

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 1 de Huércal-Overa

Florida, 2, 04600, Huércal-Overa, Tfno.: 950809011, Fax: 950451800, Correo electrónico: JMixo.1.huercalovera.jus@juntadeandalucia.es

N.I.G: [REDACTED]

Tipo y número de procedimiento: Procedimiento Ordinario (Contratación - [REDACTED])
Negociado: C4

Materia: Condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física

De: [REDACTED]

Abogado/a: BARTOLOME GIMENEZ IBARRA

Procurador/a: SALVADOR DIAZ GONZALEZ DE HEREDIA

Contra: BANCO SANTANDER SA

Abogado/a: [REDACTED]

Procurador/a: [REDACTED]

SENTENCIA N.º [REDACTED]

Jueza: D.ª María López Martínez

En Huércal-Overa, a veinticuatro de julio de dos mil veinticuatro.

Vistos por D.ª María López Martínez, Jueza del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de los de esta localidad, los presentes Autos de Juicio Ordinario registrados ante este Juzgado bajo el nº [REDACTED] seguidos a instancia de [REDACTED] representados por el Procurador de los Tribunales D. SALVADOR DIAZ GONZALEZ DE HEREDIA y asistidos del Letrado D. BARTOLOME GIMENEZ IBARRA frente a la entidad bancaria BANCO SANTANDER SA, representada por el Procurador de los Tribunales [REDACTED] y asistida del Letrado [REDACTED], en ejercicio de acción de nulidad de condición general de la contratación, ha dictado esta sentencia, con base en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la referida parte actora se presentó demanda, origen de los presentes autos en base a los hechos, que en lo menester se dan por reproducidos, y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, y terminó suplicando se tuviera por interpuesta demanda de Juicio Ordinario en ejercicio de la acción de nulidad de cláusula contractual de préstamo con garantía hipotecaria, y se sirviera admitirla junto con los documentos acompañados, dictándose tras los oportunos trámites sentencia por la que se declare lo solicitado en el Suplico de la misma, con expresa imposición de costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- La demanda fue admitida a trámite mediante Decreto, en que se acordó dar traslado de la demanda y documentos de la misma a la parte



Código:	[REDACTED]	Fecha	[REDACTED]
Firmado Por	MARÍA LÓPEZ MARTÍNEZ PEDRO ANGEL ABOLAFIA DEL BALZO		
URL de verificación	[REDACTED]	Página	1/17



demandada, y emplazarla para que en el plazo de veinte días compareciera en forma legal en las Actuaciones y contestara la demanda, que efectuó, oponiéndose a las pretensiones ejercitadas de contrario, salvo en lo relativo a la nulidad de la cláusula séptima de gastos de formalización (excepto los gastos de gestoría) que se allanó a la demanda.

TERCERO.- Convocadas las litigantes a la audiencia previa legalmente prevista a la que asistió la actora legalmente representada, en el curso de la cual la actora se ratificó en su demanda, proponiendo seguidamente las partes la prueba que tuvieron por conveniente, resolviéndose por SSª en el mismo acto sobre la admisión de las mismas, y quedando los Autos vistos para sentencia, toda vez que la única prueba propuesta y admitida fue documental, en virtud del art. 429.8 LEC.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO- Ejercita la parte actora acción de declaración de nulidad de condiciones generales de la contratación, que nasa en los siguientes hechos: la actora concierta con la demandada escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha de 31 de julio de 2.017 con nº de Protocolo 881 ante el Notario D. David Garrido Puente.

Insta la nulidad, en primer término, de la cláusula de imputación de gastos al prestatario, Quinta del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, en concreto la imputación al prestatario de los gastos de tasación, gestoría, notaría y Registro de la Propiedad, siendo así que solicita le sea restituida la cantidad en dichos conceptos abonada por el actor, según términos jurisprudenciales:

1.- Tasación: la cantidad de 447,70 euros.

2.- Mitad de los aranceles notariales, por el préstamo hipotecario la cantidad de 313,27 euros.

3.- La totalidad de los gastos de gestoría, por préstamo hipotecario la cantidad de 459,80 euros.

