

JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1
JEREZ DE LOS CABALLEROS
JUICIO ORDINARIO 210/17

SENTENCIA N ° 00213/2017

En Jerez de los Caballeros, a 18 de noviembre de 2017.

Vistos por mí, D. ^a Nuria Sierra Fernández, Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Único de Jerez de los Caballeros y su partido judicial, los presentes autos de **Juicio Ordinario número 210/2017**, promovidos a instancia de **DOÑA** , representada por el procurador de los Tribunales, Don Jesús Díaz Durán y asistida por el letrado, Don Carlos Fidaldo Gallardo, frente a **CAIXABANK S.A.**, representada por la procuradora de los Tribunales, Doña Elena Medina Cuadros y bajo la asistencia letrada de Don José Vicente Espinosa Bolaños.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha de 6 de abril de 2017, el procurador de los Tribunales, Don Jesús Díaz Durán, en nombre y representación de Doña
interpuso demanda de Juicio Ordinario frente a la entidad CAIXABANK, S.A., alegando en apoyo de sus pretensiones, los hechos y los fundamentos de derecho que consideró de aplicación al caso, y terminó suplicando al Juzgado que declarase la nulidad por abusiva de la cláusula quinta del contrato de préstamo con garantía de hipoteca suscrita entre los pleiteantes relativa a los gastos de hipoteca, con condena a la demandada a satisfacer las cantidades en su día

abonadas por ésta en aplicación de la cláusula de gastos incrementadas en el interés legal, esto es:

- a) Gastos de Notaría, de Registro, así como los relativos al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, contemplados en los fundamentos de derecho décimo y décimo primero.
- b) Subsidiariamente, todos los contemplados en el Fundamento Jurídico Décimo, esto es, todos menos los relativos al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

Con imposición de costas a la entidad demandada, así como los intereses legalmente establecidos. Los hechos alegados en la demanda son sucintamente los siguientes:

- La parte actora suscribió en su día como consumidor, para uso personal y no profesional, un préstamo hipotecario con la entidad, Caixabank, S.A., otorgado en escritura pública de fecha ~~11 de marzo de 2015~~, ante la Sra. Notaria, Doña Olivia Eljarrat López, al ~~11 de marzo de 2015~~ de su protocolo.
- En virtud de la cláusula quinta del referido contrato, la demandante tuvo que asumir el pago de los gastos de Notaría por importe de 647,20 euros, los gastos de Registro por importe de 130,82 euros y del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados por importe de 711,62 euros. Lo que hace un total de 1.489,64 euros reclamados en el presente pleito.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, mediante Decreto de fecha 4 de mayo de 2017, se dio traslado de la misma con entrega de la copia y los documentos acompañados a la parte demandada, la cual en fecha 24 de mayo de 2017, presentó escrito de contestación a la demandada interesando su desestimación, con imposición de costas a la parte demandante. Los hechos alegados en la contestación son sucintamente los siguientes:

- La parte actora sostiene que la cláusula litigiosa es abusiva pero en ningún caso plantea que haya existido error u otro vicio en el consentimiento, por lo que tampoco es controvertido que prestó el consentimiento de manera

válida y eficaz. Es decir, entendió perfectamente el contenido de las cláusulas que ahora pretende anular, por lo que en uso de su autonomía de voluntad suscribió la escritura pública.

- Las cláusulas impugnadas en ningún caso suponen un desequilibrio de las prestaciones entre las partes contratantes, ni contravienen la buena fe que debe presidir la contratación, pues su inclusión en el contrato se rige por la autonomía de la voluntad y la libertad de pactos.
- De conformidad con lo previsto en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, es obligatorio que exista una cláusula de gastos a cargo del prestatario y que, dentro de la misma, se pueda pactar la repercusión a su cargo de los gastos. La parte actora tuvo a su alcance toda la información del préstamo que iba a suscribir, tuvo pleno conocimiento del contenido de la referida cláusula y aceptó voluntariamente asumir las obligaciones que dimanaban de ella. No existió una mala praxis bancaria, ni ha sido injusta o abusiva.
- El contenido de la cláusula no puede considerarse abusivo, el clausulado no hace sino estatuir contractualmente las previsiones legales del mercado hipotecario, resultando perfectamente acorde con las exigencias en materia de obligaciones y contratos.
- No resulta asumible ningún reproche dirigido frente a la cláusula cuestionada de adverso, enjuiciada en cuanto a su transparencia, dado que la redacción es clara, completa, entendible con facilidad, no pudiendo deducirse que dicho clausulado produzca un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes que deriven del contrato en perjuicio del consumidor. Obedecen bien a la prestación de servicios que aquél concierta con terceros, bien a la carga impositiva que ha de soportar, y además, a la autonomía de la voluntad.
- Se afirma que en relación con el impuesto de transmisiones y actos jurídicos documentados, es el prestatario el obligado tributario como sujeto pasivo de este impuesto, al igual que es en relación con el pago de

