



JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6 OVIEDO

SENTENCIA: 00617/2021

C/ CONCEPCIÓN ARENAL N° 3, QUINTA PLANTA 33071, OVIEDO (ANTES COMANDANTE CABALLERO)
Teléfono: 985968894/95, Fax: 985968897
Correo electrónico: juzgadoinstancia6.oviedo@asturias.org

Equipo/usuario: ALA
Modelo: N04390

N.I.G.: 33044 42 1 2021 0000747

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000210 /2021

Procedimiento origen: /

Sobre COND. GNRLS. CTRTO. FINAC. GARNT. INMO. PRSTARIO. PER. FIS

DEMANDANTE D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. ANTONIO SASTRE QUIROS

Abogado/a Sr/a. [REDACTED]

DEMANDADO D/ña. BANCO DE SANTANDER

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Abogado/a Sr/a. [REDACTED]

SENTENCIA N° 617/21

En Oviedo, a trece de Abril de dos mil veintiuno.

Vistos por D. [REDACTED], Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n° 6 de Oviedo y su Partido Judicial, los autos del Juicio ordinario NUM 210/21, promovidos por el Procurador D. Antonio Sastre Quirós, en nombre y representación de [REDACTED], asistidos del Letrado D. [REDACTED], contra la entidad "Banco Santander", representada por la Procuradora [REDACTED] y defendida por la Letrada [REDACTED], en el ejercicio de la acción de nulidad, vengo a dictar la presente sentencia sobre la base de lo siguiente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador de los Tribunales Sr. Sastre, en la representación anteriormente indicada, se interpuso demanda de Juicio ordinario, que turnada correspondió al presente Juzgado, sobre la base de los hechos que plasmó en el escrito iniciador del presente procedimiento, que aquí se dan por reproducidos en aras a la brevedad, para a continuación, tras alegar los fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminar suplicando que se dictase una sentencia por la que se



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

Firmado por: [REDACTED]
13/04/2021 11:47
Minerva

Firmado por: [REDACTED]
13/04/2021 13:55
Minerva



condenase a la entidad demandada en los términos que son de ver en el suplico de la demanda.

SEGUNDO.- Por decreto, se admitió a trámite la demanda presentada, de la que se dio traslado a la parte demandada para que contestara a la misma, trámite que efectuó en la forma y manera que es de ver, convocándose por diligencia de ordenación a las partes a la correspondiente audiencia previa.

TERCERO.- En el día y hora señalada, se celebró la audiencia previa a la que acudieron ambas partes con poder suficiente para actuar en la misma. No pudiendo llegarse a ningún acuerdo, las partes propusieron los medios de prueba que estimaron oportunos en defensa de sus intereses, admitiendo SS^a las que estimó pertinentes y útiles, y teniendo en cuenta que únicamente fue la documental, de conformidad con lo previsto en el art. 429.8 de la LEC, los autos quedaron vistos para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Ejercita la parte actora en la demanda que ha dado origen al presente procedimiento, la acción de nulidad por abusiva de la cláusula gastos, inserta en la escritura de préstamo hipotecario aportado con la demanda y ello, por ser una cláusula completamente abusiva de conformidad con lo previsto en los artículos 80.1 y sig del TRLGDCU, así como el resto de la normativa alegada en la demanda, interesando las condenas que son de ver en el suplico de la misma.

Frente a tales pretensiones, se alza la entidad demandada alegando la validez de la cláusula en tanto la misma fue negociada y aceptada por el actor, debiendo tener entrada la teoría de los actos propios y/o el retraso desleal, interesando la desestimación de la demanda, máxime cuando no se puede reconocer al actor su condición de consumidor, sin olvidar que existe una clara falta de legitimación activa al faltar uno de los prestatarios.

SEGUNDO.- Planteado el objeto de debate en los términos antes indicados, y teniendo en cuenta que las acciones ejercitadas en la demanda ni caducan ni prescriben como así tiene reconocido la sección primera de nuestra Audiencia que en su sentencia de 16 de septiembre del 2019, la excepción relativa a la falta de legitimación activa, debe ser desestimada y ello, por cuanto no existe en nuestra LEC,



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



precepto alguno que obligue a tener que interponer una demanda como la que nos ocupa, por parte de todos los prestatarios, de ahí que la ausencia de la Sra. Calvo, resulta a todas luces irrelevante, dado que el actor puede perfectamente, mientras no conste el rechazo expreso de la antes citada, interponer una demanda e interesar no solo la nulidad de la cláusula, sino el resarcimiento económico pleno, tal y como hace en la demanda que ha dado origen al procedimiento.

