



**JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1
CIUTADELLA DE MENORCA**

SENTENCIA: 00082/2023

C/ REPÚBLICA ARGENTINA S N - CIUTADELLA DE MENORCA
Teléfono: 971481419-971481544, Fax: 971480660
Correo electrónico:

Equipo/usuario: 05
Modelo: M04390

N.I.G.: 07015 4) 1 2023 0000294

OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000158 /2023

Procedimiento origen:

Sobre **RESTO.ACCIO.INDV.CONDIC.GENRLS.CONTRATACION**

DEMANDANTE D/na. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. **MARIA ANTONIA MARTORELL VIVERN**

Abogado/a Sr/a. **JUAN CARLOS GALVAN BARCELÓ**

DEMANDADO D/na. BANCO SANTANDER SA

Procurador/a Sr/a. **COLOMA CASTAÑER ABELLANET**

Abogado/a Sr/a. **DEMETRIO MADRID ALOYSO**

SENTENCIA nº 82/2023

En Ciutadella de Menorca, a once de mayo de dos mil veintitrés.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. JUAN PABLO MOLINA PÉREZ, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de los de Ciudadela de Menorca, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO, que bajo el número arriba indicado se tramitan en este Juzgado, seguidos a instancia de D. [REDACTED], representado por la Procuradora de los Tribunales D^a María Antonia Martorell Vivern, contra Banco Santander SA, representado por la Procuradora de los Tribunales D^a Coloma Castañer Abellanet; sobre acción de nulidad de condiciones generales de la contratación y restitución de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora de los Tribunales D^a María Antonia Martorell Vivern, en nombre y representación de [REDACTED] se



presentó demanda de juicio ordinario por la que, en síntesis, exponía los siguientes hechos:

1. En fecha 31/12/2010 se otorgó Escritura de préstamo con garantía hipotecaria con número de protocolo 715, ante el Ilustre Notario de Mahón [REDACTED]
2. La cláusula 5ª de la escritura de préstamo hipotecario, bajo el epígrafe "gastos a cargo de la parte prestataria" establece que: "*Serán de cuenta de la parte prestataria los gastos de tasación de la finca, así como todos los que origine esta escritura hasta su inscripción en el Registro de la Propiedad, su primera copia con efectos ejecutivos y una copia simple, ambas para el Banco, y los que ocasione en su día la escritura de cancelación, incluidos los correspondientes aranceles notariales y registrales, gastos de tramitación ante cualquier oficina pública e impuestos, gastos y tributos presentes y futuros...*".

La parte actora, tras exponer los fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando que tras los trámites legales recayera resolución por la que se declare la nulidad de la cláusula quinta sobre "gastos" y se condene al demandado a abonar a la parte actora las cantidades abonadas en concepto de Notaría, Registro de la Propiedad y Gestoría, según jurisprudencia, más intereses legales desde el cobro y hasta su completo y efectivo pago; todo ello con expresa condena en costas procesales.

SEGUNDO.- Por Decreto de 31 de marzo de 2023 se admitió a trámite la demanda, y previos los trámites legales de rigor, por la representación procesal de la parte demandada se presentó escrito de contestación y oposición a la demanda por el que, en síntesis, se allanaba a la pretensión de nulidad y se oponía a los efectos restitutorios por prescripción de la acción.

TERCERO.- La audiencia previa al juicio oral tuvo lugar el día señalado al efecto, en la que se resolvieron en su caso las cuestiones procesales planteadas por las partes, con alegaciones sobre la documental aportada, con fijación de los hechos controvertidos expuestos por las partes en sus respectivos escritos.



Formuladas las oportunas alegaciones sobre las excepciones de falta de prescripción de la acción, se deferió el oportuno pronunciamiento al dictado de la resolución final.

Tras proposición de la prueba y admisión de ésta en los términos que constan en el soporte audiovisual (documental por reproducida) y que en aras de la brevedad se tienen por reproducidas, se declaró finalizada la audiencia previa, conclusos los autos y visto para resolver, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 428 y 429.8 LEC, previo traslado a las partes para conclusiones.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han seguido y observado las disposiciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como se deduce de los antecedentes de hecho de la presente resolución, por la parte demandante se promueve acción de declaración de nulidad de cláusula contractual; ello, respecto de la cláusula contractual citada y cuya redacción se contiene en el antecedente de hecho primero de la presente resolución.

