



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

XDO. DO MERCANTIL N. 3 PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00182/2020

CALLE LALÍN NÚMERO 4 6ª PLANTA, 36209 VIGO

Teléfono: 886218403 Fax: 886218405

Correo electrónico:

Equipo/usuario: AG

Modelo: S40000

N.I.G.: 36038 47 1 2019 0300262

JVB JUICIO VERBAL 0000102 /2019

Procedimiento origen: /

Sobre CONDICIONES GENERALES CONTRATACION

DEMANDANTE D/ña. ASOCIACION DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORROS Y SEGUROS DE ESPAÑA:
“ADICAE”

Procurador/a Sr/a. MARIA JESUS NOGUEIRA FOS

Abogado/a Sr/a. KARINA DEL CARMEN FABREGAS MARQUEZ

DEMANDADO D/ña. BANCO DE SANTANDER S.A.

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA 182/2020

En Vigo, a once de noviembre de dos mil veinte.

Vistos por el Ilmo. Sr. Burguillo Pozo, MAGISTRADO titular del Juzgado de lo Mercantil Número tres de Pontevedra, los presentes autos de JUICIO VERBAL seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como demandante la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORROS Y SEGUROS DE ESPAÑA (ADICAE) con Procurador Sra. Nogueira Fos, frente a la entidad financiera BANCO SANTANDER S.A., con Procuradora Sra.

, en ejercicio de ACCION COLECTIVA DE CESACIÓN Y NULIDAD POR ABUSIVIDAD y SUBSIDIARIA DE RESTITUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE COBRADAS EN APLICACIÓN DE DICHAS CLAUSULAS NULAS, se dicta esta sentencia en base a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora actora se presentó demanda de Juicio Verbal que por reparto correspondió a este Juzgado, frente a la entidad financiera demandada en la que, tras exponer en párrafos separados y numerados los hechos en que fundaba su pretensión y alegar los fundamentos de derecho que entendió aplicables al caso, terminaba por pedir al Juzgado se dictara sentencia por la que:

1º se declare que la cláusula controvertida es una condición general de la contratación.

2º que se declare su nulidad de pleno derecho y se condene a eliminarlos de los contratos de préstamo hipotecarios de la



demandada, en cuanto tengan entre sus condiciones generales de la contratación la cláusula quinta descrita en los hechos.

3° se condene a la demandada a que se abstenga de utilizarlas en lo sucesivo.

4° que el contrato seguirá vigente en todo lo restante no afectado por esta demanda.

5° Se condene a la demandada a devolver a los afectados, sean adheridos a esta demanda, sus causahabientes, o los que pudiesen adherirse posteriormente, todas las cantidades que hubiera cobrado o dejado de pagar por la imposición de ésta cláusula.

6° Se condene a la demandada a devolver a los afectados, sean adheridos a esta demanda, sus causahabientes, todas las cantidades, esté o no el contrato vigente.

7° en los dos casos anteriores se abonarán a los usuarios afectados todos los gastos que se les hubiere provocado por tales y puedan justificar.

8° que se les condene además a abonar desde la fecha de pago de cada uno de esos gastos los intereses legales de tales cantidades.

9° Los requisitos se fijarán bien en sentencia, bien en ejecución de sentencia.

10° Los pronunciamientos de condena a devolver las cantidades ya cobradas y a indemnizar los daños y perjuicios beneficiarán a todos los adherentes que hayan abonado indebidamente tales cantidades, estableciendo en su caso los requisitos necesarios para exigir el pago.

11° que se declare la publicación de la sentencia, con cargo a la demandada, tanto en el Boletín Oficial del registro mercantil como en dos periódicos de los de mayor circulación de ámbito nacional.

12° que se decrete la inscripción de la sentencia estimatoria en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación de Santander.

13° Que se condene en costas a la demandada.

14° la sentencia deberá señalar un plazo para su cumplimiento por la empresa demandada, e imponer una multa coercitiva por





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

cada día de retraso en el cumplimiento de la sentencia, se interesa que se fije la cantidad de 1.000 euros diarios.

La parte actora alegaba que la cláusula quinta introducida por el Banco de Santander en los contratos hipotecarios, fija la imposición de todos los gastos que origine la escritura a los consumidores. Que estas cláusulas no son negociadas individualmente, que son contrarias a la buena fe y producen importantes desequilibrios de los derechos y obligaciones de las partes. Que la cláusula no supera el control de transparencia material.