aranceles notariales y registrales, el prestatario el obligado a ello como sujeto pasivo del impuesto que grava la operación.

TERCERO.- El 8 de noviembre de 2017, a las 10:45 horas, se celebró la Audiencia Previa al Juicio, a la que asistieron las partes, ratificándose en sus escritos principales y sin llegar a acuerdo. Tras dar los preceptivos traslados legalmente establecidos, se procedió a fijar los hechos controvertidos, quedando, tras la proposición y admisión de prueba, de conformidad con lo previsto en el artículo 429.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Juicio visto para Sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente pleito, la parte actora ejercita en la demanda que ha dado origen al presente pleito la acción de nulidad por abusiva de la cláusula quinta del contrato de préstamo con garantía hipotecaria formalizado entre las partes – doc. 1 de la demanda-, que imputa a la parte prestataria el abono de los gastos que aparecen referidos en la misma. En concreto, se pone de manifiesto en la cláusula que:

“La parte deudora asume el pago de los gastos de tasación del inmueble hipotecado, de todos los demás gastos y tributos derivados de esta escritura, de los actos y contratos que en la misma se formalizaran y de su inscripción en el Registro de la Propiedad, y los de los originados por cuantos otorgamientos sean precisos para que este documento y el de su cancelación tengan acceso al citado Registro incluso los causados por las cartas de pago total o parcial del préstamo, de los derivados de la gestión de las correspondientes escrituras para su inscripción en el referido Registro, así como de los honorarios de letrado y derechos de procurador, en caso de reclamación judicial, con imposición de costas al deudor”.

Se interesa con carácter principal la condena a la devolución del importe abonado por el actor en concepto de gastos de Notaría, Registro y por el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, cuya cuantía asciende a la cuantía reclamada en el presente pleito de mil cuatrocientos ochenta y nueve euros y sesenta y cuatro céntimos (1.489,64 euros) – docs. 3 a 5 de la demanda- y, con carácter subsidiario, todos a excepción del relativo al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados. Considera que la referida cláusula es abusiva de conformidad con lo previsto en el artículo 80.1 y siguientes del TRLGDCU, solicitando la devolución de lo abonado con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil.

Por su parte, la entidad demandada se opone a las pretensiones de la parte actora defendiendo la validez de la referida cláusula, afirmando que la entidad cumplió diligentemente sus obligaciones legales de información y documentación, debiendo tener en cuenta la doctrina de actos propios y afirmando que en relación al pago del impuesto de Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados así como en relación con el pago de aranceles notariales y registrales, es el prestatario el obligado tributario como sujeto pasivo del impuesto.

SEGUNDO.- SOBRE EL CARÁCTER NEGOCIADO DE LA CLÁUSULA QUINTA.

En primer lugar, es importante tener presente que no cabe duda de que el demandante ostenta la condición de consumidor conforme a lo establecido en los arts. 2b de la Directiva 13/1993/CEE de 5 de abril sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (Directiva 13/93) y 3 del TRLCU (RD Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre), ya que se trata de una persona física que actúa al margen de su actividad profesional al concertar el préstamo hipotecario. Ello se desprende de la propia escritura pública, no habiendo sido este extremo discutido por las partes.

A los efectos de dilucidar si la cláusula objeto del presente debate se trata de una condición general de la contratación procede entrar a resolver si la misma ha sido resultado de la negociación individual con el hoy demandante o si por el

contrario, ha sido predispuesta y por tanto introducida de manera unilateral por la entidad bancaria demandada. Con objeto de resolver tal cuestión se debe de incidir en lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación que define como *“cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión”*.

