

**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 36 DE MADRID**

Calle del Poeta Joan Maragall, 66 , Planta 5 - 28020

Tfno: 914932807

Fax: 914932809

42020310

NIG: 28.079.00.2-2017/0039701

**Procedimiento Ordinario 225/2017**



(01) 31251068433

**SENTENCIA Nº 360/2017**

En Madrid a siete de noviembre de dos mil diecisiete.

Ilma Dª MARIA DE LOS ANGELES MARTIN VALLEJO, Magistrada del Juzgado

Primera Instancia nº 36 de los de Madrid, habiendo visto los autos de Juicio Ordinario seguidos en este Juzgado con el nº 225/17 a instancia de

representados por el Procurador D. Xavier Goñi Echevarría y asistido por el Letrado D. Alberto Niño Camazón contra BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, representada por el procurador D. Germán Marina y Grimau y asistida por la letrada Dª. Ana Isabel Fernández García, en ejercicio de la acción de nulidad clausula suelo.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Procurador Sr. Goñi Echevarría, en nombre y representación de su mandante, interpuso demanda de Juicio Ordinario contra la citada demandada, en base a los hechos, fundamentos jurídicos y suplico que constan en su escrito, considerándose reproducidos en la presente.

**SEGUNDO.-** Por Decreto de fecha 5 de abril de 2017 se admitió a trámite la demanda, emplazando al demandado para su contestación, trámite que verificó en tiempo y forma.

Por Diligencia de Ordenación de fecha de 7 de junio de 2017, se cito a las partes a una audiencia previa el día 3 de noviembre de 2017 a las 10:00 horas.

**TERCERO.-** Siendo el día y hora señalados, abierto el acto las partes se afirmaron en sus respectivos escritos y solicitaron el recibimiento del pleito a prueba. Recibido el pleito a prueba, la parte demandante propuso prueba documental y más documental, la parte demandada propuso prueba documental, interrogatorio y testifical admitidos los medios de prueba excepto la prueba de interrogatorio y la testifical propuesta por la parte demandada, se practicaron, quedando los autos vistos para sentencia.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente procedimiento se han cumplido las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Solicita la parte demandante la nulidad de la cláusula quinta de la escritura de préstamo hipotecario de relativa al abono por parte de los demandantes de los gastos de aranceles del notario y registrador y actos jurídicos documentados y los gastos de gestoría por ser abusivas.

**SEGUNDO.-** Pues bien, en relación con este tipo de cláusulas señala la STS de 23 de diciembre de 2015:

"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).

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.

3.- En lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, nuevamente no se hace distinción alguna. El art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario ( letra d). Por otro lado, el art. 15.1 del texto refundido 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. Pero el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, 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 documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

De tal manera que la entidad prestamista no queda 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 constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho.

Ya dijimos en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre , si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, que la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión, era una cláusula abusiva, por limitar los derechos que sobre distribución de la carga tributaria estaban previstos en la legislación fiscal, por lo que la condición general que contuviese dicha previsión debía ser reputada nula.

4.- En lo que atañe a los gastos derivados de la contratación del seguro de daños, no parece que esta previsión sea desproporcionada o abusiva, por cuanto deriva de una obligación legal (art. 8 LMH), habida cuenta que cualquier merma del bien incide directamente en la disminución de la garantía. Es decir, no se trata de una garantía desproporcionada, en el sentido prohibido por el art. 88.1 TRLGCU, sino de una consecuencia de la obligación de conservar diligentemente el bien hipotecado y de asegurarlo contra todos los riesgos que pudieran afectarlo. Pero, en todo caso, se trata de una

previsión inane, puesto que la obligación de pago de la prima del seguro corresponde al tomador del mismo, conforme al art. 14 de la Ley de Contrato de Seguro .

5.- En cuanto a los gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, y los derechos de procurador y honorarios de abogado contratados por la entidad prestamista, hemos de advertir en primer lugar que los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en los arts. 394 y 398 LEC , para los procesos declarativos, y en los arts. 559 y 561 de la misma Ley , para los procesos de ejecución. Tales normas se fundan básicamente en el principio del vencimiento, y en el caso concreto de la ejecución, las costas se impondrán al ejecutado cuando continúe adelante el despacho de ejecución; pero también podrán imponerse al ejecutante cuando se aprecie algún defecto procesal no subsanable o que no se haya subsanado en el plazo concedido al efecto ( art. 559.2 LEC ), o cuando se estime algún motivo de oposición respecto del fondo ( art. 561.2 LEC ); y cuando la estimación sea parcial, cada parte deberá hacer frente a las costas devengadas a su instancia. Por consiguiente, la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales no solo infringe normas procesales de orden público, lo que comportaría sin más su nulidad ex art.

TRLUCU y art. 8 LCGC, sino que introduce un evidente desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaer a todo trance las consecuencias de un proceso sobre una de ellas, sin tener en cuenta ni la procedencia legal de la reclamación o de la oposición a la reclamación,

las facultades de moderación que la ley reconoce al Tribunal cuando aprecie serias dudas de hecho o de derecho.

Respecto a la imputación al cliente de los honorarios de abogado y aranceles de procurador de los que se haya servido el prestamista, incluso cuando su intervención no sea preceptiva, la estipulación contraviene de plano el art. 32.5 LEC , que excluye tales gastos de la eventual condena en costas, salvo que el tribunal aprecie temeridad o que el domicilio de la parte representada o defendida en juicio esté en un lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio. Por lo que, además de la falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes y la dificultad para el consumidor de valorar las consecuencias por desconocer en el momento de la firma del contrato el cúmulo de actuaciones en las que eventualmente podría valerse la entidad contratante de tales profesionales sin ser preceptivo (actos de conciliación, procedimiento monitorio, juicio verbal en reclamación de cantidad inferior a la establecida legalmente...), lo que de por sí sería suficiente para considerar la cláusula como abusiva, resulta correcta la declaración de nulidad de la misma, conforme a los arts. 86 TRLUCU y 8 LCGC”.

La cláusula quinta 1.1 de la Escritura de Préstamo hipotecario establece la obligación para la parte prestataria de asumir los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación y tramitación de escrituras.

La anterior clausula, en aplicación de la jurisprudencia mencionada debe ser declarada nula por abusiva al atribuir al consumidor una serie de gastos infringiendo lo dispuesto en los artº 82.4 c) 86.7 y 89.3 del TRLGCU

**TERCERO.**-La parte ha abonado 979,51 euros en concepto de aranceles de notario, 294,49 euros en aranceles de registro, 4.939,86 euros por el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados y la factura de gestoría por importe de 501,50 euros conforme consta en el documento nº 5 aportado con la demanda, solicitando la parte demandante que tras la declaración de nulidad de dicha cláusula y la declaración de que dichos gastos deben ser

abonados por la demandada solicita la devolución de las cantidades satisfechas por dichos conceptos.

Tal y como señala la STJUE de 21 de diciembre de 2016, una vez declarada abusiva una cláusula, no puede tener efectos frente al consumidor, y debe restablecerse la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula; esto es, el consumidor tiene derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento suyo en virtud de la cláusula abusiva

Por tanto, el consumidor no debe hacer frente a todos los gastos que preveía la cláusula; pero ello tampoco significa que sea la entidad financiera la que deba abonar la totalidad de dichos gastos. Lo que la demandada debe restituir son los gastos que hubiese tenido que asumir con arreglo al derecho positivo, y de no existir la cláusula que ahora se ha declarado abusiva, habrá de estarse en cada caso respecto al concreto gasto cuyo reintegro se pretende.

Respecto a los gastos de Registro: según la regla octava del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, " Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho "; por lo que estos gastos deben ser asumidos por la entidad financiera, dado que la garantía hipotecaria se inscribe a su favor, por ello al haber repercutido el pago de los gastos del registro a los demandantes y declarada la nulidad de la misma la entidad demandada deberá restituir la cantidad indebidamente abonada

Gastos de notaría: el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios señala en su reclama sexta "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". De conformidad con la Sentencia del TS antes mencionada, es el banco el principal interesado en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, al obtener con ello un título ejecutivo con facultades de ejecución privilegiada. Debiendo ser abonada por la demandada y por tanto la cantidad abonada por los demandantes debe ser restituida

En cuanto al impuesto de actos jurídicos documentados, según la doctrina del Tribunal Supremo, antes mencionada, la entidad demandada en lo que respecta al impuesto, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios por ello al atribuir el devengo del impuesto a los demandantes es abusivo al infringir el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, por lo que igualmente al no quedar acreditada haberse pactado dicha cláusula de manera individual con el cliente consumidor, debe ser declarada nula por abusiva. Esta es la interpretación acogida mayoritariamente por las audiencias provinciales.(SAP Barcelona 17 de octubre de 2016 , SAP Tarragona de 22 de septiembre de 2016 entre otras) debiendo restituirse el importe abonado a los demandantes.

Y por último el pago de la factura de la gestoría, es evidente en este supuesto, que ambas partes están interesadas en la formalización del contrato de préstamo, por ello los gastos de gestión deben ser asumidos por ambas partes al 50%.

La cantidad indebidamente abonada por los demandante asciende a 6.465,22 euros, debiendo la parte demandada proceder al abono de la mencionada suma más los intereses legales desde la fecha de su pago

**CUATRO.-** Las costas se impondrán a la parte demandada al estimarse sustancialmente la demanda, artº 394 LEC.

Vistos los preceptos legales citados y cualquier otro de pertinente aplicación.

### FALLO

Que estimando sustancialmente la demanda interpuesta a instancia representados por el Procurador D. Xavier Goñi Echevarría contra BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, representada por el procurador D. Germán Marina y Grimau y en consecuencia

SE DECLARA NULA LA CLAUSULA QUINTA punto 5.1.1. de la escritura de préstamo Hipotecario de 11 de abril de 2012 por abusiva, y en consecuencia, se condena a la demandada a que elimine dicha cláusula teniéndola por no puesta, debiendo la demandada abonar los Aranceles de Notario y registrador derivados de la Constitución de la Hipoteca y el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados y el 50% de los Gastos de gestoría, debiendo abonar la demandada por dichos conceptos la suma de 6.465,22 euros y los intereses legales de dicha suma desde el momento de su pago

Con imposición de costas a la parte demandada.

Contra la presente resolución podrán las partes interponer recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial de Madrid, en plazo de veinte días hábiles contados desde el

---

día siguiente de la notificación en la forma y requisitos establecidos en el artº 458 LEC.

Para interponer el recurso será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignado dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banco Santander, Sucursal 1845, con el número de cuenta 2530-0030-02-0225-17, consignación que deberá ser acreditada al interponer el recurso (DA 15ª LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así por esta mi Sentencia, la pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.-** En Madrid a siete de noviembre de 2017. La anterior Sentencia una vez firmada por la Iltna Sra. Magistrada de este Juzgado ha sido entregada en el día de hoy en esta Secretaria de mi cargo para su notificación y archivo, dándose seguidamente publicidad en legal forma. Expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a los autos, archivándose al original en el libro correspondiente confeccionado a tal efecto, de todo lo cual, yo el Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia Proc. Ordinario firmado electrónicamente por M<sup>a</sup> ANGELES MARTIN VALLEJO, MIGUEL ANAYA DEL OLMO