



JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 3

[Redacted]

Procedimiento: Procedimiento ordinario

Nº Procedimiento: [Redacted]/2020

NIG: [Redacted]

Materia: Condiciones generales de la contratación (Acción de cesación, retractación y declarativa)

Resolución: Sentencia [Redacted]/2021

[Redacted]

Intervención: Demandante

Interviniente: [Redacted]

Abogado: MIGUEL ANGEL CORREDERAS GARCIA

Procurador: [Redacted]

Demandado

BANCO SANTANDER SA

[Redacted]

[Redacted]

SENTENCIA

En Puerto del Rosario, a 30 de julio de 2021.

[Redacted], Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número 3 de Puerto del Rosario, ha visto los presentes autos de juicio ordinario núm. [Redacted]/2020, promovidos por DON [Redacted], representado por el Procurador de los Tribunales don [Redacted] y asistido por el Letrado don [Redacted], contra la entidad BANCO SANTANDER S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don [Redacted] y asistida por el/la Letrado/a don [Redacted]. Versan los presentes autos sobre acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación (gastos a cargo del prestatario).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la parte actora presentó demanda de juicio ordinario por la que con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimaba pertinentes terminaba suplicando se dicte Sentencia por la que se declare la nulidad de la cláusula de gastos a cargo de la parte prestataria que a continuación se detalla:

- Cláusula quinta de la escritura de 23/10/2003 suscrita ante el Notario don [Redacted], bajo el número [Redacted] de su protocolo.
- Cláusula quinta de la escritura de 09/11/2005 suscrita ante el Notario [Redacted], bajo el número [Redacted] de su protocolo.
- Cláusula octava de la escritura de 28/11/2012 suscrita ante el Notario don [Redacted], bajo el número [Redacted] de su protocolo.

Y se condene a la demandada a restituir las cantidades indebidamente abonadas en virtud de la citada cláusula, más intereses, y costas.

[Redacted]
[Redacted]
[Redacted]
[Redacted]





SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se emplazó a la parte demandada para personarse y contestar a la demanda interpuesta de contrario.

TERCERO.- La demandada no contestó a la demanda.

CUARTO.- Admitido a trámite el escrito de contestación se citó a las partes para la celebración de la Audiencia Previa que tuvo lugar el 26 de julio de 2021 y a la que comparecieron todas las partes debidamente representadas y asistidas.

Comprobada la subsistencia del litigio, se fijaron los hechos controvertidos y se recibió el pleito a prueba. Las partes propusieron únicamente prueba documental.

Admitida la prueba propuesta en los términos registrados, quedaron las actuaciones vistas para Sentencia conforme a lo dispuesto en el artículo 429.8 LEC.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del proceso. Nos hallamos ante un procedimiento ordinario en el que la parte actora ejercita frente a la demandada una acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación. En concreto, expone en la demanda que suscribió las escrituras descritas en el antecedente de hecho primero, en la que se incluyó una cláusula que impone gastos a cargo del prestatario que en el mismo se detallan. Que esta cláusula constituye una condición general de la contratación de carácter abusivo. Que no se informó suficientemente a la parte actora de su existencia.

La entidad demandada, no contestó a la demanda.

SEGUNDO.- Las cláusulas impugnadas como condiciones generales de la contratación.

En primer lugar se analizará si la cláusula a las que se refiere la controversia, cuya existencia y contenido no ha sido negada por ninguna de las partes, posee el carácter de condición general de la contratación y si fueron impuestas por la entidad bancaria demandada. Ello es presupuesto necesario de su posible consideración como abusivas.

El artículo 1, apartado 1, de la LCGC dispone que *Son condiciones generales de la contratación 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.* La exégesis de la norma ha llevado a la doctrina a concluir que constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes:

a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.

c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la

[Redacted]





norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

De 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"*.

El citado artículo 1 de la LCGC no precisa qué debe entenderse por imposición de la condición general por una de las partes. En materia de condiciones insertas en contratos con consumidores (la parte demandante actuó en la suscripción de la escritura como consumidor, hecho no controvertido) resulta útil lo dispuesto en la Directiva 93/13, artículo 3.2, a cuyo tenor *se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba.*

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 señala en su apartado 162 que *"en el enjuiciamiento de su carácter negociado o impuesto, la carga de la prueba de que no se destinan a ser impuestas y de que se trata de simples propuestas a negociar, recae sobre el empresario"*, añadiendo en su apartado 164 que *"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"*.

