC y 2.2 LH ) y adquiere la posibilidad de ejecución especial ( art. 685 LEC )

Pues bien, aun cuando así lo ha declarado el Tribunal Supremo en la Sentencia tantas veces citada, también estableció "que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista" y sobre esta declaración, aplicándola la SAP de Asturias de 2 de Junio de 2017 establece: "Si ello es así y la precitada sentencia de 23 de diciembre de 2015 el T.S . razona que "la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista.", de modo que en este punto el TS se ciñe al concepto de "interesado" referido por el Arancel de los Notarios, entendiendo que el consumidor es el interesado en la celebración del préstamo, pero por el contrario a quien interesa la constitución de la garantía hipotecaria es al prestamista, a ese concepto de interesado ha de atenderse a la hora de distribuir este concreto gasto de documentación."

De igual forma la SAP A Coruña (Sección 4ª) de 25 de Septiembre de 2009 , establece: "El obligado de pago de los aranceles notariales.

El arancel actualmente vigente viene fijado por R.D. 1426/1989, de 17 de noviembre, en virtud de la autorización concedida al respecto en el apartado 5 de la Disposición Adicional 3ª de la Ley 8/1989, de 13 de abril , de tasas y precios públicos.

En su anexo 2º se contienen 13 normas generales, que disciplinan su aplicación, entre ellas, y en lo que ahora nos interesa, la norma 6ª, que literalmente transcrita dispone:

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.



Por su parte, el art. 63 del Reglamento Notarial dispone que la retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios y se regulará por Arancel notarial.

Dada la condición común de requirentes que de ordinario ostentan ambas partes otorgantes, en cuanto portadores de un indiscutible interés jurídico en la intervención notarial, que a veces deviene incluso necesaria, cuando la escritura conforma un requisito ad solemnitatem de validez del acto jurídico documentado - constitución de una hipoteca ( art. 1875 del Código Civil , en adelante CC), como es el caso que nos ocupa -aquéllas son también partes en el contrato de arrendamiento de los servicios profesionales del notario, con la condición derivada de deudores de su retribución.

A tales efectos, son habituales los pactos concertados por las partes, al amparo del libre juego de la autonomía de su voluntad ( art. 1255 CC ), determinando convencionalmente, habida cuenta de su condición común de requirentes, cuál de ellas se hace cargo de la satisfacción de los honorarios devengados. Ahora bien, tales acuerdos entre los otorgantes, en virtud del principio de relatividad de los contratos proclamado en el art. 1257 del CC , no vinculan al notario, pues respecto a su intervención profesional no pierden su condición común de deudoras, porque ambas han requerido sus servicios y se han beneficiado de ellos.

Por lo tanto, si aplicamos la mentada norma arancelaria podríamos concluir, que si ambas partes acuden al notario para formalizar su relación contractual, para lo cual incluso podrían compelerse recíprocamente conforme al art. 1279 en relación con el art. 1280 del CC , es que ambas, por acto concluyente suyo, solicitan la intervención notarial; por lo tanto, por tal circunstancia y en ausencia de otras pruebas, serían deudoras de los aranceles por los servicios prestados, como igualmente lo serían por las normas de derecho sustantivo, en tanto en cuanto ostentan, por tal circunstancia, la condición de deudoras del precio por los servicios profesionales prestados ( art. 1544 del CC , vínculo obligacional distinto del propio del negocio jurídico autorizado por el fedatario interviniente. Es más conforme a la normativa fiscal el arancel le corresponde satisfacerlo a los usuarios del servicio.

Por todo ello, consideramos que no podemos utilizar, independientemente de su carácter subsidiario, el criterio de interesados según las normas fiscales para atribuir la condición de obligado al abono del arancel notarial al prestatario, en tanto en cuanto sujeto pasivo del impuesto que grava la relación jurídica material autorizada, cual es el préstamo con garantía hipotecaria, al ser una relación contractual distinta e independiente, insistimos, de la que propicia la intervención notarial y que devengó los aranceles cuestionados. En este sentido, discrepamos de la sentencia dictada por la sección primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra 152/2017, de 28 de marzo (EDJ 2017/44498), y de la tesis sustentada por el Juzgado, que hace responsable del pago de la minuta notarial al prestatario consumidor, sin que exista, bajo nuestra interpretación, norma alguna que imponga la satisfacción de los aranceles notariales al demandante, como sí existe, por el contrario, en el ámbito de la legislación tributaria.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 23 de diciembre de 2015 , ha dicho que en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real -o sea la hipoteca-), 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. 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, constituye la garantía real, y adquiere la posibilidad de ejecución especial.

