

**XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 7 A CORUÑA SENTENCIA:**

**00114/2017**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por la Procuradora Sra. vvvvv en nombre y representación de D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Elena cccccc se presentó demanda de juicio ordinario contra la entidad Banco S.A, con base en los hechos y fundamentos de derecho que puso de manifiesto en el referido escrito y que aquí se dan por reproducidos, y terminaba suplicando se dicte en su día sentencia estimando íntegramente la misma y: 1. Declare la nulidad de la cláusula 5<sup>a</sup> en cuanto a los gastos de constitución de hipoteca en su totalidad (aportado como documento nº 1) por su carácter abusivo al imponer el abono de la totalidad de los gastos de dicho contrato a los demandantes, así como declarar la subsistencia del resto del préstamo hipotecario. 2. Que se condene al demandado a eliminar dichas cláusulas del contrato de préstamo hipotecario así como a asumir todos los gastos, tributos, tasas y/o honorarios que correspondan al elevar a público y/o inscripción registral de tal modificación. 3. Que se condene al demandado al reintegro a la demandante de OCHO MIL VEINTICINCO EUROS CON SETENTA Y NUEVE CÉNTIMOS en concepto de gastos de hipoteca y compraventa, junto con el INTERÉS LEGAL desde el cargo en cuenta de dichas cantidades hasta la Sentencia definitiva, además de las costas del presente procedimiento y el interés del art. 576 de la LEC.

SEGUNDO: Admitida a trámite la demanda, se emplazó en legal forma a la entidad demandada con traslado de copia de la demanda y documentos que le acompañan para que contestase en el plazo de veinte días, bajo el apercibimiento de declararle en rebeldía, sin más citarle, ni oírle. La entidad demandada en su escrito de contestación a la demanda solicito se dicte sentencia por la que se desestimen odas las pretensiones de la demandante.

TERCERO: Se convocó a las partes a la celebración de la audiencia previa al juicio, señalándose para ello el día 21 de junio actual. En el día y hora señalado comparecieron en la Sala de Audiencia de este Juzgado, los Procuradores y Letrados de las partes, habiéndose utilizado para su documentación soporte apto para la grabación del sonido y de la imagen de conformidad con lo establecido en los artículos 146 y 187 de la LEC, después de relacionar sucintamente los antecedentes del caso, se concedió la palabra al Letrado de la parte actora que manifestó su voluntad de renunciar a los gastos derivados de la compraventa, ratificando su demanda respecto a los gastos de la hipoteca reclamando la cantidad de 2.612,91 euros en concepto de gastos de notaría, impuesto, registro y gestoría. La Letrado de la entidad demandada ratificó su escrito de contestación a la demanda, reconoce la procedencia de los gastos de registro por importe de 205,36 euros y se opone al resto de los gastos. Una vez fijados los hechos sobre los que existe conformidad y disconformidad de los litigantes, se exhortó a las partes a llegar a un acuerdo sin conseguirlo, procediendo a la proposición de los medios de prueba. Por la parte actora se propuso como pruebas documental. La Letrado de la entidad demandada propuso documental, admitidas las pruebas propuestas por las partes, de

conformidad con lo dispuesto en el art. 429-8 de la LEC se declararon los autos conclusos para sentencia. CUARTO: En la sustanciación de este procedimiento se han observado los términos y prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Pretende D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Elena con la demanda dirigida frente a la entidad Banco S.A se declare la nulidad de la cláusula 5<sup>a</sup> relativa gastos preparatorios y de constitución de la hipoteca, renunciando en la Audiencia Previa a los gastos derivados de la compraventa, afirmando en la demanda que el préstamo hipotecario otorgado con fecha 25 de agosto de 2004 se destinó para la adquisición de una vivienda, considerando que la referida cláusula es abusiva y no ha sido objeto de negociación individual y solicita la devolución de las cantidades abonadas en concepto de gestoría, notaría, registro e impuesto AJD lo que asciende a la suma de 2.612,91 euros. La entidad bancaria entiende que la consecuencia de la nulidad de la cláusula de gastos sería su expulsión del contrato, habría que tenerla por no puesta y acudir a la normativa imperativa sectorial, o en su caso al pacto que se hubiese alcanzado en el caso concreto, únicamente reconoce la devolución de los gastos de Registro. No procede la repercusión a la prestamista del IAJD, en los demás gastos es necesario discriminar en cada factura quien ha solicitado el servicio.

SEGUNDO: La cláusula 5<sup>a</sup> del contrato de préstamo hipotecario relativa a los gastos dice literalmente: "Serán de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación ...". En este caso, se impone al consumidor, sin ninguna limitación ni especificación concreta sino más bien de forma genérica, el pago de los gastos y tributos derivados del otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario, por lo que procede dilucidar si el referido pacto ha de tildarse de nulo, con las consecuencias a ello inherentes. De conformidad con lo artículos 82 y 89 del TRLGCU resultan abusivas las cláusulas no negociadas individualmente y que hayan sido predispuestas unilateralmente por el empresario sin respetar la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes y concretamente las que imponen al consumidor hacerse cargo de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponden al empresario, o que impongan al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, o las que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados o que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, vinculen el contrato a la voluntad del empresario, limiten los derechos del consumidor y resulten desproporcionadas. La sentencia de Pleno del TS de 23-12-2.015, anteriormente citada, señaló en cuanto a la cláusula conforme a la que se imponían al consumidor los gastos, que resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes, supliendo y en ocasiones contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto. Como señala la sentencia de Pleno del TS de 3-6-2.016 que, conforme a lo previsto en el art. 3.2 de la Directiva

1993/13/CEE "se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión». En sentencias 9 de mayo de 2013, 22 y 29 de abril de 2015 se entiende, que hay "imposición» de una cláusula contractual, a efectos de ser considerada como condición general de la contratación, cuando la incorporación de la cláusula al contrato se ha producido por obra exclusivamente del profesional o empresario. No es necesario que el otro contratante esté obligado a oponer resistencia, ni que el consumidor carezca de la posibilidad de contratar con otros operadores económicos que no establezcan esa cláusula. La imposición supone simplemente que la cláusula predispuesta por una de las partes no ha sido negociada individualmente, como es el caso en que no consta acreditada la negociación. Para que se considere que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación no tienen el carácter de condiciones generales, o de cláusulas no negociadas, y se excluya el control de abusividad, «es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario" precisando la sentencia de 22 de abril de 2015 que "es un hecho notorio que en determinados sectores de la contratación con los consumidores, en especial los bienes y servicios de uso común a que hace referencia el art. 9 TRLCU, entre los que se encuentran los servicios bancarios, los profesionales o empresarios utilizan contratos integrados por condiciones generales de la contratación. De ahí que tanto la Directiva (art. 3.2) como la norma nacional que la desarrolla (art. 82.2 TRLGDCU) prevean que el profesional o empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba de esa negociación. Así lo recuerda la STJUE de 16 de enero de 2014 que, "el sector bancario se caracteriza porque la contratación con consumidores se realiza mediante cláusulas predispuestas e impuestas por la entidad bancaria, y por tanto, no negociadas individualmente con el consumidor, lo que determina la procedencia del control de abusividad previsto en la Directiva 1993/13/CEE y en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, salvo que se pruebe el supuesto excepcional de que el contrato ha sido negociado y el consumidor ha obtenido contrapartidas apreciables a la inserción de cláusulas beneficiosas para el predisponente". La sentencia de la AP de Asturias de 1-2-2.017, con cita de la sentencia de TS de 23-12-2.015, señaló "... en lo referente a los gastos derivados de la inscripción de la hipoteca, no cabe duda que la norma octava del anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, dispone que los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado, señalando a continuación que los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes las soliciten. Es claro que es a la entidad bancaria a cuyo favor se realiza la inscripción y a quién beneficia, así como la parte interesada en la misma. Por ello no cabe duda de la abusividad de la cláusula en cuestión, reconociendo la letrado de la entidad bancaria en la Audiencia Previa la procedencia del reintegro de 205,36 euros. En relación con los gastos y