No supera el control de abusividad y son ambiguas tales cláusulas, lo que supondrá la no incorporación al contrato.

SEGUNDO.- Por Decreto se admitió a trámite la demanda, emplazando a la demandada, con las formalidades legales de rigor, a fin de que, en el plazo de diez días, se personase en autos y contestase a la demanda representada por Procurador y asistida de Letrado, lo que se verificó en tiempo y forma, oponiéndose a la misma, y alegando fundamentalmente lo siguiente:

El retraso desleal en el ejercicio de la acción que supone la prescripción de la misma, así si bien la acción de cesación es imprescriptible, la acción de indemnización está sujeta a prescripción de 15 años desde que la acción pudo ejercitarse. Que los hechos se ciñen a cuestiones esencialmente jurídicas. Que existe defecto legal en el modo de proponer la demanda por no cuantificar las cantidades solicitadas.

TERCERO.- Que se acordó por este juzgado, previo traslado a las partes y al ministerio fiscal, la suspensión del procedimiento por auto de nueve de junio de dos mil veinte a la espera de la resolución de la cuestión prejudicial por el juzgado mercantil nº 1 de Badajoz.

CUARTO.- En fecha diecinueve de octubre de dos mil veinte se presenta por la Procuradora Se. Nogueira Fos, en representación de ADICAE, escrito comunicando la resolución del TJUE en sentencia 16 de julio de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con base en la legislación en materia de condiciones generales de la contratación, se ejercita por la parte actora acción de cesación basada en el artículo 12.2 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (7/1998, de 13 de abril), a la que se le acumula de forma accesoria,



tal y como permite el párrafo 2º del artículo 12.2 de la mentada Ley , la acción accesorias de devolución de cantidades (restitución de lo pagado indebidamente) y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiera causados la aplicación de la condición general de la contratación, de la cláusula quinta de imputación de gastos (notaría, registro, gestoría, tasación e IAJD) de las escrituras de préstamo que fueron impuestas por la parte demandada, y la restitución de las cantidades pagadas por estos conceptos (Notaría, Registro, gestoría, tasación e IAJD) más los intereses legales desde la fecha de cada cobro.

Por su parte, la demandada se opone a la demandada, alegando la plena validez de las cláusulas controvertidas, que fueron negociadas individualmente con el prestatario y no impuestas por la entidad financiera, siendo además las cláusulas sencillas y de fácil comprensión, cumpliendo los controles de transparencia exigidos por la normativa comunitaria de defensa de los consumidores y usuarios. Alega además la demandada que la escritura pública se otorgó en presencia de fedatario público (Notario) que da fe de su contenido así como de que la parte prestataria ha sido informada del contenido de la escritura.

Se alega asimismo prescripción por retraso desleal en la proposición de demanda y defecto legal en el modo de proponer la demanda.

Respecto a la prescripción, la acción de cesación es imprescriptible a ello se aquieta incluso la parte demandada, más dudas han surgido respecto a la prescripción de la acción resarcitoria, así la sentencia de la AP de Barcelona, Civil, sección 15, del 07 de octubre de 2020, se refiere a estas cuestiones, concluyendo en la prescripción de tales acciones resarcitorias, fundamentando tal conclusión en la necesidad de mantener la vigencia de la seguridad jurídica.

Sin embargo nos decantamos por entender que la acción es imprescriptible, ciertamente cabe sostener que la restitución es un efecto directo de la nulidad, apreciable incluso de oficio y que no es posible distinguir dos acciones donde sólo hay una, acción que está sometida a un único régimen jurídico en materia de prescripción. Además, no se explica qué interés puede tener el consumidor en la nulidad si no lleva aparejada la remoción de sus efectos, cuando éstos son una consecuencia directa y necesaria de aquélla. Por último, en defensa de esta tesis se puede aludir a la retroactividad plena de la nulidad de las cláusulas abusivas, que produce efectos *ex tunc* (STJUE de 21 de diciembre de 2016 en relación con la cláusula suelo) difícilmente compatibles con el establecimiento de un plazo





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

de prescripción o de caducidad. Por ello cabe desestimar en el presente procedimiento la excepción de prescripción alegada por la demandada.

