

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE - SECCIÓN OCTAVA -
TRIBUNAL DE MARCAS DE LA UNION EUROPEA**

Apelante/s: C

Procurador/es: JAVIER EMILIO GOMEZ GRAS

Letrado/s: MARIA MAGDALENA RICO PALAO

Apelado/s: CAIXABANK, S.A.

Procurador/es :

Letrado/s:

ROLLO DE SALA Nº 58-M37/18

PROCEDIMIENTO: JUICIO ORDINARIO 690/16

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NOVELDA-1

SENTENCIA NÚM. 264/18

Iltrmos.:

Presidente: Don Enrique García-Chamón Cervera.

Magistrado: Don Luis Antonio Soler Pascual.

Magistrado: Don Francisco-José Soriano Guzmán.

En la ciudad de Alicante, a treinta y uno de mayo de dos mil dieciocho.

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Iltrmos. Sres. expresados al margen, ha visto los autos de Juicio Ordinario número 690/16, sobre condiciones generales de la contratación, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia Núm. 1 de Novelda, de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por la parte actora, Doña [redacted], representada por el Procurador Don Javier Gómez Gras, con la dirección de la Letrada Doña María Magdalena Rico Palao y; como apelada, la parte demandada, CAIXABANK, S.A., representada por el Procurador Don [redacted] z, con la dirección del Letrado Don [redacted].

I - ANTECEDENTES DE HECHO.-

PRIMERO.- En los autos de Juicio Ordinario número 690/16 del Juzgado de Primera Instancia Núm. 1 de Novelda se dictó Sentencia de fecha ocho de septiembre de dos mil diecisiete, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "*Que estimo parcialmente la demanda interpuesta por [redacted]; representado por el Procurador Sr. Gómez Gras contra Caixabank, S.A., representada por el Procurador Sr. [redacted] y debo acordar y acuerdo:*

Prímero.- Declarar la nulidad de la cláusula recogida en el pacto sexto del contrato que establece: Los intereses de demora del 20,5%.

Condenando a la entidad bancaria demandada a estar y pasar por esa declaración, y eliminarla del contrato.

Segundo.- Desestimando el resto de peticiones.

Tercero.- No se hace expresa imposición de costas."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte actora y, tras tenerlo por interpuesto, se dio traslado a la adversa, la cual presentó el escrito de oposición.

Seguidamente, tras emplazar a las partes, se elevaron los autos a este Tribunal donde fue formado el Rollo número 58-M37/18 en el que se admitieron los documentos aportados con el recurso de apelación a efectos ilustrativos de las razones expuestas en el mismo.

Por la apelante se solicitó la elevación de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de la transparencia de la cláusula IRPH y también la suspensión del proceso hasta tanto se resuelva la cuestión prejudicial ya planteada por el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona registrada como asunto C-125/18. Ante las referidas solicitudes se acordó decidir sobre las mismas tras la deliberación y votación del recurso.

Se señaló para la deliberación, votación y fallo el día de la fecha, en el que ha tenido lugar.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Enrique García-Chamón Cervera.

1II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las demandas sucesivas que inician este proceso tiene por objeto:

1) la declaración de nulidad de la cláusula relativa al interés variable en cuanto se refiere al índice IRPH-Cajas (tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de la modalidad cajas de ahorro) y, del tipo sustitutivo (tipo activo de referencia de las Cajas de Ahorros), inserta en la cláusula financiera pacto tercero-bis de la escritura del crédito abierto con garantía hipotecaria otorgada entre las partes el día 31 de mayo de 2007, por su falta de transparencia y abusividad y; subsidiariamente, su sustitución por el Índice oficial Euribor;

2) la condena de la entidad demandada a devolver las cantidades resultantes de la aplicación del Índice IRPH desde el inicio hasta la actualidad y; subsidiariamente, la condena a la devolución de las cantidades pagadas de más por la diferencia entre el IRPH y el Euribor;

3) la declaración de nulidad de la cláusula financiera pacto sexto del mismo préstamo hipotecario relativa a los intereses de demora establecidos unilateralmente por la demandada en el 20,5%.

4) la declaración de nulidad de la cláusula financiera pacto quinto (gastos a cargo de la parte acreditada) y la pretensión de condena al pago de 2.803,61.- € que se desglosan en: gastos de Notaría, 707,14.- €; inscripción en el Registro de la Propiedad, 162,42.- €; gastos de gestoría, 257,95.- € e; IAJD, 1.676,10.- €.

5) la declaración de nulidad de la cláusula financiera pacto segundo (amortización) en lo relativo al cálculo de la cuota final al vencimiento que, de momento, se ha cuantificado en 35.850.- €.

La Sentencia de instancia estimó en parte la demanda solo en lo relativo a la declaración de nulidad de la cláusula relativa a los intereses moratorios, sin efectuar especial imposición de las costas causadas en la instancia.

Frente a la misma se ha alzado la parte actora quien impugna la desestimación del resto de peticiones formuladas en las demandas acumuladas.

SEGUNDO.- Con relación al índice IRPH, este Tribunal ya ha adoptado criterio al respecto (por todas, sentencia de 20 de octubre de 2017), cuyos razonamientos se transcribirán a continuación y sirven para dar respuesta a las cuestiones planteadas al respecto por la recurrente.