A nivel normativo, y por su relevancia al caso de autos, debe especificarse que, según el artículo 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 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. 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"*.

Según el artículo 80 del mismo texto legal *"En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir*



los siguientes requisitos: a) *Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.* b) *Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.* c) *Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas*".

Y añade el artículo 82.1 del texto legal citado que "*Se considerarán 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*", así como el artículo 83.1 que "*Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas...*".

Con anterioridad a la entrada en vigor de aquel Texto refundido, y por su vigencia al tiempo de la suscripción del préstamo hipotecario, establecía el artículo 1 de la Ley 26/1984 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en su artículo 1 que "*A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros*".

Por su parte, señala el artículo 1.303 del Código Civil 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*".



La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores - considerando, entre otras cosas, que los adquirientes de bienes y servicios deben estar protegidos contra el abuso de poder del vendedor o del prestador de servicios, en especial contra los contratos de adhesión y la exclusión abusiva de derechos esenciales en los contratos, que puede obtenerse una protección más eficaz del consumidor mediante la adopción de normas uniformes sobre cláusulas abusivas en el ámbito del mercado común, sin perjuicio de la posibilidad de los Estados miembros, dentro del respeto de a los Tratados constitutivos, de garantizar una protección más elevada al consumidor- introduce el concepto de cláusulas abusivas en su artículo 3, como aquellas *"cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato"*.

A nivel jurisprudencial, merece la pena destacar que conforme la STS 2207/2015 (Nº Recurso 1072/2013) *"Para que se acepte que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación no tienen el carácter de condiciones generales, o de Cláusulas no negociadas, y se excluya el control de abusividad, no basta con incluir en el contrato predispuesto un epígrafe de "condiciones particulares" o menciones estereotipadas y predispuestas que afirmen su carácter negociado (sobre la ineficacia de este tipo de menciones predispuestas por el predisponente, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, nos hemos pronunciado en las sentencias núm. 244/2013, de 18 abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015) ni con afirmar sin más en el litigio que la cláusula fue negociada individualmente. Para que se considere que la cláusula fue negociada es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que llevaron a que la cláusula fuera negociada individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y responde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario"*.

Asimismo, la STJUE 16-1-14 (C-226/12) -EDJ 2014/1288- precisa el significado del término «desequilibrio importante» al indicar: "La existencia de



un «desequilibrio importante» no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato, 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 ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales".

Por otra parte, y respecto de la Sentencia 241/2013 de 9 de mayo del Tribunal Supremo (número de recurso 485/2012), merece efectuar las siguientes consideraciones:

- I. (F8, párrafo 156) "Pues bien, es notorio que en determinados productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados. Quien pretende obtenerlos, alternativamente, deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar. Así ocurre precisamente en el mercado de bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado a que alude artículo 9 del TRLCU. En él se cumple el fenómeno que una de las recurridas describe como "take it or leave it" -lo tomas o lo dejas-".
- II. (F8, párrafo 165) "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. 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".

- III. (F9, párrafo 175) *"En este sentido, la STS 75/2011 , de 2 de marzo, RC 33/2003 , declara que la finalidad tuitiva que procura al consumidor la Orden de 5 de mayo de 1994 en el ámbito de las funciones específicas competencia del Banco de España, en modo alguno supone la exclusión de la Ley 7/98 a esta suerte de contratos de consumidores, como ley general"*.
- IV. (F12, párrafo 215) *"Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente"*.
- V. (F13, párrafo 225) *"En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que: a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas. c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar. d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas"*.
- VI. (F 14, párrafo 233) *"Constituyen requisitos para considerar abusivas las cláusulas no negociadas los siguientes: a) Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada. b) Que en contra de exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato. c) Que el desequilibrio perjudique al consumidor"*.

Establece la Sentencia 147/2018 de 15 de marzo de la Ilma. Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (número de procedimiento 1211/2017), en lo aquí relevante, que *"La jurisprudencia de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de este Tribunal Supremo ha interpretado tales preceptos en el sentido de que, tanto en préstamos como en créditos con garantía hipotecaria, el sujeto pasivo del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario (sentencias de 19 de*



noviembre de 2001 [RC 2196/1996]; 20 de enero de 2004 [RC 158/2002]; 14 de mayo de 2004 [RC 4075/1999]; 20 de enero de 2006 [RC 693/2001]; 27 de marzo de 2006 [RC1839/2001]; 20 de junio de 2006 [RC 2794/2001]; 31 de octubre de 2006 [RC 4593/2001]; 6 de mayo de 2015[RC 3018/2013]; y 22 de noviembre de 2017 [RC 3142/2016]). En tales resoluciones se indica que la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible sea el prestatario, de conformidad con lo establecido en el art. 8 d), en relación con el 15.1. LITPAJD...En cuanto al impuesto sobre actos jurídicos documentados por la documentación del acto -préstamo con garantía hipotecaria- en escritura pública (arts. 27.3 y 28 LITPAJD y 66.3 y 67 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo , por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados -en adelante, el Reglamento-), tiene dos modalidades: a) Un derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta (art. 69 del Reglamento). b) Un derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas (arts. 71 y ss. del Reglamento). El art. 29 LITPAJD , al referirse al pago del impuesto por los documentos notariales, dice: «Será sujeto pasivo 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». Pero el art. el art. 68 del Reglamento del Impuesto contiene un añadido, puesto que tras reproducir en un primer párrafo el mismo texto del art. 29 de la Ley, establece en un segundo apartado: «Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario»".

La Sentencia 49/2019 de 23 de enero de la Ilma. Sala de lo Civil del Tribunal Supremo [Roj: STS 105/2019 - ECLI: ES:TS:2019:105] dispone que "En las sentencias de pleno 705/2015 de 23 de diciembre y 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo, declaramos la abusividad de las cláusulas que, en contratos de préstamo con consumidores, sin negociación y de manera predispuesta, atribuyen indiscriminadamente al consumidor el pago de todos los gastos que generala operación...El Tribunal de Justicia también ha puesto de relieve, en relación con el artículo 5 de la Directiva, que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información



(sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, apartado 44) ...En lo que afecta al pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados habrá que estar a las siguientes reglas: a) Respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario. b) En lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, será sujeto pasivo el prestatario. c) En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario, salvo en aquellos casos en que exista un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales, en los que también se distribuirá el pago del impuesto por la matriz. Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite. d) Las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase están exentas en cuanto al gravamen gradual de la modalidad "Actos Jurídicos Documentados" que grava los documentos notariales". Estas consideraciones han sido reafirmadas por las conclusiones de las sentencias del pleno de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo 1669/2018, 1670/2018 y 1671/2018, de 27 de noviembre, que mantienen la anterior jurisprudencia de esa Sala, a la que nos habíamos remitido en nuestras sentencias de 15 de marzo de 2018... Aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real), ambas son inescindibles y conforman una institución unitaria. Como dijo la sentencia de esta sala 1331/2007, de 10 de diciembre, "el crédito garantizado con hipoteca (crédito hipotecario) no es un crédito ordinario, ya que está subsumido en un derecho real de hipoteca, y por ello es tratado jurídicamente de forma distinta... 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. 517.2.4º LEC), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria.



a un interés generalmente inferior al que obtendría en un préstamo sin dicha garantía. 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-, 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".

Como señala la Sentencia N.º 619/2020 de 17 de noviembre de la Ilma. Sala Primera del Tribunal Supremo (ROJ: STS 3793/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3793) "Respecto de los gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora del impuesto, en la sentencia 49/2019, de 23 de enero, entendimos que como "cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad...Este criterio no se acomoda bien a la doctrina contenida en la STJUE de 16 de julio de 2020, porque con anterioridad a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario, no existía ninguna previsión normativa sobre cómo debían abonarse esos gastos de gestoría. En esa situación, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabía negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva".

La Sentencia número 168/2018 de 19 de abril de 2018 de la Ilma. Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Palencia (Roj: SAP P 185/2018 - ECLI: ES:APP:2018:185) dispone que "Frente al pronunciamiento anulatorio y totalmente restitutorio se alza de forma genérica la parte demandada, hoy recurrente, por entender que no estamos ante una cláusula abusiva. Sin embargo, procede reiterar aquí la decisión de nulidad invocando la sentencia del Pleno de esta Audiencia Provincial nº 259/17, de 16 de octubre,



en la cual se ha declarado la nulidad de una cláusula análoga contenida en un contrato de préstamo hipotecario. En esta sentencia se consideró abusiva y, por tanto, nula la previsión análoga a la ahora cuestionada por entender que la misma supone la transmisión al consumidor de unos gastos de documentación y tramitación que por ley corresponden al empresario, entre los que se encuentran los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza son de la entidad financiera (art. 89.3 TRLGDCU), gastos entre los que, sin duda, están los de tasación. Precisamente, los argumentos de aquella sentencia, son enteramente aplicables al presente caso, pues "la tasación del inmueble es un acto precontractual que se encaminan, en primer lugar, a facilitar las decisiones de la entidad bancaria en orden a contratar y, solo después, sirven de base a la constitución de la hipoteca. Se trata de actos que permiten evaluar el valor y las circunstancias registrales del inmueble en aras a verificarla viabilidad de la garantía hipotecaria que ampare la posible concesión del crédito solicitado. Tal finalidad, a quien interesa es a la entidad bancaria que, conforme a esa información, adoptará las oportunas decisiones en orden a la concesión o denegación del préstamo o de sus condiciones. En esta situación bien puede afirmarse que estamos ante actos propios del empresario y, por ello, a él deben ser atribuidos, siendo por tanto abusiva la cláusula que los impone de forma necesaria al prestatario, como es la que nos ocupa. No en vano, en una declaración perfectamente extensible a este tipo de gastos, la sentencia del Tribunal Supremo 550/2000 de 1 de junio, estableció que la repercusión al comprador/consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula". En consecuencia, debe afirmarse la nulidad de la referida cláusula en lo referente a la atribución de gastos de tasación a los prestatarios...".

Y, finalmente, la Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 28 de noviembre de 2018 expone que "La consecuencia de lo expuesto es que procede aplicar la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias 265/2015 de 22 de Abril, 470/2015 de 7 de septiembre, 469/2015 de 8 de agosto y 346/2016 de 3 de junio, sobre los efectos de la nulidad de la cláusula sobre intereses de demora, cuyo ajuste a las exigencias del Derecho de la Unión ha sido declarada por el Tribunal de Justicia. De acuerdo con esta doctrina, no es correcta la solución adoptada en la sentencia recurrida, consistente en sustituir el interés de demora abusivo por el consistente en el triple del interés legal del dinero, previsto en el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria como límite a los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipoteca



constituidas sobre la misma vivienda. Pero tampoco puede aceptarse la solución sostenida por el recurrente (CLIENTE), consistente en que una vez que dejó de pagar las cuotas del préstamo e incurrió en mora, el préstamo dejó de devengar interés alguno. La solución, conforme a lo dispuesto en las sentencias de esta Sala citadas en los párrafos precedentes, es que, declarada la nulidad de la cláusula que establece el interés de demora, cuando el prestatario incurra en mora el capital pendiente de amortizar sigue devengando el interés remuneratorio fijado en el contrato".

SEGUNDO.- Sentado en el fundamento de derecho previo el marco legal y jurisprudencial aplicable al caso de autos, conviene entrar en el análisis de la cuestión de fondo, a través de la correspondiente valoración de la prueba practicada en el acto del juicio oral bajo el principio de inmediación, y que, en el caso de autos, se reduce a la documental obrante en el mismo.

Carácter de consumidor y condición general de la contratación

En su redacción según el Texto Refundido 1/2007, y desde luego la normativa de consumidores previa y normativa comunitaria, el acento en aras de determinar el carácter de consumidor o usuario de una de las partes contratantes vendrá determinado por el destino del préstamo en cuestión, esto es, que el capital suscrito lo sea para cualesquiera actos ajenos a la actividad empresarial desarrollada con habitualidad por la parte contratante, de modo que, si incluso en un estado puntual se destinara el capital suscrito para una actividad empresarial propiamente dicha, pero no desarrollada con habitualidad por la parte contratante, sería admisible su inclusión en la normativa de protección de consumidores y usuarios.

Ni que decir cabe que la supresión del carácter de consumidor y usuario y la consiguiente aplicabilidad de la normativa de su protección pasa por una prueba exhaustiva y suficiente, no en meras hipótesis o conjeturas en el destino del préstamo, esto es, en meras referencias en la escritura de préstamo hipotecario a la profesión del prestatario, o a la ubicación o denominación del inmueble.

Así, en el caso de autos, ningún elemento figura en aras de acreditar que el destino del préstamo hipotecario lo era para cualesquiera actos ajenos a la actividad empresarial desarrollada con habitualidad por la parte



contratante, y ni siquiera ello ha sido objeto de una actividad probatoria específica por las partes de autos, razón por la cual debe estarse a que el destino del préstamo hipotecario era distinto a la actividad profesional o empresarial del prestatario.

Y ni que decir del evidente carácter de condición general de la contratación de la cláusula controvertida en cuestión.

La propia apariencia y redactado del clausulado de la escritura del préstamo hipotecario ya evidencia que su redacción fue predispuesta por una de las partes contratantes, prestamista, sin que la otra parte (prestataria) hubiera tenido capacidad real y efectiva de negociación, habida cuenta que ninguna de las cláusulas contractuales parece haber sido redactada para ajustarla a circunstancias específicas de la parte prestataria, sino que se trata de un redactado estandarizado; y desde luego la carga de la prueba de que existió una negociación individualizada y plena participación de una y otra parte contratante en su redactado recae sobre la entidad prestamista, lo que en el caso de autos no ha tenido lugar, al no haber justificado tal negociación individualizada y particular en el caso de autos, con plena facilidad probatoria, y siendo idónea a tales efectos la prueba documental.

En consecuencia, se supera así el primer requisito necesario para considerar abusiva la cláusula no negociada individualmente.

Abusividad Cláusula Gastos

De la documental obrante en autos, se concluye que la cláusula analizada no es transparente, por cuanto falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, se inserta de forma conjunta con el resto del clausulado de la escritura de préstamo hipotecario y con el resto de las propias cláusulas/condiciones de gastos, originando un desequilibrio evidente entre las prestaciones de ambas partes contratantes, en perjuicio del consumidor, al repercutir en éste, sin justificación aparente ni negociación individual, toda una serie de gastos que, genérica, indeterminada y desproporcionadamente se impone la obligación de pago al consumidor, en claro perjuicio de éste, colocando a la entidad prestamista en una situación de superioridad absoluta, al imponer el conjunto de cláusulas contractuales y, en cualquier



caso, la cláusula relativa a gastos, en los que no se efectúa ninguna individualización de los gastos/conceptos en aras de distribuir la obligación de pago entre una y otra parte en función de los intereses de uno y otro y de la normativa legal que imponía su obligación a uno y otro.

En definitiva, y por los motivos expuestos, la cláusula 5ª sobre gastos debe ser declarada nula por abusiva en su conjunto, sin perjuicio de los efectos que comporta dicha nulidad respecto de cada uno de los conceptos y cuantías objeto de los presentes autos, en función del interés y beneficio que supone para cada una de las partes contratantes, y cuyo análisis se efectúa en el siguiente apartado.

Prescripción de la acción

Como como cuestión controvertida introducida en la contestación a la demanda, de análisis previo obligado a la determinación de los efectos vinculados a la declaración de abusividad de la cláusula contractual controvertida, se suscita la relativa a la prescripción de la acción.

La excepción planteada se desestima.

Siendo consciente de la variedad de criterios seguidos en las distintas Audiencias Provinciales sobre la cuestión analizada (imprescriptibilidad de la acción; plazo de prescripción de 15 años – 5 años tras la reforma operada por Ley 42/2015 – pero a computar desde los pagos de los gastos, desde la declaración de nulidad de la cláusula, o desde la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo), este juzgador opta por la solución que se considera más acorde al espíritu de la normativa de protección de consumidores y usuarios, a la vez que a la solución que se considera más acorde a la patente conexidad que existe entre la acción restitutoria y la acción de nulidad de la que aquella deriva.