Pues bien, las alegaciones vertidas por la parte demandada no son suficientes para llegar a la conclusión de que las cláusulas hubieran sido negociadas. La calificación de una cláusula como condición general no depende de que haya sido o no conocida y aceptada libremente por el adherente (esto podría determinar su no incorporación al contrato, conforme al artículo 7 de la LCGC), sino de que el contenido de la misma no haya sido fruto de una previa negociación



[Redacted]
[Redacted]
[Redacted]
[Redacted]



entre las partes y esté destinada a incorporarse a una pluralidad de contratos similares.

La naturaleza “impuesta” o “negociada” de una cláusula dependerá de si ha existido una transacción o convenio individualizado que permita al consumidor influir en su supresión, sustitución o modificación de su contenido; o, si por el contrario, no ha tenido la oportunidad de tal negociación, bien porque ni siquiera se planteó como posibilidad, bien porque, habiéndose planteado, se rechazó de plano por el empresario, de tal forma que el consumidor se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

Lo relevante, a los efectos que nos ocupa, es que se trate de una cláusula prerredactada e impuesta. Y esa “imposición” no desaparece por el hecho de que el consumidor pueda elegir entre una pluralidad de ofertas de contrato, cuando todas están estandarizadas con base a cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación en orden a la individualización o singularización del contrato, ya procedan del mismo empresario o se trate de diferentes ofertas de distintos empresarios.

Tampoco desaparece el carácter impuesto por el hecho de que el consumidor haya prestado su consentimiento de forma voluntaria y libre. Una cosa es la libertad de contratar y otra muy distinta que esa libertad suponga por sí una previa negociación del contenido contractual.

En el supuesto de autos, no ha quedado acreditado mediante prueba alguna objetiva la negociación individual de las cláusulas y del contenido de la escritura no puede deducirse que se hubiera producido una efectiva negociación que hubiera posibilitado a la parte prestataria-demandante la modificación o supresión de la cláusula litigiosa. Cabe indicar que el hecho de que la parte prestataria acepte libremente la contratación pudiendo tomar la decisión de no contratar o cambiar la operación de entidad financiera, no excluye el carácter impuesto de la cláusula. En este sentido, la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, señala en su apartado 149 que cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores, ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, pese a la cual vea rechazado su intento de negociar. A diferencia de lo que ocurría con el artículo 10.2 de la LGDCU en su redacción primitiva, el actual TRLGDCU, fruto de la transposición de la Directiva 93/13, no requiere que las condiciones estén redactadas para ser aplicadas a “todos los contratos” que aquella o estos celebren, ni exige la inevitabilidad. Solo que se trate de cláusulas “no negociadas individualmente”. Y en el apartado 151 añade que la “imposición del contenido” del contrato no puede identificarse con la “imposición del contrato” en el sentido de obligar a contratar” y que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre, razonablemente garantizada por la intervención notarial, y otra identificar tal consentimiento al contenido con la previa existencia de negociación individualizada del mismo. Como igualmente señala la sentencia 222/2015, la negociación individual presupone la existencia de un poder de negociación en el consumidor, que tiene que ser suficientemente justificado por cuanto que se trata de un hecho excepcional, y no puede identificarse con que el consumidor pueda tener la opción de elegir entre diversos productos ofertados por el predisponente, o entre los ofertados por los diversos empresarios o profesionales que compiten en el mercado. Tampoco el perfil del prestatario es relevante. La sentencia 222/2015 rechaza un argumento similar, pues ello supone concebir la imposición como una suerte de aprovechamiento por parte del profesional o empresario de la falta de formación, de la



[Redacted]
[Redacted]
[Redacted]
[Redacted]



exclusión del adherente de los comportamientos de consumo habituales en una sociedad de las características de la nuestra, de modo que si el consumidor tuviera una cierta formación ya no concurriría el requisito de la imposición. 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. El empleo de condiciones generales es consecuencia de la contratación en masa de bienes y servicios de uso común, propio de las sociedades modernas, sin que la mayor formación del consumidor incida en la posibilidad de negociarlas.