SEGUNDO.- En cuanto al defecto legal en el modo de proponer la demanda, debe desestimarse la excepción procesal en cuanto a la nulidad y restitución de las cantidades indebidamente abonadas que abordamos con anterioridad, como consecuencia de la esencia misma de las acciones colectivas, que van dirigidas a obtener resoluciones que afecten a una generalidad de personas y como tal no puede exigirse especificidad en los conceptos a que nos hemos referido antes.

Sin embargo habrá que examinarla a continuación respecto a los suplicos que reclaman cantidades que se puedan justificar a futuro por gastos que se hubieren originado por tal cláusula, donde a nuestro juicio sí puede existir tal defecto legal, para cuyo análisis remitimos al fundamento jurídico cuarto.

TERCERO.- Es objeto de controversia la cláusula quinta de la escritura objeto de la presente litis, que, con carácter genérico, atribuye al prestatario la totalidad de los gastos, tributos e impuestos que origina la escritura, así como su inscripción registral.

Cabe indicar que en el caso de autos es plenamente aplicable a la parte actora la normativa de defensa de los consumidores y usuarios.

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), 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).

Lo primero que llama la atención de estas cláusulas, tal y como puso de manifiesto la STS de 23 de diciembre de 2015 y destaca la reciente SAP de Palma de Mallorca, sección 5ª, de 9 de noviembre de 2017, es su redacción abierta y con vocación omnicomprendensiva, que evidencia su falta de proporcionalidad y de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que de por sí sólo es suficiente para considerar estas cláusulas como abusivas.

- Análisis jurisprudencial

Con carácter previo es necesario evaluar la normativa reguladora.

- Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre por el que se aprueba el Arancel de los Notarios (norma 6.ª del Anexo II) dispone que «los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente».

- el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre por el que se aprueba el arancel de los registradores de la propiedad (norma 8.ª del Anexo II) la obligación se impone a «aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación». Si bien en caso de que la inscripción la solicite quien transmite el derecho o quien tenga interés en asegurar el derecho a inscribir, el arancel deberá abonarlo el transmitente o el interesado.

Tales preceptos han sido considerados e interpretados en la STS, SALA PRIMERA, DE LO CIVIL, SENTENCIA 705/2015, DE 23 DE DICIEMBRE, REC 2658/2013, en la que considera que los gastos notaria, aranceles notariales, como los de los Registradores de la Propiedad, cuando se trata de escritura de préstamos con garantía hipotecaria, el interés principal en la documentación e inscripción en el Registro de la Propiedad es el de la entidad bancaria, dado el carácter constitutivo de la inscripción, que le permite obtener título ejecutivo, y la posibilidad de recurrir a un procedimiento de ejecución especial (art 1875 cc, 2.2 lh, 685 LEC).

El TS considera que dicha cláusula, por la que se atribuye al prestatario el pago de tales gastos no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos, como consecuencia de la intervención notarial o





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 el beneficiario 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 ni hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada, y que además aparece recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas, artículo 89.2 TRLD CYU.

A la vista de lo anterior, y las conclusiones y consideraciones dadas por el TS, podemos decir que la cláusula quinta impuesta por el BANCO SANTANDER, objeto del presente procedimiento, debe declararse nula en todos los supuestos, al imponer a los demandantes la totalidad de los gastos derivados del otorgamiento de la escritura, que se refieren a conceptos que no solo revierten a favor de la parte prestataria, sino también de la entidad, si tenemos en cuenta que a tenor de los artículos 685.2 y 4 LEC, en los que se exige la aportación con la demanda ejecutiva, para el caso de bienes hipotecados y pignorados, que se acompañe certificación del Registro de la Propiedad que acredite la inscripción, y la subsistencia de la hipoteca, o por otro lado, el artículo 682.2.1º LEC, donde se prevé que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta.

Ni que decir tiene el efecto beneficioso para la entidad de la existencia de un crédito garantizado con hipoteca, siempre que aparezca inscrita, si lo analizamos desde el punto de vista de la prelación de créditos, artículo 1923.3º cc, donde los créditos hipotecarios y los refaccionarios, ANOTADOS E INSCRITOS en el Registro de la Propiedad, gozan de preferencia sobre los bienes hipotecados o los que hubieran sido objeto de refacción.

La declaración de abusiva, comportará la nulidad, y la consiguiente inaplicación de una cláusula con condición general de la contratación, no negociada, redactada y predispuesta por la entidad.