Resuelta la excepción, lo primero que hay que indicar respecto a las dudas que alberga la entidad demandada acerca de la condición de consumidor del demandante, es que el concepto de consumidor en la normativa vigente en España se encuentra recogido en el art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Allí se expresa que "a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión". El precepto fue reformado parcialmente por la Ley 3/2014, de 7 de marzo, que incluyó en su ámbito a las personas jurídicas, con la siguiente mención: "Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial".

Con todo, la interpretación del concepto no está exenta de dificultades e incertidumbres, como refleja el estudio de la jurisprudencia, nacional y comunitaria, y las aportaciones doctrinales que se han ocupado del tema.

La STS 230/2019, de 11 de abril, se refiere al concepto legal de consumidor y a su definición en la jurisprudencia del TJUE y del propio TS, con abundante cita de otras resoluciones:

"La STJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16 (asunto Schrems), resume la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de consumidor y establece las siguientes pautas:

(i) El concepto de "consumidor" debe interpretarse en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de éste, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras.

(ii) Sólo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido para la protección del consumidor como parte considerada económicamente más débil, mientras que esta protección no se



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional.

(iii) Dado que el concepto de "consumidor" se define por oposición al de "operador económico" y que es independiente de los conocimientos y de la información de que la persona de que se trate dispone realmente, ni la especialización que esa persona pueda alcanzar en el ámbito del que forman parte dichos servicios ni su implicación activa en la representación de los derechos e intereses de los usuarios de éstos, le privan de la condición de "consumidor".

(iv) Por lo que respecta, más concretamente, a una persona que celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional y que, por tanto, tan sólo es parcialmente ajeno a ésta, el Tribunal de Justicia ha considerado que podría ampararse en dichas disposiciones únicamente en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, sólo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato.

Criterios que han sido reiterados recientemente por la STJUE de 14 de febrero de 2019, C-630/17 (asunto Anica Milivojevic v. Raiffeisenbank St. Stefan- Jagerberg- Wolfsberg eGen), que en relación con la materia litigiosa expresa:

"El concepto de "consumidor" [...] debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16 , EU:C:2018:37 , apartado 29 y jurisprudencia citada).

"Por consiguiente, solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido por dicho Reglamento para la protección del consumidor como parte considerada más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional (sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16, EU:C:2018:37 , apartado 30 y jurisprudencia citada).

"Esta protección particular tampoco se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque esta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional (sentencia de 3 de julio de 1997, Benincasa, C-269/95 , EU:C:1997:337 , apartado 17)".



Como vemos, ha sido la jurisprudencia la que avanzando en los casos ha ido realizando una interpretación del concepto de consumidor.

Pero si tan importante es definir el concepto de consumidor, tampoco le sigue a la zaga el hecho de precisar a qué parte, prestamista o prestatario, le corresponde la carga de la prueba sobre la condición de consumidor.

Por lo que se refiere a la carga de la prueba de la condición de consumidor, el artículo 3 antes citado no se pronuncia sobre quién debe probar que el contratante cae o no dentro del concepto de consumidor, siendo tal una de las carencias que se han denunciado con mayor insistencia por los operadores jurídicos, pues la cuestión puede cobrar evidente importancia. Con carácter general se ha sostenido que resulta de aplicación, al no existir una regulación específica, la contenida en el artículo 217 de la ley de enjuiciamiento civil. En este sentido, comúnmente se sostiene que, en aplicación de las normas generales, la carga de la prueba de la condición de consumidor incumbe a la parte demandante, que es quien afirma tal condición. Lo anterior, sin desconocer los principios de facilidad y disponibilidad probatoria, de tal modo que pudiera corresponder a la parte demandada aportar prueba indiciaria de que no nos encontremos en el ámbito de aplicación de la legislación de consumo, pero comúnmente será el prestatario el que esté en mejor condición para probar el destino del dinero, pensemos en los casos de préstamos <<mixtos>>.

Así, en relación con esta problemática, dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, de 9 de enero de 2.018, con cita de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1ª, de 30 de septiembre de 2.016:

"Respecto a la parte sobre quien pesa acreditar la condición de consumidor y la que debe asumir las consecuencias de su falta de prueba ex art. 217 L.E.Civil, afirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de 30.9.2016 [ROJ: SAP PO 1942/2016] que "... Ciertamente la cuestión a resolver en este recurso se centra en la prueba de la condición de consumidor, y quien ha de sufrir los rigores de la falta de prueba en función de las reglas de la carga de la prueba..", añadiendo que "... Lo expuesto anteriormente ha dado lugar en la praxis judicial al planteamiento de la problemática sobre la prueba de la condición de consumidor, empezando a ser habitual que el profesional, normalmente una entidad financiera y, normalmente en el marco de un contrato de financiación, sostenga que el demandado no es consumidor, a fin de evitar la aplicación de la protección que al mismo otorga la normativa citada sobre cláusulas abusivas. Por el contrario, la contraparte, que en ocasiones también asume la posición de demandante, pretende tener la condición de consumidor, surgiendo especialmente el problema de la carga de



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



la prueba sobre dicha condición. Es decir, cuál de los litigantes deberá soportar las consecuencias de la falta o insuficiencia probatoria sobre la condición de consumidor. Debe resaltarse que sobre esta cuestión no existe norma específica alguna, por lo que debemos acudir a las reglas generales sobre la carga de la prueba que se condensan en el actual art. 217 LEC ...".