A la vista de estas consideraciones, no hay duda de que las cláusulas discutidas no fueron objeto de una negociación individualizada.

Por lo expuesto, debe partirse de que nos hallamos ante cláusulas prerredactadas por el banco y no negociadas, conclusión a la que nada obsta la intervención de notario. La realidad demuestra que los borradores de escritura son efectuados por las propias entidades financieras, sin intervención alguna de los clientes, quienes comparecen ante los fedatarios públicos para firmar lo que ya está redactado de antemano por la entidad bancaria, sin posibilidad alguna de discutir, ni menos aún modificar referidas cláusulas so pena de quedarse sin préstamo, y aunque se haya procedido a la lectura de las escrituras públicas por el Notario autorizante, tampoco debe olvidarse que cuentan con numerosos folios, lo que hace muy difícil en la práctica localizar por parte del consumidor el contenido que va a ser relevante en la vida del préstamo, aun cuando fuera destacado en negrita.

TERCERO.- Cláusulas de GASTOS A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA. La estipulación objeto de litigio, cuya nulidad se interesa por la parte actora, son las cláusulas descritas en el antecedente de hecho primero.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre este tipo de cláusulas en la Sentencia de 23 de diciembre de 2015. En primer lugar, el Tribunal Supremo resalta la llamativa extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones contraviniendo normas legales con previsiones diferentes al respecto.

"1.- (...)

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,



[Redacted]
[Redacted]
[Redacted]
[Redacted]



aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º).

2.- Sobre tales bases legales, no cabe considerar que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguna de las normas legales citadas como infringidas, al declarar la abusividad de la cláusula. Baste recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca , no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU).

En la sentencia 550/2000, de 1 de junio, esta Sala estableció que la repercusión al comprador/consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. Y si bien en este caso la condición general discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso.

3.- En lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, nuevamente no se hace distinción alguna. El art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el art. 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Pero el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.





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

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

4.- En cuanto a los gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, y los derechos de procurador y honorarios de abogado contratados por la entidad prestamista, hemos de advertir en primer lugar que los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en los arts. 394 y 398 LEC, para los procesos declarativos, y en los arts. 559 y 561 de la misma Ley, para los procesos de ejecución. Tales normas se fundan básicamente en el principio del vencimiento, y en el caso concreto de la ejecución, las costas se impondrán al ejecutado cuando continúe adelante el despacho de ejecución; pero también podrán imponerse al ejecutante cuando se aprecie algún defecto procesal no subsanable o que no se haya subsanado en el plazo concedido al efecto (art. 559.2 LEC), o cuando se estime algún motivo de oposición respecto del fondo (art. 561.2 LEC); y cuando la estimación sea parcial, cada parte deberá hacer frente a las costas devengadas a su instancia. Por consiguiente, la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales no solo infringe normas procesales de orden público, lo que comportaría sin más su nulidad ex art. 86 TRLCU y art. 8 LCGC, sino que introduce un evidente desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaer a todo trance las consecuencias de un proceso sobre una de ellas, sin tener en cuenta ni la procedencia legal de la reclamación o de la oposición a la reclamación, ni las facultades de moderación que la ley reconoce al Tribunal cuando aprecie serias dudas de hecho o de derecho.

Respecto a la imputación al cliente de los honorarios de abogado y aranceles de procurador de los que se haya servido el prestamista, incluso cuando su intervención no sea preceptiva, la estipulación contraviene de plano el art. 32.5 LEC , que excluye tales gastos de la eventual condena en costas, salvo que el tribunal aprecie temeridad o que el domicilio de la parte representada o defendida en juicio esté en un lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio. Por lo que, además de la falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes y la dificultad para el consumidor de valorar las consecuencias por desconocer en el momento de la firma del contrato el cúmulo de actuaciones en las que eventualmente podría valerse la entidad contratante de tales profesionales sin ser preceptivo (actos de conciliación,





procedimiento monitorio, juicio verbal en reclamación de cantidad inferior a la establecida legalmente...), lo que de por sí sería suficiente para considerar la cláusula como abusiva, resulta correcta la declaración de nulidad de la misma, conforme a los arts. 86 TRLCU y 8 LCGC.”

