



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

PROCURADORA:
MONTSERRAT ÁNGELES BAEZA CANO.
NOTIFICADO: 12 DE NOVIEMBRE DE 2019.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº7 BIS DE ALMERIA

CARRETERA DE RONDA, 120, BLOQUE B, 3ª Y 5ª. EDIFICIO CIUDAD DE LA JUSTICIA
Tlf.: 600159147.

NIG:

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 294/2018. Negociado: AM

S E N T E N C I A Nº 1607/2019

En ALMERIA, a siete de noviembre de dos mil diecinueve.

Vistos por Doña María del Mar Alejo Rico, Magistrada-Juez de Adscripción Territorial del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía adscrita como refuerzo del Juzgado de Primera Instancia Núm. 7BIS de Almería, los presentes autos de **Juicio Ordinario Nº 294/2018**, seguidos ante este Juzgado a instancia de DOÑA M, DON A y DON F representados por la Procuradora DOÑA MONTSERRAT ANGELES BAEZA CANO y dirigidos por el Letrado DON JUAN MANUEL SORIANO GARRIDO contra la entidad BANCO SANTANDER, S.A., representada por la Procuradora DOÑA M y dirigida por la Letrada DOÑA I, sobre NULIDAD DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y RECLAMACIÓN DE CANTIDAD, en los que ha recaído la presente resolución, sobre la base de los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora Sra. Baeza Cano, actuando en nombre y representación de Doña M, Don A y Don F, se presentó frente a la entidad Banco Santander, S.A., demanda de Juicio Ordinario. En ella, después de exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó con el suplico de que, previos los trámites legales oportunos, se dicte sentencia *“en la cual DECLARA ABUSIVA LA CLÁUSULA QUINTA DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO CON PROTOCOLO Nº 593/2003, declare restablecer la situación de hecho y derecho existente antes de la estipulación de la cual se solicita la declaración de abusividad y*

- CONDENE A LA DEMANDADA al abono a mis representados de la cantidad de DOS MIL CUATROCIENTOS VEINTIUN EUROS CON NOVENTA Y OCHO CÉNTIMOS (2.421,98 €), MÁS LOS INTERESES LEGALMENTE APLICABLES,

- tras los trámites legales oportunos, en su día, dicte sentencia en la cual DECLARA ABUSIVA LA CLÁUSULA QUINTA DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO CON PROTOCOLO Nº 2147/2007, declare restablecer la situación de hecho y derecho existente antes de la estipulación de la cual se solicita la declaración de abusividad y

-CONDENE A LA DEMANDADA al abono a mis representados de la cantidad de TRES MIL CIENTO VEINTITRÉS EUROS CON OCHENTA Y TRES CÉNTIMOS (3.123,83 €), MÁS LOS INTERESES LEGALMENTE APLICABLES,





- tras los trámites legales oportunos, en su día, dicte sentencia en la cual **DECLARA ABUSIVA LA CLÁUSULA QUINTA DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO CON PROTOCOLO N° 748/2010**, declare restablecer la situación de hecho y derecho existente antes de la estipulación de la cual se solicita la declaración de abusividad y

- **CONDENE A LA DEMANDADA al abono a mis representados de la cantidad de MIL DOSCEINTOS TRES EUROS CON SETENTA Y SIETE CÉNTIMOS (1.203,77 €), MÁS LOS INTERESES LEGALMENTE APLICABLES,**

- tras los trámites legales oportunos, en su día, dicte sentencia en la cual **DECLARA ABUSIVA LA CLÁUSULA QUINTA DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO CON PROTOCOLO N° 5937/2003**, declare restablecer la situación de hecho y derecho existente antes de la estipulación de la cual se solicita la declaración de abusividad y

- **CONDENE A LA DEMANDADA al abono a mis representados de la cantidad de CUATROCIENTOS TREINTA Y OCHO EUROS CON VEINTE CÉNTIMOS (438,20 €), MÁS LOS INTERESES LEGALMENTE APLICABLES,**

- tras los trámites legalmente oportunos, en su día, se dicte Sentencia, en la cual **DECLARA ABUSIVA LA CLÁUSULA CUARTA PÉRF. 2º DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO CON PROTOCOLO N° 748/2010**, declare restablecer la situación de hecho y derecho existente antes de la estipulación de la cual se solicita declaración de abusividad y

-**CONDENE A LA DEMANDADA al abono a mis representados de la cantidad de DOSCIENTOS SESENTA Y TRES EUROS CON OCHO CÉNTIMOS (263,08 €), MÁS LOS INTERESES LEGALMENTE APLICABLES,**

- *Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.*

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó emplazar a la demandada por veinte días para que se personara en autos y presentara escrito de contestación.

Dentro del plazo legal, por la Procuradora Sra. I, actuando en nombre y representación de Banco Santander, S.A., se presentó escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones deducidas de contrario, sobre la base de los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, y terminó con el suplico de que, previos los trámites legales oportunos, se dicte sentencia desestimatoria de la demanda, con imposición de las costas procesales a la parte adversa.

TERCERO.- Convocadas las partes a la audiencia previa al juicio que prevé la ley, y llegado el día que fue señalado, dicho acto tuvo lugar con la asistencia de ambas partes, exhortándose a las mismas a fin de que alcanzaran un acuerdo, que no se logró, afirmándose y ratificándose en sus respectivos escritos de demanda y contestación.

Acordado el recibimiento del pleito a prueba, ambas partes propusieron prueba documental.





Admitidas las pruebas pertinentes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 429.8 LEC, quedaron los autos vistos para sentencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Posición de la parte actora.

A través de su escrito inicial, la parte actora ejercita, al amparo de lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, la acción declarativa de nulidad de Condiciones Generales de la Contratación, en impugnación de las siguientes cláusulas:

- a) De la escritura pública de préstamo hipotecario formalizada en fecha 8 de abril de 2003 ante el Notario Don S con el número 1593 de su protocolo: cláusula gastos (cláusula quinta)
- b) De la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria formalizada en fecha 21 de diciembre de 2007 ante el Notario Don J con el número 2147 de su protocolo: cláusula gastos (cláusula quinta)
- c) De la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria formalizada en fecha 22 de marzo de 2010 ante el Notario Don J con el número 748 de su protocolo: cláusula gastos (cláusula quinta) y cláusula de comisión por reclamación de posiciones deudoras (cláusula cuarta, párrafo 2º)

Todo ello, con restitución de las cantidades abonadas indebidamente por la parte prestataria en aplicación de las mismas.

Según sostiene la parte actora, dichos contratos fueron suscritos por Doña M, Don A y Don F en su condición de consumidores, y en el mismo se recogen una serie de cláusulas predisuestas por la entidad demandada que no fueron objeto de negociación alguna, teniendo el carácter de condiciones generales de la contratación. A tal respecto, en cuanto a la cláusula de gastos, señala que la misma supone la atribución indiscriminada de los gastos hipotecarios al prestatario, causando un desequilibrio en perjuicio del consumidor al existir una falta absoluta de reciprocidad entre las partes determinante a su vez de su nulidad, al tratarse de una cláusula abusiva que contraviene las disposiciones legales sobre la materia.