Consecuencias de la declaración de nulidad

En este sentido, la STS 46/2019, de 23 de enero, del Pleno, en su FD 6ª recuerda que "el efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva y previsto en el art. 1303 CC no es directamente aplicable, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver, sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de



la propiedad, gestoría, tasador, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva. No obstante, como el art. 6.1 de la Directiva 93/13 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, debe imponerse a la entidad prestamista el abono al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubieran correspondido abonar de no haber mediado la estipulación abusiva", tratándose de "una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Y también tiene similitudes analógicas con el pago de lo indebido, en cuanto que el consumidor hizo un pago indebido y la entidad prestamista, aunque no hubiera recibido directamente dicho pago, se habría beneficiado del mismo, puesto que, al haberlo asumido indebidamente el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía".

Dicho lo anterior, respecto de la restitución de los gastos, recientemente las SSTS, del Pleno, 44, 46, 47, 48 y 49/2019, establecen un criterio muy claro de distribución de los gastos de Notaría, Registro y Gestoría, señalando al respecto el FD 3ª de la STS 46/2019 que:

"Gastos notariales

1.- En lo que respecta a los gastos de notaría, el art. 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en Arancel.

En primer lugar, la diversidad de negocios jurídicos -préstamo e hipoteca- plasmados en la escritura pública no se traduce arancelariamente en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado; sino que, en armonía con lo antes razonado, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario.

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

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

Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4ª LEC), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria.





Es decir, como la normativa notarial habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor -por la obtención del préstamo a un interés generalmente inferior al que pagaría en un contrato sin garantía real-, como el prestamista -por la garantía hipotecaria-, es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento.

2.- Esta misma solución debe predicarse respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación.

3.- En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto.

4.- Por último, respecto de 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.

Gastos de registro de la propiedad

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

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

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

A diferencia, pues, del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho.

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

3.- En cuanto a la inscripción de la escritura de cancelación, ésta libera el gravamen y, por tanto, se inscribe en favor del prestatario, por lo que le corresponde este gasto.



Gastos de gestoría

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

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

2.- Ante esta realidad y dado que, cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad”.

Por tanto, **procede reconocer el derecho a la restitución del 50% de los gastos de Notaría así como el 100% de los gastos de Registro** de la escritura de hipoteca.

En cuanto a los gastos de **Tasación**, en fechas recientes el **TJUE dictó su sentencia de 16 de julio de 2020**, resolviendo las cuestiones prejudiciales planteadas por los Juzgados de 1ª Instancia nº 17 de Palma de Mallorca y 1ª Instancia e Instrucción nº 6 de Ceuta, en los asuntos acumulados C- 244/19 y C- 259/19.

En las cuestiones prejudiciales primera a sexta en el asunto C-224/19 y en las dos cuestiones prejudiciales del asunto C-259/19, relativos a los efectos de la nulidad de la cláusula que estipula los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, se le preguntó al TJUE, fundamentalmente, si el art. 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1 de la Directiva 93/13/ CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe 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 dicha cláusula.

El TJUE concluye en los apartados 54 y 55 de la sentencia, tras unas consideraciones generales sobre los efectos de la nulidad de la cláusula contractual, indicando:

"54. Una vez recordadas estas consideraciones, procede asimismo señalar que el hecho de que deba entenderse que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido justifica la aplicación de las disposiciones de Derecho nacional que puedan regular el reparto de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en defecto de acuerdo entre las partes. Pues bien, si estas disposiciones hacen recaer sobre el prestatario la totalidad o parte de estos gastos, ni el artículo 6, apartado 1, ni el artículo 7, apartado 1 de la Directiva 93/13 se oponen a que se niegue al consumidor la restitución de la parte de dichos gastos que el mismo deba soportar.

55. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, debe responderse a las cuestiones prejudiciales primera a sexta en el asunto C- 224/19 y a las cuestiones prejudiciales en el asunto C- 259/19 que el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula contractual abusiva que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de dicha 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".

En consecuencia, el TJUE confirma la doctrina jurisprudencial fijada por el Pleno de la Sala 1ª del TS en sus sentencias nº 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero, y así lo consideró el Alto Tribunal en su reciente **sentencia nº 457/2020, de 24 de julio** (Pte. D. Juan María Díaz Fraile), en la que se pronuncia sobre el reintegro de los gastos de notario, registro de la propiedad e IAJD, manteniendo su criterio.