Por su parte, nuestro Alto Tribunal se ha pronunciado sobre el asunto, principalmente en la sentencia de 9 de mayo de 2013, (STS 241/2014), ratificada después por otras sentencias como la STS 464/2014, de 8 de septiembre o la STS 139/2015, de 25 de marzo de 2015, sentando una doctrina que establece fundamentalmente que, constituyen requisitos esenciales para que se trate de condiciones generales de la contratación, las siguientes: a) *Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión; b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión; c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes - aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula; d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse. De e otro lado, también resulta relevante para que una cláusula contractual pueda calificarse como condición general de la contratación: a) *La autoría material, la apariencia**

externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y b) Que el adherente sea un profesional o un consumidor -la Exposición de Motivos LCGC indica en el preámbulo que "la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual" , y que "[l]as condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores". Igualmente importante resultan las manifestaciones de nuestro alto tribunal en orden a que: a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo; b) El conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias - singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes; c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial; y por último: a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar; b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario; c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios; d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario.

Así trasladando lo dispuesto al caso concreto y teniendo presente que le corresponde a la entidad bancaria demandada la asunción de la carga probatoria

sobre tal extremo, la misma deberá asumir de conformidad con lo establecido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la ausencia de prueba al respecto de ello. Defendía la entidad demandada que era notorio que las condiciones que las entidades financieras y los consumidores podían negociar en una operación de préstamo hipotecario eran múltiples, incluyendo los propios gastos que eran objeto de la demanda, el índice de referencia utilizado para calcular el tipo de interés, el diferencial aplicado, a la existencia de posibles bonificaciones por la contratación de otros productos, el importe, etc. Concluyendo que la parte actora había influido completamente sobre su contenido. No obstante ello, lo cierto es que tales palabras no fueron acreditadas, la entidad no propuso prueba alguna que permitiera concluir probado que la demandante pudiera influir en el contenido de la cláusula, ya sea para suprimir o para modificar su contenido, por lo que esta absoluta orfandad de prueba unido al principio pro consumatore no puede sino conducir a concluir que nos encontramos ante una cláusula predispuesta, impuesta por la entidad bancaria con clara exclusión del principio de autonomía de la voluntad en la concreción del contenido contractual, obedeciendo su inclusión únicamente a la voluntad exclusiva de la parte predisponente.

TERCERO.- SOBRE EL CARÁCTER ABUSIVO DE LA CLÁUSULA QUINTA.

Resuelto lo anterior, lo primero que se debe analizar es si de acuerdo con el tenor literal de la misma, tal cláusula resulta merecedora de ser declarada nula en atención a la normativa alegada en la demanda. Para resolver esta cuestión procede seguir el criterio jurisprudencial expuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, la cual dispone que:

“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 los 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.”

Así las cosas, no puede sino concluirse que existe un claro y evidente desequilibrio económico entre las partes, toda vez que la cláusula objeto de la presente litis atribuye la carga de abonar todos los gastos a la parte actora sin que conste contraprestación alguna por tal hecho. A mayor abundamiento se debe indicar que la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 estableció que es obligado examinar si la entidad prestamista podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa a los prestatarios, aceptarían tal cláusula en el marco de una negociación individual, resultando en el presente caso más que dudoso que de haber sabido la demandante que a la misma no le corresponde abonar una determinada partida, hubiera aceptado el pago sin contraprestación alguna, que es lo acontecido en el presente caso, no presentándose por la entidad prueba alguna en este sentido.

A mayor abundamiento procede indicar que, que nos encontramos ante una cláusula nula ya ha sido manifestado por nuestra Audiencia Provincial de Badajoz, en Sentencia n ° 160/2017, de fecha 11 de mayo de 2017, que aludiendo a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2016, ha puesto de manifiesto que:

*"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 los 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**". Lo cual significa que la prestamista debe hacer frente al impuesto sobre Actos Jurídicos documentados relativos a la constitución de la hipoteca y expedición de las copias, actas y testimonios que solicite.