Por lo que respecta a la comisión por reclamación de posiciones deudoras, indica que la cláusula es abusiva ya que no obedece a ningún servicio efectivo prestado por la entidad acreedora, y que la misma es desproporcionada.

SEGUNDO.- Oposición de la demandada.





En su escrito de contestación, la parte demandada se opuso a las pretensiones deducidas de adverso, sobre la base de la prescripción de la acción de reclamación de cantidad, en atención al tiempo transcurrido desde la celebración del contrato. Asimismo, la parte demandada opone la carencia sobrevenida por falta de objeto, ya que las cláusulas impugnadas se encuentran insertas en un préstamo cancelado.

Por lo demás, la parte demandada sostiene el carácter negociado de las cláusulas impugnadas y la plena validez de las mismas sobre la base del cumplimiento de los deberes de transparencia, toda vez que la parte actora fue debidamente informada sobre la misma con anterioridad a la celebración del contrato, habiendo su consentimiento expreso a su incorporación, por lo que se superan los estándares de transparencia establecidos en la célebre STS de 9 de mayo de 2013, teniendo en cuenta la claridad y redacción de la cláusula (transparencia formal) y la información precontractual suministrada a la prestataria (transparencia material). Añade que, en atención al perfil profesional del prestatario, las cláusulas impugnadas no pudieron pasar desapercibidas para el mismo.

Por lo que respecta a la cláusula de gastos hipotecarios, indica que la misma establece una distribución de los gastos hipotecarios que resulta conforme a la legislación vigente, por lo que no causa desequilibrio entre las partes ni es abusiva.

Finalmente, al respecto de la cláusula que establece el pago de una comisión por reclamación de posiciones deudoras, la demandada pone de manifiesto que dichas comisiones se corresponden con las gestiones efectivamente realizadas por la entidad para la reclamación de impagados, y que en todo caso la misma resulta conforme a la normativa sectorial aplicable, que la contempla expresamente, por lo que no puede reputarse abusiva.

TERCERO.- Prescripción/Caducidad. Falta de objeto.

Antes de entrar a conocer el fondo de la cuestión controvertida, procede examinar y resolver las excepciones alegadas por la parte demandada.

a) Prescripción/Caducidad. Sobre esta cuestión, es preciso comenzar indicando que el artículo 1.301 del Código Civil dispone que la acción de anulabilidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr, en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato.

La acción ejercitada por la parte actora es de nulidad absoluta de la cláusula impugnada por considerarla abusiva, no de anulabilidad. Dicha distinción resulta importante en orden a determinar los plazos a que se sujetan las acciones, pues el ejercicio de una acción de nulidad absoluta no está sujeta a plazo de prescripción mientras que la acción de nulidad relativa está sujeta a un plazo de cuatro años al amparo del artículo 1.301 del Código Civil. En efecto, como argumenta la actora y se observa en la demanda, la acción ejercitada es de nulidad absoluta por entender que la cláusula es abusiva al amparo de lo dispuesto en el artículo 8 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, por lo que siendo la acción ejercitada de la clase anteriormente expuesta, la consecuencia es la imprescriptibilidad de la misma. Y ello, aun cuando el préstamo se encuentre cancelado, toda vez que la nulidad se despliega de manera retroactiva y alcanza a





las consecuencias económicas derivadas de la aplicación de la cláusula declarada nula, con restitución de las cantidades abonadas indebidamente por el prestatario.

No obstante lo expuesto, la imprescriptibilidad de la acción debe entenderse referida únicamente a la acción declarativa de nulidad, pero no a la acción de restitución de cosas que hubiesen sido dadas, entregadas u obtenidas como consecuencia del contrato declarado nulo que es lo que pretende la parte demandada.

Así pues, los efectos restitutorios están sometidos al plazo normal de prescripción de acciones personales del artículo 1.964 del Código Civil y no del artículo 1.301 del Código Civil tal y como pretende la entidad. No obstante, resulta imprescindible determinar cuándo empieza a computarse ese plazo de prescripción, es decir, el *dies a quo*, lo que debe someterse a lo dispuesto en el artículo 1.969 del Código Civil, cual establece que " El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse ..."

Teniendo en cuenta que la acción de restitución deriva de la previa declaración de nulidad, la consecuencia es que la segunda es condición indispensable para que se produzca la primera, pues sin dicha declaración de nulidad nada habría que restituir, pudiendo llegar a la conclusión de que "el día en que pudieron ejercitarse" no puede ser otro que el de la declaración judicial de nulidad de la cláusula. Por todo ello es por lo que debe desestimarse la excepción de prescripción alegada por la parte demandada.

b) Falta de acción. En este sentido, se indica por la demandada que la parte actora carece de acción, toda vez que las cláusulas impugnadas se encuentran previstas en un contrato de préstamo que se encuentra cancelado.

Entrando en el análisis de la cuestión controvertida, es preciso comenzar indicando que como se observa en la demanda, la acción ejercitada es de nulidad absoluta por entender que la cláusula es abusiva al amparo de lo dispuesto en el artículo 8 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, por lo que siendo la acción ejercitada de la clase anteriormente expuesta, aun cuando el préstamo se encuentre cancelado, dicha circunstancia no afecta a la nulidad, que extiende sus efectos retroactivamente y, por lo tanto, tiene virtualidad desde el punto de vista de los efectos económicos derivados de la eventual declaración de nulidad, al producir el efecto de devolución de las cantidades indebidamente percibidas por la demandada en aplicación de las cláusulas impugnadas. Es por ello que debe rechazarse el motivo de oposición analizado, relativo a la falta de acción.

CUARTO.- Presupuestos subjetivo y objetivo del control de abusividad.

Con carácter previo, es preciso partir de una premisa fundamental en orden a determinar la aplicabilidad o no, al supuesto concreto, de la legislación tuitiva de consumo por la que se establece el régimen jurídico de las cláusulas abusivas y sus consecuencias, cual es la condición de consumidores que concurre en los actores en su intervención en el contrato en los términos del artículo 3 del RDL 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios; condición ésta que es un hecho





discutido por la demandada, ya que la finalidad de la operación es la reinstrumentación de deudas.

Sobre este punto, sin embargo, huelga decir que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias: *“A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”*. En el presente caso, nos encontramos ante una escritura pública de préstamo hipotecario en la que intervienen los prestatarios en su propio nombre y representación, como personas físicas, y en el que se especifica que la finalidad del contrato es la cancelación de deudas que los prestatarios mantienen con la entidad acreedora, a saber:

“- El saldo deudor pendiente, que a fecha de hoy asciende a la cantidad de 112.141,54 euros, del préstamo hipotecario nº 1030233952 por importe de 115.000,00 euros y vencimiento el día 21 de enero de 2018;

- El saldo deudor pendiente, que a fecha de hoy asciende a la cantidad de 8.215,03 euros, del Préstamo formalizado entre el Banco y la parte prestataria: Número 1430234266 por importe de 11.482,19 euros”.

De ello se desprende, teniendo en cuenta el importe del principal que consta en la escritura y la fecha de vencimiento, que prácticamente la totalidad del préstamo se destina a refinanciar la deuda que los actores mantenían con la entidad demandada por razón del préstamo hipotecario formalizado en escritura con número de protocolo 2147/2007. Se desconoce el destino de la otra operación si bien, teniendo en cuenta su carácter marginal o residual respecto del monto total prestado, la misma carece de relevancia. Pues bien, en la escritura con número de protocolo 2147 se especifica que la finalidad del préstamo es el arreglo de vivienda, de lo que se desprende, en definitiva, que dicha finalidad no guarda relación alguna con la actividad empresarial o profesional de los prestatarios.

Sobre la base de las anteriores premisas, y teniendo en cuenta, además, la delimitación legal del concepto de consumidor, negativa o por exclusión, corresponde a la demandada, que lo alega, la carga de acreditar que el destino de la operación es ajeno al ámbito de aplicación de la citada norma, por cuanto de lo contrario estaríamos exigiendo del prestatario una prueba de un hecho negativo o prueba “diabólica”. A ello hay que añadir las normas de la carga de la prueba desplazan sobre la entidad acreedora el deber de acreditar el hecho impeditivo de la acción de nulidad, por abusivas, de condiciones generales de la contratación, teniendo en cuenta los datos recabados en el expediente previo a la autorización de la operación solicitada, relativos a la finalidad del préstamo, profesión del prestatario, etc., y el principio de facilidad y disponibilidad probatoria del artículo 217.7 LEC. Y en este sentido, dado que nada ha acreditado en cuanto al destino empresarial o profesional del préstamo, es por lo que deben rechazarse las alegaciones vertidas en su escrito de contestación que ponen en duda la condición de consumidores con la que intervinieron los demandantes en el contrato del que traen causa las presentes actuaciones.





En segundo lugar, además del anterior presupuesto subjetivo, es indispensable para el ejercicio de la acción la concurrencia de un presupuesto objetivo, que afecta a las cláusulas que son objeto de impugnación, cual es el carácter de condición general de la contratación, según el concepto que de las mismas se recoge en el artículo 1.1 LCGC, como "las 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". En particular, la STS de 9 de mayo de 2013 (FJ, 137 y 138) enumera los requisitos que debe reunir una cláusula para atribuirle la consideración de condición general.

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.

Por lo que respecta a los argumentos relativos al requisito de la imposición de la cláusula predispuesta y su interpretación jurisprudencial, la STS 222/2015, de 29 de abril, indica lo siguiente:

"Hay "imposición" de una cláusula contractual, a efectos de ser considerada como condición general de la contratación, cuando la incorporación de la cláusula al contrato se ha producido por obra exclusivamente del profesional o empresario. Así resulta de lo previsto en el art. 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE. No es necesario que el otro contratante esté obligado a oponer resistencia, ni que el consumidor carezca de la posibilidad de contratar con otros operadores económicos que no establezcan esa cláusula. La imposición supone simplemente que la cláusula predispuesta por una de las partes no ha sido negociada individualmente. Así lo declaramos en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, apartado 150.

Que el consumidor tenga una mayor o menor formación tampoco excluye el carácter impuesto de una condición general. La protección que el ordenamiento jurídico da a los consumidores y usuarios no está condicionada a que concurra en los mismos una situación de desvalimiento o ignorancia. Y el empleo de condiciones generales, como se ha visto, es





propio de la contratación en masa de bienes y servicios de uso común, sin que la mayor formación del consumidor incida en la posibilidad de negociarlas”.

De otro lado, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante:

- 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".

Sentado lo anterior, es un hecho notorio que, en determinados sectores de la contratación con los consumidores, en especial los de bienes y servicios de uso común a que hace referencia el artículo 9 TRLCU, los profesionales o empresarios utilizan contratos integrados por condiciones generales de la contratación cuando contratan con los consumidores y usuarios. De ahí que tanto la Directiva comunitaria como la Ley nacional impongan al profesional la carga de la prueba de lo contrario, esto es, de que la cláusula ha sido negociada. En este sentido, en la STS 241/2013, de 9 de mayo, se declara la notoriedad de esta circunstancia, y que el sector bancario y financiero era uno de los más estandarizados en la contratación con consumidores. Afirmaba en el apartado 159 de dicha sentencia, con cita del Informe del Banco de España aportado también como prueba en este litigio:

«En idéntico sentido el IBE [Informe del Banco de España] afirma de forma expresiva en el apartado 3.1.-utilización de cláusulas limitativas a la variación- lo siguiente:

»"[u]n análisis desagregado de estas prácticas muestra que la aplicación o no de este tipo de cláusulas es, en general, una práctica decidida, en cada momento, por cada una de las entidades para el conjunto de sus operaciones. Por otra parte, también se trata de una práctica que suele aplicarse por las entidades con bastante rigidez. Es decir, la decisión de aplicar o no estas cláusulas se adopta como política comercial de carácter general por la dirección central de cada entidad y se suele ligar a los productos hipotecarios con mayor distribución de cada una. De esta forma, los elementos finales de la cadena de comercialización del producto, normalmente los directores de sucursal no tienen la facultad de alterar esa característica básica del producto. Aunque en algunos casos sí pueden modificar mínimamente alguna variable del mismo, lo mismo que ocurre con los diferenciales practicados sobre el índice de referencia correspondiente [...] En definitiva, la aplicación de estas cláusulas obedece a decisiones individuales de cada entidad"».

Y así, descendiendo a las particularidades del supuesto que nos ocupa, en cuanto a las concretas cláusulas que se impugnan en la demanda, de la documental obrante en autos se desprende que la parte actora no pudo más que aquietarse a firmar el contrato, incluyendo la cláusula en cuestión, so pena de tener que contratar con otros operadores bancarios en





similares circunstancias, siendo éste un hecho que debe considerarse probado, por notorio, por aplicación del artículo 281.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Debe valorarse, además, que a la luz de las normas contenidas en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1.994, la parte demandada debería conservar la documentación relativa a los tratos precontractuales mantenidos con el cliente, incluida la información facilitada al consumidor sobre el producto bancario que se le ofertaba, máxime si se tiene en cuenta que la negociación precontractual se lleva a cabo generalmente en sus dependencias, y a la vista de los soportes indicados podría acreditar que había existido un verdadero proceso de negociación, pleno, con posibilidades reales por parte del prestatario de influir en la determinación de las cláusulas que ahora se analizan, con intercambio de ofertas y contraofertas entre ambas partes contratantes. Sin embargo, a pesar de dicha facilidad probatoria, no ha desarrollado acto de adveración alguno sobre tal extremo, motivo por el cual, en atención a la norma contenida en el artículo 217.7 de la LEC, debe soportar las consecuencias de la falta de acreditación del carácter individualmente negociado de la estipulación cuestionada.

También debe considerarse que las reglas sobre la carga de la prueba recogidas en el artículo 82.2 TRLCU y el artículo 3.2 de la Directiva 93/13 imponen al demandada la obligación de acreditar que se ha producido una negociación efectiva e individualizada de las cláusulas, actividad probatoria con la que no ha cumplido en el presente litigio. La jurisprudencia ha aplicado de forma constante estas normas. En primer lugar, la jurisprudencia del TJUE, al interpretar la citada Directiva comunitaria, ha recordado recientemente la vigencia y trascendencia de tal regla. Así, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, incluso en el caso de las dictadas por dicho tribunal cuando tenía otra denominación, STJUE) de 16 de enero de 2014, asunto C-226/12 , caso Constructora Principado, ha declarado en su apartado 19:

"Pues bien, de la resolución de remisión resulta que las partes en el litigio principal discrepan sobre la cuestión de si la estipulación decimotercera del contrato fue o no objeto de negociación individual. Corresponde por tanto al tribunal remitente pronunciarse sobre esa cuestión, atendiendo a las reglas de reparto de la carga de la prueba establecidas a este respecto en el artículo 3, apartado 2, párrafos primero y tercero, de la Directiva, que prevén en particular que, si el profesional afirma que una cláusula tipo se ha negociado individualmente, asumirá plenamente la carga de la prueba ".

De igual forma ha operado la Sala Primera del Tribunal Supremo, que en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, no solo reafirmó que la carga del carácter negociado de una cláusula contractual empleada en los contratos concertados entre profesionales o empresarios y consumidores corresponde a aquellos por establecerlo tanto la Directiva como el TRLCU, sino que en su apartado 164 afirmaba lo siguiente:

"Más aún, de hecho aunque no existiese norma específica sobre la carga de la prueba de la existencia de negociación individual, otra tesis abocaría al consumidor a la imposible demostración de un hecho negativo -la ausencia de negociación-, lo que configura una prueba imposible o diabólica que, como precisa la sentencia STS 44/2012, de 15 de febrero de 2012, reproduciendo la doctrina constitucional, vulneraría el derecho a la tutela efectiva".





Como razona la STS, Sala Primera, de 29 de abril de 2.015 : "Por tanto, para que se acepte que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación no tienen el carácter de condiciones generales, o de cláusulas no negociadas, y se excluya el control de abusividad, no basta con incluir en el contrato predispuesto un epígrafe de "condiciones particulares" o menciones estereotipadas y predispuestas que afirmen su carácter negociado (sobre la ineficacia de este tipo de menciones predispuestas por el predisponente, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, nos hemos pronunciado en las sentencias núm. 244/2013, de 18 abril , y 769/2014, de 12 de enero de 2015) ni con afirmar sin más en el litigio que la cláusula fue negociada individualmente. Para que se considere que la cláusula fue negociada es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que llevaron a que la cláusula fuera negociada individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y responde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario. Si tales circunstancias no son expuestas y probadas, carece de sentido suscitar la cuestión del carácter negociado de la cláusula, como se ha hecho en este caso, y como se hace con frecuencia en este tipo de litigios, porque carece manifiestamente de fundamento, y está justificado que en estos casos el órgano judicial rechace la alegación sin necesidad de argumentaciones extensas, como ha hecho en este caso la Audiencia Provincial".

Lo indicado hasta el momento determina que haya de considerarse cumplido por la parte demandante el mandato del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la prueba sobre el carácter impuesto de las estipulaciones que ahora se analizan; máxime cuando no se ha desplegado elemento probatorio alguno que permita albergar dudas sobre el hecho de que la cláusula controvertida en la presente litis haya sido prerredactada por la entidad demandada, que la misma estaba destinada a ser incorporada a una multitud de contratos, y que no ha sido fruto de una negociación individual y consensuada con el cliente, sino impuesta por el banco a modo de "oferta irrevocable". En consecuencia, ha de sostenerse que la misma es una condición general de la contratación, cuya validez es susceptible de ser controlada judicialmente.

QUINTO.-Análisis de la cláusula de gastos (cláusula quinta).

a) Escritura de préstamo hipotecario formalizada en fecha 8 de abril de 2003 ante el Notario Don S con el número 593 de su protocolo:

"QUINTA. Gastos a cargo de la parte prestataria.

I. Serán de cuenta de la parte prestataria los gastos de tasación de la finca así como todos los que origine esta escritura hasta su inscripción en el Registro de la Propiedad, su primera copia y una copia simple, ambas para el BANCO y los que ocasione en su día la escritura de cancelación, incluidos los correspondientes Aranceles notariales y registrales, gastos de tramitación ante cualquier Oficina pública e impuestos, gastos y tributos que se ocasionen con motivo de la presente operación. (...)"





b) Escritura de préstamo con garantía hipotecaria formalizada en fecha 21 de diciembre de 2007 ante el Notario Don J con el número 2147 de su protocolo y Escritura de préstamo con garantía hipotecaria formalizada en fecha 22 de marzo de 2010 ante el Notario Don J con el número 748 de su protocolo, con idéntica redacción:

"QUINTA. Gastos a cargo de la parte prestataria.

I. Serán de cuenta de la parte prestataria los gastos de tasación de la finca así como todos los que origine esta escritura hasta su inscripción en el Registro de la Propiedad, su primera copia y una copia simple, ambas para el BANCO y los que ocasione en su día la escritura de cancelación, incluidos los correspondientes aranceles notariales y registrales, gastos de tramitación ante cualquier oficina pública e impuestos, gastos y tributos presentes y futuros, que graven la operación, incluidos aquellos impuestos en que el obligado al pago sea el Banco (...)"

Para determinar si la anterior cláusula es nula o no se debe tener en consideración las resoluciones judiciales que se citan a continuación. Y así, la STS de de 23 de diciembre de 2015, declara "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).

La jurisprudencia del TJUE también nos da pautas orientativas para valorar la abusividad de las cláusulas. Así, por todas, la STJUE de 14 de marzo de 2013, C-415 /11, en el asunto Aziz, señala que la Directiva sólo delimita de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula. El artículo 3 apartado 3 de la Directiva sólo contiene una lista indicativa y no exhaustiva y el juez nacional debe valorar si hay "desequilibrio importante". Para determinar ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual. En idéntico sentido se pronuncia el TJUE en su Sentencia de 26 de enero de 2017 .

La buena fe, por tanto, debe entenderse como una regla de conducta, como un deber de tratar de manera leal y equitativa con la otra parte, es decir, como un juicio del comportamiento del





predisponente.

En cuanto al último de los requisitos, relativo al desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, se hace necesario señalar la STJUE de 14 de marzo de 2013, que establece que deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si - y, en su caso, en qué medida - el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas.

Asimismo, conviene indicar la STJUE de 16 de enero de 2014, en la que se declara que "la existencia de un desequilibrio importante no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales".

Sentado lo anterior, por lo que respecta a la cláusula que determina la asunción de los gastos en la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria, es preciso tener en cuenta que el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, en Sentencia 147/2018 de 15 de marzo, con cita de las sentencias 550/2000, de 1 de junio, y 705/2015, de 23 de diciembre, declara con carácter general la abusividad de las cláusulas por las que se establece la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor, correspondiendo los tribunales la decisión y concreción, en procesos posteriores y ante las reclamaciones individuales de los consumidores, de cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación.

En el supuesto que ahora se enjuicia, ciertamente las cláusulas litigiosas de repercusión de gastos se tratan de unas cláusulas generales predispuestas por la entidad financiera, como se aprecia del examen de su redacción, que no fue objeto de negociación individual, pues nada se ha probado al respecto, incumbiendo la carga de la prueba de tal extremo a la entidad demandada por el principio de facilidad y disponibilidad probatoria (artículo 217.7 LEC).

1.-Gastos notariales y registrales.

La abusividad de la cláusula resulta palmaria, en la medida en que implica la repercusión en el consumidor, sin distinción alguna, del pago de todos los aranceles notariales y registrales derivados de la operación convenida con el banco, incluidos aquellos que por su naturaleza pudieran ser de cargo del empresario o de los que este fuese el sujeto pasivo. Ello implica la contravención de la regla del artículo 89, en sus números 2 y 3, del TRLGDCU.





El Tribunal Supremo, Sala Primera, en su sentencia 550/2000, de 1 de junio, 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 incluida en un contrato seriado de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso

Esta conclusión fue ratificada STS, Sala Primera, de 23 de diciembre de 2.015, al resolver el recurso de casación interpuesto contra la anterior, para lo cual empleó los siguientes argumentos:

"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 artículo 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).

Sobre tales bases legales, se colige, en definitiva, que la cláusula impugnada, en cuanto a los concretos gastos analizados, resulta abusiva. 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 (artículos 1875 CCy 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (artículo 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."

Así pues, la cláusula analizada, en cuanto traspasa al prestatario la obligación de abonar todos los gastos de constitución, modificación o cancelación de la hipoteca, debe reputarse nula por las razones previamente desarrolladas, al ser contraria a lo contemplado en el artículo 89.2 y 3 del Texto Refundido.

Por lo que respecta a la distribución de los gastos, es preciso tener en cuenta lo establecido por Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, en la recentísima Sentencia 44/2019 de 23 de enero de 2019, (Rec. 2982/20189), FD séptimo:

“(…) 9.- En las sentencias 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo, declaramos con relación al pago del derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, lo siguiente:

«Como el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor -por la obtención del préstamo-, como el prestamista -por la hipoteca-, es razonable distribuir por mitad el pago del impuesto (solución que, respecto de los gastos notariales y registrales, apunta la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 2016)».

10.- Este criterio es aplicable a los aranceles notariales. Aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real de garantía), ambas son inescindibles y conforman una institución unitaria. Como dijo la sentencia de esta sala 1331/2007, de 10 de diciembre, «el crédito garantizado con hipoteca (crédito hipotecario) no es un crédito ordinario, ya que está subsumido en un derecho real de hipoteca, y por ello es tratado jurídicamente de forma distinta». Lo que determina la distribución de gastos en los términos que se expondrán a continuación.

11.- El art. 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en arancel.





Como primera consideración sobre esta cuestión, la diversidad de negocios jurídicos (préstamo e hipoteca) plasmados en la escritura pública no se traduce, en la regulación del arancel, en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado. Por el contrario, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario.

12.- A su vez, la norma Sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone:

«La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las 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».

13.- Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y de un documento que le permita la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad para que quede válidamente constituida (art. 1875 del Código Civil en relación con el art. 3 de la Ley Hipotecaria), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención del préstamo que, por contar con garantía hipotecaria, se concede a un tipo de interés habitualmente más bajo que el que se establece en los préstamos sin esa garantía.

14.- Es decir, como la normativa notarial vigente habla en general de «interesados», pero no especifica si, a estos efectos de redacción de la matriz, el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor (por la obtención del préstamo) como el prestamista (por la garantía hipotecaria), es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento, que fue la solución adoptada por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

15.- En lo que atañe a los gastos del registro de la propiedad, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1.º, que:

«Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado».

Con arreglo a estos apartados del art. 6 de la Ley Hipotecaria, la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (letra b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (letra c).

16.- A diferencia, pues, del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos, a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos





gastos, sino que los imputa directamente a aquel a cuyo favor se inscriba o anote el derecho.

17.- Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a este al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción de la hipoteca.

18.- La consecuencia de lo expuesto es que solo puede estimarse el motivo en lo que respecta a **la mitad de los gastos de aranceles notariales correspondientes a la escritura de préstamo hipotecario, que corresponde pagar al prestatario, pero no en cuanto a los aranceles registrales, cuyo pago corresponde por completo al prestamista**, que fue también la solución adoptada en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. En todo caso, dado que Bankia no apeló esta sentencia que le imponía el pago por entero de la cantidad entregada por el prestatario para el pago de los aranceles registrales, no puede pretender que, en el recurso de casación, solo se le imponga el pago de la mitad de estos aranceles”.

2.- Gastos de gestión.

El artículo 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).

En cuanto a la distribución de los gastos de gestoría, se trata de una cuestión también resuelta por la ya citada Sentencia 44/2019 de 23 de enero de 2019, que establece en su FD noveno:

“1.- En cuanto a los gastos de gestoría o gestión, son aplicables los razonamientos expuestos al resolver el anterior motivo, relativos a que se trata de pagos que han de realizarse a terceros por su intervención profesional relacionada con el préstamo hipotecario.

2.- En el caso de los gastos de gestoría, no existe norma legal o reglamentaria que atribuya su pago al prestamista o al prestatario. En la práctica, se trata una serie de gestiones derivadas de la formalización del préstamo hipotecario: la llevanza al notario de la documentación para la confección de la escritura, su presentación en el registro de la propiedad o su presentación ante la Agencia Tributaria para el pago del impuesto de actos





jurídicos documentados.

3.- Estas gestiones no necesitan el nombramiento de un gestor profesional, ya que podrían llevarse a cabo por el banco o por el cliente. Sin embargo, el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, da por supuesta la prestación de este servicio en su art. 40, que establece la obligación de ponerse de acuerdo en el nombramiento del gestor y considera el incumplimiento de esta obligación como una infracción de lo preceptuado en el párrafo segundo del art. 48 de la Ley 26/ 1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito.

4.- Ante esta realidad y dado que, cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto **deberá ser sufragado por mitad**, que fue también la solución acordada en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Por tanto, procede la estimación del motivo”.

3.- Impuestos y Tributos.

Al respecto de los mismos, procede traer a colación la Sentencia 147/2018 de 15 de Marzo del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, que establece en su FD 3º:

1.- Decíamos en la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, en lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, que el art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (LITPAJD) dispone que estará obligado al pago del impuesto de transmisiones patrimoniales a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en la «constitución de derechos reales», aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c); y en la «constitución de préstamos de cualquier naturaleza», el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el art. 15.1 LITPAJD 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.

A su vez, el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales en que se recoge el préstamo, 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, dijimos en la mencionada sentencia, la entidad prestamista no queda siempre y en todo caso 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 expedición de las copias, actas y testimonios que interese. Por lo que una cláusula que cargue indiscriminadamente el pago de todos los tributos al prestatario, sin distinción o salvedad alguna, puede ser abusiva, por aplicación analógica del art. 89.3 c) TRLGCU, que en los contratos de compraventa de viviendas considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario; dado que los préstamos sirven para





financiar esa operación principal que es la adquisición de la vivienda.

2.- Respecto del hecho imponible del impuesto de transmisiones patrimoniales consistente en la constitución del préstamo hipotecario (art. 7.1.B LITPAJD), ya hemos visto que el art. 8 LITPAJD, a efectos de la determinación del sujeto pasivo, contiene dos reglas que, en apariencia, pueden resultar contradictorias. Así el apartado c) dispone que «en la constitución de derechos reales» es sujeto pasivo del impuesto aquél a cuyo favor se realice el acto; y el apartado d) prevé que, «en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza», lo será el prestatario. De manera que si atendemos exclusivamente a la garantía (la hipoteca), el sujeto pasivo sería la entidad acreedora hipotecaria, puesto que la garantía se constituye a su favor; mientras que, si atendemos exclusivamente al préstamo, el sujeto pasivo sería el prestatario (el cliente consumidor). Sin embargo, dicha aparente antinomia queda aclarada por el art. 15.1 de la misma Ley, que dispone: «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».

3.- La jurisprudencia de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de este Tribunal Supremo ha interpretado tales preceptos en el sentido de que, tanto en préstamos como en créditos con garantía hipotecaria, el sujeto pasivo del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario (sentencias de 19 de noviembre de 2001 [RC 2196/1996]; 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]; 6 de mayo de 2015 [RC 3018/2013]; y 22 de noviembre de 2017 [RC 3142/2016]). En tales resoluciones se indica que la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible sea el prestatario, de conformidad con lo establecido en el art. 8 d), en relación con el 15.1, LITPAJD.

En su virtud, respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, en armonía con la jurisprudencia de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo, debemos concluir que el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario.

4.- Asimismo, frente a alguna duda de constitucionalidad que se ha manifestado doctrinalmente, debemos traer a colación dos resoluciones del Tribunal Constitucional en las que se resuelven sendas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña respecto del art. 29 LITPAJD, en relación con los arts. 8.d) y 15.1 del mismo texto refundido, y con el 68 del Reglamento del Impuesto, por si pudieran ser contrarios a los arts. 14, 31.1 y 47 de la Constitución Española. Se trata de los autos 24/2005 de 18 de enero, y 223/2005, de 24 de mayo. En la primera de tales resoluciones se dice:

«[...]es una opción de política legislativa válida desde el punto de vista constitucional que el sujeto pasivo de la modalidad de "actos jurídicos documentados" lo sea el mismo que se erige como sujeto pasivo del negocio jurídico principal (en el impuesto sobre el valor añadido o en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados), tanto cuando se trata de préstamos con constitución de garantías (aunque





la operación haya sido declarada exenta en ambos impuestos), como cuando se trata de constitución de garantías en aseguramiento de una deuda previamente contraída, pues en ambos supuestos se configura como obligado tributario de aquella modalidad impositiva a la persona que se beneficia del negocio jurídico principal: en el primer caso, el prestatario (el deudor real); en el segundo supuesto, el acreedor real (el prestamista)».

5.- En cuanto al impuesto sobre actos jurídicos documentados por la documentación del acto -préstamo con garantía hipotecaria- en escritura pública (arts. 27.3 y 28 LITPAJD y 66.3 y 67 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados -en adelante, el Reglamento-), tiene dos modalidades:

a) Un derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta (art. 69 del Reglamento).

b) Un derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas (arts. 71 y ss. del Reglamento).

El art. 29 LITPAJD, al referirse al pago del impuesto por los documentos notariales, dice:

«Será sujeto pasivo 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».

Pero el art. el art. 68 del Reglamento del Impuesto contiene un añadido, puesto que tras reproducir en un primer párrafo el mismo texto del art. 29 de la Ley, establece en un segundo apartado:

«Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario».

Aunque se ha discutido sobre la legalidad de dicha norma reglamentaria, la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo a que antes hemos hecho referencia no ha apreciado defecto alguno de legalidad (por todas, sentencia de 20 de enero de 2004). Y como hemos visto, el Tribunal Constitucional también ha afirmado su constitucionalidad.

6.- Así pues, en lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta (art. 69 del Reglamento), será sujeto pasivo el prestatario, por indicación expresa del art. 68 del mismo Reglamento.

Y en cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas (arts. 71 y ss. del Reglamento), habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas.

Respecto de la matriz, conforme al ya citado art. 68 del Reglamento y la interpretación que





del mismo hace la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, corresponde el abono del impuesto al prestatario. Salvo en aquellos casos en que pudiera existir un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales. Como el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor -por la obtención del préstamo-, como el prestamista -por la hipoteca-, es razonable distribuir por mitad el pago del impuesto (solución que, respecto de los gastos notariales y registrales, apunta la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 2016).

Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite, según se desprende del propio art. 68 del Reglamento.

7.- Por último, y puesto que en la cláusula litigiosa se hace mención expresa a los tributos que gravan la cancelación de la hipoteca, debe tenerse en cuenta que el art. 45 B.18 LITPAJD declara exentas las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase en cuanto al gravamen gradual de la modalidad «Actos Jurídicos Documentados» que grava los documentos notariales”.

Aplicando cuanto antecedente al supuesto enjuiciado, procede rechazar la pretendida abusividad de la cláusula que impone al prestatario la asunción de los impuestos que origine la constitución, desarrollo, modificación o cancelación del préstamo hipotecario, al ser conforme a la legislación vigente.

SEXTO.- Consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula sobre gastos.

Las consecuencias de la declaración de la nulidad de las cláusulas analizadas en el Fundamento anterior, además de su expulsión del contrato con pervivencia del negocio jurídico en el que estaban insertas, según resulta del artículo 83 del TR, son las que seguidamente se expresan.

Debe recordarse que, después del dictado de la STJUE de 14 de junio de 2012, que motivó la reforma operada en el TR por Ley 3/2014, de 27 de marzo, el artículo 83 de dicho texto dispone que: "Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas".

Según la mencionada STJUE de 14 de junio de 2012 las cláusulas abusivas " no vincularán al consumidor " por lo que el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible.

No es posible la moderación o integración de la cláusula expulsada del contrato, por cuanto si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo





a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13 , esto es, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.

Además, también el TJUE ha declarado que la existencia de una norma de carácter supletorio tampoco debe impedir la apreciación del carácter abusivo de la cláusula y, con ello, las consecuencias derivadas de dicha nulidad.

Por tanto, para determinar las consecuencias de la nulidad de las cláusulas declaradas nulas en el Fundamento anterior, debe tenerse en cuenta que el prestatario ha de quedar en la misma situación que si tales estipulaciones nunca hubieran sido incorporadas al contrato, esto es, habrá de procederse como si la cláusula no hubiera operado nunca y, por tanto, atendiendo a la normas aplicables en defecto de pacto. Y esto es lo que solicita la parte actora en el cuerpo de la demanda, dejando al criterio del juzgador de la determinación de la forma en la que, en su caso, deben distribuirse los gastos hipotecarios, lo que resulta inadmisibile por suponer una falta de concreción al respecto de las pretensiones deducidas, por lo que debe entenderse, a falta de indicación específica por la parte actora del importe exacto reclamado, que ello equivale a una petición de restitución íntegra de los gastos hipotecarios que se justifican documentalmente.

De acuerdo con lo que antecede, ha de analizarse los efectos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas afectadas que hayan supuesto un efectivo desembolso por parte de la prestataria. En este sentido, según prueba documental incorporada a la demanda, se desprende que la parte actora abonó en su integridad los siguientes gastos de formalización de la hipoteca:

a) Escritura con número de protocolo 593/2003:

- .- Aranceles de Notario: 481,35 euros.
- .- Aranceles de Registro: 123,36 euros.
- .- Gastos de gestoría: 244,01 euros, IVA incluido.

b) Escritura con número de protocolo 2147/2007:

- .- Aranceles de Notario: 503,16 euros.
- .- Aranceles de Registro: 174,14 euros.
- .- Gastos de gestoría: 336,40 euros, IVA incluido. No se incluyen los gastos de la escritura de cancelación, por tratarse de un protocolo distinto de la escritura litigiosa (2146) y en atención a lo resuelto en STS 46/2019, de 23 de enero, que declara que dicho gastos corresponde al prestatario en exclusiva, al ser el único interesado en la operación.

b) Escritura con número de protocolo 748/2010:





- .- Aranceles de Notario: 533,90 euros.
- .- Aranceles de Registro: 78,25 euros.
- .- Gastos de gestoría: 393,24 euros, IVA incluido.

La reciente SAP de Asturias de 2 de Junio de 2017, en relación a una cláusula parecida a la que venimos examinando en el caso de autos, declara lo siguiente: *“Lo primero es analizar la posible abusividad y luego, las condiciones concretas en que se hayan determinado las obligaciones de las partes en cada relación contractual, de forma que una vez expulsada en su caso, la misma del contrato, el reintegro o no que se pretende de los gastos asumidos por el consumidor en su aplicación dependerá en cada caso de lo que establece el derecho positivo. Quiere decirse con ello que en relación a esta hipotética obligación de reintegro, habrá de estarse en cada caso respecto al concreto gasto cuyo reintegro se pretende, a lo que establezca el derecho positivo de quién debe soportarlo, como si esa estipulación no existiera, de modo que la nulidad sólo alcanzará al contenido del pacto que pueda modificar el régimen de atribución que el derecho positivo haga de cada gasto, lo que obliga a abordar el enjuiciamiento de la abusividad, no desde la estricta literalidad de la cláusula, considerada en abstracto o en forma teórica, sino en función del modo en que la misma ha sido aplicada, esto es relacionándola con el uso que la entidad financiera ha hecho de la misma en cada caso, de forma que el reintegro de gastos que se pretende en base a esa declaración de abusividad formal o abstracta, solo podrá ser declarada si la parte que lo insta prueba cumplidamente que los abonados a que se refiere el mismo no le correspondían sino que eran de cargo de la entidad financiera predisponente, existiendo una repercusión indebida de gastos que a la misma correspondían; de hecho la sentencia de 23 de diciembre de 2015 del Tribunal Supremo que analizábamos ordena la cesación en el uso de la cláusula por la atribución indiscriminada al consumidor de cuantos gastos comporte el negocio en cuestión, pero razona abiertamente que al menos una parte de ellos han de ser de cargo del prestatario, de manera que en relación a estos no puede decirse que la cláusula sea abusiva. El artículo 82.2 del RD admite la nulidad parcial cuando advierte que “El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato. Así al contrario, cuando la condición traslade al consumidor gastos que deberían correr a cargo del empresario habrá de apreciar su abusividad, con la consiguiente obligación de reintegro en aquellos gastos que hayan sido impuestos injustificadamente al consumidor.”*

De este modo, lo conveniente en el caso de autos, será realizar una distribución equitativa de acuerdo con la normativa reglamentaria siempre que exista una mínima reciprocidad y equilibrio entre las obligaciones de las partes. Y así, de conformidad con lo dispuesto en el Fundamento de Derecho anterior, el Banco deberá asumirla mitad de los gastos notariales, a razón de 759,20 euros; la totalidad de los aranceles registrales, a razón de 375,75 euros; y la mitad de los gastos de gestoría, a razón de 486,82 euros; lo que arroja un total de MIL SEISCIENTOS VEINTIÚN EUROS CON SETENTA Y SIETE CÉNTIMOS (1.621,77.-€).

SÉPTIMO.- Análisis de la cláusula de comisión por reclamación de posiciones deudoras (Cláusula cuarta).

“El BANCO percibirá, por el concepto de comisión de reclamación de posiciones deudoras





vencidas (cuotas vencidas e impagadas), la cantidad de TREINTA EUROS (30,00 €) a satisfacer por la parte prestataria, que se devengar, liquidará y deberá ser pagada por una sola vez, por cada cantidad vencida o reclamada”

En relación a las comisiones por reclamación de posición deudora, se trata de una estipulación preestablecida y redactada unilateralmente por el predisponente, es decir, la entidad bancaria. Nos encontramos, pues, ante una condición general de la contratación en los términos analizados en fundamentos jurídicos anteriores, esto es una cláusula a la que le resulta de aplicación la LCU y cuyo carácter abusivo cabe enjuiciar con base al artículo 82 y, en particular al artículo 85.6 TRLGDCYU “Las Cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes: 6. Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones”. Ahora bien, el contenido de dicha cláusula está desconectada de los gastos realmente ocasionados a la entidad bancaria por la reclamación de impagados; es decir, no estamos ante un supuesto real de gasto por reclamación de posiciones impagadas, sin que en el caso concreto se haya probado por la entidad la realidad de tales gastos. Es por ello que tal cláusula contractual constituye una doble penalización al consumidor -junto con los intereses moratorios correspondientes- por el impago de cuotas.

Sobre esta cuestión, resulta importante traer a colación lo resuelto recientemente por el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en sentencia 566/2019, de 25 de octubre, que paso a reproducir:

“1.- La normativa bancaria sobre comisiones está constituida, básicamente, por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, por la Circular 5/2012 del Banco de España de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicio de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, y por la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, que regula la transparencia de los servicios de pago sujetos a la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago.

2.- Conforme a esta normativa, para que las entidades puedan cobrar comisiones a sus clientes deben cumplirse dos requisitos: que retribuyan un servicio real prestado al cliente y que los gastos del servicio se hayan realizado efectivamente. Bajo estas dos premisas, las entidades bancarias no pueden cobrar por servicios que no hayan solicitado o aceptado los clientes, que deberán haber sido informados personalmente y por anticipado del importe que van a tener que pagar por ese servicio.

Según el Banco de España (Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2009), la comisión por reclamación de posiciones deudoras compensa a la entidad por las gestiones efectivas realizadas para recuperar la deuda impagada por su cliente; debe estar recogida en el contrato; y para que sea acorde con las buenas prácticas bancarias debe reunir los siguientes requisitos mínimos: (i) el devengo de la comisión está vinculado a la existencia de gestiones efectivas de reclamación realizadas ante el cliente deudor; (ii) la comisión no puede reiterarse en la reclamación de un mismo saldo por gestiones adicionales realizadas





por la entidad con el mismo fin, ni siquiera cuando, en el caso de impago en el tiempo, este se prolonga en sucesivas liquidaciones; (iii) su cuantía debe de ser única, no admitiéndose tarifas porcentuales; (iv) no puede aplicarse de manera automática.

3.- Si contrastamos la cláusula controvertida con dichas exigencias, se comprueba que, como mínimo, no reúne dos de los requisitos, pues prevé que podrá reiterarse y se plantea como una reclamación automática. Pero es que, además, no discrimina periodos de mora, de modo que basta la ineffectividad de la cuota en la fecha de pago prevista para que, además de los intereses moratorios, se produzca el devengo de una comisión.

Tal como está redactada, tampoco identifica qué tipo de gestión se va a llevar a cabo (lo deja para un momento posterior), por lo que no cabe deducir que ello generará un gasto efectivo (no es igual requerir in situ al cliente que se persona en la oficina para otra gestión, que hacer una simple llamada de teléfono, que enviarle una carta por correo certificado con acuse de recibo o un burofax, o hacerle un requerimiento notarial).

4.- En la STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C-621/17, Gyula Kiss), el Tribunal ha declarado que, aunque el prestamista no está obligado a precisar en el contrato la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en una o varias cláusulas contractuales:

«No obstante, habida cuenta de la protección que la Directiva 93/13 pretende conceder al consumidor por el hecho de encontrarse en una situación de inferioridad con respecto al profesional, tanto en lo que respecta a la capacidad de negociación como al nivel de información, es importante que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto. Además, el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que aquellos retribuyen».

A su vez, la STJUE de 26 de febrero de 2015 (asunto C-143/13, Matei), referida -entre otras- a una denominada «comisión de riesgo», declaró que una cláusula que permite, sin contrapartida, la retribución del simple riesgo del préstamo, que ya está cubierto por las consecuencias legales y contractuales del impago, puede resultar abusiva.

5.- Precisamente la indeterminación a la que hemos hecho referencia es la que genera la abusividad, puesto que supondría, sin más, sumar a los intereses de demora otra cantidad a modo de sanción por el mismo concepto, con infracción de lo previsto en los arts. 85.6 TRLGCU (indemnizaciones desproporcionadas) y 87.5 TRLGCU (cobro de servicios no prestados).

Además, una cláusula como la enjuiciada contiene una alteración de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, pues debería ser el Banco quien probara la realidad de la gestión y su precio, pero, con la cláusula, se traslada al consumidor la obligación de probar o que no ha habido gestión, o que no ha tenido el coste fijado en el contrato, o ambas circunstancias. Lo que también podría incurrir en la prohibición prevista en el art. 88.2





TRLGCU.”

Sentado lo anterior, en el presente supuesto se incluye en el clausulado general del contrato de adhesión que ofreció la parte actora al demandado la expresa previsión de una comisión de gestión de reclamación de impagados de 30,00 euros por cuota. Pues bien, tal comisión prevé su aplicación de manera automática y sin necesidad de que la entidad acreedora haya realizado ningún tipo de gestión efectiva para reclamar tales impagos. Se estima, por ello, el carácter abusivo de la comisión de gestión de reclamación de impagados, por lo que de conformidad al artículo 83.1 del TRLGDCU, se declara nula de pleno derecho, teniéndose por no puesta.

En cuanto a los efectos derivados de la declaración de nulidad, habiéndose acreditado a través de los extractos bancarios obrantes a los documentos 19 y 20 de la demanda, que la entidad acreedora ha procedido a la aplicación de la cláusula en cuestión, deberá restablecerse la situación como si la cláusula en cuestión no hubiera existido, por lo que la demandada deberá restituir a los actores las cantidades indebidamente percibidas en aplicación de la misma según justificación documental que acompaña a la demanda, así como las que haya podido percibir con posterioridad, a liquidar en ejecución de sentencia.

OCTAVO.- Intereses.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 1.303 del Código Civil, las cantidades objeto de condena devengarán el interés legal del dinero desde el momento de su pago por parte del consumidor y hasta la fecha de la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto al devengo del interés de demora procesal, consistente en el interés legal del dinero incrementado en dos puntos, desde la fecha de la sentencia y hasta su efectivo pago.

NOVENO.- Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.2 de la LEC, no procede efectuar especial pronunciamiento en materia de costas procesales, debiendo cada una de las partes sufragar las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por DOÑA M, DON A y DON F, representados por la Procuradora DOÑA MONTSERRAT ANGELES BAEZA CANO, contra la entidad BANCO SANTANDER, S.A., representada por la Procuradora DOÑA M, DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad por abusivas, teniéndolas por no puestas:

1.- De parte de la cláusula quinta, por la que se impone al prestatario el pago de la totalidad de los gastos notariales, registrales y de gestoría derivados de la formalización de hipoteca,





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

prevista en: a) la escritura pública de préstamo hipotecario formalizada en fecha 8 de abril de 2003 ante el Notario Don S con el número 1593 de su protocolo; b) la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria formalizada en fecha 21 de diciembre de 2007 ante el Notario Don J con el número 2147 de su protocolo; y c) la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria formalizada en fecha 22 de marzo de 2010 ante el Notario Don J con el número 748 de su protocolo.

2.- De la cláusula de comisión por reclamación de posiciones deudoras prevista en la cláusula cuarta de la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria formalizada en fecha 22 de marzo de 2010 ante el Notario Don J con el número 748 de su protocolo.

Todo ello, con los efectos legales inherentes a dicha declaración; subsistiendo la vigencia del resto del contrato en todo lo no afectado por las estipulaciones declaradas nulas y, en su virtud:

1.- DEBO CONDENAR Y CONDENO a la entidad demandada al abono a la parte actora de la cantidad de MIL SEISCIENTOS VEINTIÚN EUROS CON SETENTA Y SIETE CÉNTIMOS (1.621,77.-€) por los gastos hipotecarios indebidamente repercutidos. Dichas cantidades devengarán el interés legal desde la fecha de sus respectivos pagos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 576 LEC.

2.- DEBO CONDENAR Y CONDENO a la entidad demandada al abono a la parte actora de las cantidades percibidas indebidamente en aplicación de la cláusula de comisión por reclamación de posiciones deudoras declarada nula, cuya liquidación se efectuará en ejecución de sentencia. Dichas cantidades devengarán el interés legal desde la fecha de sus respectivos pagos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 576 LEC.

Se desestiman el resto de pretensiones de la demanda.

Y todo ello, sin hacer especial pronunciamiento en materia de costas procesales.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que contra ella podrá interponerse, ante este Juzgado, RECURSO DE APELACIÓN en el plazo de veinte días desde el siguiente a la notificación. El recurso será resuelto por la Excm. Audiencia Provincial de Almería. (artículos 458 y 463 LEC en redacción dada por Ley 37/2011, de 10 de octubre). De conformidad con la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ introducida por LO 1/2009, de 3 de noviembre, para la interposición del referido recurso de apelación será necesaria la previa constitución de un depósito de CINCUENTA EUROS (50 euros) que deberá ser consignado en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano judicial, aportando constancia documental del mismo. No se admitirá a trámite el recurso si no se ha constituido el referido depósito.

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





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el/la Sr./Sra. Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe en ALMERÍA.

*"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.
Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."*