Según la Sentencia 719/2021 de 8 de julio de la Ilma. Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Asturias (ROJ: SAP O 2016/2021 - ECLI:ES:APO:2021:2016) "Este tribunal no comparte el planteamiento que hace la parte recurrente, pues, tratándose de un supuesto de nulidad absoluta o de pleno derecho, equivalente a la inexistencia, como es el caso de las cláusulas abusivas, su característica radica en la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno, en la retroacción al momento del acto de los



efectos de la declaración de nulidad y en la inexistencia de plazo alguno de caducidad o prescripción para el ejercicio de la acción, sin que su falta de ejercicio suponga una confirmación tácita, pues la naturaleza de la nulidad de pleno derecho es perpetua, insubsanable e imprescriptible, siendo los actos nulos de pleno derecho inexistentes e ineficaces, por lo que no cabe su convalidación, ni siquiera mediante la aplicación de la doctrina de los propios actos o del retraso desleal. En este sentido se expresa de modo uniforme nuestra Audiencia, pudiendo citarse, a título de ejemplo, de la sección 4ª, la sentencia de fecha 26 de octubre de 2.018, o, de la sección 5ª, las sentencias de fecha 17 de mayo o 20 de junio de 2.018. Por otra parte, no se desconoce la polémica existente sobre la cuestión planteada aquí por la parte apelante en cuanto a la prescripción de la acción de reclamación de cantidad (expresiva de la misma es, a título de ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña, sección 4ª, de 22 de noviembre de 2.018). Es uniforme la doctrina que considera que la acción de declaración de nulidad no está sujeta a plazo de prescripción ni caducidad por venir referida a una nulidad absoluta. Ahora bien, en cuanto a la acción de reclamación o restitución, concurre división entre quienes consideran la misma también imprescriptible, por ser inherente a la anterior; o bien, que estamos ante una acción independiente susceptible de prescripción. Y, aún entre estas últimas, no existe unanimidad sobre el inicio del cómputo del plazo, bien desde el momento del pago (la sentencia última citada o la sección 15ª de la A.P. de Barcelona, a título de ejemplo), bien quienes consideran que tal plazo no puede empezar a correr sino desde la declaración de nulidad (invocando en este sentido la STJUE de 21 de diciembre de 2.016, tesis esta última que compartimos), manteniéndose incluso otros criterios minoritarios distintos sobre la fecha de inicio del cómputo del plazo. La reciente STJUE de 16 de julio 2020 (parágrafos 91 y 92 en particular) contempla la posible la prescripción de la acción de restitución, pero en cuanto al inicio del cómputo del plazo para la misma parece apuntar a que comenzaría a correr cuando se declara la nulidad. En esta tesitura y en tanto no exista un pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la cuestión planteada conviene mantener, por razones de seguridad jurídica, la doctrina uniforme en el ámbito de esta Audiencia".

En su virtud, se declara que, mientras no se ejercite por el perjudicado la acción declarativa de nulidad por abusividad de la cláusula contractual, imprescriptible, de la que dimanar los efectos restitutorios, no comienza el cómputo del plazo de prescripción.

Efectos de la nulidad

A. Impuesto de Actos Jurídicos Documentados

No se solicita restitución por el referido concepto, por lo que no se emite pronunciamiento al respecto.

B. Arancel por inscripción en el Registro de la Propiedad

Debe entenderse, de conformidad con lo dispuesto en la norma octava del Anexo II del RD 1427/1989 de 17 de noviembre sobre arancel de los Registradores de la Propiedad, que el obligado al pago de los gastos derivados de la inscripción en el Registro de la Propiedad es la entidad prestamista, al ser aquella la que ostenta el interés principal en inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, esto es, a la entidad prestamista (banco), quien a través de la constitución de aquella garantía real obtiene un título ejecutivo y posibilidad de acudir a un proceso de ejecución forzosa especial.

En consecuencia, la cantidad de 200,20 euros debe ser abonada por la entidad demandada.

C. Gastos de Notaría

Visto que la constitución de Escritura Pública mediante la intervención de notario interesa a ambas partes, al obtener la entidad prestamista a su favor un título ejecutivo especial (artículo 517.2.4^º LEC), y al obtener el prestatario un préstamo con garantía hipotecaria a un interés inferior al que correspondería a un préstamo personal sin la referida garantía real según la práctica habitual del mercado crediticio, y visto asimismo la libertad de la que disponían una y otra parte en la elección de la específica notaría en la que desarrollar la actividad, se concluye que el gasto debe ser distribuido a partes iguales entre ambos interesados. Idéntico criterio resulta de aplicación a la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación.

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



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

En consecuencia, la cantidad de 346,26 euros (50%) debe ser abonada por la entidad demandada.

D. Gastos de Gestoría

Como señala la Sentencia N.º 619/2020 de 17 de noviembre de la Ilma. Sala Primera del Tribunal Supremo (ROJ: STS 3793/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3793) *"Respecto de los gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora del impuesto, en la sentencia 49/2019, de 23 de enero, entendimos que como "cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad...Este criterio no se acomoda bien a la doctrina contenida en la STJUE de 16 de julio de 2020, porque con anterioridad a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario, no existía ninguna previsión normativa sobre cómo debían abonarse esos gastos de gestoría. En esa situación, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabía negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva"*.

Si bien la intervención de la Gestoría puede en última instancia redundar en beneficio de ambas partes contractuales (respecto de la entidad financiera, en cuanto a la inscripción de la garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad; y respecto del prestatario, en cuanto a la inscripción en el Registro de la Propiedad del título y liquidación de impuestos), dado que no se aprecia en autos una petición expresa del prestatario respecto de la intervención de la Gestoría, actuación que no resulta en última instancia necesaria o imprescindible para la suscripción del préstamo hipotecario sino que se puede optar o no a sus facilidades, y por cuanto con anterioridad a la Ley 5/2019 de 15 de marzo de Contratos de Crédito Inmobiliario no existía ninguna previsión normativa sobre cómo debían abonarse esos gastos de gestoría, debe concluirse que el consumidor ostenta derecho a la restitución íntegra de la cantidad abonada por el referido concepto.



En consecuencia, la cantidad de 473,18 euros debe ser abonada por la entidad prestamista.

TERCERO.- Dispone el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que *"En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares. 2. Si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad"*.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 LEC, reciente STS Sala 1ª en Pleno 472/2020 de 17 Sep. 2020 (rec. 5170/2018), STJUE de 16 de julio de 2020 (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 y formulada reclamación extrajudicial a la entidad demandada, ha lugar a condena en costas procesales a la demandada.

Vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación, en nombre de SU MAJESTAD EL REY DE ESPAÑA y en virtud del poder que la Constitución me confiere

FALLO

Que con estimación íntegra de la demanda interpuesta por por la Procuradora de los Tribunales Dª María Antonia Martorell Vivern, en nombre y representación de [REDACTED], contra Banco Santander SA, representado por la Procuradora de los Tribunales Dª Coloma Castañer Abellonet, **debo:**

1. **Declarar la nulidad por abusiva de la cláusula 5ª** relativa a gastos, de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria con número de protocolo 715, otorgada ante el Ilustre Notario de Mahón [REDACTED]
2. **Condenar** a la entidad demandada a restituir a la parte actora la cantidad de 1.019,64 euros, en concepto de mitad de gastos de Notaría, 100% gastos de inscripción en Registro de la propiedad, 100%



gastos de Gestoría, incrementada en el interés legal del dinero desde la fecha de los cobros correspondientes y hasta su reintegro a la parte actora.

Todo ello con expresa condena en costas procesales a la parte demandada.

Notifíquese en legal forma la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer por escrito ante este Juzgado **RECURSO DE APELACIÓN** en el plazo de **VEINTE DÍAS** a contar desde el siguiente a su notificación, para su ulterior resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Baleares, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 455 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y previa constitución del depósito legalmente previsto.

Así, por esta mi sentencia, de la que se llevará certificación a los autos y se conservará su original en el Libro oportuno, lo pronuncio, mando y firmo.

E/

DILIGENCIA. Entregada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Juez que la dictó en la secretaría de Juzgado en el día de su fecha, de lo que, como Letrada 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 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 los leyes.