5.- En cuanto a la imputación a los prestatarios de los **gastos de tasación del inmueble hipotecado**, debe partirse de que la tasación de la finca, a efectos de la ejecución, no es un servicio necesario. En defecto de acuerdo entre las partes sobre el valor de la finca, se practicará por perito tasador designado por el Letrado de la Administración de Justicia (artículos 691.4, 666.1 y 638.3 de la LEC).

Igualmente, debe tenerse en cuenta que el artículo tercero bis i de la ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario (LMH) establece que *“Las entidades de crédito, incluso aquellas que dispongan de servicios propios de tasación, estarán obligadas a aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que, sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en la presente Ley y no esté caducada según lo dispuesto legalmente, y ello, sin perjuicio de que la entidad de crédito pueda realizar las comprobaciones que estime pertinentes, de las que en ningún caso podrá repercutir su coste al cliente que aporte la certificación.”*

En el presente caso, la estipulación quinta de la escritura atribuía al prestatario los gastos derivados de la tasación del inmueble. Por tanto, resulta necesario determinar, a los efectos de declarar su nulidad o validez, a quién le correspondería asumir este gasto.

Para ello, debemos determinar quién era el interesado en que se llevase a cabo la tasación. Pues bien, tanto la entidad prestamista como los prestatarios resultan interesados en la práctica de la tasación.

De un lado, el banco está interesado y se ve beneficiado por la tasación de la finca hipotecada. Así, *“el informe de tasación es el instrumento utilizado por las entidades prestatarias para, mediante la aplicación de un determinado porcentaje sobre el valor de tasación de la finca objeto de garantía, calcular el límite máximo del importe del préstamo que la entidad está dispuesta a conceder”* (Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España 2015 , 66). Además, de conformidad con el artículo séptimo de la LMH *“para que un crédito hipotecario pueda ser movilizado mediante la emisión de los títulos regulados en esta Ley, los bienes hipotecados deberán haber sido tasados por los servicios de tasación de las Entidades a que se refiere el artículo segundo, o bien por otros servicios de tasación que cumplan los requisitos que reglamentariamente se establecerán”*. Igualmente, cabe citar la Resolución de 14 de septiembre de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), que reitera lo ya establecido en resoluciones anteriores y señala: *10 “Es verdad, como señala el notario recurrente, que inicialmente la exigencia de tasación de la Ley de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, tenía como objeto prioritario garantizar el cumplimiento de los límites impuestos al importe de los créditos hipotecarios que puedan servir de garantía a las emisiones de cedulas o bonos hipotecarios (artículo 2 de la Orden ECO 805/2003), lo que servía de protección frente a la sobretasación no sólo a los inversores en el mercado hipotecario sino también al propio deudor cualquiera que fuere su condición, previniendo situaciones de sobreendeudamiento. Pero posteriormente la citada Ley 1/2013 a esa finalidad inicial añadió, para toda hipoteca ya*



[Redacted]



se destine o no a servir de cobertura a una emisión de títulos hipotecarios, el amparo a los usuarios de los servicios financieros del peligro de la infravaloración del bien dado en garantía, situación que en los ciclos económicos de crisis y de contracción de la demanda inmobiliaria puede llegar a traducirse en un quebranto patrimonial relevante para el deudor ejecutado, sobre todo teniendo en cuenta que tanto las posturas mínimas admisibles en la subasta, como la posible adjudicación de la finca al acreedor, en los casos de subasta desierta por falta de licitadores, se determinan por un valor resultante de la aplicación de ciertos porcentajes (70% o 50%, según se trata de vivienda habitual o no) sobre el valor de tasación para subasta fijado en la escritura de constitución (artículos 670 y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), lo cual puede llevar, si la tasación fue baja, a que el precio del remate o de la adjudicación al acreedor sea muy inferior al valor objetivo de la finca. En esa actual situación legislativa, las Resoluciones antes citadas señalan que para poder inscribir los pactos de ejecución directa sobre bienes hipotecados o el pacto de venta extrajudicial incluidos en las escrituras de constitución de hipoteca, resulta imprescindible que se acredite al registrador, a través de la certificación oficial pertinente, la tasación realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, para que éste pueda comprobar que el tipo de subasta no es inferior al 75% del valor de dicha tasación. Su infracción implicaría la nulidad de la estipulación correspondiente, lo que la inhabilita para su acceso al Registro de la Propiedad y, por tanto, para permitir el ejercicio de la acción hipotecaria por tales vías procedimentales, de conformidad con el artículo 130 de la Ley Hipotecaria. [...]