Dicho criterio ha sido refrendado por la Sentencia de la Sala Primera (Pleno) del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 que, al abordar la cuestión relativa a la nulidad de la cláusula, inserta en una escritura de préstamo hipotecario, que establece el cálculo del interés variable conforme al índice IRPH, ha efectuado los siguientes razonamientos de interés:

i) Los índices IRPH se definen como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, que hubieran sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiriese el índice por los bancos (IRPH-Bancos), las cajas de ahorros (IRPH-Cajas) o el conjunto de bancos, cajas de ahorros y sociedades de crédito hipotecario (IRPH-Entidades). Dichos índices encontraron cobertura en la Orden de 5 de mayo de 1994, la Circular 5/1994 del Banco de España, de 22 de julio, la Orden de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y en la Circular 5/2012 del Banco de España, de 27 de junio. La desaparición definitiva del IRPH-Cajas y del IRPH-Bancos se produjo de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, el 1 de noviembre de 2013. El Banco de España, con efectos desde ese mismo día, dejó de publicar en su sede electrónica los mencionados índices y las referencias al tipo de interés IRPH-Cajas e IRPH-Bancos fueron sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato de préstamo o crédito hipotecario.

ii) Conceptualmente no es imposible que una cláusula en la que se establece el interés remuneratorio de un contrato de préstamo sea una

condición general de la contratación, siempre y cuando reúna todos y cada uno de los requisitos que legalmente son necesarios para su calificación como tal.

iii) Sólo puede controlarse que la condición general de la contratación por la que se incluye dicho índice en un contrato con consumidores esté redactada de un modo claro y comprensible y sea transparente.

iv) En primer lugar, por tanto, ha de analizarse si la cláusula gramaticalmente permite al prestatario conocer, comprender y aceptar que el interés variable de su préstamo hipotecario se calcula con referencia a un tipo fijado y controlado por el Banco de España.

v) En segundo término, desde la perspectiva de la transparencia material (teniendo en cuenta que el interés remuneratorio es el precio del contrato de préstamo y que, por tanto, la cláusula que establece la fijación de dicho interés relacionándolo a uno de tales índices afecta a un elemento esencial del contrato que determina su objeto principal), el control tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.

Pues bien, dado el carácter esencial de la cláusula, no cabe considerar que el consumidor no se apercibiera de su importancia económica y jurídica y que pudiera conocer que el interés resultante en dicho periodo se calculaba mediante la aplicación de un índice oficial consistente en una media de los índices hipotecarios de todas las entidades que actuaban en España al que se sumaba un margen o diferencial. Al tratarse de índices oficiales utilizados por las diversas entidades financieras en sus ofertas comerciales, resulta fácilmente accesible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, conocer que se utilizan diferentes sistemas de cálculo del interés variable y comparar las condiciones utilizadas por los distintos prestamistas en un elemento tan esencial como el propio precepto del préstamo.

TERCERO.- Los razonamientos habitualmente efectuados por este

Tribunal sobre el tema que nos ocupa, a los que hemos hecho referencia, y que son perfectamente extrapolables al caso que nos ocupa, son los siguientes:

"TERCERO.- En relación a la nulidad de la cláusula IRPH, del contenido de alegaciones se evidencia que lo que se alega es error en la no consideración de la falta de transparencia de los índices de referencia impuestos, por no valorar el conocimiento y formación de las demandantes y el incumplimiento de la obligación de información de la entidad, por no considerar que el IRPH es abusivo y susceptible de manipulación.

Posición del Tribunal. (...)

Debemos partir para nuestro análisis de tres afirmaciones que entendemos no están controvertidas, a saber, en primer lugar de que los actores reúnen la condición de consumidores, en segundo lugar, de que la cláusula debatida es una condición general de contratación y, en tercer lugar, de que la cláusula que fija el índice de referencia a los tipos de interés aplicables en los periodos pactados define el objeto principal del contrato de préstamo, es decir, su precio, pues como dijimos en nuestra Sentencia de 18 de diciembre de 2015 (...)el tipo de referencia...acordado en nuestro préstamo hipotecario establecen el tipo de referencia que sirve para fijar el interés variable, que es lo que constituye el precio que los prestatarios han de abonar como contraprestación al disponer del capital .

El análisis de la transparencia, de la superación por la cláusula general de dicha condición, requiere examinar tanto lo relativo a la incorporación -o transparencia formal- como el conocimiento sustantivo por el consumidor de la cláusula -control de transparencia material-.

Pues bien, entendemos que la cláusula supera fácilmente el control de incorporación.

En efecto, si se trata de valorar si la información que se facilita en el tenor de la cláusula confiere oportunidad real de su conocimiento por el usuario adherente al tiempo de la celebración del contrato, la respuesta es positiva, pues en absoluto puede calificarse la cláusula de ilegible, ambigua, oscura o incomprensible. Además, su ubicación dentro del contrato es correcta y lógica, apareciendo en la cláusula de intereses (cláusula 3) no pudiendo sostenerse que se pueda considerar una cláusula emboscada o introducida en un lugar del

contrato que impida relacionarla con el precio del préstamo.

El art. 5.5 LCGC indica que la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, estableciendo en su apartado 7º que no quedarán incorporadas al contrato las condiciones que no hayan tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato, las ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

En el caso los demandantes han tenido oportunidad de conocer la cláusula que define el interés ordinario como precio del contrato. La cláusula tiene una redacción que garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del IRPH pues permite a los demandantes conocer esencialmente que la variabilidad de los tipos de interés se hará conforme a un determinado índice que actuará de referenciador para fijarlos, siendo aquél índice el IRPH.

- CUARTO.- Más compleja resulta sin embargo la cuestión desde la perspectiva del control de transparencia material que implica analizar la cuestión de si los clientes, hoy demandantes, comprendieron el significado de la cláusula que hemos transcrito y si la entidad prestamista entidad ofreció otras alternativas más favorables para el cliente.

Como ha señalado el Tribunal Supremo - STS 9 de mayo de 2013 -, tiene su justificación en el art. 4.2 de la Directiva 93/13 , según el cual el control de contenido no puede referirse " a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible ". Esto es, cabe el control de abusividad de una cláusula relativa al precio -es el caso del índice IRPH- y a la contraprestación si no es transparente.

Este control de transparencia, " como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del 'error propio' o 'error vicio', cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la 'carga económica' que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial

realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la 'carga jurídica' del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo " - STS 18 de junio de 2012 y 9 de mayo de 2013 .

Como se desprende de la STS de 9 de mayo de 2013 , la cláusula IRPH forma parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, y por ello del objeto principal del contrato.