En un segundo motivo del recurso se alude también a **los aranceles notariales y registrales y gastos de tramitación**. Igualmente dice al respecto la STS de 23-12-16 que ha sido citada: " 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 s . 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 abusiva (art. 89.2 TRLGCU). En la sentencia 550/2000, de 1 de junio, esta Sala estableció que la repercusión al comprador/comprador 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 hipoteca, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso." En consonancia con ello **ha de declararse que los aranceles de Notario y Registrador han de ser abonados por el prestamista.**"*

En consecuencia con lo expuesto, se concluye que los términos en que ha sido redactada la cláusula conducen a la declaración de nulidad de la misma por abusiva, debiendo indicarse que respecto de la posibilidad de aplicar la institución de la confirmación prevista en el artículo 1309 del CC al presente caso, al afirmarse por la entidad que la actora había confirmado expresamente la validez y eficacia de la escritura de préstamo después de su otorgamiento, guardando silencio hasta la interposición de la demanda, la misma debe desecharse desde el momento en que solo opera en los supuestos de nulidad relativa o anulabilidad contractual, no en los casos de nulidad radical o absoluta de determinadas cláusulas como en el presente. Así se deriva de la dicción literal del art. 1310 del CC.

CUARTO.- CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LA CLÁUSULA QUINTA.

Declarada la nulidad, procede resolver la reclamación económica efectuada por la parte actora. Así, con sustento en los documentos n ° 3 y 4 de la demanda, reclama la cuantía de 647,20 euros en concepto de gastos de Notaría y de 130,82 euros en concepto de gastos de Registro. En este punto procede traer a colación lo manifestado por la Audiencia Provincial de Pontevedra en Sentencia n ° 18/2016, rec. 718/2015, de fecha 19 de enero de 2016, la cual al respecto de tales gastos ha puesto de manifiesto que:

"De acuerdo con 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. Y análogamente, el obligado al pago de los derechos del Registrador es aquélla o aquellas personas a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a quien haya presentado el documento, aunque en todo caso se abonarán por el presentante que sea transmitente del derecho o que tenga interés en asegurar el derecho que se pretende inscribir; por otra parte, los derechos correspondientes a certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes la soliciten (cfr. 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). Las mencionadas normas atribuyen la responsabilidad del pago al solicitante del servicio de que se trate (sea la prestación de una función o la expedición de una copia) o a cuyo favor de inscriba el derecho o solicite una certificación. En la generalidad de los casos la que gestiona la formalización del contrato y solicita la intervención del fedatario público es la entidad financiera, que también es la persona jurídica a favor de la que se inscribe el mismo. Por tanto, la cláusula 5ª de la póliza de préstamo, lejos de asegurar una mínima reciprocidad entre los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, hace recaer su práctica totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que, a falta de pacto expreso entre las partes, la aplicación de la norma 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. Se trata, pues, de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante y que no cabe pensar que aquél hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada, apareciendo expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRFCU), por lo que debe ser declarada nula.”

Así, acogiendo plenamente el criterio jurisprudencial expuesto, no habiendo sido objeto de controversia los referidos importes, procede concluir que tanto los

gastos de Notaría, así como de Registro reclamados deberán ser asumidos por la entidad demandada.

No obstante lo anterior, peor suerte corre la última de las pretensiones formuladas por la parte actora, esto es, el reintegro al prestatario del importe abonado al liquidar el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, ello debido a que la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados - Real Decreto Legislativo 1/93 de 24 de septiembre- que regula en su Título I las Transmisiones Patrimoniales de refiere en su artículo 7 al Hecho imponible, señalando como tal en su artículo 7-1B. la constitución de derechos reales, préstamos, fianzas, arrendamientos, pensiones y concesiones administrativas... y respecto del sujeto pasivo, en su artículo 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 Tercero Título que regula los Actos Jurídicos Documentados conforme al art. 27, se sujetan a gravamen en los términos que se previenen 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 pidan. Por su parte el Reglamento del Impuesto de Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados RD 828/95 Jurídicos regula en su Título Tercero los Actos 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 testimonios notariales, y en su art 68, actas respecto del sujeto pasivo o contribuyente, que lo será el adquirente del bien o del 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.

Así, la Audiencia Provincial de Asturias en Sentencia de 24-3-2017, nº 126/2017, rec. 87/2017. Pte: Tuero Aller, Francisco, ha puesto de manifiesto al respecto de ello, aludiendo al criterio sentado en otras resoluciones dictadas por la misma Audiencia (de la Sección Sexta, de 25 de noviembre de 2016 y 27 de Enero de 2017 y de la Sección Quinta de 1 de Febrero de 2017) que el sujeto pasivo de este impuesto es el prestatario- hipotecante.