Pero, por otro lado, tampoco puede obviarse el hecho de que la tasación también beneficia al prestatario. En primer lugar, porque por medio de la tasación el prestatario acredita la suficiencia de la garantía que ofrece para poder obtener el préstamo. Y, en segundo, ya que la tasación permite fijar el tipo mínimo de subasta en el caso de venta extrajudicial (art. 129.2 a] de la Ley Hipotecaria) o de ejecución hipotecaria (art. 682.2-1º de la LEC). En definitiva, tal y como recoge la Resolución de la DGRN antes citada, por medio de la tasación se protege también al deudor evitando tanto la sobretasación –que podría derivar en un sobreendeudamiento del prestatario- como la infravaloración.

Analizada la cláusula, de su tenor literal puede deducirse que la misma atribuye al prestatario la totalidad de los gastos que la operación lleva consigo. No sólo los generados como consecuencia del otorgamiento de la escritura de préstamo, constitución e inscripción de hipoteca, sino todo eventual gasto futuro, en tanto en cuanto estas cláusulas seguirían desplegando sus efectos al atribuir al prestatario gastos derivados de la escritura, y que por tanto pueden surgir durante la vida del contrato y que guarden relación con la operación.

La generalización de las cláusulas es tal que permiten imputar al prestatario “los demás gastos ...”, sin tener en cuenta si conforme a la normativa aplicable el obligado al pago es o no la entidad bancaria.

El carácter omnicomprendivo de la cláusula impide entender que el profesional hubiera podido razonablemente esperar que, en un trato leal y equitativo con su cliente, en el marco de una negociación individual, éste hubiera aceptado la cláusula en su integridad.





Así pues, conforme a los razonamientos expuestos, ha de concluirse el carácter abusivo de la cláusula 5ª sobre gastos a cargo del prestatario. Desde el punto de vista del contenido, y a la vista de que la cláusula atribuye al prestatario de forma genérica, imprecisa e indiscriminada los gastos que puedan derivarse de la escritura, no cabe duda de que estas estipulaciones son abusivas por generar un desequilibrio importante entre las obligaciones de las partes a favor del predisponente y en perjuicio del consumidor (artículos 82 y siguientes del TRLGDCU; artículo 10 bis y DA 1ª de la Ley 26/1984).

Asimismo, debe precisarse que no impediría la declaración de nulidad que la cláusula sea clara o que se hubiera informado a la parte prestataria de la estipulación y que ésta tuviera conocimiento de la misma y de sus consecuencias pues nos hallamos ante condiciones generales de la contratación que, al establecer los gastos, no afectan ni al precio o retribución, ni constituyen objeto principal del contrato, esto es, no es un elemento esencial del contrato por lo que es posible someterla al control judicial de abusividad en cuanto a su contenido (desequilibrio de prestaciones).

También debe destacarse que aunque el derecho civil admite la libertad contractual y las partes de un contrato pueden obligarse en los términos que estipulen (artículo 1255 del CC), no hay que perder de vista que tratándose de consumidores estos están tutelados por la Directiva 93/13 y el TRLGDCU (o Ley 26/1984), que impiden la inclusión de condiciones abusivas en los contratos celebrados con consumidores y que expresamente se declaran nulas. En el caso de autos no se ha acreditado la existencia de un pacto previo, pero si lo hubiera cabría examinar su abusividad con independencia de la forma en que se hubiera documentado, pues la normativa de defensa de los consumidores no exige para declarar abusiva una previsión contractual una forma especial. La libertad de pactos o la autonomía de la voluntad no pueden ser óbices para la anulación de aquellas cláusulas que se consideren abusivas, pues siendo éstas nulas de pleno derecho, no están a salvo de esa posible exclusión so pretexto de su supuesta aceptación por parte de las personas prestatarias. Ello es así, por cuanto el artículo 10 del TRLGDCU (o artículo 2 de la Ley 26/1984) expone con claridad que la renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley, con lo que, en buena lógica, si aun pactando la renuncia a los derechos reconocidos en esta legislación tuitiva resulta que los mismos serían plenamente oponibles, con mayor motivo lo serán si esta renuncia no consta. Y eso es así aun cuando se pudiera haber pactado la asunción de algunos gastos de carácter abusivo, merced al desequilibrio comercial existente entre los litigantes.