La ratio de la Sentencia 241/2013, de 9 de mayo era básicamente, que la ausencia de una información suficiente por parte del banco de la existencia de la cláusula suelo y de sus consecuencias en el caso en que bajara el tipo de referencia más allá de aquel límite, y la inclusión de tal cláusula en el contrato de forma sorpresiva, oculta entre una profusión de cláusulas financieras, provoca una alteración subrepticia del precio del crédito, sobre el que los prestatarios creían haber dado su consentimiento a partir de la información proporcionada por el banco en la fase precontractual. Para el consumidor, el precio del crédito estaría constituido por el diferencial aplicable al tipo de referencia variable.

Si partimos de la base de que, incluso en los contratos de adhesión con consumidores, rige la autonomía de la voluntad de los contratantes respecto del precio y la contraprestación, esto presupone la plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, para lo cual es preciso que el consumidor tenga un conocimiento cabal y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de la celebración del contrato. Como explica la doctrina, la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el consumidor. En caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no pudieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración, faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia de consentimiento.

Por eso, el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el

momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó.

Dice la Sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 que " la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical " (ap. 71), sino que " esa exigencia debe entenderse de manera extensiva " (ap. 72). Concluye el Tribunal que " la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible gramaticalmente se ha de entender como un obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo " (ap. 73).

Pues bien, si proyectamos esta doctrina a nuestro caso, en que la cláusula controvertida, en el contexto de un préstamo con interés variable, referenciado al IRPH, la exigencia de transparencia iría más allá de que la redacción de la cláusula fuera clara y comprensible para el consumidor y alcanzaría a que éste pudiera hacerse cargo de las consecuencias económicas derivadas a su cargo, esto es, que pudiera ser consciente de que el interés del préstamo era variable conforme a un determinado índice referencial que presenta determinadas características frente a otros índices, señaladamente, frente al más común Euríbor.

Es lógico que para ello influya el conocimiento general que por entonces existía sobre el citado índice y la forma en que fue presentado en la información precontractual.

Hemos afirmado que la cláusula sí goza de claridad y comprensibilidad en su tenor literal. Desde luego, la ubicación de la indicación del índice de referencia al IRPH, tampoco es equívoco.

De este modo, no sólo la redacción de la cláusula es clara y comprensible, sino que su ubicación sistemática dentro del contrato es correcta

y lógica, pues viene con ocasión de la explicación de cómo se calcula el tipo de interés. No se trata de una cláusula emboscada o introducida en un lugar del contrato que impide se la pueda poner en relación con el interés pactado.

Por otra parte, que en el marco de un contrato con interés variable se pacte conforme a un determinado índice de referencia, no es, en sí mismo, algo extraño o sorprendente, y desde luego la forma en que opera es fácilmente comprensible. De hecho, basta la simple lectura para que un consumidor medio -que es aquél que no tiene especiales conocimientos financieros ni experiencia de tal naturaleza- pueda comprender "las consecuencias económicas derivadas a su cargo" (expresión empleada por la reseñada STJUE de 30 de abril de 2014).

El plano más general o abstracto en el que se mueve este enjuiciamiento del control de transparencia, nos permite realizar valoraciones generales sobre lo que podía o no llegar a ser comprensible para un consumidor y en qué medida podía conocer que el interés del préstamo era variable conforme al concreto índice que se fijaba.

En la contratación bancaria, hay muchas cuestiones que guardan relación con el precio, cuyo entendimiento puede llegar a ser difícil o, cuando menos, "no fácil" para un consumidor. Pero que de pactarse un interés variable se establezca que éste estará referenciado a un determinado índice, eso no encierra dificultad de entendimiento ni tiene por qué resultar sorprendente después de unos años de práctica comercial, máxime cuando es un hecho notorio que la fiebre del mercado inmobiliario de los años en que se pactaron estas cláusulas con índice de referencia, en el que participaron de forma masiva los consumidores, provocaron un conocimiento poco menos que natural del coste de las hipotecas.

Es por ello que entendemos que en el caso los clientes sí pudieron conocer de la existencia del concreto índice de referencia para fijar el interés tanto más cuando de hecho suscribieron sendas ofertas vinculantes donde constaba el índice de referencia.

En suma, no cabe declarar abusivas, tras aplicar el control de transparencia, la cláusula que fija el IRPH como índice de referencia, tanto más teniendo en cuenta que se trata de un índice oficial introducido en la Norma

sexta bis de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, modificada por la Circular 4/1994 del Banco de España, lo que implica que no es la entidad crediticia quien ha fijado las pautas para decidir el IRPH en cada periodo.

Es cierto que el cálculo del indicado índice es complejo, admitiéndose en la contratación aunque el consumidor no conozca los cálculos matemáticos que se verifican para su determinación y que son sometidos al control de los correspondientes organismos de regulación. Lo mismo cabe predicar, en cuanto a construcción financiera y carácter influenciado y manipulable del citado Euríbor. Por tanto, si el Euríbor se admite como válido por tratarse de un índice oficial y se pretende aplicar como sustitutivo conforme a lo pactado, la misma validez se ha de reconocer al IRPH.

Las entidades bancarias remiten los datos necesarios para su cálculo, a partir de estos datos se halla la media por el Banco de España sin que las entidades puedan influir en su determinación, no al menos de forma distinta a lo que lo pueden hacer con otros índices, como el Euríbor -y basta traer a colación las actuaciones recientes de la Comisión Europea sancionando a diversas entidades crediticias por alteración de éste-

QUINTO.- (...)

En todo caso lo que defiende el recurrente es que la abusividad deriva del hecho de que el índice IRPH fue impuesto de manera opaca, no informándose adecuadamente a los clientes

Pues bien, ya hemos tenido oportunidad de pronunciarnos, sobre la pretensión de nulidad del índice IRPH, además de por lo expresado en el anterior fundamento, en nuestra Sentencia número 309/2015, de 18 de diciembre en el sentido de considerar que es un índice legal, trayendo a colación la SAP Guipúzcoa, Secc 2ª, de 23 de enero de 2015 y la SAP Castellón, Secc 3ª, de 4 de septiembre del mismo año.