Parece que el Tribunal Supremo en esta sentencia identifica al interesado, según las normas de derecho sustantivo, como el beneficiado por el otorgamiento de la escritura pública, sea como fuere lo cierto es que no existe una norma que impute al prestatario de forma exclusiva la obligación de satisfacer el arancel notarial , ni podemos, por las razones expuestas, hacerle responsable de su satisfacción, por la única circunstancia de ser sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados.

3.3 Consecuencias jurídicas de no considerar al prestatario consumidor como deudor exclusivo del abono del arancel notarial.

Siendo así las cosas como así son, el prestamista es también deudor de los aranceles notariales, sin que los mismos correspondan, al menos de forma exclusiva, al prestatario. Por consiguiente, su repercusión, no negociada individualmente, predispuesta e impuesta al consumidor, supondría atribuirle el pago de gastos notariales cuyo abono compete, al menos en parte, a la entidad prestamista. Por otro lado, tampoco el arancel deslinda, a efectos retributivos, el préstamo y la hipoteca, sino que les da un tratamiento arancelario conjunto.

Hemos de partir necesariamente de la ineficacia, declarada en pronunciamiento judicial firme, de la condición general de asunción de tales gastos exclusivamente por el prestatario, pues su nulidad deviene intangible en esta alzada, para centrarnos exclusivamente en la acción de restitución igualmente ejercitada.



Al considerar a ambos contratantes, en defecto de otro criterio susceptible de ser adoptado en este caso, como deudores de la intervención notarial, frente al fedatario público acreedor ostentan la condición de deudores en manifestación de solidaridad tácita, habida cuenta de la existencia de una comunidad jurídica de objetivos en la formalización de sus pactos en instrumento notarial, con indiscutibles ventajas comunes e interna conexión entre los otorgantes, derivada de la requerida prestación de los servicios notariales ( SSTS 28 de octubre de 2005, recurso 233/1999 (EDJ 2005/171672 ), 535/2010, de 30 de julio (EDJ 2010/185010 ) y 198/2015 , de 17 de abril (EDJ 2015/70856) entre otras). Por lo que, en sus obligaciones internas, los litigantes responderían a partes iguales ( arts. 1145 II, en relación con el art. 1138 CC ), sin perjuicio, en cualquier caso, de la presunción derivada de éste último precepto, conforme al cual si del texto de las obligaciones a las que se refiere el art. 1137 no resulta otra cosa -nada consta en este caso- el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros.

Es por ello que consideramos que los aranceles se deben abonar a partes iguales, salvo las copias expedidas para cada parte, ya que, con respecto a ellas, son los requirentes exclusivos de su expedición, como la necesaria para la liquidación del impuesto, que será a cargo únicamente del prestatario, mientras que las copias libradas a favor del Banco serán de su individualizada satisfacción. Al no haberse aportado al proceso la liquidación del arancel notarial, la cuantía de la devolución se efectuará en ejecución de sentencia, a falta de acuerdo entre las partes, conforme a las bases declaradas.

#### **CUARTO.- Sobre los gastos de tramitación ante el Registro de la Propiedad y oficina liquidadora de impuestos.**

Como señala la sentencia apelada, en el caso enjuiciado, no nos hallamos ante un supuesto en que la entidad demandada hubiera procedido a la predisposición e imposición de los servicios de una gestoría para llevar a efecto tales trámites, sino del abono de dichos gastos por los mentados servicios a través de una entidad de tal clase, que actuó en beneficio de ambas partes, tramitando la liquidación del impuesto -gasto que corresponde al consumidor demandante- y efectuando los trámites de inscripción de la hipoteca ante el Registro de la Propiedad -en beneficio de la entidad demandada-, sin que consten otros gastos que sean en provecho exclusivo de alguna de las partes."

Acogiendo la anterior Doctrina, en el presente supuesto, los gastos señalados de Aranceles de Notaria, Registros y de gestoría, deben ser de cargo de ambas partes por igual, al no existir la precisa determinación de la causa de las copias, y, en consecuencia, en este particular la Sentencia se revoca, pues el Banco solo debe ser condenado a reintegrar el 50% del importe señalado.

#### **QUINTO.- Impuesto sobre Actos jurídicos Documentados**

Respecto de la repercusión de este concepto, de igual forma debe ser revocada la Sentencia apelada, puesto que el Tribunal Supremo, en Sentencia de Pleno de la Sala 1ª de 15 de Marzo de 2018 ha establecido lo siguiente:

"1.- Decíamos en la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre , en lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, que el art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (LITPAJD) dispone que estará obligado al pago del impuesto de transmisiones patrimoniales a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en la «constitución de derechos reales», aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c); y en la «constitución de préstamos de cualquier naturaleza», el obligado será el prestatario ( letra d). Por otro lado, el art. 15.1 LITPAJD 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.

A su vez, el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales en que se recoge el préstamo, 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.

De tal manera que, dijimos en la mencionada sentencia, la entidad prestamista no queda siempre y en todo caso 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 expedición de las copias, actas y testimonios que interese. Por lo que una cláusula que cargue indiscriminadamente el pago de todos los tributos al prestatario, sin distinción o salvedad alguna, puede ser abusiva, por aplicación analógica del art. 89.3 c) TRLGCU, que en los contratos de compraventa de viviendas considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario; dado que los préstamos sirven para financiar esa operación principal que es la adquisición de la vivienda.



2.- Respecto del hecho imponible del impuesto de transmisiones patrimoniales consistente en la constitución del préstamo hipotecario ( art. 7.1.B LITPAJD ), ya hemos visto que el art. 8 LITPAJD , a efectos de la determinación del sujeto pasivo, contiene dos reglas que, en apariencia, pueden resultar contradictorias. Así el apartado c) dispone que «en la constitución de derechos reales» es sujeto pasivo del impuesto aquél a cuyo favor se realice el acto; y el apartado d) prevé que, «en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza», lo será el prestatario. De manera que si atendemos exclusivamente a la garantía (la hipoteca), el sujeto pasivo sería la entidad acreedora hipotecaria, puesto que la garantía se constituye a su favor; mientras que, si atendemos exclusivamente al préstamo, el sujeto pasivo sería el prestatario (el cliente consumidor). Sin embargo, dicha aparente antinomia queda aclarada por el art. 15.1 de la misma Ley, que dispone: «La constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo».

3.- La jurisprudencia de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de este Tribunal Supremo ha interpretado tales preceptos en el sentido de que, tanto en préstamos como en créditos con garantía hipotecaria, el sujeto pasivo del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario ( sentencias de 19 de noviembre de 2001 (RC 2196/1996 ); 20 de enero de 2004 (RC 158/2002 ); 14 de mayo de 2004 (RC 4075/1999 ); 20 de enero de 2006 (RC 693/2001 ); 27 de marzo de 2006 (RC 1839/2001 ); 20 de junio de 2006 (RC 2794/2001 ); 31 de octubre de 2006 (RC 4593/2001 ); 6 de mayo de 2015 (RC 3018/2013 ); y 22 de noviembre de 2017 (RC 3142/2016 )). En tales resoluciones se indica que la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible sea el prestatario, de conformidad con lo establecido en el art. 8 d), en relación con el 15.1, LITPAJD .

En su virtud, respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, en armonía con la jurisprudencia de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo, debemos concluir que el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario. "

Aplicando la anterior Doctrina, el importe abonado por el impuesto no puede ser exigido al Banco apelante

Por todo lo anterior, el recurso debe ser parcialmente estimado, ya que el banco apelante solo queda obligado a abonar la mitad de los gastos notariales, registrales y de gestoría en los términos expuestos y que ascienden a 520,88 €, debiendo ser confirmada la Sentencia en cuanto a la pretensión objeto de allanamiento.

#### **SEXTO.-Costas**

La estimación parcial del recurso comporta que no se haga expresa imposición de las causadas, de conformidad con lo establecido en el art. 398 LEC

Respecto de las de la Primera Instancia, la estimación parcial de la demanda implica, que no se realice expresa imposición de las causadas ( art. 394 LEC ).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

#### **FALLO**

**ESTIMAR PARCIALMENTE** el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Bartolomé Garretas, en nombre y representación de **BANCO BILBAOVIZCAYA ARGENTARIA SA**, contra la sentencia número 162/2017 dictada el día 27 de Abril de 2017 por el Juzgado de Primera Instancia número 59 de Madrid, en el juicio verbal 222/2017 y realizar los siguientes pronunciamientos

**1.- Revocar parcialmente** la citada Sentencia dictando otra por la que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Fraile Mena en nombre y representación de DOÑA Apolonia frente a BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., condeno al demandado a abonar a la actora la suma de 1418,68 € (897,80€ + 520,88 €), más el interés legal de esa suma desde la fecha de la demanda aplicación de lo dispuesto en el art. 576 LEC desde Sentencia, sin hacer especial imposición de las costas procesales causadas. y absolviendo al Banco del resto.

#### **2. No hacer expresa imposición de las costas del recurso.**

La estimación parcial del recurso determina la devolución del depósito de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica d6 /1985 de 1 de Julio , del poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de Noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 208.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , póngase en conocimiento de las partes que contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre



alguno de los supuestos previstos en los *artículos 469 y 477 del texto legal antes citado* , en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala.

Así por esta mi sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.-** La anterior Sentencia fue hecha pública por la Magistrada que la ha firmado. En Madrid, a veintiuno de mayo de dos mil dieciocho. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