Así las cosas, debe analizarse en el siguiente FD el derecho de la parte actora a que se le reintegren las cantidades abonadas como consecuencia de la aplicación de la cláusula declarada nula.

CUARTO.- Consecuencias de la declaración de nulidad por abusividad de la cláusula de gastos. Conviene señalar ab initio que debe estarse a la hora de determinar las consecuencias de la nulidad de la cláusula al caso concreto, de forma que solo aquellos casos en los que por aplicación de la cláusula litigiosa en la práctica se hayan impuesto al consumidor gastos que no le corresponden a él, sino a la entidad financiera predisponente, puede y debe ser declarado el derecho al reintegro previsto en el artículo 1303 del CC. Es decir, en relación a la obligación de reintegro habrá de estarse al concreto gasto cuyo reintegro



[Redacted]
[Redacted]
[Redacted]
[Redacted]



se pretende y tener en cuenta lo que el Derecho positivo establezca al respecto de quien deba soportarlo, como si la estipulación no existiera. Dicha solución no puede entenderse incongruente con la declaración de nulidad de la cláusula, ni con la prohibición de integración del contrato, puesto que la expulsión de la cláusula no implica sino actuar como si no hubiera existido y a aplicar el Derecho positivo que regiría. En este mismo sentido, STS de 23 de enero de 2019¹¹ *“Cuestión distinta es que, una vez declarada la abusividad de la cláusula y su subsiguiente nulidad (art. 8.2 LCGC y 83 TRLGCU), haya que decidir cómo ha de distribuirse entre las partes el pago de los gastos e impuestos derivados del contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Pero eso no afecta a la nulidad en sí, por abusiva, de la estipulación contractual examinada, sino a las consecuencias de dicha nulidad. Decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido en el contrato, debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico. El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva y previsto en el art. 1303 CC no es directamente aplicable, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver, sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, tasador, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva. No obstante, como el art. 6.1 de la Directiva 93/13 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, debe imponerse a la entidad prestamista el abono al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubieran correspondido abonar de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente¹¹ abonadas”*.

Así las cosas, y de conformidad con lo razonado en los párrafos precedentes, debe analizarse el derecho de la parte actora a que se le reintegren las cantidades abonadas como consecuencia de la cláusula de gastos declarada nula.

La reciente SAP de Las Palmas de 21 de julio de 2020 manifestó que "La Sala resuelve la cuestión aplicando la Jurisprudencia más reciente: respecto a la nulidad de la cláusula, Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 23 de enero de 2019, Sentencias: 44/2019, 46/2019, 47/2019, 48/2019 y 49/2019; y en cuanto a los efectos de dicha nulidad, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2020, en los asuntos acumulados C 224/19 y C 259/19 , "CY y Caixa-bank, S. A."

Y así señaló:

"7. "[E]l artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula contractual abusiva que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de esta cláusula, salvo que las disposiciones de Derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula impongan al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos", Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2020, en los asuntos acumulados C 224/19 y C 259/19 , "CY y Caixabank, S. A." .



[Redacted]
[Redacted]
[Redacted]
[Redacted]



8. Establece el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios:

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

Conforme al Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad:

Octava. 1. 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.

Ley Hipotecaria. Artículo 6. La inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente:... b) Por el que lo transmita. c) Por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir...

"En el caso de los gastos de gestoría, no existe norma legal o reglamentaria que atribuya su pago al prestamista o al prestatario", Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 23 de enero de 2019 , Sentencia: 44/2019 Recurso: 2982/2018.

9. Las disposiciones de derecho nacional no imponen al Consumidor ninguno de estos pagos, puesto que se remiten al pacto entre las partes, o al concepto de "interesado" o beneficiado: "[e]n virtud de las disposiciones de Derecho español aplicables (Arancel de los notarios, Arancel de los Registradores, Código Civil, etc.) no le corresponde al prestatario en todo caso el abono de la totalidad de tales gastos y tributos", Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 23 de enero de 2019 , Sentencia: 46/2019 Recurso: 2128/2017.

