



Roj: **SAP C 1847/2017 - ECLI:ES:APC:2017:1847**

Id Cendoj: **15030370042017100288**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **25/09/2017**

Nº de Recurso: **371/2017**

Nº de Resolución: **302/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4**

A CORUÑA

SENTENCIA: 00302/2017

N10250

DE LAS CIGARRERAS, 1 (A CORUÑA)

-

Tfno.: 981182091 Fax: 981182089

MP

**N.I.G.** 15036 42 1 2017 0001110

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000371 /2017**

**Juzgado de procedencia:** XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 3 de FERROL

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000215 /2017

Recurrente: Edemiro

Procurador: MONICA GARCIA MONTERO

Abogado: MARIA INES DIAZ VARELA

Recurrido: ABANCA CORPORACION BANCARIA S.A.

Procurador: MARIA AMPARO ACEBEDO CONDE

Abogado: ANTIA FUMEGA DOMINGUEZ

**S E N T E N C I A**

**Nº 302/17**

**AUDIENCIA PROVINCIAL**

**SECCION CUARTA**

**CIVIL-MERCANTIL**

**ILTMOS. SRS. MAGISTRADOS:**

**JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

**ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ MONTELLS Y FERNÁNDEZ**

**PABLO GONZÁLEZ CARRERÓ FOJÓN**



En A CORUÑA, a veinticinco de septiembre de dos mil diecisiete

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 004, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000215 /2017, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 3 de FERROL, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000371 /2017, en los que aparece como parte apelante, Edemiro , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. MONICA GARCIA MONTERO, asistido por el Abogado D. MARIA INES DIAZ VARELA, y como parte apelada, ABANCA CORPORACION BANCARIA S.A., representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. MARIA AMPARO ACEBEDO CONDE, asistido por el Abogado D. ANTIA FUMEGA DOMINGUEZ, sobre CLAUSULAS ABUSIVAS EN LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN EN ESCRITURA DE PRESTAMO CON RECONOCIMIENTO DE DEUDA HIPOTECARIA.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada, dictada por EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 3 DE FERROL de fecha 4-5-17. Su parte dispositiva literalmente dice: Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda presentada por DON Edemiro , representado por la procuradora de los tribunales SRA. GARCIA MONTERO, contra la entidad ABANCA CORPORACION BANCARIA S.A. representada por la procuradora de los Tribunales SRA. ACEBO CONDE, y en consecuencia, debo declarar y declaro la nulidad de las cláusulas, que se citan, contenidas en la escritura de préstamo, y reconocimiento de deuda hipotecaria, otorgada el 26 de enero de 2006 ante el Notario del Ilustre Colegio de Galicia, con residente en Mugar dos, DOÑA NATALIA ELVIRA MORENO IBAÑEZ, la cual consta con el número corriente de su protocolo notarial 84. Así:

1º.- la cláusula SEXTA BIS letra a), vencimiento anticipado.

2º.- La cláusula de **gastos**, recogida en la cláusula QUINTA del contrato, respecto a la preparación y **formalización** del contrato (notaría, registro y tributos), con excepción de la tasación del inmueble.

3º.- Cláusula sexta, interés de demora.

Condenando a la entidad ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA, S.A., a estar y pasar por dicha declaración, así como a la devolución de las cantidades que deban serle reintegradas a DON Edemiro por la demandada, A BANCA CORPORACION BANCARIA S.A. que se fijan en:

-la tercera parte **gastos** de gestoría, devengados en lo que respecta a la tramitación e inscripción ante el Registro de la Propiedad de la citada escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

-**Gastos** de inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad.

Los cuales se liquidarán en ejecución de sentencia, a falta de acuerdo, extrajudicial, entre los litigantes.

Todo ello sin hacer expresa condena en cuando a las costas causadas en esta instancia.

**SEGUNDO.-** Contra la referida resolución por el demandante se interpuso recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial que les fue admitido, elevándose los autos a este Tribunal, pasando los autos a ponencia para resolución.