Dispone la referida resolución que *“Así se desprende de los arts. 8 y 15 de la Ley sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados EDL 1993/17918 y 68 de su Reglamento, EDL 1995/14258 de los que resulta que en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria el abono del impuesto incumbe al prestatario. Así lo ha venido entendiendo reiteradamente la Sala 3ª del Tribunal Supremo (sentencias de 27 de marzo y 31 de octubre de 2006 y las numerosas que en ellas se citan), que, partiendo de la unidad del hecho imponible, argumenta que el término de "adquirente del bien o derecho" (utilizado en el art. 29 de la Ley y 68 del Reglamento, al que alude la sentencia del T.S. de 23 de diciembre de 2015), ha de entenderse referido al derecho derivado del préstamo reflejado en el documento notarial; y que el único sujeto pasivo posible es el prestatario. En el mismo sentido se han pronunciado más recientemente las sentencias de 30 de julio de 2013 y 9 de junio de 2016 del T.S.J. de Madrid. A igual conclusión se llega, como luego se verá, si se atiende al criterio subsidiario que establece ese art. 29, que señala como sujeto pasivo del impuesto a las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquéllas en cuyo interés se expidan. Siendo esto así, no se está ante el caso previsto en el art. 89.3.3º, letra C) TRLGCU, pues no se desplaza al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo sea el empresario, sino que, a lo más, se trataría de una cláusula superflua, al circunscribir su contenido a recordar una obligación legal e imperativa a cargo del prestatario. Ningún desequilibrio o abusividad cabe apreciar.”*

Es por lo expuesto por lo que la pretensión del actor debe decaer dado que el único sujeto pasivo es el prestatario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º.d, en relación con el artículo 15.1 del Texto Refundido de ITP y AJD, y en relación asimismo con el artículo 18 del Reglamento de 1981, hoy artículo 25 del vigente de 29 de mayo de 1995.

En atención a lo expuesto, la declaración de nulidad de la cláusula quinta, conlleva la eliminación radical de la misma del contrato formalizado entre ambas partes, de acuerdo con lo establecido en el Auto del TJUE de 17 de marzo de 2016 y las sentencias del TJUE de 21 de diciembre de 2016, ó 26 de enero de 2017, entre otras, debiendo la demandada abonar a la parte actora la cuantía de setecientos setenta y ocho euros y dos céntimos (778,02 euros), importe que devengará los intereses legales desde el abono de las facturas y hasta la presente Sentencia, de acuerdo con lo establecido en los artículos 1100 y 1108 del Código Civil y desde la misma y hasta el completo pago los previstos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

QUINTO.- COSTAS. De conformidad con lo establecido en el artículo 394.1 de la LEC, la estimación íntegra de la demanda conduce a la imposición de costas a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por el procurador de los Tribunales, Don Jesús Díaz Durán, en nombre y representación de **DOÑA**

1.- **SE DECLARA LA NULIDAD POR ABUSIVA** de la cláusula de gastos hipotecarios contenida en el pacto quinto de la escritura pública de fecha ~~17 de mayo~~ ~~2015~~, con el siguiente tenor literal:

“La parte deudora asume el pago de los gastos de tasación del inmueble hipotecado, de todos los demás gastos y tributos derivados de esta escritura, de los actos y contratos que en la misma se formalizaran y de su inscripción en el Registro de la Propiedad, y los de los originados por cuantos otorgamientos sean precisos para que este documento y el de su cancelación tengan acceso al citado Registro incluso los causados por las cartas de pago total o parcial del préstamo, de los derivados de la gestión de las correspondientes escrituras para su inscripción en el referido Registro, así como de los honorarios de letrado y derechos de procurador, en caso de reclamación judicial, con imposición de costas al deudor”.

2.- **SE CONDENA** a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a que la elimine del contrato, manteniendo el resto del contenido del mismo.

3.- **SE CONDENA** a la demandada a abonar a la actora la cuantía de setecientos setenta y ocho euros y dos céntimos (778,02 euros), importe que devengará los intereses desde la fecha de pago de las facturas y hasta la presente sentencia, y desde la misma hasta el completo pago los previstos en el artículo 576 LEC.

4.- Con imposición de costas a la parte demandada.

Notifíquese esta Resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en plazo de veinte días ante este Juzgado a resolver por la sección que corresponda de la Ilma. Audiencia Provincial de Badajoz, conforme dispone el artículo 458 de la LEC.

Así por esta Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo. Doy fe.

PUBLICACIÓN.- Para hacer constar que la anterior sentencia ha sido publicada en el mismo día de ser dictada, en audiencia pública, mediante lectura íntegra de la misma. Doy fe.