La consecuencia es que, al ser la cláusula abusiva y no ser válido el pacto entre las partes, no puede negarse al Cliente la devolución de dichas cantidades, que deberán ser abonadas por el Banco."

Posteriormente, y conforme a la STS de 29 de julio de 2020, "La doctrina jurisprudencial establecida por la Sala a partir de las sentencias del Pleno de 23 de enero de 2019 ha sido confirmada por la reciente sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020. Esta sentencia, en coincidencia con lo resuelto en su día por la Sala Primera, establece que "el hecho de que deba entenderse que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido justifica la aplicación de las disposiciones de Derecho nacional que puedan regular el reparto de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en defecto de acuerdo entre las partes», y que «[...] si estas disposiciones hacen recaer sobre el prestatario la totalidad o una parte de estos gastos, ni el artículo 6, apartado 1, ni el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponen a que se niegue al consumidor la restitución de la parte de dichos gastos que él mismo deba soportar".

En consecuencia, una vez declarada nula y dejada sin efecto por abusiva la cláusula que atribuía todos los gastos al prestatario consumidor, el tribunal debe entrar a analizar a quién, con arreglo a las reglas legales y reglamentarias, correspondía satisfacer cada uno de los



[Redacted]
[Redacted]
[Redacted]
[Redacted]



gastos cuestionados, que, en este caso, se referían al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, a los gastos notariales y a los gastos registrales.

La Sala resuelve el recurso aplicando las normas de derecho nacional vigentes a la fecha de constitución del préstamo, según las cuales el principal sujeto pasivo obligado al pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados era el prestatario. Por su parte, los gastos notariales generados por el otorgamiento de la escritura corresponden por mitad al prestamista y al prestatario, ya que ambos tienen la condición de "interesados" que sustenta, en el Reglamento Notarial, el pago de dichos gastos: el consumidor por la obtención del préstamo y el banco por la garantía hipotecaria. Por último, los gastos del registro de la propiedad corresponden al banco, por ser la entidad a cuyo favor se inscribe la garantía hipotecaria, de acuerdo con lo establecido en el arancel de los registradores de la propiedad.

En definitiva, el TJUE ha refrendado plenamente lo acordado en su día por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo respecto de estos gastos (notariales y registrales).

Posteriormente, la STS de 26/10/2020 señaló:

"Formulación del motivo segundo. El motivo denuncia la infracción del apartado 2 y del apartado 3, letras a) y c), del art. 89 TRLGDCU, y la jurisprudencia contenida en la sentencia del pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo 705/2015, de 23 de diciembre, que considera que, en todo caso, son cláusulas abusivas en los préstamos con garantía hipotecaria concertados con consumidores, aquellas que imponen al consumidor la totalidad de los gastos de constitución de la hipoteca, y, en concreto, los tributos de la operación hipotecaria, los gastos de gestión que no le sean imputables y aquellos que estipulan la atribución en exclusiva al consumidor de los gastos de tramitación y documentación que por ley correspondan al empresario.

Procede estimar en parte el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. Estimación en parte del motivo segundo. En la medida en que se cuestiona la procedencia de la imputación de gastos contenida en la sentencia de apelación, procede analizar, como también hemos hecho en otras ocasiones, gasto por gasto. En concreto, los gastos a los que se refiere la parte dispositiva de la sentencia, que imputa al prestatario: 1º los aranceles notariales dimanantes del otorgamiento de las dos escrituras, con excepción de los que deriven del libramiento de la primera copia o demás copias expedidas a petición del prestamista; 2º el abono del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados derivados del otorgamiento de esas escrituras; y 3º la mitad de los gastos de gestión por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora del impuesto.

3. En cuanto a los gastos de notaría, en la sentencia 48/2019, de 23 de enero, concluimos que, como "la normativa notarial (el art. 63 Reglamento Notarial, que remite a la norma sexta del Anexo II del RD 1426/1989, de 17 de noviembre) 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".

[Redacted]
[Redacted]
[Redacted]
[Redacted]





El mismo criterio resulta de aplicación a la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación.

En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, como el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, a él le corresponde este gasto.

Y por lo que respecta a las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario, deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés.

De acuerdo con esta doctrina, los gastos notariales generados por el otorgamiento de las dos escrituras de préstamo hipotecario debían repartirse por mitad, por lo que procede estimar en este extremo el recurso y modificar la imputación de pagos relativa a los gastos notariales derivados de las dos escrituras, en el sentido de atribuir por mitad su pago al prestatario.

4. Por lo que se refiere al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, la sentencia 48/2019, de 23 de enero, recuerda y ratifica la jurisprudencia contenida en las sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, según la cual:

"En lo que afecta al pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados habrá que estar a las siguientes reglas:

"a) Respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario.

"b) 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, será sujeto pasivo el prestatario.

"c) 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, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario (...). Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite.

"d) Las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase están exentas en cuanto al gravamen gradual de la modalidad Actos Jurídicos Documentados que grava los documentos notariales".

De acuerdo con esta doctrina, la declaración de nulidad de la cláusula quinta relativa a los gastos no podía conllevar la atribución de todos los derivados del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados al banco prestamista, pues, con las matizaciones examinadas, el principal sujeto pasivo obligado al pago de este tributo era el prestatario. Razón por la cual el pronunciamiento de la sentencia al respecto es correcto y merece ser confirmado.

5. Respecto de los gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora del impuesto, en la sentencia 49/2019, de 23 de enero, entendimos que como "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".

[Redacted]
[Redacted]
[Redacted]
[Redacted]





Este criterio no se acomoda bien a doctrina contenida en la STJUE de 16 de julio de 2020, porque con anterioridad a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario, no existía ninguna previsión normativa sobre cómo debían abonarse esos gastos de gestoría. En esa situación, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabía negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva. Razón por la cual, estimamos también en este extremo el recurso de casación.”.

Por tanto, y en aplicación conjunta de las anteriores resoluciones, y a lo solicitado por la actora, procede condenar al banco al abono de las cantidades repercutidas al actor como consecuencia de la formalización de los préstamos hipotecarios descritos, conforme al siguiente desglose:

Notaría: 626,40 euros.

Registro: 466,56 euros.

Gestoría: 756,55 euros.

El hecho de que estas cantidades –que suman un total de **1.849,51 euros**- fueran cobradas por terceros ajenos al procedimiento no es óbice para que la entidad demandada deba devolver a la actora las cantidades indicadas. En este procedimiento, no se está enjuiciando la procedencia o no al cobro de estas cantidades por el Notario o Registrador, sino la validez, en términos de abusividad, de la repercusión que se hizo de esos gastos a la parte actora.

Las cantidades objeto de condena devengarán los intereses legales desde las diferentes fechas en que fueron abonadas hasta el dictado de la presente resolución (STS 725/2018, de 19 de diciembre). Desde la fecha de esta sentencia, y hasta el completo pago, el tipo de interés será el previsto en el artículo 576 de la LEC.

QUINTO.- Costas. Las costas se imponen a la parte demandada al haberse estimado sus pretensiones, conforme a lo dispuesto en el artículo 394 LEC.

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

FALLO

Que **ESTIMO** la demanda interpuesta por **DON** [REDACTED] representado por el Procurador de los Tribunales don [REDACTED], contra la entidad **BANCO SANTANDER S.A.**, representada por el Procurador de los Tribunales don [REDACTED] y en consecuencia,

I.- **Declaro nula** las cláusulas de GASTOS descritas en el antecedente de hecho primero de la presente resolución, y

II.- **Condeno** a la entidad demandada a estar y pasar por la anterior declaración, absteniéndose de aplicar en lo sucesivo las cláusulas declaradas nulas, manteniendo los



[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]



contratos su vigencia con las restantes; y a abonar a la actora la suma de **MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y NUEVE EUROS CON CINCUENTA Y UN CÉNTIMOS (1.849,51 €)**. Dicha cantidad devengará intereses legales desde la fecha de su respectivo cobro/abono, hasta la fecha de esta Sentencia. Desde la fecha de esta Sentencia y hasta el efectivo y completo pago de lo debido, las cantidades devengarán un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos (artículo 576 de la LEC).

Todo con expresa condena en costas a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma podrán interponer recurso de APELACIÓN ante este Juzgado dentro del plazo de VEINTE DÍAS desde el siguiente a la notificación, exponiendo las alegaciones en que se base la impugnación y citando la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna. Del presente recurso conocerá la Audiencia Provincial de Las Palmas (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 Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

EL/LA JUEZ