**TERCERO.-** Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG.**

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO: Del planteamiento del litigio en la alzada.-**

Es objeto del presente litigio, sometido a consideración judicial en esta alzada, por mor del recurso de apelación interpuesto, la acción individual de nulidad de condiciones generales de contratación, que es ejercitada por el demandante D. Edemiro , contra la entidad demandada Abanca Corporación Bancaria S.A.

En el escrito de demanda se solicita la declaración de nulidad, por abusivas, de las cláusulas de asunción de **gastos** preparatorios y de **formalización** del contrato de préstamo hipotecario de fecha 26 de enero de 2006, condenando, en consecuencia, a la demandada a restituir al actor la cantidad de 2.123,07 euros con los intereses legales correspondientes. Se aporta con la demanda la factura de 22 de mayo de 2006 por los conceptos impuestos a Hacienda 1275 euros, pago minuta notaría 357,52 euros, pago minuta Registro 159,95 euros, así como asesoría y gestiones 75 euros, más el IVA correspondiente.

Igualmente se solicitó la declaración de nulidad, por abusiva, de la cláusula 6ª, relativa a la mora, en particular las previsiones contractuales concernientes al tipo de interés moratorio y la capitalización de intereses. Y,



por último, se postuló también la nulidad de la cláusula 6ª bis, apartado 1.a), concerniente al vencimiento anticipado del préstamo hipotecario.

Seguido el juicio en todos sus trámites, se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Ferrol, el cual declaró nulas, por abusivas, las cláusulas de vencimiento anticipado e interés de demora. Con respecto a la cláusula de **gastos**, recogida en la estipulación 5ª del contrato, en lo concerniente a la preparación y **formalización** del contrato (notaría, registro y tributos) con excepción de la tasación del inmueble.

En consecuencia se condenó a la demandada a estar y pasar por dichas declaraciones, así como a la devolución de las cantidades que deben ser reintegradas al demandante por la tercera parte de **gastos** de gestoría devengados, en lo que respecta a la tramitación e inscripción ante el Registro de la Propiedad de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, así como a los **gastos** de inscripción de la misma en el referido registro, los cuales se liquidarán en ejecución de sentencia a falta de acuerdo extrajudicial. Todo ello en los términos de los fundamentos de derecho sexto, séptimo y octavo de la recurrida.

Contra la referida resolución judicial se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, cuestionando la decisión de instancia, en los extremos relativos al reintegro de los aranceles de la notaría, impuesto de actos jurídicos documentados y honorarios de gestoría; mientras que la demandada instó la confirmación de la sentencia apelada, habiendo consignado previamente la cantidad de 189,61 euros, en ejecución voluntaria de la sentencia de instancia.

La cláusula 5ª de la escritura de préstamo, con garantía hipotecaria de 26 de enero de 2006, en lo que, a los efectos del presente recurso, nos interesa, señala:

1. El prestatario queda obligado a: . . .

c) Abonar:

\* Los **gastos** preparatorios de la operación por servicios de terceros (tasación, comprobación de la situación registral del inmueble) que estuviesen pendientes de pago.

\* Los **gastos** notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación del préstamo hipotecario, incluso los de expedición, liquidación fiscal y registro de una primera copia de los instrumentos notariales para la CAJA y los previstos en el párrafo último del nº 2 de la cláusula SEGUNDA y el número 2 de la cláusula SEXTA BIS.

\* Los impuestos que origine la constitución, desarrollo, modificación o cancelación del préstamo hipotecario.

\* Los **gastos** de tramitación ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de Impuestos.

A los efectos decisorios de la presente controversia judicializada hemos de partir de la firmeza de los pronunciamientos de la resolución apelada, que proclaman la nulidad de las condiciones generales de contratación impugnadas. Ello es así dado que, si bien el recurso de apelación se configura como de cognición plena o plena jurisdicción, en el sentido de que permite un nuevo juicio sobre todas las cuestiones de hecho y de derecho objeto del litigio, lo es con los límites que impone la prohibición de la reforma peyorativa, esto es la modificación de la sentencia apelada en perjuicio del apelante, y el principio de que el tribunal de apelación sólo debe conocer de aquello de lo que se apela ( SSTS 30 de junio de 2009 , 18 de enero y 15 de diciembre 2010 ). En efecto, en la alzada, no se pueden resolver otras cuestiones que aquellas que le han sido trasladadas, en virtud del principio tantum devolutum quantum appellatum [solo se defiere al tribunal superior aquello que se apela] ( SSTS de 12 de mayo de 2006, RC n.º 2915/1999 , 1 de diciembre de 2006, RC n.º 445/2000 , 21 de junio de 2007, RC n.º 2768/2000 y 30 de marzo de 2011, recurso 1845/2007 entre otras muchas).

