



Administración
de Justicia

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 101 BIS CLÁUSULAS- DE MADRID

C/ Gran Vía 12

Tfno: 914937071

Fax: 917031648

juzpriminstancia101bismadrid@madrid.org

42020310

NIG: 28.079.00.2-2018/0257434

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 14360/2019

Materia: Cláusulas GRI - Resto

NEGOCIADO 0 BIS

Demandante:

PROCURADOR D./Dña. MARIA JESUS MENDIOLA OLARTE

Demandado: BANCO SANTANDER SA

PROCURADOR D./Dña.

SENTENCIA Nº 6505/2022

En Madrid, a 28 de junio de 2022

En nombre de su Majestad el Rey

Vistos por mí, Juan José Toscano Tinoco, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 101 bis de Madrid, los presentes autos de juicio declarativo ordinario tramitados en este juzgado bajo el nº 14360/2019, sobre nulidad de condiciones generales de contratación, promovidos por

, representada por la procuradora de los tribunales D^a María Jesús Mendiola Olarte, contra BANCO DE SANTANDER SA representada por el procurador de los tribunales .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador de los tribunales. en el nombre y representación acreditados, presentó demanda de juicio declarativo ordinario frente a la entidad BANCO DE SANTANDER SA, por la que, en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimaba pertinentes, terminaba suplicando el dictado de una sentencia por la que se estimaran sus pretensiones.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada en un plazo de veinte días para que se personase y contestase a la demanda interpuesta de contrario. Dentro del plazo legal se personó y contestó a la demanda oponiéndose a la misma en virtud de los hechos y fundamentos de derecho que expuso por escrito, y concluyó suplicando al juzgado que, previo los trámites oportunos, se dicte sentencia



Madrid



íntegramente desestimatoria de la demanda, con expresa imposición en costas a la actora.

TERCERO.- Contestada la demanda se citó a las partes al acto de la Audiencia Previa. En el día y hora señalados comparecieron la actora y la demandada, quienes, después de manifestar la imposibilidad de llegar a un acuerdo, resueltas las cuestiones procesales planteadas y fijados los hechos controvertidos, propusieron la prueba conveniente a su derecho.

Se admitió únicamente como prueba la documental aportada, por lo que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 429.8ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los autos quedaron conclusos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Pretensiones de las partes y acción ejercitada

La parte actora ejercita una acción de nulidad de determinada condición general de contratación inserta en préstamo hipotecario suscrito con la entidad demandada. E interesa la restitución de cantidad que se derive de la apreciación de la nulidad, de conformidad con las cantidades reclamadas en el cuerpo de la demanda y en el Suplico, que cabe integrar con el mismo.

En concreto, expone en su escrito de demanda que, la parte actora suscribió con la entidad financiera, BANCO DE SANTANDER SA, en fecha de 2 de agosto de 2002 escritura de préstamo hipotecario.

En dicho préstamo, se insertó como cláusula quinta, los gastos relativos a la formalización de la hipoteca. Solicita la parte actora la nulidad de dicha cláusula, así como la devolución de las cantidades pagadas en virtud de dicha cláusula.

Se solicita la nulidad de dicha cláusula por cuanto fue impuesta de forma unilateral por la demandada sin posibilidad de elección por el prestatario. En relación con los gastos, se alega que han de ser sufragados por la entidad demandada puesto que no corresponden al prestatario.

Igualmente se solicita la declaración de nulidad de la cláusula de comisión de apertura

Por su parte, la entidad demandada en su escrito de contestación se ha opuesto a las pretensiones ejercitadas.

SEGUNDO.- Fijación de los hechos

En el presente procedimiento no se discute la condición de consumidor de la parte actora. Asimismo, tampoco se discute la existencia del préstamo hipotecario suscrito entre las partes mencionado anteriormente, ni tampoco la existencia de las



cláusulas objeto de la impugnación inserta en el mismo y que las mismas fueran condición general de la contratación. Y se admiten por la parte demandada el importe de los gastos cuya restitución interesa la actora (sin perjuicio de oponerse a dicha restitución) así como que, efectivamente, fueron abonados por dicha parte prestataria.

Respecto de si existió negociación individual de la cláusula impugnada. La trascendencia jurídica de ese hecho es determinar si estamos en presencia de un a condición general de contratación, sometida al régimen de protección de consumidores y usuarios patrocinado por la Directiva 13/93 y la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios. Se ha de proceder, por tanto, a tratar esta cuestión.

Se hace un profundo estudio de la cuestión, con una exhaustiva síntesis jurisprudencial y normativa, en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla en la reciente sentencia de fecha 14 de noviembre de 2017, recaída en el Juicio Ordinario 775/15. Señala en ella el juzgador:

“El art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de diciembre, sobre Condiciones Generales de la Contratación, establece el apartado 1º lo que se entiende por "condiciones generales de contratación" a los efectos de aplicación de la Ley: " Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predisuestas 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 ".

Y el apartado 2º del mismo precepto aclara que "[E]l hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión."

A la luz de esta norma, la STS de 9 de mayo de 2013 concluye que son requisitos necesarios para considerar que estamos ante 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.

c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes, 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.

Asimismo, la citada sentencia de 9 de mayo de 2013 aclara, primero, que el hecho de que una cláusula se refiera al objeto principal del contrato en el que está insertada, no es obstáculo para que sea calificada como condición general de la contratación, ya que, en nuestro ordenamiento jurídico, y al revés de lo que sucede en otros, la condición general se define por el proceso seguido para su inclusión en el mismo, y no por el elemento al que se refieren (recuérdese que el art. 4 apartado 2º de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de diciembre, dispone que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula no se referirá a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse, por otra); segundo, que el conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, no obligaría a ninguna de las partes; y, tercero, que el cumplimiento por el profesional de los deberes de información, sean los generales o los exigidos por la normativa sectorial, no excluye la naturaleza de condición general de la contratación.

Para entender cuándo una cláusula negocial resulta "impuesta", debe acudirse a diferentes textos legales. Así, el artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, dispone que "[s]e 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".

Y el artículo 82.1 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, reitera que "[S]e considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente... "

El elemento determinante para constatar la naturaleza "impuesta" de una cláusula es, pues, la ausencia de una negociación individual que permita al consumidor influir en su supresión, sustitución o modificación.

(...)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 LECiv., 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 diciembre 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 diciembre , 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 las cláusulas controvertidas en la presente litis hayan sido prerredactadas por la entidad demandada, que las mismas estaban destinadas a ser incorporadas a una multitud de contratos, y que no han 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 las mismas son condiciones generales de la contratación, cuya validez es susceptible de ser controlada judicialmente.

Concurren los presupuestos de contractualidad (la cláusula discutida está incorporada a un contrato), predisposición (es un hecho notorio, como se expresa en la STS, Sala Primera, de 29 de diciembre de 2.015), generalidad (está redactada para su incorporación a los contratos destinados a concertar el mismo tipo de préstamo con una pluralidad indeterminada de consumidores) e imposición. En relación con esta última cualidad, debe aclararse que este presupuesto ha quedado perfectamente definido por la STS, Sala Primera, de 29 de diciembre de 2.015, ya aludida, que se pronuncia en los siguientes términos: “Esta "imposición del contenido" del contrato no puede identificarse con la "imposición del contrato" en el sentido de "obligar a



contratar". Es el consumidor el que ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quien, ya 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 en el contenido con la previa existencia de negociación individualizada del mismo”.

Según la resolución antes indicada: “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.

10.- 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.”.

Y respecto de la generalidad de la cláusula, debe recordarse, como hace la STS, Sala Primera, de 29 de diciembre de 2.015, que “No es necesario que la cláusula sea utilizada en todos los contratos que el profesional o empresario celebra con consumidores (sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, apartado 149). Pueden existir varios modelos de cláusulas que se utilicen en los diversos contratos, por variadas razones.”

No perjudica para que pueda ser considerada una condición general de la contratación el que se trate de una cláusula que define el objeto del contrato. Sobre esta cuestión, la STS, Sala Primera, de 29 de diciembre de 2.015, se pronuncia en los siguientes términos:

“Que la cláusula de un contrato celebrado con un consumidor regule un elemento esencial del contrato no obsta a que tenga la consideración legal de condición general de la contratación si concurren los requisitos para ello (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad), ni la excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 1993/93/CEE ni de las normas de Derecho interno que la transponen, como es el caso de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el TRLCU.



Esta cuestión fue ya resuelta en la STJUE de 10 de mayo de 2001, asunto C-144/99, caso "Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos ". La legislación holandesa no permitía el control de contenido por falta de transparencia, ni la interpretación "contra proferentem" (que se prevén en los citados arts. 4.2 y 5 de la Directiva) de las condiciones generales relativas a los elementos esenciales del contrato, porque el artículo 231 del libro VI del "Burgerlijk Wetboek" (Código Civil holandés) excluía del concepto de condiciones generales aquellas que tuvieran por objeto las "prestaciones esenciales", que por tanto estaban sometidas al régimen general de ineficacia contractual de los contratos por negociación. Pues bien, el Tribunal de Justicia, en la citada sentencia, entendió que el Holanda había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 93/13 /CEE del Consejo, de 5 de diciembre de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para garantizar la adaptación completa del Derecho neerlandés no sólo al art. 5 de la Directiva (interpretación "contra proferentem"), sino también al artículo 4.2 de la citada Directiva (posibilidad de tal control de abusividad si hay una falta de transparencia en esas condiciones generales reguladoras de las prestaciones esenciales).

Con posterioridad, el apartado 32 de la STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08, caso Cajamadrid , consideró que el art. 4.2 de la citada Directiva no define el ámbito de aplicación material de la Directiva, y que las cláusulas contempladas en dicho precepto (las que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra) están incluidas en el ámbito regulado por la Directiva.

También la sentencia de esta Sala núm. 241/2013, de 9 de mayo , consideró que las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato tenían la consideración de condición general cuando reunían los requisitos de contractualidad, predisposición, imposición y generalidad. ” . ”

En el caso de autos, concurren estos presupuestos para poder considerar que las cláusulas discutidas han sido impuestas, puesto que se trata de un préstamo hipotecario concedido por entidad bancaria, sin que se haya aportado prueba alguna por la demandada que acredite una negociación individual de la cláusula. Pues negociación individual es algo distinto a captar o conseguir la voluntad del cliente de adherirse al clausulado general. Significa, como se desprende de la doctrina jurisprudencial citada, la existencia de una negociación ad hoc, pactando el contenido y límites de la cláusula. Ello conllevaría, sin duda y dado el ámbito en que se produce la contratación el intercambio de ofertas o contraofertas por escrito (correos electrónicos, cartas, borradores)- y en último término, la existencia de personas que pudieran dar detalles de



tales tratos. No se alegó en la contestación nada al respecto. Pues no puede equipararse ello a facilitar información escrita del clausulado del préstamo (oferta vinculante).

Por otra parte y ello es un hecho notorio en vista de otros procedimientos tramitados contra la misma entidad, el contenido de la cláusula impugnada se reitera en numerosas escrituras de otorgamiento de préstamo hipotecario, lo que evidencia su carácter contractual, predispuesto y general.

No habiendo, pues, probado la parte demandada la negociación individual de las cláusulas controvertidas, pueden ser estas sometidas al control de abusividad que la parte actora pretende.

- **caducidad y prescripción**

La demandada pone de manifiesto el importante lapso de tiempo transcurrido desde la firma del contrato y pretende la desestimación de la demanda sin entrar en el fondo del asunto, por estar caducada la acción de nulidad que ejercita la actora y/o prescritas las que permiten reclamar los efectos restitutorios derivados de aquella.

La imprescriptibilidad de la acción para declarar la nulidad de pleno derecho es una cuestión pacífica en nuestra jurisprudencia. Como señala el Tribunal Supremo en su STS 1080/2008, de 14 de noviembre *“En cuanto a la prescripción de la acción de nulidad baste señalar que el Artículo 1301 del Código Civil se refiere a los contratos meramente anulables -en que concurran los requisitos que expresa el Artículo 1261, como refiere el Artículo 1300 - y no a aquellos que, como los simulados, quedan viciados de nulidad radical o absoluta, respecto de los cuales la acción para tal declaración es de carácter imprescriptible (sentencias de 4 noviembre 1996, EDJ 7294, 14 marzo 2000, EDJ 2512, 18 octubre 2005, EDJ 165809, 22 febrero 2007, EDJ 8524 y 18 marzo 2008, EDJ 4565894, entre otras muchas)”. El vicio que puede motivar la declaración de nulidad de las cláusulas litigiosas no es un vicio del consentimiento, en el sentido del art. 1261 del Código Civil, que se refiere a la nulidad relativa o anulabilidad, respecto de aquellos contratos en los que concurran los elementos esenciales para su formación, esto es, consentimiento, objeto y causa. Por el contrario, la declaración de abusividad de una cláusula contractual conlleva la sanción de nulidad absoluta o de pleno derecho, de acuerdo con la normativa especial en esta materia, contenida en el 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, cuyo art. 83 establece que *“las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”*. Así, sentado el carácter de nulidad absoluta en la sanción que puede imponerse a la cláusula impugnada, de ser declarada abusiva y, constituyendo doctrina jurisprudencial la imprescriptibilidad de esta acción, procede desestimar las alegaciones de la demandada en relación con este extremo.*

No obstante esta imprescriptibilidad de la acción declarativa, la reclamación de los efectos restitutorios derivados de ella puede estar sujeta a una limitación temporal, que, a falta de disposición especial, se regirá por el plazo general de las acciones personales, que según el art. 1964 CC en su nueva redacción dada por la Ley 42/2015,



de 5 de octubre, es de cinco años. De acuerdo con la Disposición Transitoria 5ª de la Ley y el art. 1939 CC, al que se remite aquella, este nuevo plazo de prescripción será aplicable a las acciones nacidas con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma, como ocurre en el presente caso.

Ahora bien, para resolver esta alegación formulada por la parte demandada resulta fundamental determinar cuál es el momento de inicio de la prescripción, que debe regirse por lo dispuesto en el art. 1969 a tenor del cual *“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”* y el momento en que esta acción pudo ejercitarse no puede ser otro que el de la declaración judicial de nulidad de la cláusula, de manera que tampoco puede apreciarse prescripción de la acción que ejercita la actora en este pleito.

TERCERO.- Posible nulidad de la cláusula inserta en el préstamo hipotecario suscrito entre las partes y relativa a los gastos de hipoteca y tributos que gravan el préstamo hipotecario.

La cláusula quinta relativa a los gastos de hipoteca e inserta en el préstamo hipotecario suscrito entre las partes impone, con carácter general, al prestatario el pago de todos los gastos y tributos de la operación.

La cuestión jurídicamente controvertida es determinar si la cláusula relativa a los gastos inherentes al otorgamiento del préstamo hipotecario y referidos en la misma tiene la consideración de cláusulas abusiva conforme a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, así como determinar los efectos de la declaración de nulidad, de estimar ésta concurrente.

El concepto de cláusula abusiva lo da el artículo 82.1 de dicho Texto Refundido, al señalar que *“Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.”* Proporciona la ley un elenco de cláusulas abusivas en sus artículos 85 a 90. En su artículo 89 se contienen las que resultan *“desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato”*.

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).

Son estos supuestos de abusividad en los que se aloja por el Tribunal Supremo, en su sentencia 705/2015 de 23 de diciembre la carga al cliente de los gastos necesarios para la constitución de la hipoteca. Se vienen a tratar en dicha sentencia varios de los gastos que usualmente se imponen al consumidor por parte de las entidades bancarias: formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real) formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real); tributos que gravan el préstamo hipotecario; gastos derivados de la contratación del seguro de daños y 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.

Sin embargo, más allá del estudio de cada uno de los supuestos, considero de interés traer a colación la resolución de la que traía causa dicha sentencia 705/2015 de 23 de diciembre, cual era la sentencia 242/13 de 26 de julio dictada por la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

En dicha sentencia se decía:

“se trata de una cláusula abusiva, a tenor de lo previsto en el artículo 89.1(3) del TRLGDCU, en sus letras "a" (repercusión de gastos) y "c" (pago de tributos), porque no da lugar a distinción alguna entre gastos y tributos que pudieran incumbir a una u otra parte, permitiendo la derivación universal de todos ellos, con independencia de su origen o causa (lo que incluiría los imputables al banco o de los que éste pudiera ser sujeto pasivo en un determinado momento) al consumidor. No se trata de que el banco interprete que a quien le iba a corresponder el pago de tales conceptos (por la lectura que haga de la previsión legal que esté vigente en un determinado momento) sería, en su opinión, siempre al consumidor, sino que el problema estriba en que con el tenor de dicha cláusula los que en algún momento pudieran corresponderle a la entidad bancaria, por naturaleza o disposición normativa, podría cargarlos al cliente. Una condición general de ese calado, que permite el tratamiento del mismo modo de los gastos y tributos que pudieran incumbir al empresario que los que no lo fueran, resulta claramente abusiva.”

Por tanto, la abusividad deriva de una atribución indiscriminada al cliente de gastos. Esta generalidad de la cláusula da pie a que se carguen o puedan cargar al cliente gastos cuyo abono pudiera corresponder al banco. Y por ello es abusiva. Por tanto, no se precisa para declararlo así identificar qué gastos en concreto, de los que no



le correspondían, fueron cargados al cliente. Bastaría, incluso, pensar en gastos futuros, no devengados, pues lo esencial es que la cláusula impugnada así lo permitiría.

En el presente caso, por más que se enumeren una serie de gastos que concretamente ha de asumir al parte prestataria, lo cierto es atribución genérica del pago de los impuestos evidencia que, con carácter general, se imponen los impuestos derivados de la constitución de la hipoteca.

Esta atribución indiscriminada de gastos hace que concurra los supuestos previstos en el artículo 89.3 a) y c), de acuerdo con el razonamiento citado de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

La trascendencia de los gastos que improcedentemente se cargaron al prestatario surge a la hora de determinar los efectos de la declaración de la cláusula como abusiva. Y es que, como señala el artículo 83 del TRLGDCU, las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas, añadiendo que el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

Que la cláusula sea nula obliga a restituir las prestaciones conforme al régimen establecido en los artículos 1303 a 1308. Con arreglo al nuevo criterio jurisprudencial que viene a clarificar la redistribución de los gastos en las STS 46/19 recurso de casación 2128/17, STS 47/2017 recurso de casación 4912/2017, STS 48/2019 recurso de casación 5025/2017 y STS 49/2017 recurso de casación 5298/2017, todas ellas de fecha 23 de enero de 2019 dictadas por el pleno de la sala de lo civil del TS, decir que, y tal y como disponen las citadas sentencias que, con transcripción literal, el art. 83 TRLGDCU prohíbe la denominada reducción conservadora de la validez, o integración del contrato. Ahora bien, según su propio tenor, el contrato seguirá subsistente si puede sobrevivir sin la cláusula declarada abusiva. Como ya hemos indicado antes, cuando hablamos de gastos de la operación no se trata de cantidades que el consumidor haya de abonar al prestamista, como intereses o comisiones, sino de pagos que han de hacerse a terceros, bien en concepto de honorarios por su intervención profesional en la gestación, documentación o inscripción del contrato, bien porque el mismo está sujeto al devengo de determinados tributos. Y la declaración de abusividad no puede conllevar que esos terceros dejen de percibir lo que por ley les corresponde.

Al atribuir a una u otra parte el pago de los gastos, tras la declaración de abusividad de la cláusula que se los impone en todo caso al consumidor, no se modera la estipulación contractual con infracción del efecto disuasorio de la Directiva 93/13 y en el art. 83 TRLGDCU, sino que, por el contrario, decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido (rectius, predispuesto), debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico.

En relación con los efectos que debe tener esa declaración de abusividad sobre el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, los gastos notariales, de registro de la propiedad, gestoría y tasación, la STJUE 16/07/2020 (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19) establece el siguiente criterio de interpretación:



“El artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, 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.”

A la hora de afrontar esta cuestión debemos partir de dos premisas:

La primera es que la expresión “disposiciones de Derecho nacional” no incluye en su concepto a la jurisprudencia. Que nuestro sistema considera que una disposición general es una norma lo podemos ver reflejado en numerosas ocasiones; vg. art. 1.2 CC (“carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior”); art. 2 LEC; arts. 25 a 29 LJCA; en especial, en el art. 27.3 donde identifica “disposición general” con “norma”. De este modo, la jurisprudencia cumple la función que le encomienda el art. 1.6 CC. Por tanto, el problema no puede resolverse mediante un mero reenvío a las sentencias del TS de 23 de enero de 2019 sobre distribución de gastos al declararse la nulidad de la cláusula.

La segunda es que la expresión “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” debe entenderse referida a la existencia de una norma de nuestro derecho interno que, a la fecha de suscripción del préstamo, impusiera de modo expreso al consumidor/prestatario el pago de todo o parte de ese gasto concreto.

Pues bien, el *Tribunal Supremo, en sus SS. núm. 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero*, nos presta los elementos necesarios para resolver la cuestión del siguiente modo:

a) Gastos de notaría: El art. 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en arancel.

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».

Partiendo de estas normas, el TS ha resuelto, ya en varias sentencias posteriores a la resolución de la cuestión prejudicial por el TJUE, que el término “*interesados*” incluye al prestatario por lo que el importe de notaría debe distribuirse entre prestatario y prestamista por mitad; es decir, al 50% (*SSTS, Civil sección 1 del 24 de julio; 15 y 26 de octubre de 2020 [ROJ: STS 2495/2020]; [ROJ: STS 3327/2020]; [ROJ: STS 3453/2020]*); acogiéndose dicho criterio por razones de seguridad jurídica.

En consecuencia, la entidad bancaria deberá restituir al consumidor el 50% del importe del gasto de notaría.



b) Gastos de Registro de la Propiedad: 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».

De acuerdo con lo manifestado, como la norma imputa el gasto directamente a “aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote el derecho”, debe asumirse por la entidad bancaria, como la favorecida por la inscripción de hipoteca, al 100%.

c) Gastos de gestoría: El TS reconoce que “En el caso de los gastos de gestoría, no existe norma legal o reglamentaria que atribuya su pago al prestamista o al prestatario.” (FD 9º, párrafo 2º Sentencia núm. 44/2019). Criterio reiterado en la ya citada STS de 26 de octubre de 2020, al señalar: “(...) 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.” Llegando a la siguiente conclusión: “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.”

No existiendo una disposición de derecho nacional que imponga el pago de todo o parte del gasto de gestoría al consumidor, se le debe restituir el 100% de lo abonado.

d) Gastos derivados del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados: Antes de la reforma introducida por la actual Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, el art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados señalaba: “Estará obligado al pago del Impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: (...) d) En la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el prestatario.”

Durante su período de vigencia, existía, por tanto, una disposición que imponía el pago de este gasto en su totalidad al prestatario/consumidor, por lo que nada habrá de abonarle la entidad bancaria al consumidor por dicho concepto.

e) Gasto de tasación: Sobre esta cuestión, no hay pronunciamiento de nuestro TS, si bien, nuestras Audiencias Provinciales vienen señalando al respecto que, conforme a la ley 2/1981, de 25 marzo, de regulación del Mercado Hipotecario, la tasación del inmueble es obligatoria para poder constituir una hipoteca en garantía de un préstamo. Ahora bien, tampoco esta ley ni ninguna otra norma señalan a quien ha de corresponder el abono de estos en la relación entre prestamista y prestatario (vg. SSAP de Guadalajara, Civil, sección 1 del 13 de mayo de 2020 [ROJ: SAP GU 167/2020]; AP de Huelva, Civil sección 2 del 30 de abril de 2020 [ROJ: SAP H 318/2020]; AP de Valencia, Civil sección 9 del 24 de febrero de 2020 [ROJ: SAP V 1121/2020]; AP de Ávila, Civil sección 1 del 19 de mayo de 2020 [ROJ: SAP AV 239/2020]; AP de Valladolid, Civil sección 3 del 04 de febrero de 2020 [ROJ: SAP VA 170/2020]; AP de



Castellón, Civil sección 3 del 05 de noviembre de 2019 [ROJ: SAP CS 454/2019]; entre otras).

En atención a lo expuesto, y a la vista de la documental aportada (ex art. 326 LEC), la entidad demandada deberá abonar a la parte demandante la cantidad de 597,56 euros más los intereses correspondientes (art. 1108 CC) desde la fecha de sus respectivos abonos, según determina el Tribunal Supremo, en su STS, Civil, Pleno, del 19 de diciembre de 2018 (ROJ: STS 4236/2018) y posteriores.

CUARTO.- Comisión de apertura

El Tribunal Supremo, en sentencia 44/2019, de 23 de enero, entendió que la comisión de apertura no es abusiva ya que formaba parte del precio, retribución que percibe el banco por la concesión del préstamo y cumple el control de transparencia. La mencionada sentencia establecía que “la propia naturaleza del préstamo y las operaciones necesarias para la concesión del mismo muestran que la etapa inicial del préstamo, esto es su preparación y concesión, exige de la entidad financiera la realización de una serie de actividades que son de una naturaleza distinta al servicio que supone la disposición del dinero por el prestatario durante la duración del préstamo. Ello significa que la normativa relativa a esta actividad bancaria prevea la posibilidad de que, además del interés remuneratorio, la entidad financiera pueda cobrar como parte integrante del precio una comisión de apertura”.

Por su parte el TJUE en su sentencia de 16 de julio de 2020 (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19) exige, con sustento en el artículo 3, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13, al órgano judicial “controlar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual referida al objeto principal del contrato, con independencia de si el artículo 4, apartado 2, de esta Directiva ha sido transpuesto al ordenamiento jurídico de ese Estado” y, con sustento en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, concluye que si la entidad financiera no demuestra “que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido” (...) “puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes”.

En el caso concreto, a la vista de la prueba practicada, la entidad demandada no ha probado que dicha comisión responda a servicios efectivamente prestados ni gastos en que hay incurrido, por lo que procede declarar la nulidad con los efectos restitutorios interesados.

QUINTO.- Intereses legales

Las cantidades objeto de condena de la presente resolución se incrementarán en el interés legal correspondiente, desde el momento de su pago por la parte prestataria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1303 CC. No puede alegarse a tal efecto la buena fe del acreedor cuando la cláusula que determinó el desembolso del prestatario había sido impuesta por aquel en contravención de la normativa protectora de los consumidores, que impide, como se ha señalado, la atribución indiscriminada de impuestos y gastos.



Por otro lado, el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que toda sentencia o resolución que condena al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, a favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto entre las partes o por disposición especial de la ley.

Por ello, la cantidad que debe satisfacer el demandado, al no existir pacto entre las partes o disposición legal especial que otra cosa establezca, la misma devengará los intereses de mora procesal del artículo 576 de la LEC, es decir, el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia hasta su total y completo pago.

SEXTO.- Costas

En materia de costas, además de lo previsto en el art. 394 LEC, debe tenerse en cuenta el criterio marcado por el TJUE en su *sentencia de 16 de julio de 2020 (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19)* cuando señala, en contemplación de la norma de derecho interno (art. 394 LEC), aplicando el *principio de efectividad* que “resulta de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia que la aplicación del artículo 394 de la LEC podría tener el efecto de que no se condenara al profesional al pago íntegro de las costas cuando se estime plenamente la acción de nulidad de una cláusula contractual abusiva ejercitada por un consumidor, pero *solo se estime parcialmente la acción de restitución de las cantidades pagadas en virtud de esta cláusula (...)* condicionar el resultado de la distribución de las costas de un procedimiento de esa índole únicamente a las cantidades indebidamente pagadas y cuya restitución se ordena puede disuadir al consumidor de ejercer tal derecho debido a los costes que implica una acción judicial (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de septiembre de 2018, Profi Credit Polska, C-176/17, EU:C:2018:711, apartado 69)”, por lo que concluye que “ el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como el principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que *se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo*, dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales”.

En atención a dichos criterios, procede imponer las costas generadas en la instancia a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales y demás de aplicación,



FALLO

SE ESTIMA PARCIALMENTE demanda interpuesta por la procuradora de los tribunales _____ en nombre y representación de _____, contra BANCO DE SANTANDER SA representada por el procurador de los tribunales _____ y en consecuencia:

Declaro la nulidad de las cláusulas de gastos, y comisión de apertura de la escritura de préstamo hipotecario de fecha de 2 de agosto de 2002.

Subsistiendo la vigencia del contrato en todo lo no afectado por la declaración judicial de nulidad.

Condeno a BANCO DE SANTANDER SA, a abonar a la actora la cantidad de 597,56 euros más las cantidades abonadas en concepto de comisión de apertura y los intereses legales desde el momento en que se efectuó el pago de dichas cantidades por la parte prestataria. Asimismo, dicha cantidad devengará, desde el momento del dictado de esta sentencia, un interés anual igual de del interés legal del dinero incrementado en dos puntos.

Se impone a la parte demandada el pago de las costas causadas.

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 Audiencia Provincial de Madrid previa la constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta IBAN ES55 0049 5284 0001 04 4360 19 de esta Oficina Judicial de la cuenta general de Depósitos y Consignaciones abierta en BANCO DE SANTANDER.

Si las cantidades van a ser ingresadas por transferencia bancaria, deberá realizarse en la cuenta número IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicando en el campo “beneficiario”: Juzgado de 1ª Instancia nº 101 bis de Madrid; y en el campo “observaciones” o “concepto” habrán de consignarse los siguientes dígitos: 5284 0001 04 4360 19.

No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido (L.O. 1/2009 Disposición Adicional 15).

Así lo acuerda manda y firma D. Juan José Toscano Tinoco, Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia 101 bis de Madrid.



Líbrese testimonio de la presente resolución, que se unirá a los autos, quedando el original en el Libro de Sentencias.

NOTA: De conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, se informa que 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.



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia Proc. Ordinario firmado electrónicamente por JUAN JOSÉ TOSCANO TINOCO