Sin embargo, el TS aún no se pronunció sobre la cuestión de a quien le corresponde, en ausencia de cláusula contractual nula, asumir el pago de la tasación, si al prestamista, si al prestatario o a ambos por mitad.

Es consolidado el criterio de la secc.1ª de la AP Pontevedra, según el cual no es abusiva al consumidor la cláusula que le



atribuye el pago de los gastos de tasación al prestatario. En este sentido se pronunció ya la Sala en su sentencia nº 175/2014, de 14 de mayo, en la que señaló:

"la imputación al comprador hipotecante de los gastos de tasación del inmueble y los de comprobación de su situación registral no suscita dudas de legalidad. Se trata de gastos precontractuales que normalmente asume el que comprador en tanto que obligado a poner a disposición del prestamista los datos necesarios para la elaboración de la oferta correspondiente, tanto en cuanto al principal como, en su caso, las condiciones en que se establece la hipoteca. Es cierto que, en muchas ocasiones, la tasación se realiza por entidades dependientes o participadas por la entidad financiera que a va a conceder el préstamo. "

Este criterio que mantuvo, entre otras muchas, por ejemplo, en sus sentencias nº 218/19, de 15 de abril y más reciente en la nº 367/2020, de 23 de junio (en ambas Pte. D Manuel Almenar), en la que se expresa:

"(...) si bien en los casos en que el inciso de la cláusula relativo a los gastos de tasación también se declaraba nulo por abusivo en la sentencia de instancia y este extremo no era objeto de recurso, debatiéndose únicamente los efectos de esa declaración de nulidad, manteníamos que, para este específico supuesto, expulsada la cláusula del contrato y en ausencia de previsión alguna, los gastos debían repartirse por mitad, lo cierto es que, tras la aprobación de la Ley de Crédito Inmobiliario a la que luego nos referiremos, se decidió unificar la decisión en el sentido de interpretar que, en cualquier caso, el pago de los servicios de tasación debía ser asumido por el prestatario, al menos en tanto no se pronuncie la Sala Primera sobre este particular."

Tras el dictado de STJUE de 16 de julio de 2020 queda claro que, una vez expulsada la cláusula de gastos del contrato, en ausencia de disposición de derecho nacional que le atribuya la totalidad o parte del gasto al prestatario, le corresponde al banco prestamista el reintegro de lo pagado por aquel en aplicación de la cláusula nula por abusiva.

La Ley 5/19, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (vigente desde el 16 de junio de 2019) establece que los gastos de tasación del inmueble hipotecado corresponden al prestatario (art. 4. 1 i)), pero esta norma- lógicamente- no era aplicable al contrato que nos ocupa, al no encontrarse vigente cuando se formalizó.





ADMINISTRACION DE JUSTICIA



ADMINISTRACION DE XUSTIZA

La secc. 1ª de la AP Pontevedra ha concluido en sus reiteradas sentencias que antes de la entrada en vigor de la Ley 5/19 no existía en el ordenamiento jurídico español norma sectorial que regulase a quien le corresponde asumir la tasación del inmueble hipotecado, por lo que, expulsada la cláusula del contrato, en ausencia de previsión alguna y en aplicación de la jurisprudencia del TJUE, es el banco prestamista el que debe asumir su abono, al imputarle el pago al consumidor en virtud de una cláusula declarada nula por abusiva.

Ese mismo criterio debe aplicarse en cuanto a los gastos de **gestoría**, toda vez que el tribunal Supremo en Sentencia de 23 de Enero de 2019 razonó la ausencia de norma legal o reglamentaria, de manera que aplicando la doctrina del TJUE debe asumir ese gasto íntegro el prestamista.

En atención a lo expuesto procede condenar a la parte demandada a la restitución de las cantidades indebidamente abonadas por los consumidores, en los términos que se fijan en los párrafos anteriores.

CUARTO.- En relación a las cantidades reclamadas en las cuantías no acreditadas con las correspondientes facturas y que se refieren a cualquier tipo de gastos que se acrediten a futuro que se hubieran originado como consecuencia de estas cláusulas, con independencia de otras consideraciones de fondo sobre la procedencia de la restitución total o parcial de dichos conceptos conforme a los criterios jurisprudenciales vigentes, no puede condenarse a la restitución de dichas cantidades que ni siquiera justifica la actora a día de hoy y que se refieren en el suplico a gastos que se prueben en ejecución de sentencia o a gastos que posteriormente se justifiquen se hubieran provocado al adherente.