Por elementales razones de congruencia analizaremos pues las cuestiones suscitadas en la alzada por la actora, única parte recurrente.

### **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.

#### **TERCERO: Sobre los aranceles notariales.-**

La sentencia apelada desestima la acción restitutoria ejercitada con respecto a dichos **gastos** imputados de forma exclusiva al prestatario consumidor, pronunciamiento judicial contra el que se alza el demandante en su recurso, que consideramos debe ser parcialmente estimado, en función de los razonamientos que se pasan a exponer.



### **3.1 La relación contractual existente entre los requirentes y el notario requerido es distinta de la relación jurídica material objeto de autorización notarial.-**

La prestación de las funciones del notario se lleva a efecto a instancia de parte mediante el denominado previo requerimiento, que no es otra cosa que manifestación del carácter rogado de la función notarial, que proclama el art. 3.l del Reglamento de la organización y régimen del notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944 , cuando dispone que el notariado, como órgano de jurisdicción voluntaria, no podrá actuar nunca sin previa rogación de sujeto interesado, excepto en casos especiales legalmente fijados.

La rogación genera una relación jurídica entre los requirentes y el notario, que es independiente del acto o relación jurídica-material que autoriza el fedatario público, la cual genera obligaciones del notario y cargas para sus requirentes, y, entre ellas, la de satisfacer sus aranceles.

La rogación es, en principio, libre para las partes, que no están obligadas a requerir al notario respecto de cualquier asunto en el que se encuentran interesadas, igualmente podrán elegir el concreto fedatario -libre elección del notario-, así como desistir de su intervención mientras el documento no se haya autorizado.

La naturaleza jurídica del vínculo que une al notario con los requirentes de su intervención se ha calificado como de arrendamiento de servicios ( SSTS de 6 de mayo de 1994 y 15 de noviembre de 2002 ), de obra, mandato o incluso relación contractual sui géneris, en cualquier caso de su concertación nace el indiscutible derecho del fedatario a la percepción de sus honorarios como elemental contraprestación por los servicios profesionales prestados. A tales efectos se optó, como forma de retribución, por el sistema arancelario, que se encuentra regulado, con base en el art. 63 II del Reglamento Notarial , por medio de decreto, y así se dictaron los Decretos de 21 de abril de 1950 y 644/71, de 25 de marzo.

### **3.2 El obligado de pago de los aranceles notariales.-**

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

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

La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente.

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

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

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

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



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

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 23 de diciembre de 2015, ha dicho que en lo que respecta a la **formalización** de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real -o sea la **hipoteca**-), tanto el arancel de los notarios como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo, constituye la garantía real, y adquiere la posibilidad de ejecución especial.

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

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

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

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

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

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

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

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



Registro de la Propiedad -en beneficio de la entidad demandada-, sin que consten otros **gastos** que sean en provecho exclusivo de alguna de las partes.

En consecuencia de lo expuesto, declarada la nulidad de tal estipulación contractual, la devolución deberá efectuarse, por partes iguales, sin incluir el tercio a cargo del actor que le imputa la sentencia apelada, por unos **gastos** de notaría, que no nos constan se hayan prestado por encargo y exclusivo beneficio del consumidor recurrente, por lo que en tal extremo se modifica también la sentencia apelada, para imponer la satisfacción de los mismos por mitad.

**QUINTO: Inexistencia de lesión de la jurisprudencia comunitaria sobre el efecto disuasorio de la nulidad declarada de las cláusulas abusivas litigiosas.-**

No consideramos que con los pronunciamientos de esta resolución estemos moderando ninguna estipulación contractual o desconociendo el denominado, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), efecto disuasorio de la Directiva 93/13, vulnerando lo dispuesto en el art. 83 del RDL 1/2007, conforme al cual las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas, sino que, por el contrario, decretada la expulsión del condicionado general de la cláusula de **gastos** notariales, procede actuar como si la misma no se hubiera incluido en el contrato, y, por lo tanto, abonar los aranceles devengados de la forma indicada.

El derecho de reintegro del art. 1303 del CC viene anudado a la parte de los **gastos** notariales y de gestoría, que le fueron imputados al consumidor y que no eran de su cargo, sin que proceda, por lo tanto, la devolución de aquéllos otros, que sí eran de su cuenta y que le correspondía satisfacer a cargo de su peculio.

En efecto, es jurisprudencia asentada por el TJUE la que proclama que al juez nacional no debe atribuírsele la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores. Véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C482/13, C484/13, C485/13 y C487/13, EU:C:2015:21, apartado 31 y jurisprudencia citada y la sentencia de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados Cajasur Banco, S.A.U. (asunto C154/15), Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA) (asunto C307/15), y Banco Popular Español, S.A) (asunto C308/15) entre otras.

En definitiva, como se pronuncia la STUE de 21 de diciembre de 2016, antes citada, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula . . . De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes.

Ahora bien, lo que el derecho de consumo de la Unión Europea no exige es que se le devuelva al consumidor más de lo que le corresponda, imponiéndose a la entidad financiera demandada la obligación de abonar **gastos**, con respecto a los cuales no ostenta la condición de deudora, por haberse generado en beneficio y provecho del demandante o corresponderle su satisfacción conforme a las normas del derecho interno, sin que ello suponga en modo alguno romper el justo equilibrio de las prestaciones de las partes, sino respetar la bilateralidad y reciprocidad del contrato, así como hacer honor a las obligaciones propias que imponen la disciplina legal.

En definitiva, como señala la tantas veces citada STJUE de 21 de diciembre de 2016, la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva.

Y es precisamente la restitución correspondiente de las prestaciones indebidamente impuestas lo que hace este Tribunal en la presente sentencia, que por ello no lesiona, ni desconoce el efecto disuasorio al que antes hicimos referencia, ni vulnera la jurisprudencia del TJUE, que tiene carácter vinculante a tenor del art. 4 bis de la LOPJ .

**SEXTO: Sobre las costas y depósito.**

La parcial estimación de demanda y recurso de apelación conlleva no se haga especial pronunciamiento sobre las costas procesales de ambas instancias ( arts. 394 y 398 LEC ).





Al estimarse en parte el recurso de apelación interpuesto procede la devolución del depósito constituido para recurrir en aplicación de lo normado en la Disposición Adicional Decimoquinta, número 8 de la LOPJ .

## FALLAMOS

Con parcial estimación del recurso formulado, revocamos la sentencia recurrida, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Ferrol, en el único sentido de condenar a la entidad demandada a restituir la mitad del importe de los aranceles notariales satisfechos por el actor, que se deben abonar a partes iguales, salvo las copias expedidas para cada parte, como la necesaria para la liquidación del impuesto, que será a cargo únicamente del prestatario, mientras que las copias libradas a favor del Banco serán de su individualizada satisfacción. Al no haberse aportado al proceso la liquidación del arancel notarial, la cuantía de la devolución se efectuará en ejecución de sentencia, a falta de acuerdo entre las partes, conforme a las bases declaradas.

Igualmente el Banco deberá de abonar la mitad del importe de los **gastos** de gestoría satisfechos exclusivamente por el consumidor demandante.

Se ratifica la sentencia apelada en el resto de sus pronunciamientos.

No se hace especial condena sobre las costas de ambas instancias.

Se decreta la devolución del depósito constituido para recurrir.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional, y, en su caso, extraordinario por infracción procesal, a interponer, en el plazo de veinte días, ante este Tribunal para la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

Y al Juzgado de procedencia, líbrese la certificación correspondiente con devolución de los autos que remitió.

Así por esta sentencia de la que se llevará certificación al rollo de apelación civil, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior resolución por los Ilmos. Srs. Magistrados que la firman y leída en el mismo día de su fecha, de lo que yo Secretario doy fe.