Concluye la citada Resolución afirmando que "... en supuestos de insuficiencia probatoria sobre la condición de consumidor, la duda sobre tal hecho relevante solo puede perjudicar a la parte gravada con la carga de su prueba. Y la carga de la prueba corresponde al demandante que sostiene su pretensión de nulidad sobre su condición de consumidor que se convierte en un hecho relevante y se concreta en la finalidad y destino del préstamo, lo que está además en consonancia con el principio de facilidad probatoria que recoge el art. 217.7 LEC, pues es el propio prestatario el que se encuentra en mejor situación para probar el destino del dinero objeto del préstamo...".

Pues bien, trasladada la citada jurisprudencia al caso analizado, es evidente que en modo alguno se puede despojar al actor de su condición de consumidor por el simple hecho de que en la escritura se haga constar que el destino del préstamo era la "reunificación de deudas" dado que no existe en autos prueba alguna aportada por la demandada que acredite que esa refinanciación tuviera como destino deudas generadas por la actividad empresarial, profesional del demandante, tal y como así ha declarado ya la sección primera de nuestra Audiencia Provincial en sus sentencias de 10 y 23 de septiembre del 2020, entre otras.

TERCERO.- Entrando de lleno en el estudio del contenido de la cláusula quinta, y visto como está redactada la misma, la duda estriba en determinar si los términos merecen o no ser declarados nulos atendiendo a la normativa alegada en el escrito rector. Y para ello, se debe partir de la jurisprudencia que al respecto ha dictado el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de Diciembre del año 2015, sobre una cláusula análoga a la ahora enjuiciada, donde viene a indicar que <<En este motivo se cuestiona la aplicación de los supuestos de abusividad previstos en las letras a y c del artículo 89.3 TRLGCU, ya que solo se refieren a contratos de compraventa de viviendas. Asimismo, se aduce que la cláusula se limita a recoger unas atribuciones de gastos o costes a los prestatarios ya previstos en las leyes para determinadas prestaciones realizadas en su favor. Así, se argumenta que el único tributo derivado del contrato de préstamo es el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, cuyo sujeto pasivo es el prestatario. En cuanto a los gastos, teniendo en cuenta que la garantía constituida es una hipoteca unilateral, a tenor del artículo 141 LH, los gastos derivados de esta actuación le corresponden al prestatario, como sucede con los honorarios de notario y registrador. E igual ocurre con las primas del



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



contrato de seguro de daños del bien hipotecado previsto en el artículo 8 de la Ley del Mercado Hipotecario; y con los servicios complementarios realizados a favor del prestatario y a solicitud de éste, como el informe de antecedentes previo a la cancelación de la hipoteca solicitada por el prestatario>>, resolviendo el Alto Tribunal la controversia indicando lo siguiente:

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.

El art. 89.3 TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto "La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (numero 2º), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 3º). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º).

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



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU).

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

En la misma línea la sentencia del TS 842/2011, de 25 de noviembre, con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, señaló, 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.

Siguiendo el hilo conductor indicado, el TS en su sentencia de 9 de Mayo del año 2013, con ocasión de analizar la supuesta nulidad de la famosa y conocida como <<cláusula suelo>> indicó, que: <<a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación, aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario".

CUARTO.- Pues bien, al hilo de lo manifestado, en el presente caso, es evidente que la parte demandada no ha podido demostrar con prueba alguna que no nos encontramos ante una cláusula predispuesta; que fue negociada individualmente con la actora; que ésta aceptase su contenido pese al hecho de que el pago de alguno de los gastos debían correr a cargo de la demandada, existiendo un evidente y claro desequilibrio económico dado que la cláusula enjuiciada atribuye todos y cada uno de los pagos a la parte actora, sin que conste contraprestación alguna por tal hecho, no existiendo prueba alguna que confirme lo establecido por el TJUE en su Sentencia de 14 de Marzo del año 2013, cuando indica, que es obligado examinar si la entidad, en éste caso prestamista, podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa a los prestatarios, aceptarían tal cláusula en el marco de una negociación individual, lo que en el presente caso es más que dudoso cuanto menos, dado que ninguna parte contratante, de saber que a la misma no le corresponde abonar una determinada partida, acepte el pago sin contraprestación alguna, que es lo acontecido en el presente caso.