Asciende el total a la cantidad de 1.220,77 euros, más el interés legal correspondiente desde la fecha de su abono hasta que recaiga Sentencia, más intereses procesales del art. 576 Lec.

Insta, en segundo lugar, la nulidad de la cláusula Cuarta del préstamo hipotecario, relativa a la comisión de apertura e insta le sea restituida la cantidad de 405 euros en dichos concepto más los intereses generados desde la fecha de abono.

La demandada se opone a las pretensiones ejercitadas de contrario en base a los siguientes hechos: defiende la validez de la cláusula cuarta de comisiones y de la cláusula Quinta relativa a los gastos, negando la falta de transparencia, sin



Código:		Fecha	
Firmado Por	MARÍA LÓPEZ MARTÍNEZ PEDRO ANGEL ABOLAFIA DEL BALZO		
URL de verificación		Página	2/17



que puedan catalogarse de abusivas las cláusulas denunciadas.

SEGUNDO.- Con carácter previo, conviene ya desde el primer momento analizar la condición de consumidor de la parte actora, dado que esta circunstancia condicionará buena parte de la normativa aplicable a la cuestión debatida, como ulteriormente se expondrá.

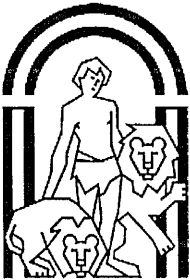
Respecto al régimen jurídico aplicable, ha de estarse a lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 16 de noviembre de 2007. Debe reseñarse que incluso en aquéllos supuestos en los que el título contractual fuera anterior a la entrada en vigor de la precitada ley en fecha 1 de diciembre de 2007, se trata de una norma que viene a interpretar, aclarar y armonizar, entre otros, el texto de la hoy derogada LGDCU de 1984, de manera que procede su aplicación retroactiva en todo aquello que no constituya derecho nuevo. A ello habría también que referir lo dispuesto en la Disposición Transitoria primera de la Ley 44/2006; ley que modificó, entre otros textos normativos, la LGDCU de 1984; que establece un plazo de dos meses desde su entrada en vigor para la adaptación de los contratos celebrados con consumidores, señalando que, una vez transcurrido dicho plazo, las cláusulas contrarias a lo previsto en dicha ley, serán nulas de pleno derecho.

Desde una perspectiva subjetiva, la aplicación del citado TRLGDCU conforme expresa su art. 2, exige que la relación jurídica controvertida se produzca entre un empresario y un consumidor o usuario. Aunque el art 3 de dicha norma exige personalidad física o jurídica para poder hablar de consumidor, dicha expresión ha de hacerse extensiva, según reiterada jurisprudencia, a determinados entes sin personalidad jurídica, como por ejemplo las Comunidades de propietarios, cuando actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, siendo esta última característica la que define al consumidor o al usuario como parte contratante. Así, las directivas europeas 85/577, 93/13 o 94/44 definen al consumidor como toda aquella persona física o jurídica que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional.

Por tanto estaremos ante un consumidor no sólo cuando se trate del destinatario final del bien o servicio, sino también cuando se trate de satisfacer necesidades ajenas a la empresa; estando por el contrario ante profesional cuando la actividad tienda a la realización de actos de gestión o favorecimiento de la propia empresa o negocio.

En el **caso que nos ocupa**, no consta que la actividad profesional de la parte actora, ni que el objeto del préstamo, vivienda, se destinara a la actividad comercial o empresarial de la parte actora, por lo que hemos de concluir que la parte actora goza de la condición de consumidor.

TERCERO.- Expuestos los extremos de la controversia debe determinarse a continuación, y, en primer término, qué se entiende por condición general de la



Código:		Fecha	
Firmado Por	MARÍA LÓPEZ MARTÍNEZ PEDRO ANGEL ABOLAFIA DEL BALZO		
URL de verificación		Página	3/17



contratación, ya que sólo si estamos ante una condición general de la contratación podrá entrarse a valorar la posible abusividad de las cláusulas contractuales.

El apartado 1 del artículo 1 LCGC define a las condiciones generales de la contratación como aquellas *"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"*.

Como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 9 de mayo de 2.013 (F. J. 137 y 138), que ha sido posteriormente ratificada por el Pleno del Tribunal Supremo en sus Sentencias de 8 de septiembre de 2.014 y 24 de marzo de 2.015, para que una cláusula tenga la consideración de condición general, debe reunir los siguientes requisitos:

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

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

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

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

138. 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



Código:		Fecha	
Firmado Por	MARÍA LÓPEZ MARTÍNEZ PEDRO ÁNGEL ABOLAFIA DEL BALZO		
URL de verificación		Página	4/17



relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores".

En el **caso concreto que nos ocupa**, debemos concluir que la entidad demandada no probó en modo alguno que las cláusulas cuya nulidad se interesa fueran efectivamente negociadas por la parte demandante, pues de la propia lectura del contrato de préstamo y de las cláusulas cuya nulidad se insta no se infiere sino los rasgos propios de la contratación en masa, dado que las cláusulas están llamadas a incorporarse a una multitud de contratos, y que son prerredactadas unilateralmente por la entidad bancaria, lo que las convierte en una condición general; en las que el cliente no tiene capacidad alguna de negociar la incorporación de tales cláusulas, sino que forma parte de las condiciones impuestas por el banco para conceder la financiación, lo que ratifica la idea de que estamos ante una cláusula impuesta por el banco.

CUARTO.- Una vez declarado el carácter de condición general de la contratación de la cláusula cuya nulidad se pretende, procede analizar a continuación la posible ilicitud de las mismas.

Con carácter general la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta su ilicitud. Se trata de un mecanismo de contratar propio de la contratación en masa, ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados o, como afirma la STS 406/2012, de 18 de junio, se trata de un fenómeno que "comporta en la actualidad un auténtico "modo de contratar".

Como decíamos en fundamentos anteriores, en los contratos con condiciones generales no falta el consentimiento, libremente emitido, del adherente, y por tanto no excluyen por completo la existencia de autonomía de la voluntad, si bien la misma se ve matizada o limitada, ya que el adherente, como hemos dicho, se limita a aceptar, o no, el contenido contractual propuesto por el predisponente, sin que pueda influir en su determinación. Ello determina la asimetría de la posición de una y otra parte, lo cual no implica la desaprobación, por parte de nuestro ordenamiento jurídico, de este tipo de contratos, si bien hace necesaria la implantación de una serie de mecanismos de especial protección para el adherente, precisamente para compensar o corregir la situación de inferioridad en que se encuentra frente al predisponente, y evitar que éste se aproveche, injustamente, de tal situación.

De ahí que el artículo 8 de la Ley 7/98, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación disponga, en su apartado primero que *"serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención"*. Y reforzando los mecanismos de control para el caso de que el adherente sea consumidor, el apartado segundo establece que *"en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en*



Código:		Fecha	
Firmado Por	MARÍA LÓPEZ MARTÍNEZ PEDRO ÁNGEL ABOLAFIA DEL BALZO		
URL de verificación		Página	5/17



QUINTO. – En el caso de autos, se insta la nulidad de la cláusula Quinta relativa a los gastos a cargo del prestatario de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha de 31 de julio de 2.017 concertada entre las partes.

En estos casos, una vez afirmado el carácter no negociado de las referidas cláusulas, procede dilucidar si su contenido es o no abusivo. Este control viene marcado por un doble filtro: su inclusión en la llamada “lista negra” de los artículos 85 a 90 del TRLGDCU, que recogen una serie de estipulaciones consideradas directamente abusivas por el legislador, o bien su reconducción a la vía subsidiaria del art. 82.1 TRLGDCU que señala que *“Se consideraran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas 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”*. En uno y otro caso, este control de abusividad vendrá presidido, de conformidad con lo dispuesto en el art 82.3 TRLGDCU, por la necesidad de hacer un análisis sistemático del contrato, su objeto y su contexto.