No parece tampoco razonable, ni conforme a las reglas de la distribución de carga de la prueba ni de facilidad y disponibilidad probatoria, exigirle a la entidad financiera demandada la aportación de dichas facturas, respecto de las cuales no es el obligado al pago. Por otra parte, acceder a las pretensiones actoras en este punto, requiriendo las facturas a la parte demandada, hubiera resultado no sólo impertinente, en base a las reglas de carga de la prueba y disponibilidad probatoria antes aducidas, sino inútil, ya que es previsible que la entidad financiera no disponga de unas facturas que no han sido giradas a su nombre, y, en cualquier caso, de haberlas poseído en algún momento, no estaría obligada a conservar en su poder, dado el tiempo transcurrido.



Pudo la actora, si no conserva la factura, pedir su aportación a las empresas y profesionales que prestaron los servicios (Gestoría, Notaría y Registro), e incluso hacerlo mediante la interposición de Diligencias Preliminares, pero no resulta razonable reclamar la restitución de unos gastos que ni siquiera pueden cuantificarse porque no se justifica que se hayan pagado con las correspondientes facturas.

La protección debida al consumidor y la aplicación de la normativa de defensa de los consumidores y usuarios en los términos de máxima garantía en los procedimientos judiciales, frente a situaciones de desprotección o inferioridad en relación al empresario, no autoriza a llegar a una vulneración absoluta de las reglas de la carga de la prueba, considerando además es Juzgadora que la admisión de reclamaciones de restitución gastos hipotecarios sin justificar mediante las correspondientes facturas la realización de dichos gastos, además de vulnerar la Ley Rituaria en materia de carga de la prueba, en los términos antes expuestos, fomentaría la litigiosidad de manera alarmante, con una notable falta de seguridad jurídica, ya que cualquiera podría reclamar la restitución de una cantidad indeterminada, que no justifica haber pagado, acudiendo a un procedimiento judicial para que, desde el Juzgado y utilizando los escasos recursos de la Administración de Justicia se obtengan las facturas que cualquier persona, observando una diligencia media en el cuidado de sus asuntos, debió conservar si pretende reclamar su restitución.

En atención a lo expuesto no puede prosperar en este punto la pretensión actora, en lo referente a la restitución de cantidad.

QUINTO.- En relación a la publicidad e inscripción de la sentencia el artículo 11.4 y 22 LCGC establece la obligatoriedad, así se refiere a lo siguiente "Serán objeto de inscripción las ejecutorias en que se recojan sentencias firmes estimatorias de cualquiera de las acciones a que se refiere el apartado anterior. Obligatoriamente se remitirán al Registro de Condiciones Generales las sentencias firmes dictadas en acciones colectivas o individuales por las que se declare la nulidad, cesación o retractación en la utilización de condiciones generales abusivas".

El artículo 21 LCGC dispone que "El fallo de la sentencia dictada en el ejercicio de una acción colectiva, una vez firme, junto con el texto de la cláusula afectada, podrá publicarse por decisión judicial en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» o en un periódico de los de mayor





circulación de la provincia correspondiente al Juzgado donde se hubiera dictado la sentencia, salvo que el Juez o Tribunal acuerde su publicación en ambos, con los gastos a cargo del demandado y condenado, para lo cual se le dará un plazo de quince días desde la notificación de la sentencia”.

Ante tal redacción se considera necesario por el tribunal acordar su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en un periódico de los de mayor circulación de la provincia correspondiente a este Juzgado, y ello por entender que es necesario para la publicidad de la sentencia que contiene acción colectiva.

En cuanto a la extensión de efectos para los adherentes de tales cláusulas, la sentencia del TS de fecha 8 de junio de 2017, dictada por la Sala de lo Civil, se plantea como cuestión previa al fondo del asunto, qué eficacia debe darse a la sentencia firme estimatoria dictada en un proceso en que se ejercitó una acción colectiva de cesación respecto de los procesos sobre acciones individuales.

Para dirimir esta cuestión el Tribunal Supremo aplica el siguiente razonamiento jurídico. En primer término, apunta que en materia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, las acciones individuales y colectivas tienen objetos y efectos jurídicos diferentes, de modo que no puede extenderse de manera automática un efecto de cosa juzgada de una acción colectiva de cesación a todas las cláusulas iguales insertas en todos los contratos en vigor.