A mayor abundamiento, que nos encontramos ante una cláusula nula, lo refrenda la sección quinta de nuestra Audiencia Provincial de Asturias, en su reciente Sentencia de fecha 1 de Febrero del año 2017, donde en un supuesto similar al enjuiciado, la Sala ha declarado lo siguiente: <<Centrado el debate en esta alzada, ha de dirimirse sobre el carácter abusivo de una cláusula que en un contrato de préstamo hipotecario impone al consumidor, sin ninguna limitación ni especificación concreta sino más bien de forma genérica, el pago de los gastos y tributos derivados del otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario, y por ello si el referido pacto ha de tildarse de nulo, con las consecuencias a ello inherentes. La recurrente ha invocado los art. 89-2, 89-3-3º a) y c), 89-3-4º, 82-4 y 80 del TRLGCU. Conforme a tales



preceptos, resultan abusivas las cláusulas no negociadas individualmente y que hayan sido predispuestas unilateralmente por el empresario sin respetar la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes y concretamente las que imponen al consumidor hacerse cargo de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponden al empresario, o que impongan al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, o las que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados o que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, vinculen el contrato a la voluntad del empresario, limiten los derechos del consumidor y resulten desproporcionadas. La sentencia de Pleno del TS de 23-12-2.015, que abordó la abusividad de diversas cláusulas establecidas en contratos de préstamo hipotecario celebrados con consumidores, señaló en cuanto a la cláusula conforme a la que se imponían al consumidor los costes derivados de la concertación del contrato, y en lo que aquí interesa, lo que a continuación se indica: " 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. El art. 89.3 TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto "La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (numero 2º), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 3º). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º). 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). Continúa la sentencia indicando que 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>>.

En igual sentido al hasta ahora indicado, en fecha 23 de enero del 2019, el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha dictado una sentencia donde declaraba precisamente la nulidad de una cláusula como la ahora enjuiciada.

En consecuencia, el Juzgador, por todo lo manifestado, estima que efectivamente los términos en los que se encuentra redactada la cláusula quinta, la abocan a su nulidad por abusiva, sin posibilidad de entrada de figuras tales como el retraso desleal; teoría de los actos propios etc, dado que las mismas no tienen cabida en acciones como las enjuiciadas.

QUINTO.- Declarada la nulidad, se debe abordar la reclamación económica que efectúa la parte actora teniendo en cuenta el suplico de la demanda. Así, en el mismo se solicita la restitución de los importes relativos a las facturas de Notaria, Registro y gestoría en la forma establecida por el Pleno del TS en sus sentencias de 23 de enero del 2019, matizadas por las posteriores de 24 de julio y 16 de octubre del 2020. Pues bien, teniendo en cuenta precisamente la citada jurisprudencia, se acoge la mitad de la factura relativa a la Notaria, así como la integridad de las facturas del Registro y gestoría, lo que se traduce en la cantidad de 1163,16 euros, más los intereses legales desde la fecha de pago y hasta la presente sentencia y, desde la misma, los previstos en el art. 576 de la LEC.

SEXTO.- En cuanto a las costas procesales, al haberse estimado la demanda, las mismas se imponen a la entidad demandada, de conformidad con lo previsto en el art. 394 de la LEC.



Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación, así como la jurisprudencia reseñada.

FALLO

Que ESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el Procurador D. Antonio Sastre Quirós, en la representación que tiene encomendada:

1.- Se declara la nulidad por abusiva de la cláusula quinta, debiendo ser eliminada de la escritura.

2.- Se condena a la demandada al pago de 1.163,16 euros, más los intereses legales desde la fecha de pago de cada factura y hasta la presente sentencia y, desde la misma, los previstos en el art. 576 de la LEC.

Las costas se imponen a la entidad demandada.

MODO DE IMPUGNACIÓN: recurso de apelación, que se interpondrá ante el Tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente de la notificación de aquélla. Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos, sin que en ningún caso proceda actuar en sentido contrario a lo resuelto (artículo 456.2 L.E.C.).

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el BANCO SANTANDER en la cuenta de este expediente 3277.0000.04.0210.21 indicando, en el campo "concepto" la indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir, tras la cuenta referida, separados por un espacio la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación"



En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando, en este caso, en el campo observaciones la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA.

Así por esta mi sentencia, juzgando definitivamente en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Juez que la suscribe en audiencia pública y en el día de su fecha. Doy fe. En Oviedo-Asturias.

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.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS