



**XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 2  
OURENSE**

SENTENCIA: 00113/2023



OFICINAS: 2ª PLANTA / JUICIOS: 1ª PLANTA SALA 9  
Teléfono: 988 687 040-41-42, Fax:  
Correo electrónico: instancia2.ourense@xustiza.gal

Equipo/usuario: MR  
Modelo: 0030K0

N.I.G.: 32054 42 1 2022 0000443

**OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000083 /2022**

Procedimiento origen: /

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

DEMANDANTE D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Abogado/a Sr/a. ROI SOLLA [REDACTED]

DEMANDADO D/ña. ABANCA CORPORACION BANCARIA SA

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Abogado/a Sr/a. [REDACTED]

**SENTENCIA**

VISTOS los presentes autos seguidos como juicio ordinario núm. 83/2022, en los que aparecen: como parte demandante, doña [REDACTED] [REDACTED], representada por el procurador don [REDACTED] y con la defensa técnica del letrado don Roi Solla [REDACTED], y, como parte demandada, la mercantil ABANCA Corporación Bancaria, SA, representada por la procuradora doña [REDACTED] y con la defensa técnica de la letrada doña [REDACTED].

Ourense, catorce de junio de dos mil veintitrés.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** - El veinticuatro de enero de dos mil veintidós, el procurador don [REDACTED], actuando en nombre y representación de doña [REDACTED] formuló



ante el decanato de estos juzgados de Ourense demanda de juicio ordinario contra la mercantil ABANCA Corporación Bancaria, SA, en el ejercicio de una acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación y otra restitutoria del importe abonado por los gastos de formalización de la hipoteca, en base a los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes. La parte actora solicita que se estime su demanda en los términos mencionados en el suplico que, en aras a la brevedad, se dan por reproducidos.

**Segundo.** - Turnado el asunto a este juzgado, en decreto de dos de febrero de dos mil veintidós se admitió a trámite la demanda interpuesta, acordando dar traslado de esta a la parte demandada, emplazándola para que la contestase en veinte días hábiles. La procuradora doña [REDACTED] actuando en nombre y representación de la entidad ABANCA Corporación Bancaria, SA, contestó a la demanda formulada interesando su íntegra desestimación, con imposición de costas a la actora; si bien, en su escrito de contestación, la demandada se allanaba a la solicitud de declaración de nulidad de la cláusula cuarta relativa a la comisión por reclamación de posiciones deudoras. Seguido del procedimiento por sus cauces, en diligencia de ordenación de dos de septiembre de dos mil veintidós, se señaló día y hora para la celebración de la audiencia previa.

**Tercero.** - La audiencia previa tuvo lugar en la fecha señalada, con la asistencia de ambas partes. En ella, las partes se ratificaron en sus respectivos escritos de alegaciones - y la demandada reiteró su solicitud de que se la tuviera por allanada respecto a la cláusula de la escritura litigiosa que fija una comisión por reclamación de posiciones





ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE XUSTIZA

deudoras vencidas- y centraron su controversia en determinar: si la cláusula quinta de gastos es una condición general de la contratación; si es o no abusiva; y cuáles sean los efectos de una eventual declaración de abusividad. Dado que las partes propusieron como única prueba la documental obrante en autos que daban por reproducida; en base a lo dispuesto en el artículo 429.8 de la Ley de enjuiciamiento civil, quedaron los autos conclusos y vistos para sentencia.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### **Primero.** - *Demanda, contestación y controversia*

La demandante ejercita una acción de nulidad de condiciones generales de la contratación incluidas en un préstamo con garantía hipotecaria, y otra de reclamación de cantidad; en base a las cuales solicita que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad por abusiva de las cláusulas cuarta, relativa a las comisiones en su apartado e), y quinta de gastos de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 03.09.2015; con la consiguiente condena de la entidad bancaria a restituir a la actora la cantidad de 1 699,77 € en concepto de importe abonado por la mitad de la factura de notaría y la totalidad de las facturas del registro de la propiedad, gestoría y tasación, y ello con los efectos inherentes a la declaración de nulidad, también de la cláusula cuarta; y expresa imposición de las costas procesales a la demandada.

La entidad ABANCA contestó a la demanda y, en su escrito, se allanó a la declaración de nulidad de la cláusula de comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas, sin restitución de cantidades puesto que la actora no habría acreditado que se hubiera aplicado en ningún momento tal cláusula. Por el contrario, la entidad demandada destacó en su escrito de contestación los trámites de negociación del



préstamo hipotecario de litis, la información precontractual recibida por la actora y la validez y transparencia de la cláusula quinta litigiosa, también en base a su redacción y al contenido de la FIPER. En todo caso, la entidad demandada se opuso a la restitución íntegra de la factura de gestoría que incluiría tanto las gestiones relativas a la compraventa como las propias de la tramitación del préstamo hipotecario, sin que quepa reclamar a la demandada las derivadas del primer concepto. Por ello y puesto que considera que la asunción por la prestataria del pago de los gastos e impuestos detallados en la cláusula quinta no es susceptible del control de abusividad o, subsidiariamente, que tal cláusula no es abusiva o, más subsidiariamente, que no procede la restitución de las cantidades pretendidas en la demanda y que tal reclamación no se ajusta a lo dispuesto por el Tribunal Supremo- por cuanto los gastos notariales debieran ser repercutidos por mitad entre ambas partes y los de gestoría solo son repercutibles a la demandada en la parte de los honorarios relativos a la gestión de la constitución de la garantía hipotecaria-, es por lo que la entidad ABANCA interesa que se desestime íntegramente la demanda con expresa imposición de costas a la actora.

En la fase de audiencia previa, las partes centraron su controversia en determinar si la cláusula quinta de gastos es o no abusiva, y cuáles sean los efectos de una eventual declaración de abusividad.

Por el contrario, no se discute la condición de consumidora de doña [REDACTED], prestataria e hipotecante en la escritura de préstamo hipotecario de 03.09.2015, que fue autorizada por el notario don [REDACTED], con el número 2 173 de su protocolo. Tal condición resulta, además, de su expositivo tercero, con arreglo al cual «... el presente préstamo se destinará a la adquisición de vivienda habitual.»





Ello ha de ponerse en relación con lo establecido en el artículo 2 de la Directiva 13/93/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos concertados con consumidores, dado que estamos en presencia de una persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional a la que, por tanto, no cabe negar aquí la condición de consumidora.

**Segundo. - Allanamiento parcial**

Como decía, la parte demandada se allanó a la pretensión de nulidad de la comisión de posiciones deudoras vencidas incluidas en la cláusula cuarta de la escritura litigiosa, sin restitución de cantidades que pudieran haber sido cobradas en su aplicación puesto que ello no se acredita; la entidad ABANCA reiteró tal allanamiento en la audiencia previa, sin oposición de la actora.

El artículo 21 de la Ley de enjuiciamiento civil prevé que la parte demandada formule un allanamiento parcial, lo que posibilita que el juzgador dicte, a instancia de la actora, auto acogiendo las pretensiones que han sido objeto de allanamiento y sobre las que sea posible un pronunciamiento separado que no prejuzgue las restantes cuestiones no allanadas.

En este caso, el allanamiento parcial que formula la entidad demandada es expreso e incondicional y supone su conformidad con aquella pretensión declarativa de la demanda, sin que se aprecie en el formulado fraude de ley ni renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero. Por ende, se estima tal allanamiento con la consiguiente condena de la entidad demandada en los términos que se recogerán en el fallo de esta resolución.



**Tercero.** - *Cláusula impugnada: quinta, gastos e impuestos derivados del préstamo. Condición general de la contratación. Abusividad.*

Tal y como resulta de la documental obrante en autos, doña [REDACTED] [REDACTED] divorciada, de una parte y en la condición de prestataria e hipotecante, y, de la otra como acreedora, la entidad ABANCA Corporación Bancaria, SA suscribieron una escritura de préstamo hipotecario que fue autorizada por el notario don [REDACTED] el 03.09.2015, con el número 2 173 de su protocolo.

La parte actora interesa ahora que se declare la nulidad por abusiva de la cláusula contractual quinta, relativa a los gastos a cargo de la parte prestataria; con la consiguiente condena de la demandada a devolverle las cantidades que abonó como consecuencia de la aplicación de la cláusula de gastos, en concreto, la suma de 1 699,77 € correspondientes al 50% del importe satisfecho por la prestataria por el concepto de gastos notariales (458,85 €) y el 100% de los gastos de gestoría (814,33 €), tasación (278,30 €) y por registro de la propiedad (148,29 €).

A ello se opuso la demandada en los términos ya expuestos.

**\*\* Condición general de la contratación**

Así las cosas, cabe recordar que el Tribunal Supremo en sentencia núm. 241/2013, de 09.05.2013, en su fundamento jurídico 138, ha afirmado que:

"La exégesis de la norma ha llevado a la doctrina a concluir que constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes:

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





ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

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

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

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

Puesto que la entidad demandada incide en su escrito de contestación en el proceso de negociación que habría tenido lugar para el otorgamiento de la escritura pública de litis, así como en la información precontractual que habría recibido la prestataria; he de traer a colación, de manera más específica y con relación al requisito de la 'imposición', lo dispuesto por la mencionada sentencia núm. 241/2013 del Alto Tribunal que concluye en su fundamento 165 lo siguiente:

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.

En este caso, no hay ningún dato que permita inferir que la cláusula de litis fuera negociada individualmente dado que la única prueba aportada fue la documental y, de hecho, en la escritura pública se recogen unas cláusulas prerredactadas y utilizadas habitualmente por la entidad en la suscripción de este tipo de negocios jurídicos, sobre cuyo contenido o supresión no puede influir el cliente, quien se limita a aceptar la propuesta o a no contratar.

Es por ello por lo que cabe atribuir a aquella cláusula el carácter de condición general de la contratación.

#### *\*\* Control de transparencia y abusividad*

Por lo que hace referencia a la estipulación quinta litigiosa y dado que la entidad demandada afirma que ésta supera el denominado control de transparencia, procede hacer mención a lo resuelto por el Tribunal Supremo, sala de lo civil, en la reciente sentencia número 15/ 2023, de 16.01.2023, rec. 2424/2019, en cuyo FJ II dispone que: «Hemos de tener en cuenta que el control de transparencia de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores ha sido ya analizado en múltiples sentencias tanto del TJUE como de este Tribunal Supremo.







El TJUE ha abordado esta cuestión en sus sentencias de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb; 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Kásler y Káslerne Rábai; 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Mate i; y 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove. A tenor de estas resoluciones, no sólo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, la carga jurídica y económica del contrato.

A su vez, la jurisprudencia de esta sala (por todas, sentencia 367/2017, de 8 de junio y las que en ella se citan), con base en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo, la Directiva 93/13/CEE o simplemente, la Directiva) y los arts. 60.1 y 80.1 TRLGDCU, ha exigido también que las condiciones generales de los contratos concertados con los consumidores cumplan con el requisito de la transparencia.

Además del filtro o control de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicárseles un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato. Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los



elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos.

Se trata de impedir que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque no se facilitó al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula.» Y continúa en su FJ IV «Tanto la jurisprudencia comunitaria, como la de esta sala, han resaltado la importancia que para la transparencia en la contratación con los consumidores tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. La STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb, declara al referirse al control de transparencia:

'44. En efecto, 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'.

Doctrina reiterada por el TJUE en las sentencias de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Matei, párrafo 75; 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove, párrafo 47; y 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C- 154/15, C-307/15 y C-308/15, caso Gutiérrez Naranjo.

Como hemos declarado en la sentencia 170/2018, de 23 de marzo, la información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar





(con posterioridad, también en las sentencias 346/2020, de 23 de junio, y 22/2021, de 22 de enero y otras muchas).

La intervención notarial, a la que tanta importancia se le da en la sentencia de la Audiencia, no dispensa del deber precontractual de información. En tal sentido, se ha pronunciado, entre otras, la sentencia 433/2019, de 17 de julio, reproducida en las sentencias 22/2021, de 21 de enero; 125/2021, de 8 de marzo, 195/2021, de 12 de abril; 327/2021, de 17 de mayo o 399/2021, de 14 de junio, en la que indicábamos: [...]

En cuando a las consecuencias de la falta de transparencia, hemos mantenido en diversas resoluciones que es posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, pese a no ser transparente, no sea abusiva, pues la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas.»

En este caso, la entidad bancaria alega que la cláusula no sólo está redactada en términos claros, sino también que la prestataria estaba debidamente informada de su contenido; y, en concreto, aquella se remite a la autorización de la provisión de fondos, suscrita por la prestataria como requisito previo e imprescindible para la consecución del préstamo hipotecario; y a la ficha de información personalizada (FIPER), en apoyo de su argumento de que la prestataria contaba con la debida información de la existencia y contenido de la cláusula quinta, con carácter previo a la suscripción del préstamo de litis, tras incidir en las explicaciones verbales que les habrían facilitado los empleados de la entidad. Esta última alegación resultó carente de toda prueba; mientras que la ficha FIPER no contempla ninguna referencia a los gastos que previsiblemente tendría que afrontar la prestataria si deseaba obtener el préstamo hipotecario, ni permite por tanto que esta última pueda



conocer los concretos gastos que se le repercuten a través de la cláusula quinta, ni su contenido ni, en suma, la carga jurídica y económica que le iba a suponer su aplicación; lo que tampoco puede deducirse del documento de provisión de fondos que el cliente ha de autorizar con carácter previo a la realización de la operación hipotecaria, como requisito imprescindible para su concesión. Tales documentos no permiten inferir una negociación del préstamo concertado -que, al contar con una garantía hipotecaria, supone una mayor seguridad para el prestamista en orden a obtener la restitución de lo prestado- ni tampoco son aptos para dar por acreditado que la prestataria contaba con suficiente información sobre el contenido y efectos de la cláusula de litis.

En todo caso, la cláusula quinta tiene el siguiente contenido:  
«Gastos a cargo de la prestataria:

1. La prestataria, y, en su caso, el hipotecante, quedan obligados a abonar:
  - a) Los gastos preparatorios de la operación, derivados de servicios realizados por terceros (tasación y comprobación de la situación registral del inmueble), así como los ocasionados por una nueva tasación, en caso de que proceda, de acuerdo con lo previsto en la letra f) de la cláusula novena.
  - b) Los gastos notariales y registrales relativos a la formalización del préstamo y a la constitución y cancelación de la hipoteca, así como los de expedición, liquidación del impuesto de actos jurídicos documentados y registro de una primera copia de la escritura para la entidad con eficacia ejecutiva...
  - c) Los impuestos que origine la constitución, modificación o cancelación del préstamo hipotecario, incluso el





ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE XUSTIZIA

- impuesto de actos jurídicos documentados, salvo en el caso de préstamos formalizados con consumidores (prestatarios personas físicas y la hipoteca recaiga sobre vivienda), en los que se excluirán los impuestos cuyo pago corresponda por ley a la entidad.
- d) Los gastos de tramitación de esta escritura ante el registro de la propiedad y la oficina liquidadora de impuestos, y los correspondientes a escrituras previas que la prestataria tenga que formalizar por resultar necesarias para la inscripción de la hipoteca.
  - e) Los derivados de la conservación del inmueble hipotecado, así como los del seguro de daños..
  - f) Cualquier otro gasto que corresponda con la efectiva prestación de un servicio relacionado con el préstamo, que no sea inherente a la actividad de la entidad, dirigido a la concesión o administración del préstamo, que haya sido solicitado por la prestataria o que le resulte beneficioso."

Con relación a la posible abusividad de la cláusula de litis, la norma en la que se define lo que debe entenderse por cláusulas abusivas es el texto refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre -aplicable a este supuesto, dada la fecha de formalización de la escritura de litis (03.09.2015)-. El art. 82.1 establece 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. El art. 62.2 determina que se prohíben, en los contratos con consumidores y usuarios, las cláusulas que impongan obstáculos



onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato. La Ley de condiciones generales de la contratación hace referencia a las cláusulas abusivas en su art. 8.2: «En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/ 1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.» De otra parte, la mentada Directiva 13/93/CEE dispone en el artículo 4.2 que «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible».

Así, a la vista del contenido del pacto quinto objeto de esta litis y los términos de la controversia, cabe recordar que el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo civil, en sentencia núm. 705/2015, de 23.12.2015, rec. 2658/2013, indicaba en su F.J.V que "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."

Pues bien, la cláusula controvertida aparece como una estipulación prerredactada por la entidad y destinada a ser incluida en los distintos contratos de esta naturaleza que aquella celebre y, por ende, no negociada e impuesta a la prestataria, carente de transparencia; considero que el pacto discutido es abusivo. De su contenido resulta que los





distintos gastos e impuestos que derivan de la hipoteca se imponen en bloque a la prestataria, causando un grave desequilibrio jurídico y económico entre las prestaciones de una y otra parte, en perjuicio de la consumidora de forma contraria a la buena fe.

*\*\* Restablecimiento de la situación, de hecho y de derecho, del consumidor*

Por el contrario, la entidad demandada considera que no cabe imponerle ninguna obligación de restituir los importes que se reclaman; no obstante, no impugnó las facturas aportadas con la demanda aunque sí cuestionó que se le repercuta la totalidad de la factura de gestoría puesto que afirma que ésta comprende también las cantidades satisfechas por la compra venta, tal y como resultaría de contraponer la factura aportada con la autorización de provisión de fondos en la que aparece que el importe de 814,33 € por el concepto de honorarios de gestión se fija por la actuación realizada tanto con la compraventa como con la hipoteca.

De cualquier modo, puesto que la actora pretende la condena de la entidad demandada a abonarle las sumas que abonó en virtud de su aplicación y que alcanza la suma de 1 699,77 € - correspondientes al 50% del importe satisfecho por la prestataria por el concepto de gastos notariales (458,85 €) y el 100% de los gastos de gestoría (814,33 €), tasación (278,30 €) y por registro de la propiedad (148,29 €)-, cabe destacar que el Tribunal Supremo en sentencia número 46/2019, de 23.01.2019, rec. 2128/2017 ya resolvía que (FJ VI) "Decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido en el contrato, debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico.



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. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas.

Como dice la STJUE de 31 de mayo de 2018, C-483/2016: "34. [...] la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva".

Hemos dicho en la sentencia de pleno 725/2018, de 19 de diciembre, que aunque en nuestro Derecho nacional no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, se trataría 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 la prestataria, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía.

5.- En consecuencia, deben estimarse en parte el recurso de apelación y la impugnación contra la sentencia de primera instancia, a fin de declarar la abusividad de la cláusula controvertida y ordenar la distribución de los gastos derivados del préstamo hipotecario en la forma establecida en esta sentencia. Con la consiguiente obligación de la entidad prestamista de abonar al prestatario las cantidades indebidamente pagadas como consecuencia de la aplicación de la cláusula anulada, con los intereses legales devengados desde la fecha de su pago (sentencia 725/2018, de 19 de diciembre).” De cualquier modo, se trata de un criterio mantenido por el Tribunal Supremo también en fechas más recientes; de manera específica, en la STS núm. 912/2021, de 22.12.2021, rec. 570/2019 en cuyo FJ III concluye que “[...] 3.- Nos encontraríamos ante 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. Puesto que la figura del enriquecimiento sin causa, injusto o injustificado tiene como función corregir un desplazamiento o ventaja patrimonial mediante una actuación indirecta: no se elimina o anula la transacción que ha generado el desplazamiento patrimonial (el pago al notario, al gestor, etc.), pero se obliga al que ha obtenido la ventaja a entregar una cantidad de dinero al que, correlativamente, se ha empobrecido.



Se trata, en suma, de una situación similar al pago de lo indebido, en los términos de los arts. 1895 y 1896 CC, en cuanto que el consumidor habría hecho 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 la prestataria, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía."

Así las cosas, ya en STS núm. 147/2018, de 15.03.2018, Rec. 1211/2017 se concluía que "2.- Cuestión distinta es que, una vez declarada la abusividad de la cláusula y su subsiguiente nulidad (art. 8.2 LCGC (LA LEY 1490/1998) y 83 TRLGCU (LA LEY 11922/2007)), haya que decidir cómo ha de distribuirse entre las partes el pago de los gastos e impuestos derivados del contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Pero eso no afecta a la nulidad en sí, por abusiva, de la estipulación contractual examinada, sino a las consecuencias de dicha nulidad."

*\*\* Alcance de la restitución de cantidades satisfechas por la prestataria en aplicación de la cláusula abusiva*

Por tanto, declarada la nulidad de la cláusula impugnada, he de resolver sobre la acción de restitución de los importes satisfechos por la prestataria en su aplicación; en concreto, la actora pide la condena de la demandada a restituir las cantidades satisfechas por los gastos de formalización de la hipoteca -correspondientes al 50% del importe satisfecho por la prestataria por el concepto de gastos notariales (458,85 €) y el 100% de los gastos de gestoría (814,33 €), tasación (278,30 €) y por registro de la propiedad (148,29 €)-, en base a las facturas que obran unidas con la demanda; más los intereses legales devengados desde la fecha de su abono, con el interés moratorio procesal del artículo 576 LEC.





Tal pretensión resulta, en parte, procedente de acuerdo con lo dispuesto por el Tribunal Supremo, en sentencia núm. 35/2021, de 27.01.2021, rec. 1926/2018, sala de lo civil, pleno, en cuyo FJ II se recoge lo siguiente, por lo que ahora interesa: (FJ II) "4. En cuanto a los gastos de notaría, en la sentencia 48/2019, de 23 de enero, concluimos que, como «la normativa notarial (el art. 63 Reglamento Notarial, que remite a la norma sexta del Anexo II del RD 1426/1989, de 17 de noviembre) habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es la prestataria 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».

El mismo 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 la prestataria, 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.

De acuerdo con este criterio jurisprudencial, que se acomoda plenamente a la doctrina expuesta en la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, los gastos notariales generados por el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario debían repartirse por mitad, razón por la cual el banco demandado sólo podía ser condenado a reintegrar la mitad (304,60 euros, tras redondear los céntimos).



5. Por lo que respecta a los gastos del registro de la propiedad, el arancel de los Registradores de la Propiedad regulado en el RD 1427/1989, de 17 de noviembre, los imputa directamente a aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho. Partiendo de lo anterior, en la sentencia 48/2019, de 23 de enero, concluimos: «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.

De acuerdo con esta doctrina, la obligación de satisfacer estos gastos correspondía al banco prestamista, por lo que era procedente su condena a reponer a los prestatarios demandantes el importe de lo pagado en tal concepto (226,56 euros).

6. Por lo que respecta a los gastos de gestoría, 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 sentencia del TJUE 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.

Como la sentencia recurrida se ajusta a este criterio, pues atribuye todos los gastos de gestoría (508,20 euros) al





banco prestamista, el motivo debe ser desestimado en este extremo.

7. Los denominados gastos de tasación son el coste de la tasación de la finca sobre la que se pretende constituir la garantía hipotecaria. Aunque la tasación no constituye, propiamente, un requisito de validez de la hipoteca, el art. 682.2. 1º LEC requiere para la ejecución judicial directa de la hipoteca, entre otros requisitos: «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, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario».

La exigencia de la tasación de la finca de conformidad con la Ley de Mercado Hipotecario y su constancia mediante la correspondiente certificación es, además, un requisito previo para la emisión de valores garantizados. Así se desprende del art. 7 de la Ley, cuyo apartado 1 dispone lo siguiente: «Para que un crédito hipotecario pueda ser movilizado mediante la emisión de los títulos regulados en esta Ley, los bienes hipotecados deberán haber sido tasados por los servicios de tasación de las Entidades a que se refiere el artículo segundo, o bien por otros servicios de tasación que cumplan los requisitos que reglamentariamente se establecerán».

El apartado 2 de este art. 7, encomienda al Ministerio de Economía y Comercio, «las normas generales sobre tasación de los bienes hipotecables, a que habrán de atenerse tanto los servicios de las Entidades prestamistas como las Entidades especializadas que para este objeto puedan crearse».

Ni el RD 775/1997, de 30 de mayo, sobre régimen jurídico de homologación de los servicios y sociedades de tasación, ni



la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles, contienen disposición normativa alguna sobre quién debe hacerse cargo del coste de la tasación.

De ahí que, de acuerdo con la STJUE de 16 de julio de 2020, 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.

Cuando resulte de aplicación la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, los gastos de tasación corresponderán al prestatario, por haberlo prescrito así en el apartado i) de su art. 14.1.e).”

En consecuencia, la solicitud de la demandante, que se contrae a la mitad de los gastos de notaría y al total de los devengados por la hipoteca en el registro de la propiedad y de tasación, se ajusta a lo previsto por el TS dado que, a la fecha de otorgamiento de la escritura pública de 03.09.2015, no existía una norma nacional que impusiera a la prestataria la obligación de abonar gastos tales como los correspondientes a gestoría o tasación. Por el contrario, un análisis del documento de autorización de provisión de fondos para la compraventa y la hipoteca muestra que los honorarios de gestión alcanzan los 814,33 € por tales conceptos, y ahora pretenden repercutirse en esa suma a la entidad demandada; por ello, considero que esa suma debe ser reducida a la mitad de su importe -esto es, 407,16 €- a fin de repercutir a la entidad bancaria demandada únicamente los derivados de la hipoteca.

Es por ello por lo que, con estimación sustancial de la demanda, declaro la nulidad por abusiva de la cláusula quinta





de la escritura de préstamo litigiosa, con la consiguiente condena de la entidad demandada a eliminarla del contrato litigioso y, asimismo, condeno a la entidad demandada a devolver a la actora la suma de 1 292,61 €.

*\*\* Devengo de intereses*

Por último, en cuanto al devengo de los intereses reclamados, la entidad bancaria demandada deberá abonar el interés legal devengado por las cuantías indebidamente satisfechas por la parte prestataria en aplicación de la cláusula que se declara nula, desde el momento en que se produjo cada pago indebido.

*\*\* Impugnación de la cuantía*

La demandada impugnó la cuantía que fue fijada por la actora como indeterminada pues considera que esta resulta fácilmente determinable en la suma reclamada en la demanda.

Así las cosas, el artículo 255 de la Ley de enjuiciamiento civil establece que "1. El demandado podrá impugnar la cuantía de la demanda cuando entienda que, de haberse determinado de forma correcta, el procedimiento a seguir sería otro, o resultaría procedente el recurso de casación." Lo que no ocurre en este caso dada la previsión contenida en el artículo 249.1. 5º LEC en cuanto a que será el juicio ordinario el procedimiento a seguir en el caso de las demandas en que se ejerciten acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia.

Por ende, el interés de la parte demandada para la fijación de la cuantía en este momento, y puesto que el procedimiento a seguir viene determinado por la materia, se centra en la relevancia que ello pueda tener a efectos de tasación de



costas. Así, este argumento viene a confirmar la conclusión alcanzada de que no procede fijar ahora la cuantía del procedimiento; y ello sin perjuicio de que la demandada interese la revisión de la tasación que se efectúe, en su caso, en el oportuno incidente y en base a la cuantía que estime procedente.

**Cuarto. - Costas procesales**

Conforme a lo establecido en el art. 394 LEC, en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se imponen a la parte cuyas pretensiones hayan sido totalmente desestimadas.

Dadas las circunstancias del caso, he de traer a colación el criterio de nuestra Ilma. Audiencia Provincial de Ourense mantenido, entre otras, en la sentencia núm. 409/2021, de 21.09.2021, rec. 249/2020, en cuyo F.J.III indicamos que "La STJUE de 16 de julio de 2020, dictada en los asuntos acumulados C-144/19 y C-259/19, resuelve trece cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de Primera Instancia N.º 17 de Palma de Mallorca (asunto C-224/19) y dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de Primera Instancia de Ceuta (C-259/19). Las peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto la interpretación de los artículos 3 a 8 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. [...]"

En lo que atañe al tema de costas que ahora nos ocupa se planteó por el Juzgado de primera instancia Número 7 de Palma de Mallorca la cuestión prejudicial n.º 12 siguiente:

'12) Se cuestiona si, a la vista del artículo 6.1 en relación con el artículo 7.1, de la Directiva 93/13, la condena en costas al profesional, derivada de un procedimiento







en el que se ejercitan por un consumidor acciones de nulidad de cláusulas abusivas insertas en un contrato celebrado con este, y se obtiene dicha declaración de nulidad por abusividad por parte de los Tribunales, debe ir aparejada al principio de no vinculación y al principio de efecto disuasorio al profesional, cuando estas acciones de nulidad sean estimadas por el juez nacional, con independencia de la restitución concreta de cantidades a que la sentencia condene, al entender además, que la pretensión principal es la declaración de nulidad de la cláusula y que la restitución de cantidades es solo una pretensión accesoria inherente a la anterior'.

[...] 98 En este caso, la Directiva 93/13 reconoce al consumidor el derecho de acudir a un juez para que se declare el carácter abusivo de una cláusula contractual y para que se deje sin aplicar. Pues bien, condicionar el resultado de la distribución de las costas de un procedimiento de esa índole únicamente a las cantidades indebidamente pagadas y cuya restitución se ordena puede disuadir al consumidor de ejercer tal derecho debido a los costes que implica una acción judicial (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de septiembre de 2018, Profi Credit Polska, C-176/17 EU:C:2018:711, apartado 69).

99 Habida cuenta del conjunto de las anteriores consideraciones, procede responder a la duodécima cuestión prejudicial planteada en el asunto C-224/19 que el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como el principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo, dado que tal régimen crea un obstáculo



significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales'."

Vistos los artículos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

#### FALLO

Que, ESTIMANDO la demanda interpuesta por el procurador don [REDACTED], en nombre y representación de doña [REDACTED], contra la mercantil ABANCA Corporación Bancaria, SA, representada por la procuradora doña [REDACTED]; DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad por abusivas de las siguientes cláusulas incluidas en la escritura de préstamo hipotecario de 03.09.2015 que fue autorizada por el notario don [REDACTED], con el número 2 173 de su protocolo: de la cláusula cuarta e) de comisión de posiciones deudoras vencidas y la cláusula quinta de gastos a cargo de la prestataria; y, en consecuencia, DEBO CONDENAR Y CONDENO a la entidad demandada a estar y pasar por tales declaraciones y a eliminar las cláusulas declaradas nulas, que se tendrán por no puestas; debiendo restituir a la actora, la suma de 1 292,61 € por la mitad de los gastos de notaría (458,85 €) y el total de los devengados por la hipoteca en el registro de la propiedad (148,29 €), de tasación (278,30 €) y de gestoría (407,16 €); con los intereses legales devengados desde la fecha de cada abono o cobro indebido, que serán los del artículo 576 LEC desde esta sentencia.

Se imponen a la demandada las costas del presente procedimiento.





Notifíquese la presente resolución a las partes.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN ante la Ilma. Audiencia Provincial de Ourense. El recurso se interpondrá en este Juzgado dentro del plazo de VEINTE DÍAS contados desde el día siguiente al de su notificación.



ADMINISTRACION  
DE JUSTIZIA

Así lo acuerda, manda y firma María Paz Rumbao Pérez, magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia Núm. 2 de Ourense.

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: RUMBAO PEREZ, MARIA PAZ  
Data e hora: 27/06/2023 09:31:07