No obstante lo anterior, desde el prisma de la función tuitiva que tiene la acción colectiva, ésta se vería totalmente frustrada si su éxito no tuviera trascendencia alguna en procesos pendientes o futuros en que se ejercita la acción individual respecto de la misma cláusula.

Partiendo de los referidos principios jurídicos, el Tribunal concluye que la declaración de nulidad y cesación en el uso de una cláusula suelo por falta de transparencia en ejercicio de la acción colectiva, como norma general, debe traer como consecuencia que en aquellos litigios en los que se esté ejercitando una acción individual respecto de esa cláusula suelo utilizada por el banco, el juez aprecie el carácter abusivo de la cláusula por las razones expresadas en aquella sentencia.

Por último, el Tribunal Supremo matiza que el Juez podrá negar el carácter abusivo de la cláusula, cuando consten el litigio circunstancias excepcionales referidas al perfil del cliente o a la información suministrada por el banco que justifiquen que las razones por las que se estimó la abusividad de la cláusula en la sentencia que resolvió la acción colectiva no sean aplicables en ese litigio sobre acción individual.



SEXTO.- En relación a las costas, conforme a lo dispuesto en el art. 394.2 LEC, habiéndose estimado parcialmente la demanda, no procede hacer imposición expresa de las mismas, debiendo satisfacer cada parte las causadas a su instancia, y las comunes por mitad.

FALLO

ESTIMANDO PARCIALMENTE COMO ESTIMO la demanda presentada por la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORROS Y SEGUROS DE ESPAÑA (ADICAE) con Procuradora Sra. Nogueira Fos, frente a la entidad financiera BANCO SANTANDER S.A., con Procuradora Sra. DEBO DECLARAR Y DECLARO lo siguiente:

1 Que la cláusula controvertida es una condición general de la contratación.

2 Se declara su nulidad de pleno derecho y se condena a eliminarla de los contratos de préstamo hipotecarios de la demandada, en cuanto tengan entre sus condiciones generales de la contratación la cláusula quinta descrita en los hechos.

3 Se condena a la demandada a que se abstenga de utilizarlas en lo sucesivo.

4 Que el contrato seguirá vigente en todo lo restante no afectado por esta demanda.

5º Se condene a la demandada a devolver a los afectados, sean adheridos a esta demanda, sus causahabientes, o los que pudiesen adherirse posteriormente, las cantidades abonadas conforme a los criterios fijados en el fundamento de derecho tercero.

6º Se condena a la demandada a devolver a los afectados, sean adheridos a esta demanda, sus causahabientes, todas las cantidades, esté o no el contrato vigente, en las cuantías anteriormente fijadas.

7º Se desestima la posibilidad de abono de gastos a futuro que los consumidores pudieran acreditar.





8º Se condena además a abonar desde la fecha de pago de cada uno de esos gastos los intereses legales de tales cantidades.

9º Se condena a la publicación de la sentencia, con cargo a la demandada, en el Boletín Oficial del registro mercantil como en un periódico de los de mayor circulación de ámbito nacional.

10º que se decrete la inscripción de la sentencia estimatoria en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación de Santander.

11 No se condena en costas a ninguna de las partes.

12 Se desestima la imposición de un plazo para el cumplimiento de sentencia en esta fase del procedimiento, por ser petición propia de fase de ejecución de sentencia.

MODO DE IMPUGNACIÓN. : 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 Palma de Mallorca, el cual se interpondrá por medio de escrito presentado ante este Juzgado dentro del plazo de VEINTE DÍAS, a partir del siguiente al de su notificación en la forma establecida en el artículo 458 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil .

Asimismo, adviértase a las partes que el recurso no se admitirá a trámite si no acreditan, al interponerlo, haber constituido, mediante su consignación en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado, un depósito por importe de 50 euros, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, así como el importe de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el orden jurisdiccional civil establecida por la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (BOE núm. 280, de 21 de noviembre de 2012), modificada por el Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita (BOE núm. 47, de 23 de febrero de 2013), modificada nuevamente por el artículo 11 del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda



oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2015).

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

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 tutelar 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.

Asinado por: SANCHEZ GARRIDO, MARIA LUISA
Data e hora: 11/11/2020 13:03:20

Asinado por: BURGUILLO POZO, SERGIO
Data e hora: 11/11/2020 11:36:34