honorarios de la Notaría, 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, prevé que 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, siendo, como se dijo anteriormente, la entidad bancaria la que gestiona la formalización del contrato y solicita la intervención del fedatario público, siendo también la persona jurídica a favor de la que se inscribe el mismo. Ahora bien, en este sentido no cabe desconocer que el fedatario también puede realizar alguna actuación susceptible de generar abono de aranceles a instancia del prestatario, como podría ser por ejemplo la expedición de copias simples. Ello ha de llevar en consecuencia a la necesidad de una previa negociación individual en la que se habrían de determinar qué gastos corresponderían a uno y otro contratante. De no ser así, y como en el caso examinado ha existido una imposición al consumidor de la totalidad de los gastos, sin discriminación alguna ni negociación individual, prueba ésta que compete al empresario (art. 82-2 TRLGCU), la consecuencia no puede ser sino que dicha estipulación ha de considerarse abusiva, y por tanto nula, ya que ha causado un desequilibrio en el consumidor, tal y como se afirmó en la citada sentencia del TS. Los gastos de gestoría cuya devolución se solicita por importe 363,62 euros según la factura acompañada con la demanda (f. 56) comprende "honorarios por gestión (pago Notaría, AA.JJ.DD y Registro) de las escrituras de compraventa/hipoteca/catastro/ratificación, no pueden considerarse nulos, pues la entidad bancaria no intervino en el contrato de compraventa, la inclusión de tales gastos obedece a los intereses de ambas partes y les beneficia, no existiendo dato alguno de que pueda inferirse que la prestataria hubiera de soportar la imposición bancaria de acudir a una determinada gestoría para la prestación de los servicios.

TERCERO: Con relación al abono de los impuestos. La Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (RD Legislativo 1/93, de 24 de septiembre, que regula en su Título Primero las Transmisiones Patrimoniales, se refiere en su art. 7 al Hecho Imponible, señalando como tal en su art. 7-1-B) la constitución de derechos reales, préstamos, fianzas, arrendamientos, pensiones y concesiones administrativas...; y respecto del sujeto pasivo, en su art. 8 establece que estará obligado al pago del Impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario, c) En la constitución de derechos reales, aquél a cuyo favor se realice este acto. d) En la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el prestatario, estableciendo en su art. 15 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. En su Título Tercero, que regula los Actos Jurídicos Documentados, conforme al art. 27 se sujetan a gravamen en los términos que se previenen en los artículos siguientes: a) Los documentos notariales, señalando el art. 28, en cuanto al hecho imponible, que están sujetas las escrituras, actas y testimonios notariales, estableciendo en cuanto al sujeto pasivo el art. 29 que se considerará como tal el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquéllos en cuyo interés se expidan. Por su parte, el Reglamento del Impuesto de Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados (RD 828/95, de 29 de Mayo regula en su Título Tercero los Actos Jurídicos Documentados, disponiendo en su Capítulo Primero (Principios Generales) en su art. 66 que se sujetan a

gravamen, en los términos que se previenen en los artículos siguientes: a) Los documentos notariales. Estos aparecen regulados en el Capítulo Segundo, el cual señala en cuanto al hecho imponible (art. 67) que están sujetas las escrituras, actas y testimonios notariales, y en su art. 68, respecto del sujeto pasivo o contribuyente, que lo será el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales o aquéllos en cuyo interés se expidan, aclarando que cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario. La sentencia de 9-6-2016 del TSJ de Madrid señaló, con cita de doctrina jurisprudencial de la Sala Tercera del TS: "... a quién es el sujeto pasivo Impuesto sobre actos jurídicos documentados, ha sido ya resuelta por la sentencia del TS de 31 de octubre de 2.006, que señala que: "... en las recientes sentencias de 20 de enero y 20 de junio de 2.006, ...recordando entre otras, a la sentencia de esta Sala 3ª de 19 de noviembre de 2.001, dictada en un caso similar de concesión por una entidad de crédito a una empresa mercantil de un préstamo hipotecario, formalizado en escritura pública, "que la interpretación tradicional de esta Sala ha aceptado siempre la premisa de que el hecho imponible, préstamo hipotecario, era y es único, y que, por tanto, la conclusión de su sujeción a AJD, hoy por hoy, es coherente, cualesquiera sean las tendencias legislativas que, en un futuro próximo, pudieran consagrar su exención en esta última modalidad impositiva, introduciendo la necesaria claridad en el sistema aplicativo de un impuesto, como el de AJD, que tantas dificultades encierra en su actual configuración, como ha hecho finalmente la Ley 14/2000, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, al añadir un nuevo apartado 18 al art. 45.I.B del Texto Refundido del ITP y AJD vigente de 24 de septiembre de 1993, aunque, obviamente, no sea de aplicación al caso aquí cuestionado. En cualquier caso, la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible es el prestatario, de conformidad con lo establecido en el art. 8º.d), en relación con el 15.1 del Texto Refundido ITP y AJD, y en relación, asimismo, con el 13 art.18 del Reglamento de 1.981, hoy art. 25 del vigente de 29 de Mayo de 1995, que, por cierto, ya se refiere a la constitución Legislación citada que se aplica CE art. 25 de, entre otros, derechos de hipoteca en garantía de un préstamo y no a la de préstamos garantizados con hipoteca". En el mismo sentido se pronuncian las sentencias de 24 de junio de 2.002, 20 de Octubre de 2.004 y 27 de Marzo de 2.006, que de manera reiterada, han entendido que el artículo 29 del Texto Refundido del ITP y AJD de 1980 (artículo 68 del Reglamento) señala que, en la modalidad de documentos notariales del IAJD, "será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan" y que ese adquirente del bien o derecho sólo puede ser el prestatario, no ya por un argumento similar al de la unidad del hecho imponible en torno al préstamo, conforme ocurre en la modalidad de transmisiones onerosas --arts. 8º.d), en relación con el 15.1 del Texto Refundido y con el art. 18 de su Reglamento --, sino porque el "derecho" a que se refiere el precepto es el préstamo que refleja el documento notarial, aunque este se encuentre garantizado con hipoteca y sea la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad elemento constitutivo del derecho de garantía. En definitiva, cuando el art. 31 del Texto Refundido exigía, entre otros que ahora no interesan, el requisito de que las escrituras o actas notariales contengan actos o contratos inscribibles en el Registro de la Propiedad, está refiriéndose, indisolublemente, tanto al préstamo como a la hipoteca. Buena prueba de que es así la constituye el que el Reglamento vigente de 29 de Mayo de 1995 --que, aun no aplicable al supuesto de autos, tiene un indudable valor interpretativo--, en el párrafo

2º de su art. 68, haya especificado que "cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario".

CUARTO: Sentada la anterior doctrina, de aplicación al caso que nos ocupa procede declarar nula por abusiva la cláusula 5ª del préstamo hipotecario en lo relativo a la imputación al prestatario de los gastos para la constitución de hipoteca de Notaría y Registro, pues no se ha acreditado la existencia de un pacto específico sobre la imputación de tales gastos y la asunción de los mismos por el prestatario, por lo que procede su eliminación del contrato y la devolución a la parte actora según la documentación aportada de la cantidad de 688,02 euros (Notario 482,66 + Registro 205,36). No procede la devolución de 34,86 euros de las facturas del Registro por los conceptos de "presentación fax" al desconocer quién fue el solicitante del servicio (f.54 ), ni los 50,41 euros que figuran en la factura del Notario relativa a la expedición de copias por los mismos motivos (f. 59). El abono del impuesto por la parte actora por obligación legal no pueda tacharse nulo, toda vez que no puede apreciarse infracción del art. 89-3-3º c) del TRLDC, pues no se desplaza al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo sea el empresario. Lo que lleva a la estimación parcial de la demanda.

QUINTO: De conformidad con el art. 394-2º de la LEC, al estimarse parcialmente la demanda cada parte abonará las costas causadas a su instancia. Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución Española me confiere,

## FALLO

Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. hhhhh en nombre y representación de Dª Mª Elena oooooo contra Banco S.A. representada por la Procuradora Sra. pppppp. Debo declarar y declaro nula por abusiva la cláusula 5ª del préstamo hipotecario en lo relativo a los gastos de Notaría y Registro por lo que procede su eliminación del contrato. Debo condenar y condeno a la entidad demandada a abonar a la parte actora la cantidad de 688,02 euros con los intereses legales correspondientes desde la interpelación judicial. Sin imposición de costas. Notifíquese la presente resolución a las partes, a quienes se hará saber, que contra la misma, pueden interponer recurso de apelación dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente al de la notificación, previa constitución de depósito de 50 euros que se ingresará en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado, caso de no hacerlo no se admitirá a trámite el recurso. Dedúzcase testimonio de la presente que se unirá a los autos y archívese el original en el legajo correspondiente. Así por esta mi Sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.