En cualquier caso entendemos que no debe olvidarse que el enjuiciamiento del carácter eventualmente abusivo de una cláusula debe referirse al momento en el que se suscribe el contrato y teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en su celebración y las demás cláusulas del mismo, de conformidad con lo que dispone el ya citado art. 4-1 de la Directiva 93/13 que señala que (...)el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará [...] considerando, en el momento de la celebración del

mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa " (en este sentido SSTJUE antes citadas Pannon GSM, apartado 39, y VB Pénzügyi Lízing, apartado 42, Banif Plus Bank, apartado 40 y Aziz, apartado 71) y el art. 82-3 TRLCU, siendo así que estamos ante un índice oficial que las entidades financieras podía utilizar en sus productos, sin que en absoluto conste que la entidad demandada hubiera manipulado el índice a su favor como ya hemos expuesto con anterioridad".

CUARTO.- Se rechaza la solicitud de la elevación de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la solicitud de suspensión del presente recurso hasta tanto resuelva el Tribunal de Justicia sobre una cuestión prejudicial ya elevada por un tribunal español sobre la transparencia de la cláusula IRPH (asunto C-125/18) por las razones ya expuestas en el Auto de esta Sección de fecha 14 de febrero de 2018 (Rollo 83-M29/17), las cuales reproducimos a continuación:

"Fundamenta su petición la parte apelante en que no concurre un "acto claro" para enervar la obligación de plantear la cuestión en relación a la cláusula IRPH porque los criterios de transparencia e información previa también son exigibles en el caso que al consumidor se le imponga un índice más caro que el habitual, es decir, el IRPH frente al Euríbor, dándose sobre el caso jurisprudencia contradictoria lo que viene a ratificar, conforme a la jurisprudencia europea que cita, que se trata de un acto no claro y que en consecuencia, concurren los requisitos objetivados por el TJUE para considerar que hay que formular cuestión prejudicial.

Añade el solicitante que la interpretación de la Directiva 93/13 y su correspondencia legal española exige examinar si a la vista de la redacción del contrato impuesto por el empresario bancario, tiene el cliente derecho a conocer la carga económica a la que se expone con el IRPH, que es minoritario frente al Euríbor y si la obligación del empresario es también la de exponer las ventajas comparativas con otros índices de referencia más económicos.

En consecuencia, que el Tribunal de Justicia debería decidir sobre si se opone a la Directiva 93/13 el dar por válido un clausulado que no cumple con

las exigencias informativas de transparencia que han quedado asentadas por la jurisprudencia comunitaria a fin de garantizar que el consumidor pueda comprender al menos los efectos en las cuotas de la imposición del IRPH.

Termina su exposición con un examen somero sobre la obligación de los Jueces y Tribunales de aplicar el derecho de la UE con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sobre la necesaria comprensión de las cláusulas por parte del consumidor, la exigencia de la buena fe respecto de la actuación de la entidad financiera, la exigencia de control de oficio como medida de protección del consumidor y, finalmente, sobre el carácter retroactivo de las cláusulas abusivas.

Posición del Tribunal.

No está en cuestión ni la primacía del derecho de la Unión Europeo -art 4 bis LOPJ- ni la jerarquía interpretativa que los textos constituyentes de la Unión atribuyen al Tribunal de Justicia a través de la cuestión prejudicial -art 19.3 TUE y art 267 TFUE-

Lo que está en cuestión es si se dan las condiciones para que este Tribunal plantee la cuestión que se propone y que afecta a la cláusula IRPH sobre la que, recientemente, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su Sentencia 669/2017, de 14 de diciembre.

Pues bien, conforme a la jurisprudencia del TJUE, un Tribunal de justicia ha de plantear cuestión prejudicial cuando entienda aplicable a un caso una norma interna que considera contraria al ordenamiento europeo, o una norma europea de la que no conste interpretación y que podría suscitar dudas de compatibilidad con otras normas internas -STJUE de 9 de septiembre de 2015, C-160/14-.

Pero también dice esa misma jurisprudencia que "los órganos jurisdiccionales nacionales ostentan una amplísima facultad para someter la cuestión al Tribunal de Justicia si consideran que un asunto pendiente ante ellos plantea cuestiones que versan sobre la interpretación o la apreciación de la validez de las disposiciones de Derecho comunitario que precisan una decisión por su parte" -STJUE de 22 de junio de 2010, asuntos C-188/10 y C189/10), añadiendo que si consideran esos mismos órganos que carece de relevancia la cuestión para la resolución judicial, no han de plantearla -STJUE de 18 de julio de 2013, asunto C-136/12-.

Por otro lado, la STC 99/2015, de 25 de mayo expresamente se declara que "el órgano judicial es competente para valorar la eventual aplicación de la normativa de la Unión Europea al caso concreto, de manera que si a dicho órgano no le asaltan dudas sobre ese particular, en esta sede constitucional no cabe formular censura alguna por no plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, salvo por deficiencias de motivación".

Pues bien, en el caso, ninguna duda el Tribunal sobre la legalidad de la cláusula IRPH. De hecho este Tribunal ha mantenido a lo largo de todas las resoluciones dictadas con anterioridad a la decisión del Tribunal Supremo ut supra, el criterio que finalmente ha sido asumido por el Alto Tribunal, es decir, que la cláusula en cuestión sí supera el control de transparencia cuando se dan las condiciones para ello sin que entre ellas se incluya la información sobre la evolución del IRPH frente al Euríbor porque no puede ser conocida, de modo tal que el perjuicio que pudiera derivarse en caso de evolucionar en perjuicio del prestatario frente al Euríbor no es sino una eventualidad inconmensurable para la entidad.