De tal modo que, al no afectar a uno de los elementos esenciales del contrato, la cláusula está sujeta a un control de contenido y a un primer control de incorporación, referido en los arts. 5 y 7 LCGC, no debiendo entrar a conocer sobre el control de comprensibilidad real de la cláusula. En este sentido, dispone el art. 5.5 LCGC que “la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”; y, por su parte el art. 7 del mismo cuerpo normativo dispone que “no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: (...)b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a éstas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.”

Hemos de pasar a analizar el denominado contenido de la cláusula relativa a los gastos que el contrato impone al prestatario, para lo que hemos de tener en consideración el art. 82.1 TRLGDCU, anteriormente transcrito.

Asimismo, hemos de traer a colación la doctrina asentada jurisprudencialmente por el TS, concretamente la Sentencia nº 705/2.015, de 23 de diciembre, que se ha pronunciado sobre las cláusulas contractuales en las que se impone a los prestatarios una serie de gastos derivados del otorgamiento de préstamo hipotecario y su inscripción en el Registro de la Propiedad, en los siguientes términos: *“1.- En primer lugar, resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones (como veremos) contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto.*



Código:		Fecha	
Firmado Por	MARIA LÓPEZ MARTINEZ PEDRO ANGEL ABOLAFIA DEL BALZO		
URL de verificación		Página	6/17



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 ó 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 seriadados de



Código:		Fecha	
Firmado Por	MARÍA LÓPEZ MARTÍNEZ PEDRO ANGEL ABOLAFIA DEL BALZO		
URL de verificación		Página	7/17



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".

Atendiendo a ello, hemos de examinar si la cláusula de gastos controvertida contenía una distribución equitativa entre las partes de los gastos derivados por la suscripción del préstamo con garantía hipotecaria, para determinar su abusividad.

Así, la cláusula debe ser declarada nula por abusiva, pues contraviene una serie de normas imperativas, entre otras, el art. 89.3 TRLGCU que califica como cláusulas abusivas, en todo caso, "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 3º).



Código:		Fecha	
Firmado Por	MARÍA LÓPEZ MARTÍNEZ PEDRO ANGEL ABOLAFIA DEL BALZO		
URL de verificación		Página	8/17



El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas, siendo la financiación una fase de la adquisición de la vivienda, a la estipulación de que el consumidor debe cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º).

La cláusula debe ser considerada nula por contravenir el artículo 89.3 del TRLCU al imponer al consumidor el pago de todos los gastos y el artículo 82.1 de la misma Ley al contravenir los principios de la buena fe y ocasionar al consumidor un desequilibrio importante en su derechos y obligaciones.

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, dispone el artículo 83 del TRLGDCU que *"Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas". En consecuencia, la cláusula nunca debió aplicarse, debiendo ser eliminada, en concordancia con lo dispuesto en el art. 1.303 del Código Civil que establece que "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes".*

No obstante, en el caso concreto que nos ocupa, no se trata en puridad de un reintegro, dado que las cantidades no las ha percibido la entidad prestamista, sino un tercero, pero el efecto de la declaración de nulidad que contempla el artículo 1.303 del Código Civil y el artículo 6 de la Directiva 93/13, de 5 de abril, es la proscripción del enriquecimiento injusto de una de las partes, que en este caso se produce por haberse desplazado el gasto que corresponde a uno de los contratantes a la otra parte, por lo que el restablecimiento de la situación anterior a la inclusión de las cláusulas nulas que debe operar como consecuencia de la nulidad declarada exige que la parte que inicialmente se ha beneficiado por la estipulación, compense a la parte que se ha visto perjudicada.

En conclusión, la nulidad de la cláusula conlleva que se la tenga por no puesta, debiendo restablecerse la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, lo que conlleva analizar a quien correspondería el pago de cada uno de esos gastos.



Código:		Fecha	
Firmado Por	MARÍA LÓPEZ MARTÍNEZ PEDRO ANGEL ABOLAFIA DEL BALZO		
URL de verificación		Página	9/17



En cuanto a la distribución, sostiene la STS 831/2021, de 30 de noviembre, en cuanto a las consecuencias de la nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios que "1.- Esta sala, tanto en su propia jurisprudencia, como por asunción de la emanada del TJUE, ha establecido los criterios que deben regir la distribución de gastos e impuestos derivados de la celebración de los préstamos hipotecarios con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, una vez que la cláusula contractual que atribuía su pago en exclusiva al prestatario/consumidor es declarada abusiva.

2.- Sobre la abusividad de ese tipo de cláusulas, declaramos en las sentencias de Pleno 44/2019, 46/2019, 47/2019, 48/2019 y 49/2019: "si no existiera la cláusula controvertida, el consumidor no tendría que pagar todos los gastos e impuestos de la operación, puesto que en 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, por lo que la introducción de dicha estipulación implica un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato, que determina su abusividad. Máxime teniendo en cuenta la naturaleza del servicio objeto del contrato, que es la financiación de la adquisición de un bien de primera necesidad como es la vivienda habitual".

3.- Como hemos declarado en la sentencia 457/2020, de 24 de julio, esta doctrina jurisprudencial de la Sala ha sido confirmada por la STJUE de 16 de julio de 2020, en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19.

4.- Las consecuencias prácticas de la citada jurisprudencia, en relación con los gastos controvertidos en el presente recurso de casación, son las siguientes:

(i) Respecto de los gastos de notaría, conforme a la normativa notarial (art. 63 Reglamento Notarial, que remite a la norma sexta del Anexo II del RD 1426/1989, de 17 de noviembre) deben ser abonados por los interesados, que en el caso del préstamo hipotecario son ambas partes, por lo que deben abonarse por mitad. Criterio que vale tanto para la escritura de otorgamiento como para la de modificación del préstamo hipotecario.

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.

(ii) En lo que se refiere a los gastos del Registro de la Propiedad, el Arancel de los Registradores de la Propiedad atribuye el gasto a quien a cuyo favor se inscriba o anote el derecho. Como la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, será a éste al que corresponda el pago de los gastos que



Código:		Fecha	
Firmado Por	MARÍA LÓPEZ MARTÍNEZ PEDRO ANGEL ABOLAFIA DEL BALZO		
URL de verificación		Página	10/17



ocasiona la inscripción del contrato de préstamo hipotecario. Mientras que como la inscripción de la escritura de cancelación libera el gravamen y, por tanto, se inscribe en favor del prestatario, a él le corresponde este gasto.

(iii) Respecto de los gastos de gestoría, con anterioridad a la Ley 5/2019 no había ninguna norma legal que atribuyera su pago a ninguna de las partes. En consecuencia, en aplicación de la jurisprudencia del TJUE, a partir de la sentencia 555/2020, de 26 de octubre, establecimos que su pago debe atribuirse íntegramente a la entidad prestamista."

Se reclama por la parte actora los gastos de tasación, la cantidad de 447,70 euros; los aranceles notariales, la cantidad de 313,27 euros y la totalidad de los gastos de gestoría, la cantidad de 459,80 euros.

Asciende el total a la cantidad de 1.220,77 euros.

Atendiendo a la doctrina jurisprudencial, debemos considerar correctos los cálculos efectuados por la parte actora, siendo la única de las partes procesales que ha procedido a la cuantificación.

Así, a dicha cantidad debe ser aplicado el interés legal desde su abono, en aplicación de la doctrina emanada por el TS, entre otras, la STS 911/2021, de 22 de diciembre.

SEXTO.- Hemos de pronunciarnos a continuación sobre la nulidad de la cláusula de comisión de apertura.

Debemos traer a colación la doctrina asentada por la Audiencia Provincial de Almería, Sentencia nº 358/2.022, de 8 de marzo de 2.022 "Se trata de una cuestión sobre la que reiteradamente se ha pronunciado, desde la invocada STJUE de 16 de julio de 2020, tanto el Tribunal Supremo, como esta Audiencia.

Sobre el contenido de cláusulas similares, señalábamos en reciente Sentencia de 8/2/2022(Rac 1924/2021) y en SAP de Almería de 23/2/2021(RAC 1208/18) lo siguiente:

Al objeto, se ha producido un importante cambio jurisprudencial, tras la STJUE de 16 de julio de 2020 que ha obligado a esta Audiencia a cambiar su postura al objeto.

Hasta el dictado de referida resolución esta Audiencia, entre otras, incluída resoluciones de ésta sala (SAP 7-5-2019, 1-4-2020, 2-5-2020" por citar algunas de ellas, mantenían la validez de la cláusula de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo;

La STS 44/2019 de 23 de enero sentó que la comisión de apertura es una partida del precio que el banco pone a sus servicios. Así, "Como tales partes



Código:		Fecha	
Firmado Por	MARÍA LÓPEZ MARTÍNEZ PEDRO ANGEL ABOLAFIA DEL BALZO		
URL de verificación		Página	11/17



principales del precio del préstamo, el interés remuneratorio y la comisión de apertura son objeto de regulación por las normas tanto de Derecho de la Unión Europea como de Derecho interno, con la finalidad de asegurar su transparencia. Uno de los principales medios de asegurar esa transparencia es que ambas partidas deben incluirse en el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE), que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo, por lo que podrá realizar una comparación con otras ofertas en tanto que la TAE constituye un instrumento de medida homogéneo, y podrá tomar conciencia del sacrificio patrimonial que la concesión del préstamo le supondrá.

Tanto el interés como la comisión de apertura deben incluirse en la información precontractual sobre el precio total del producto o servicio que exige el actual art. 60.2 TRLCU y, específicamente, en las fichas de información normalizada reguladas en esa normativa sobre transparencia bancaria".

Puesto que la comisión de apertura es componente sustancial del precio del préstamo, dicha cláusula está excluida del control de contenido ya que conforme al artículo 4.2 de la Directiva 93/13 no es posible el control del equilibrio de las prestaciones.

Sería posible por lo tanto un control de transparencia pero el Tribunal concluye: "Son razones que sustentan la transparencia de esta cláusula que es de general conocimiento entre los consumidores interesados en contratar un préstamo hipotecario el hecho de que, en la gran mayoría de los préstamos hipotecarios, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura además del interés remuneratorio; es uno de los extremos sobre los que la entidad bancaria está obligada a informar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información y, de hecho, suele ser uno de los extremos sobre los que versa la publicidad de las entidades bancarias; se trata de una comisión que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo, lo que hace que el consumidor medio le preste especial atención como parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo; y la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permiten apreciar que constituye un elemento esencial del contrato".

Con posterioridad a esta sentencia se ha dictado la STJUE de 16 de julio de 2020 (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19) y que exige volver a analizar este pacto. En la cuestión prejudicial se planteó "si el artículo 3, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una jurisprudencia nacional que excluye la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura por la razón de que tal comisión es un elemento del precio del contrato en el sentido del artículo 4, apartado 2, de esta Directiva, y que al mismo tiempo considera que tal cláusula cumple por sí misma la exigencia de transparencia que impone esta última disposición".

El Tribunal Supremo consideró que la comisión de apertura es un componente del precio del préstamo y por ello quedaba excluido el control de



Código:		Fecha	
Firmado Por	MARÍA LÓPEZ MARTÍNEZ PEDRO ÁNGEL ABOLAFIA DEL BALZO		
URL de verificación		Página	12/17



contenido de esa cláusula en cuanto al equilibrio de las prestaciones. Sin embargo la STJUE mencionada aclara que "para orientar al juez nacional en su apreciación, resulta oportuno precisar que el alcance exacto de los conceptos de "objeto principal" y de "precio", en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, no puede establecerse mediante el concepto de "coste total del crédito para el consumidor ", en el sentido del artículo 3, letra g), de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo (DO L133, p.66) (sentencia de 26 de febrero de 2015, Matej, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 47). Una comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial de un préstamo hipotecario por el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de este "Además añade que "el Tribunal de Justicia ha destacado que la exigencia de redacción clara y comprensible que figura en el artículo 5 de la Directiva 93/13 se aplica en cualquier caso, incluso cuando una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de esa Directiva y aun cuando el Estado miembro de que se trate no haya transpuesto esta disposición. Tal exigencia no puede reducirse únicamente al carácter comprensible de la cláusula contractual en un plano formal y gramatical (sentencia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, apartado 46)". (...) "la mencionada exigencia debe entenderse de manera extensiva, esto es, en el sentido de que no solo impone que la cláusula en cuestión sea comprensible para el consumidor en un plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concret o del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él".

Los criterios o factores a tener en cuenta para valorar la adecuada información sobre la cláusula los expone el TJUE diciendo " El carácter claro y comprensible de la cláusula objeto del litigio principal debe ser examinado por el órgano jurisdiccional remitente a la vista de todos los aspectos de hecho pertinentes, entre los que se cuenta la publicidad y la información ofrecidas por el prestamista en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo, y teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz". Y concluye: " En estas circunstancias, incumbe al juez nacional comprobar, tomando en consideración el conjunto de circunstancias en torno a la celebración del contrato, si la entidad financiera ha comunicado al consumidor los elementos suficientes para que este adquiera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo. De este modo, el consumidor tendrá conocimiento de los motivos que justifican la retribución correspondiente a esta comisión (véase, por analogía, la sentencia de 26 de febrero de 2015, Matej, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 77), y podrá, así, valorar el alcance de su compromiso y, en particular, el coste total de dicho contrato".



Código:		Fecha	
Firmado Por	MARÍA LÓPEZ MARTÍNEZ PEDRO ANGEL ABOLAFIA DEL BALZO		
URL de verificación		Página	13/17



Así, como se sintetiza en SAP de Zaragoza de 17/12/2020; de todo ello se concluye que:

1- las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de "objeto principal del contrato" deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio respecto de las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto.

2- El hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial de este.

3- En cualquier caso, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro está obligado a 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 miembro.

En cuanto al desequilibrio que puede generar la comisión de apertura se formuló también la pregunta consistente en si "el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura causa en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido".

El TJUE establece al respecto los siguientes criterios: "74 En lo que se refiere al cumplimiento de las exigencias de la buena fe, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de esta, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía esperar razonablemente que este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 50).

75 En cuanto al examen de la existencia de un posible desequilibrio importante, el Tribunal de Justicia ha declarado que este puede resultar meramente de un menoscabo suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentre, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, ya de un obstáculo al ejercicio de estos o de imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 51)



Código:		Fecha	
Firmado Por	MARÍA LÓPEZ MARTÍNEZ PEDRO ANGEL ABOLAFIA DEL BALZO		
URL de verificación		Página	14/17



76 Además, del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13 se desprende que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro contrato del que dependa (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 52)".

Y finalmente el TJUE en atención a la legislación nacional concluye: "A este respecto, debe tenerse en cuenta que, tal como se desprende de las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente, según la Ley 2/2009, las comisiones y gastos repercutidos al cliente deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos. De ello se sigue que una cláusula que surta el efecto de eximir al profesional de la obligación de demostrar que se cumplen estos requisitos en relación con una comisión de apertura podría, sin perjuicio de la comprobación que realice el órgano jurisdiccional remitente a la luz del conjunto de las cláusulas del contrato, incidir negativamente en la posición jurídica del consumidor y, en consecuencia, causar en detrimento de este un desequilibrio importante, contrariamente a las exigencias de la buena fe .

Habida cuenta de las anteriores consideraciones, debe responderse a la undécima cuestión prejudicial en el asunto C-224/19 que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura 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 que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional remitente".

Por lo tanto en ese caso no se puede concluir que la comisión de apertura sea parte del precio, elemento esencial del contrato. Aunque se pudiera conocer del tenor de la cláusula por un consumidor medio el importe de esa comisión y que tiene como finalidad retribuir servicios prestados por la entidad financiera, lo cierto es que la demandada, no se explica ni se concretan cuáles son esos servicios, más aún cuando se fija un porcentaje y sin que se justifique por qué esos servicios en todo caso supondrán ese importe. Por lo tanto no es posible saber si se han prestado efectivamente y el alcance o coste de cada uno de ellos en su caso.

Por lo expuesto, ha de confirmarse el pronunciamiento, con desestimación del recurso formulado por la entidad, sin perjuicio de que, como bien establece la resolución de instancia, no se acredita el pago de cantidad alguna por este concepto, ni se reclamaba en la instancia.



Código:		Fecha	
Firmado Por	MARÍA LÓPEZ MARTÍNEZ PEDRO ÁNGEL ABOLAFIA DEL BALZO		
URL de verificación		Página	15/17



En este mismo sentido SAP de Almería de 15/12/2020 (Rac 914/19)"

En definitiva, debe declararse la nulidad de la cláusula de comisión de apertura con los efectos inherentes a la nulidad, esto es, restitución de las cantidades cobradas por su aplicación, 405 euros, con los intereses legales desde la fecha del cobro hasta que se produzca su efectiva restitución.

SÉPTIMO.- La demandada cuestiona la cuantía de la demanda. Pues bien, la impugnación de la cuantía no afecta al tipo de procedimiento por lo que no cabe un pronunciamiento al respecto en audiencia previa ni en sentencia sin perjuicio de lo que se resuelva en materia de costas y ello con base en el artículo 255.1 LEC (SSAP A Coruña 13/10/2016 y 30/04/2014, entre otras)

En consecuencia, procede la estimación de la demanda.

OCTAVO.- En virtud de lo dispuesto en los arts. 394 y 395 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al estimarse totalmente la demanda, las costas deben ser impuestas a la parte demandada.

En atención a lo expuesto

FALLO

ESTIMO TOTALMENTE LA DEMANDA interpuesta por [REDACTED] representados por el Procurador de los Tribunales D. SALVADOR DIAZ GONZALEZ DE HEREDIA frente a la entidad bancaria BANCO SANTANDER SA, representada por el Procurador de los Tribunales [REDACTED] en consecuencia:

1.- DECLARO la NULIDAD de la Cláusula Quinta relativa a la imposición de gastos a la parte prestamista, en lo relativo a los gastos de tasación, Aranceles Notariales y Registrales y gastos de Gestoría así como de la Clausula Cuarta relativa a la comisión de apertura, contenida en el préstamo con garantía hipotecaria de fecha de de 31 de julio de 2.017 con nº de Protocolo 881 ante el Notario D. David Garrido Puente, concertado entre las partes, por abusivas, debiendo tenerlas por no puestas, subsistiendo el resto de los términos del préstamo hipotecario sin dichas cláusulas.

2.- CONDENO a la entidad demandada a eliminar las mencionadas cláusulas, y, a abonar a la parte actora la cantidad de MIL DOSCIENTOS VEINTE EUROS CON SETENTA Y SIETE CÉNTIMOS DE EURO (1.220,77 €), con el siguiente desglose: Tasación, la cantidad de 447,70 euros; los aranceles notariales, la cantidad de 313,27 euros y la totalidad de los gastos de gestoría, la cantidad de 459,80 euros y por la comisión de apertura CUATROCIENTOS CINCO EUROS (405 €); más el interés legal desde su abono, hasta el dictado de la Sentencia, y a



Código:	[REDACTED]	Fecha	[REDACTED]
Firmado Por	MARÍA LÓPEZ MARTÍNEZ PEDRO ÁNGEL ABOLAFIA DEL BALZO		
URL de verificación	[REDACTED]	Página	16/17



partir de la misma, los intereses establecidos en el artículo 576 de la LEC hasta el completo pago.

3.- CONDENO a la entidad demandada al pago de las costas derivadas de este procedimiento.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer Recurso de Apelación para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Almería, que deberá interponerse por escrito presentado en este Juzgado, en el plazo de veinte días siguientes a su notificación. 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, de la que se expedirá testimonio literal para su unión a los autos de su razón, en primera instancia juzgando, la pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Juez firmante de la misma, en el día de su fecha y hallándose celebrando audiencia pública. De todo lo cual como Letrado de la Administración de Justicia doy fe.-

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera 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.



Código:		Fecha	
Firmado Por	MARÍA LÓPEZ MARTÍNEZ PEDRO ANGEL ABOLAFIA DEL BALZO		
URL de verificación		Página	17/17