En efecto, no podemos compartir con el apelante que el nivel de información se pueda proyectar, como exigencia a la comercializadora, sobre futuribles o hipótesis.

En relación a ello ha señalado recientemente el Abogado General en sus Conclusiones de 27 de abril de 2017 dadas en el asunto C-186/16, caso de consumo -préstamo multidispositivos- lo siguiente: "debe exigirse al profesional, en el presente asunto el banco, que exponga, habida cuenta de sus conocimientos especializados en la materia, las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera...No obstante, no me parece razonable exigir al profesional que, en la fase de celebración del contrato de crédito, informe al consumidor de acontecimientos o de circunstancias posteriores a la celebración del contrato que él no estaba en condiciones de prever. No cabe exigir a los profesionales que faciliten a los consumidores información distinta a la que ellos conocen o habrían debido conocer objetivamente en el momento de la celebración de este contrato".

Y es que la información debida nace de dos factores, primero, del hecho de que es un producto temporal y por tanto, vinculado a los cambios del mercado y, segundo, que es un producto en el que al fijarse el precio en base a un índice de mercado, resulta especulativo y por naturaleza, anudado a la evolución imprevisible del propio mercado, de todo lo cual deduce que la información a prestar no es de futuribles sino de escenarios posibles y de su repercusión sobre el cliente, en suma, de los riesgos ante esos escenarios.

En conclusión, no habiendo duda sobre la cuestión y compartiendo la tesis mantenida por el Tribunal Supremo sobre la cuestión, no considera el Tribunal que deba formular la cuestión prejudicial solicitada por la parte."

QUINTO.- Seguidamente, abordamos la impugnación de la desestimación de la petición de declaración de nulidad de la cláusula relativa a los gastos y de la petición de condena a la restitución de los cantidades abonadas indebidamente por gastos.

Hemos de acoger la petición de declaración de nulidad instada en la demanda porque la estipulación controvertida atribuye de manera indiferenciada e indiscriminada a la parte prestataria todos los gastos sin reparar en la norma legal o reglamentaria que identifica el sujeto obligado a su pago respecto de cada uno de los concretos gastos.

Ya declamos en nuestra Sentencia 292/15, de 21 de diciembre:

"Con relación a los otros gastos discutidos en el recurso, entendemos que la clave de la nulidad no radica en que se trate de gastos que "lógicamente" deban de ser soportados por el cliente, o que hayan de serlo porque le favorecen, o porque él sea el sujeto pasivo del impuesto que pueda gravar el acto. Lo relevante, desde esta perspectiva del carácter abusivo, es la amalgama, sin distinción, y sin orden ni concierto, que contiene la cláusula: un auténtico amasijo de gastos, de muy variada naturaleza (tributarios o fiscales, registrales, notariales, seguros, de correo...), que se imputan a la parte deudora o prestataria, prescindiendo de la concreta normativa que así lo pudiera establecer; incluso, en la mayor parte de los casos, se trata de gastos futuros, inciertos, definidos en términos absolutamente generales. El carácter abusivo deviene, por tanto, de la absoluta indefinición, de la ausencia de distinción entre gastos y tributos que puedan incumbir a una u otra parte,

permitiendo (o intentándolo apriorísticamente) la derivación universal de todos ellos, con independencia de su origen o causa, al consumidor. Desde luego, y sin necesidad de cláusula alguna, producido que sea alguno de los gastos previstos en aquélla, habrán de corresponder a quien la disposición legal concreta de aplicación establezca. Subyace en la cláusula una intención de imputar al deudor cualquier gasto que pueda tener relación con el contrato, o con su devenir. Y no nos parece dable imputarlos, de esa forma tan genérica y arbitraria, al consumidor, abstracción hecha de las circunstancias fácticas y legales que ocasionen el gasto, pues ello podría permitir a la entidad bancaria, en ejecución de la cláusula, cargarlos en la cuenta del cliente, incluso cuando dichos gastos pudieran ser de cuenta de la misma."

De otro lado, esa misma idea subyace en la STS de 23 de diciembre de 2015 aunque su objeto sea una acción colectiva de cesación de cláusulas abusivas:

"1.- En primer lugar, resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones [como veremos] contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto.

El art. 89.3 TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto "La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (numero 2º), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 3º). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación,

aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º)."

Así pues, la cláusula financiera pacto quinto, en cuanto impone todos los gastos a la parte prestataria sin atenerse a las normas que identifican el sujeto obligado al pago de cada uno de ellos hemos de declararla abusiva.

SEXTO.- Seguidamente, se interesa la estimación de la petición de condena a la restitución a los actores del pago de los gastos de Notaría y de inscripción en el Registro de la Propiedad.

Hemos de partir de la doctrina establecida por la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 sobre el carácter abusivo de estos gastos al tiempo que interpreta la normativa existente sobre la atribución de los mismos:

"2.- Sobre tales bases legales, no cabe considerar que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguna de las normas legales citadas como infringidas, al declarar la abusividad de la cláusula. Baste recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa 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. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que

ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU).

En la sentencia 550/2000, de 1 de junio, esta Sala estableció que la repercusión al comprador/consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. Y si bien en este caso la condición general discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso."

De otro lado, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de abril de 2016, basándose en la doctrina establecida en la STS anterior, indica:

"Ahora bien, la Sentencia de Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, ha considerado abusivas por contrarias al artículo 89.2 y.3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, las cláusulas que impongan de cuenta exclusiva de la parte prestataria gastos de tramitación o gestión que por ley corresponden al acreedor, y como tales señala los de formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas, ya que tanto el arancel de los notarios como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación y quien tiene el interés principal en la hipoteca es el prestamista... En consecuencia, respecto a dichos gastos concretos, el defecto debe ser confirmado por cuanto opera la normativa de consumidores y constituyen cantidades a cargo del acreedor que no pueden ser atribuidas en exclusiva al prestatario. Sin perjuicio, en cuanto a los gastos de constitución, al constituir el préstamo hipotecario una realidad inescindible en que están interesadas tanto el consumidor -en el préstamo, como el profesional -en la hipoteca-, de la posibilidad de pactar la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral; y, en cuanto a las costas preprocesales y procesales, de la licitud del pacto que subordine su imputación a las determinaciones judiciales del procedimiento. En el presente expediente en la oferta vinculante se recoge que los gastos de Notaría y Registro son a cargo de la parte prestataria, pero no se cuantifica su

importe, ni se pacta de manera expresa la distribución de estos gastos, por lo que no se da cumplimiento a las exigencias impuestas por la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015."

En conclusión, si la imposición al prestatario con carácter exclusivo de todos los gastos del arancel notarial y registral correspondientes a la escritura de préstamo hipotecario constituye una cláusula abusiva por ni siquiera haber establecido un reparto equitativo de su importe, las cantidades abonadas por los actores en relación con esos conceptos les deberán ser restituidas por la entidad prestamista que se benefició indebidamente por ello.

Además, hemos de tener presente que según la Disposición Adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigente *rationes temporis*, considera abusiva la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por Ley imperativa corresponda al profesional.

En la norma 6ª del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre por el que se aprueba el Arancel de los Notarios atribuye el pago del mismo al que hubiera requerido los servicios del Notario y a los interesados y; en la norma octava primera del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, fija como obligado al pago aquél en cuyo favor se inscriba el derecho.

Según estas normas, estos conceptos o partidas deben ser abonados por el prestamista toda vez que se devengan en interés del mismo pues obtiene con la inscripción una garantía real y, además, un título ejecutivo.

Ni el otorgamiento de la escritura ni la inscripción registral son imprescindibles para el contrato de préstamo, negocio jurídico en el que el interesado es el prestatario.

Así pues, al estimar esta alegación del recurso, procede la condena a la restitución a los actores de las sumas de 707,14.- € por los gastos de Notaría y de 162,42.- € por los gastos de inscripción en el Registro de la Propiedad.

SÉPTIMO.- En relación con los gastos de gestoría, también hemos de acoger la petición de condena a su pago por parte de la entidad demandada si nos atenemos a las siguientes razones:

En primer lugar, no consta que el servicio de tramitación o de gestoría prestado por un tercero sea necesario e imprescindible para que pueda presentarse la escritura en la Oficina Liquidadora ni para su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad. Así pues, la imposición de estos gastos a la parte prestataria constituye una cláusula abusiva al incardinarse en el supuesto previsto en el artículo 89.4 del TR LGDCU: "La imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados."

En segundo lugar, la tramitación administrativa de la escritura del préstamo hipotecario después de su otorgamiento ante el Notario es un servicio instrumental que se realiza por un tercero en beneficio de la entidad prestamista, sin que en su gestión se permita la intervención de los prestatarios.

En conclusión, confirmamos la condena de la entidad demandada por el pago de este concepto por importe de 257,95,- €.

OCTAVO.- Por último, no se acoge la alegación relativa a la petición de condena a la restitución del concepto relativo al gasto por IAJD.

Sobre esta cuestión existen pronunciamientos discrepantes de las Audiencias Provinciales pero vamos a seguir el criterio mantenido en la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4ª, de 25 de septiembre de 2017 que, después de examinar exhaustivamente todos los aspectos relacionados con esta cuestión, concluye con que es el prestatario el sujeto obligado a su pago:

"SEGUNDO: Sobre la repercusión del impuesto de actos jurídicos documentados.-

Partiendo de la base de la nulidad de la cláusula quinta del contrato suscrito, en los términos en que ha sido redactada y de la manera reseñada por el Juzgado, en pronunciamiento que devino firme, estamos en trance de determinar, si procede la devolución al actor de la suma abonada por el mismo en concepto de impuesto de actos jurídicos documentados en la cuantía satisfecha de 1275 euros.

2.1 La tesis de la parte apelante para obtener la restitución de lo abonado en concepto de impuesto de actos jurídicos documentados.-

La juzgadora a quo desestima la demanda en esta concreta petición de reintegro, en tanto en cuanto entiende que, en cualquier caso, el obligado tributario del mentado impuesto es el prestatario, condición jurídica que ostenta el recurrente, por lo que no procede la devolución interesada. Se razona al respecto que la declaración de nulidad deviene superflua, pues la expulsión de la mentada cláusula no transfiere a la demandada la obligación de devolución de un impuesto cuyo sujeto pasivo es el propio recurrente, que puntualmente lo abonó a Hacienda.

En el recurso se cuestiona la condición de sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados del actor. Se cita al respecto la opinión de cierto sector de la doctrina tributaria, y se considera que la sentencia de la Sala 1ª de nuestro más Alto Tribunal 705/2015, de 23 de diciembre, resuelve tal cuestión, debiéndose aplicar la misma, y no las sentencias de la jurisdicción contenciosa, dictadas en el seno de procedimientos distintos al que nos ocupa.

2.2 La determinación del sujeto pasivo de un impuesto no es cuestión que corresponda a los órganos jurisdiccionales civiles.

No ofrece duda que la declaración de ineficacia de una condición general de contratación, por mor del ejercicio de una acción individual de nulidad de una estipulación convencional de tal clase, en el seno de un préstamo con garantía hipotecaria, concertado entre una entidad financiera y un consumidor, así como las consecuencias jurídicas derivadas de la acción reintegro subordinada a la prosperabilidad de aquélla, corresponden a la jurisdicción civil.

En efecto, el conocimiento de las controversias entre particulares acerca del cumplimiento de obligaciones dimanantes de relaciones contractuales compete al orden jurisdiccional civil, al que, según el artículo 9.1 LOPJ, le incumbe el conocimiento de los conflictos inter privados -entre particulares- (SSTS de 10 de noviembre de 2008, RC nº 2577/2002, 2 de abril de 2009, RC nº 1266/2009, 16 de junio de 2010, RC nº 397/2006, 17 noviembre de 2010, rec. nº 1812/2010 y 328/2016, de 18 de mayo).

Ahora bien, como señala la STS de 10 de noviembre de 2008, RC nº 2577/2002, cuya doctrina cita y ratifica la STS 328/2016, de 18 de mayo, este principio alcanza también 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.

No ofrece duda que la determinación de quien es el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados, con respecto a un préstamo con garantía hipotecaria, corresponde al derecho administrativo. Ello no significa que, por el hecho de que una controversia deba resolverse aplicando normas de tal rama del ordenamiento jurídico, estemos en presencia de una cuestión de la que deba conocer exclusivamente la Administración Pública, y, por derivación, el orden jurisdiccional contencioso-administrativo; toda vez que el artículo 10.1 Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) autoriza a cada orden jurisdiccional a conocer de los asuntos que no le estén atribuidos privativamente a los solos efectos prejudiciales, y, en el mismo sentido, se expresa el artículo 42.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que posibilita que los órganos de esta jurisdicción puedan conocer de los asuntos que estén atribuidos a los órganos del orden contencioso-administrativo, a los precitados efectos.

Sin embargo, lo expuesto no puede significar que, en virtud de la unidad del ordenamiento jurídico, la imposibilidad de resoluciones divergentes con daño a la seguridad jurídica y el específico ámbito de actuación que corresponde a los distintos órdenes jurisdiccionales, que construyamos una concepción del sujeto pasivo de un impuesto estrictamente civil, divergente a la resuelta en el orden jurisdiccional contencioso administrativo a quien compete en exclusiva la resolución de tales cuestiones (art. 9.4 LOPJ).

2.3 La legislación fiscal, en su interpretación jurisprudencial, atribuye al prestatario la condición jurídica de sujeto pasivo del impuesto litigioso.-

Pues bien, sin perjuicio de las consideraciones de *lege ferenda*, relativas a quien debería ser el sujeto pasivo del tributo y las discrepancias doctrinales existentes al respecto, lo cierto es que la jurisprudencia contenciosa

administrativa estima, de forma unánime, interpretando la legislación fiscal vigente, que tal condición jurídica la ostenta el prestatario, cuando el hecho imponible venga constituido por la suscripción de préstamos con garantía hipotecaria, sirviendo como simple botón de muestra las sentencias de la Sala 3ª de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de 19 de noviembre de 2001 (RC 2196/1996), 23 de noviembre de 2001 (RC 2533/1996), 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), y, como no podía ser de otra forma, las sentencias de las Salas de lo Contencioso- Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla León, sección 2ª, 115/2017, de 9 de junio ; Valencia, sección 3ª, 985/2015, de 21 de octubre ; Canarias, sección 1ª, 220/2015, de 26 de junio ; Andalucía, sección 2ª, 923/2009, de 21 de diciembre , o en fin Madrid, sección 4ª, 347/2017, del 13 de junio , entre otras muchas)

~~— En definitiva se viene argumentando, en síntesis, por la jurisdicción contenciosa que, en la escritura de constitución del préstamo con garantía hipotecaria, existen dos actos jurídicos contractuales: el préstamo y la constitución de la garantía. El art. 15.1 del 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, consagra el principio de unidad de hecho imponible en torno al préstamo, al normar que: «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», lo que se ratifica en el art. 25.1 de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo. Por su parte, el art. 29 del mentado texto refundido atribuye la condición de sujeto pasivo «al adquirente del bien o derecho» que, de acuerdo con el principio de unidad de hecho imponible, no es la garantía convenida a favor del acreedor, sino el préstamo documentado en la escritura notarial. Por tanto, solo el prestatario, como adquirente, es sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados devengado por el solo hecho imponible del otorgamiento del préstamo hipotecario, lo que viene a refrendar el art. 68, párrafo segundo, del Reglamento, que por ello no infringe la jerarquía normativa, pues tras reiterar~~

que el obligado tributario es el adquirente del derecho constituido en la escritura, especifica lo siguiente: «Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario».

Las posibles dudas de inconstitucionalidad, que pudiera albergar tal consideración jurídica fueron solventadas por el auto 24/2005, de 18 de enero, del Pleno del Tribunal Constitucional, que inadmitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 6019-2003, planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, respecto del artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, en relación con los arts. 8.d) y 15.1 del mismo texto legal y art. 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del referido impuesto. Ulteriormente, en el mismo sentido, se dictó el auto del Tribunal Constitucional 223/2005, de 24 de mayo, que reitera la doctrina de la precedente resolución.

Por su parte, las dudas de legalidad del art. 68 del Reglamento fueron igualmente dilucidadas por la sentencia de la Sala 3ª 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, razonando en uno de sus fundamentos jurídicos:

D) Frente al argumento de la demanda de que quien adquiere el derecho es el acreedor hipotecario, sin mencionar que lo sea el prestatario, cabe argüir, además, con el Abogado del Estado, que la hipoteca se constituye, no se transmite, y que en los préstamos hipotecarios existen numerosos supuestos de actas o documentos notariales que se formalizan precisamente a solicitud del prestatario (como son los casos de un acta de cancelación parcial del préstamo, un acta de extinción de hipoteca o un acta de subrogación en el préstamo hipotecario).

E) Por otro lado, el artículo 68 del RD 828/1995 no establece, en contra del criterio sustentado por el recurrente, una presunción, sino, simplemente, la designación como sujeto pasivo del prestatario en los casos de préstamos con garantía, y no es por ello aplicable lo indicado en el artículo 118 de la LGT (que regula la prueba de presunciones, no la designación de los sujetos pasivos).

2.4 Consecuencias jurídicas de lo razonado con respecto a la acción de restitución ejercitada.-

Por consiguiente, siendo así las cosas como así son, obligar a la entidad demandada a restituir la suma abonada por el demandante, en concepto de obligado tributario, sería transmutar el concepto de sujeto pasivo del impuesto, en contravención con la legalidad fiscal, generando a su favor un enriquecimiento patrimonial carente de justificación que lo ampare, transfiriendo el cumplimiento de sus obligaciones contributivas a quien no le corresponde, como es la entidad financiera demandada.

Una cosa es la nulidad de la cláusula impugnada por su generalidad y otra la restitución de las prestaciones derivadas de su ineficacia, que la legislación tuitiva de consumidores y usuarios no exige se lleve a efecto en contra de las leyes imperativas que rigen la tributación, que no constituyen ninguna norma de consumo, ni lesionan los derechos de los consumidores reconocidos por la Directiva 93/13 y RDL 1/2007."

— Así pues, no cabe más que la desestimación de la alegación relativa a la restitución de la cantidad abonada por el actor en concepto de IAJD por importe de 1.676,10.- €.

Este criterio se ha visto confirmado por la STS Pleno de 15 de marzo de 2018 que atribuye al prestatario la obligación del pago del IAJD correspondiente a la constitución del préstamo hipotecario.

NOVENO.- La última alegación del recurso se centra en la nulidad de la cláusula financiera pacto segundo (Amortización) en cuanto no resulta transparente para determinar el importe de la cuota correspondiente al vencimiento final de la disposición al decir que se adicionará "el resto del capital de la disposición pendiente de amortizar" y que en los sucesivos recibos de las cuotas de amortización ya se indica que la referida cantidad será de 35.850,00.- €.

Es evidente que estamos ante una condición general de la contratación en la que la adherente es una consumidora que afecta a la definición del objeto principal pues se refiere a la cuantificación de la cuota de amortización en el momento del vencimiento, la cual no puede declararse abusiva pero puede examinarse si supera el control de incorporación y/o el de transparencia.

De la lectura de la cláusula no se puede deducir con claridad que la cuota final tendrá un importe diferente del resultante de aplicar un cuadro de amortización basado en el sistema francés y, menos aún, que se adicione el capital no amortizado en las cuotas anteriores cuya cuantía ya se ha fijado en 35.850,00.- €.

Es manifiesto, pues, que la cláusula referida no supera el control previsto en el artículo 7.b) de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, en cuanto que resulta oscura e incomprensible, por lo que procede la declaración de no incorporación (artículo 9 de la Ley 7/1998) sin que determine la ineficacia total del contrato.

DÉCIMO.- No procede efectuar especial imposición a ninguna de las partes sobre las costas causadas en esta alzada al haberse estimado en parte el recurso de apelación según prevé el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

DÉCIMOPRIMERO.- Se acuerda la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de apelación al haberse estimado en parte según establece la Disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

VISTAS las disposiciones citadas y demás de general y pertinente aplicación.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español.

2III - PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS: Con estimación parcial del recurso de apelación deducido contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Novelda de fecha ocho de septiembre de dos mil diecisiete, en las actuaciones de que dimana el presente Rollo, debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS** la mencionada resolución en el sentido de adicionar al pronunciamiento primero

del Fallo de la Sentencia de instancia:

- Debemos declarar y declaramos la nulidad de la estipulación financiera pacto quinto (gastos a cargo de la parte acreditada) y debemos condenar y condenamos a la entidad demandada a pagar a la actora la suma de MIL CIENTO VEINTISIETE EUROS CON CINCUENTA Y UN CÉNTIMOS (1.127,51.- €), más los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda;
- Debemos declarar y declaramos la no incorporación de la cláusula financiera pacto segundo (Amortización) en cuanto al procedimiento de determinación del importe de la última cuota correspondiente al vencimiento final.

Manteniendo el resto de los pronunciamientos; sin efectuar especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en esta alzada y, acordando la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de apelación.

Se rechaza la solicitud de la elevación de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la solicitud de suspensión del presente recurso hasta tanto resuelva el Tribunal de Justicia sobre una cuestión prejudicial ya elevada por un tribunal español sobre la transparencia de la cláusula IRPH (asunto C-125/18).

Notifíquese esta Sentencia en forma legal y, en su momento, devuélvanse los autos originales compuestos de tres tomos al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otra al Rollo de apelación.

La presente resolución no es firme y podrá interponerse contra ella ante este tribunal recurso de casación al poder presentar su resolución interés casacional y también, conjuntamente, el recurso extraordinario por infracción procesal, en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente al de su notificación.

De dichos recursos conocerá la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Disposición Final 16ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Al tiempo de la interposición del recurso de casación y/o del extraordinario por infracción procesal deberá acreditarse la constitución del DEPÓSITO para recurrir por importe de 50 € por cada recurso que se ingresará en la Cuenta de Consignaciones de esta Sección Octava abierta en BANCO SANTANDER en el caso de que legalmente proceda, sin cuya acreditación no se tendrá por interpuesto.

Así, por esta nuestra Sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. *"D. Enrique García-Chamón Cervera.- D. Luis Antonio Soler Pascual.- D. Francisco José Soriano Guzmán.- Firmado y Rubricado."*

Y para que conste y sirva de notificación a las partes, se expide la presente, advirtiéndose a las mismas, que contra la precedente sentencia, procederá los recursos anteriormente indicados. De conformidad con la D.A. 15ª de la LOPJ, para que sea admitido a trámite el recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal contra esta resolución, precisará que al interponerse el mismo se haya consignado un DEPOSITO por importe de 50 € por cada recurso, que se ingresará en la Cuenta de Consignaciones de esta Sección Octava abierta en Banco Santander nº Expediente 2276/0000/06/0058/18 en el caso de recurso de casación, y en el caso de recurso extraordinario por infracción procesal: nº Expediente 2276/0000/04/0058/18, indicando en el campo "Concepto" del documento Resguardo de Ingreso que es un "Recurso", sin cuya acreditación no será admitido (LO1/2009, de 3 de noviembre).

Están exceptuados de la obligación de constituir el depósito quienes tengan reconocido el derecho a litigar gratuitamente, el Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales y organismos autónomos dependientes de los tres anteriores.

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA