

05/04/2019

Procedimiento: Juicio Ordinario 1216/2017

SENTENCIA Nº 223/2019

En Málaga, a 2de abril de 2019.

Vistos por mi, D<sup>a</sup> Macarena Molina Noguera, Magistrada- Juez de Adscripción Territorial, actuando en el Juzgado de Primera Instancia nº18 BIS de Málaga, los presentes autos de Juicio Ordinario, seguidos ante este Juzgado bajo el número 1216/2017, a instancia de D. [REDACTED], representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Mendiola Olarte y asistido de la Letrada Sra. Bernáldez Bretón,, contra ING BANK, N.V. SUCURSAL EN ESPAÑA , representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. [REDACTED] y asistida del Letrado Sr. [REDACTED], aparecen los siguientes

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la Procuradora Sra. Mendiola Olarte en el nombre y representación acreditados en autos, presentó demanda de juicio ordinario frente a ING BANK, N.V. SUCURSAL EN ESPAÑA por la que, en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimaba pertinentes, terminaba suplicando el dictado de una sentencia con los siguientes pronunciamientos:

DECLARE:

1) LA NULIDAD ABSOLUTA DE LA CLÁUSULA SEGUNDA, DE LA SEGUNDA NOVACIÓN DOCUMENTO Nº 3, que establecen una comisión por posiciones deudoras de 25€, por recibo vencido y reclamado, ya que impone un cobro sin ninguna justificación (existen intereses moratorios independientes) y es una indemnización desproporcionadamente alta por el simple envío de una carta cuyo costo es de 0,40 cmts.

2) NULIDAD ABSOLUTA DE LA CLÁUSULA QUINTA DE LA HIPOTECA DOCUMENTO Nº 1, LA CLÁUSULA SEXTA DE LA PRIMERA NOVACIÓN DOCUMENTO Nº 2 y LA CLÁUSULA SÉPTIMA DE LA SEGUNDA NOVACIÓN DOCUMENTO Nº 3, que impone los gastos del préstamo hipotecario en exclusiva a la parte prestataria, y en concreto, los gastos de tasación del inmueble, constitución de la hipoteca, los aranceles de notaría, aranceles del registrador de la propiedad, el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados y los gastos de gestoría y tasación del inmueble, atribuyendo al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y contraviniendo normas legales; y se ordene al REINTEGRO DE LAS CANTIDADES PAGADAS INDEBIDAMENTE MÁS EL INTERÉS LEGAL, ascendiendo esta a un total de 2.448,87€, en concepto de gastos de Notaría, de Registro de la Propiedad y de Gestoría de las tres escrituras objeto de esta demanda.

3) Condene a la entidad al pago de las costas dada la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2017, CAS 2425/2015 que establece como criterio general la imposición de costas a la entidad bancaria demandada, al ser lo más ajustado al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y al principio de efectividad del Derecho de la Unión.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada para personarse y contestar a la demanda interpuesta de contrario, lo que fue verificado, como consta en autos por ésta, que presentó escrito contestando y oponiéndose a la demanda interpuesta de contrario e interesando la desestimación de las pretensiones de la actora.

**TERCERO.-** Convocadas las partes a la audiencia previa, ésta tuvo lugar en fecha 26 de

Código Seguro de verificación:cwc/z30NEpbWxW55+KRRsA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MACARENA MOLINA NOGUERA 02/04/2019 13:31:40	FECHA	02/04/2019
	BELEN SANCHEZ SANCHEZ 02/04/2019 13:58:19		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	1/14



cwc/z30NEpbWxW55+KRRsA==



marzo de 2019. No pudiendo llegar a un acuerdo; se fijaron los hechos controvertidos y se recibió el pleito a prueba, proponiéndose por ambas partes documental, por lo que quedaron los autos vistos para sentencia.

**CUARTO.-** En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En el presente procedimiento, la parte actora ejercita una acción de nulidad de condiciones generales de la contratación incluidas en un contrato de préstamo hipotecario firmado entre las partes en fecha 10/8/2006 y posteriores novaciones de 22/6/2007 y 19/11/2013..

En concreto, se trata de las cláusula 5ª, 6ª y 7ª sobre gastos de cada escritura respectivamente, y 2ª de la segunda novación sobre posiciones deudoras.

El fundamento jurídico de dichos pedimentos se halla en la normativa europea sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores así como la legislación interna sobre la materia y en concreto, el texto refundido de la Ley general para la defensa de Consumidores y Usuarios (RD Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre) y la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación además de toda la Jurisprudencia que la desarrolla.

La parte demandada, en su escrito de contestación a la demanda, se opone a las pretensiones de la parte actora impugnando la cuantía del procedimiento y alegando que la misma eligió ING BANK porque era la única entidad en el mercado que ofrecía una cláusula de gastos equilibrada: sin comisión de apertura, sin comisión de desistimiento, ni de cancelación por cambio de acreedor, ni de cambio de condiciones o subrogación, así como la inexistencia de límites a la baja de la variabilidad del tipo de interés (la famosa “cláusula suelo”). Sólo se mantuvieron los relativos a la formalización de la hipoteca.

Añade que la cláusula es clara y comprensible; identificada en un único apartado, con el título en negrita y mayúscula y ubicada en el contrato de forma no encubierta, siendo fácil su reconocimiento e identificación y que no se ha hecho un uso abusivo de ella. Asimismo, sostiene haber informado a la demandante de todos los gastos en la fase precontractual y tratarse de una cláusula negociada.

Igualmente, impugnó la cuantía del procedimiento por estimar que es determinada.

No resultó controvertida la condición de consumidor de la parte demandante firmante del contrato de préstamo hipotecario que nos ocupa, (de conformidad con 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 y otras leyes complementarias,, "(...) son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. (...)", y sí -conforme a la fijación de hechos controvertidos en la audiencia previa- la calificación de la cláusula impugnada como condición general de la contratación que, en todo caso, tiene la carga la demandada que lo alega de acreditar el carácter negociado de la cláusula.

**SEGUNDO: Gastos:** La especial complejidad del sector financiero (terminología, casuismo, constante innovación de las fórmulas jurídicas, transferencia de riesgos a los clientes adquirentes) dotan al mismo de peculiaridades propias y distintas respecto de otros sectores, que conllevan la necesidad de dotar al consumidor de la adecuada protección en todas las fases del contrato. Pudiendo resaltarse, con carácter previo al análisis de la acción ejercitada y a efectos ilustrativos, la siguiente normativa:

Código Seguro de verificación:cwc/z30NEpbWXW55+KRRsA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/ Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MACARENA MOLINA NOGUERA 02/04/2019 13:31:40	FECHA	02/04/2019
	BELEN SANCHEZ SANCHEZ 02/04/2019 13:58:19		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	2/14
	cwc/z30NEpbWXW55+KRRsA==		



cwc/z30NEpbWXW55+KRRsA==



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

En el ámbito comunitario, las **Directivas 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011** sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

El art. 3 de la Directiva 93/13/CEE ( la cual no se aplica, según determina su artículo 1.2, a las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni disposiciones de convenios internacionales donde los Estados miembros o la Comunidad son parte) define las cláusulas abusivas en los siguientes términos: “1. Las 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. 2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba. 3. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.”


Por tanto, se considera que una cláusula no negociada es abusiva cuando causa, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones que se derivan del contrato; teniéndose en cuenta para la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual la naturaleza de los bienes o servicios que son objeto del contrato; las circunstancias que concurran en la celebración del contrato; y las demás cláusulas del contrato o de otro contrato del que dependa.

En el ámbito nacional, serán de aplicación: El **Real Decreto Legislativo 1/07, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios**, establece en su artículo 3, modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que establece 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.”

En el caso presente, como se ha dicho, no es controvertida la la condición de consumidor de la parte actora .

El art. 80 de Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, establece los siguientes requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente: 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; c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y

Código Seguro de verificación:cwc / z30NEpbWXW55+KRRsA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MACARENA MOLINA NOGUERA 02/04/2019 13:31:40	FECHA	02/04/2019
	BELEN SANCHEZ SANCHEZ 02/04/2019 13:58:19		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	3/14
			
cwc / z30NEpbWXW55+KRRsA==			



obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

Y, en concreto, en su art. 82.1 encontramos la definición de cláusula abusiva, señalando 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 carácter abusivo de una cláusula debe apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

Específicamente, el art. 82.4 TRLCU considera en todo caso cláusulas abusivas las que vinculen el contrato a la voluntad del empresario, limiten los derechos del consumidor y usuario, determinen la falta de reciprocidad en el contrato, impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable; precepto que es desarrollado en los arts. 85 a 90.

La Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), que tiene por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 abril 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación, señala en su artículo 1.1 "Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos".

La Exposición de Motivos de la LCGC se refiere a las cláusulas abusivas y contiene una remisión a la Ley General de Consumidores y Usuarios, referencia que debe entenderse al Texto Refundido de la misma de 16 de noviembre de 2007. Señala la Exposición de Motivos de la LCGC: "Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares. Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o -en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas. El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual. Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. En este sentido, sólo cuando exista un consumidor frente a un profesional es cuando opera plenamente la lista de cláusulas contractuales abusivas recogidas en la ley, en concreto en la disp. adic. 1ª Ley 26/1984 de 19 julio, General para

Código Seguro de verificación:cwc/z30NEpbWxW55+KRRsA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/ Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MACARENA MOLINA NOGUERA 02/04/2019 13:31:40	FECHA	02/04/2019
	BELEN SANCHEZ SANCHEZ 02/04/2019 13:58:19		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	4/14



cwc/z30NEpbWxW55+KRRsA==



la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que ahora se introduce. De conformidad con la Directiva transpuesta, el consumidor protegido será no sólo el destinatario final de los bienes y servicios objeto del contrato, sino cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional.”

El art. 8 de la LCGC sanciona con nulidad a las condiciones generales que sean abusivas. Dicho precepto, tras declarar en su apartado 1º que son nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en la LCGC o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención, en su apartado 2º, declara nulas en particular, las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, remitiéndose a la normativa de consumidores y usuarios (en la dicción literal, al art. 10 bis y disp. adic. 1ª L 26/1984 de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y tras el RDLeg. 1/2007, habrá que entender por tales las enumeradas en los arts. 85 a 90 TRLGCU, a los que nos hemos referido en el apartado anterior)

Y el art. 10 LCGC regula los efectos de la declaración de no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o de nulidad de las mismas, previendo que las mismas no determinarán la ineficacia total del contrato si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1258 CC y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo (arts. 1281 a 1289 CC).

**TERCERO.-** Entrando en el análisis del punto controvertido que nos ocupa, cual es si la denominada cláusula de gastos incluida en el préstamo suscrito entre las partes debe ser declarada abusiva debe tenerse en cuenta lo siguiente:

El préstamo hipotecario aportado con la demanda, dada su tipología, objeto y partes contratantes (entidad prestadora del dinero y consumidor -persona física que actúa en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional, circunstancia no puesta en duda por la entidad demandada, como se ha puesto de manifiesto anteriormente), se enmarca en el ámbito de la contratación de consumo.

De acuerdo con la legislación mencionada en el fundamento anterior y asumiendo el criterio mantenido por el Tribunal Supremo en Sentencia dictada en fecha 9/05/13, para que se aprecie el carácter abusivo de una cláusula contractual es preciso que concurren los siguientes requisitos:

A) Que la cláusula en cuestión forme parte de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor. En este sentido, el Tribunal Supremo, en la sentencia indicada, ha especificado que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado de forma reiterada que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa, precisamente, en la idea de que el consumidor se halla en posición de inferioridad respecto al profesional con el que contrata. Por lo tanto, no resulta de aplicación la legislación tuitiva existente en materia de cláusulas abusivas cuando el crédito en cuestión no se concede para financiar una operación destinada a satisfacer una necesidad personal, sino claramente empresarial, pues en tal caso, no nos encontramos ante un consumidor. En este sentido el artículo 3 TRLGDCU, modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, establece 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.”

En este caso no se ha puesto en duda la condición de consumidor de los demandantes.

Código Seguro de verificación: cwc / z30NEpbWxW55+KRRsA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MACARENA MOLINA NOGUERA 02/04/2019 13:31:40	FECHA	02/04/2019
	BELEN SANCHEZ SANCHEZ 02/04/2019 13:58:19		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	5/14
	cwc / z30NEpbWxW55+KRRsA==		



cwc / z30NEpbWxW55+KRRsA==





B) Que la cláusula contractual cause un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones del contrato en contra de las exigencias de la buena fe. Según la STJUE de 14/3/2013, la buena fe consiste en la comprobación de si, de haber tratado al consumidor de manera leal y equitativa, éste hubiera contratado esa cláusula en el marco de una negociación individual.

C) Que el desequilibrio perjudique a un consumidor. Por lo tanto, la parte ejecutada que plantea el incidente tiene que tener la condición de consumidor con relación al título en el que se encuentra incluida la cláusula contractual. Recuérdese que, tal como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo en la aludida Sentencia de 9/05/13, el ámbito de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, se circunscribe a los contratos con consumidores.

D) Que la estipulación no haya sido negociada individualmente. Efectivamente, las cláusulas contractuales prerredactadas (sean condiciones generales –sometidas a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación- o particulares –no sujetas a dicha norma-) deben tenerse por impuestas cuando no han sido negociadas individualmente. A estos efectos, el Tribunal Supremo mantiene en la citada Sentencia que el empresario o profesional que afirme que una cláusula ha sido negociada individualmente, tiene la carga de la prueba respecto a dicha cuestión fáctica. Así mismo, el Tribunal Supremo en Sentencia dictada con fecha 22/04/15 especifica que para que la cláusula quede excluida del control de abusividad es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde 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. En el presente caso, ninguna prueba ha aportado la parte tendente a acreditar dicha negociación en el sentido de haber informado al cliente de que no era su obligación en todo o en parte afrontar los gastos y no obstante, los asumiera a cambio de mejores condiciones o menos comisiones pues el documento aportado -solicitud de hipoteca- aparte de que aparece tapado con la copia del DNI en la parte relativa a los gastos, de modo que no se puede leer, no acredita que los gastos se hayan negociado, como decimos a cambio de mejores condiciones. En él, por lo poco que puede leerse, sólo se informa al cliente de los gastos que se le imponen.

Es por ello que se considera acreditado que se trata de una CGC.

E) Que la cláusula contractual no se refiera al objeto principal del contrato, salvo que la misma no sea clara y comprensible. Efectivamente, como pone de manifiesto el Tribunal Supremo, el art. 42 de la citada Directiva 93/13 especifica que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato siempre que dichas cláusulas sean claras y comprensibles, por lo que a sensu contrario debe entenderse que las estipulaciones referidas a la definición del objeto principal del contrato se someterán a control de la naturaleza abusiva única y exclusivamente si no son claras y comprensibles. Por lo tanto, las citadas cláusulas no quedan exentas de un doble control de transparencia (control de incorporación -transparencia documental- y control de comprensibilidad real de su importancia y trascendencia económica y jurídica en el desarrollo razonable del contrato).

Por su parte, el artículo 3 de la mencionada Directiva 93/13/CEE dispone que, “Las 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. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula

Código Seguro de verificación: cwc / z30NEpbWXW55+KRRsA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/ Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MACARENA MOLINA NOGUERA 02/04/2019 13:31:40	FECHA	02/04/2019
	BELEN SANCHEZ SANCHEZ 02/04/2019 13:58:19		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	6/14
	cwc / z30NEpbWXW55+KRRsA==		



cwc / z30NEpbWXW55+KRRsA==



aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas”.

Centrándonos en el caso presente, cabe indicar que una cláusula como la que nos ocupa, en la que se pretende atribuir al consumidor diversos gastos de la hipoteca, fue objeto de análisis en la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo 705/2015, de 23 de diciembre (y en el mismo sentido se han pronunciado posteriormente otros órganos judiciales, como la AP de Tarragona, en Sentencia 436/2016 de 22 de septiembre, el Juzgado de Primera Instancia de Oviedo en Sentencia 247/2016 de 9 de noviembre, o el Juzgado de Primera Instancia de Bilbao de fecha 5/04/17), resolviendo la cuestión en el sentido de considerar abusiva la cláusula que impone gastos y tributos (presentes y futuros -hasta el total del reembolso del préstamo-) contraviniendo normas legales con previsiones diferentes, razonándolo de la siguiente manera:

“El artículo 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” (número 2º), como “La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario” (número 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 a la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos que 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)”.

Así las cosas, a la vista de lo expuesto, y conforme al criterio fijado por el TS en la Sentencia citada, la cláusula de gastos objeto del presente procedimiento, en virtud de la cual se atribuye al consumidor prácticamente la totalidad de los mismos debe considerarse abusiva, en cuanto que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiese aceptado razonablemente en el marco de la negociación individualizada, recordando que en el presente supuesto, no se ha probado por la entidad demandada, a pesar de tener la carga de hacerlo, que la citada cláusula introducida en la escritura sea fruto de la negociación de las partes ahora litigantes.

Por tanto, teniendo en cuenta lo señalado y en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación (el cual tras declarar en su apartado 1 la nulidad de pleno derecho de las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en la propia Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, concreta en su apartado 2 que, “En particular, serán nulas las condiciones generales 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 Consumidores y Usuarios”), debe eliminarse la cláusula nula, sin que ello conlleve la ineficacia del contrato, el cual puede subsistir sin la misma, con arreglo al artículo 10 del mismo texto legal. Por todo ello, el préstamo hipotecario -y posteriores novaciones- mantienen su vigencia, con eliminación de la cláusula.

Código Seguro de verificación:cwc / z30NEpbWXW55+KRRsA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/ Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MACARENA MOLINA NOGUERA 02/04/2019 13:31:40	FECHA	02/04/2019
	BELEN SANCHEZ SANCHEZ 02/04/2019 13:58:19		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	7/14
	cwc / z30NEpbWXW55+KRRsA==		



cwc / z30NEpbWXW55+KRRsA==



ADMINISTRACIÓN  
D. Junta de Andalucía  
JUSTITIA

**CUARTO.-** La parte actora, además de solicitar la declaración de nulidad de la estipulación relativa a los gastos, y recogida en la escritura, reclama los gastos indebidamente repercutidos, y aporta la justificación de los satisfechos por el prestatario en concepto de Notaría, Registro, IAJD y gestoría (Doc. 2).

Pues bien, tal y como señala la STJUE de fecha 21/12/16, una vez declarada abusiva una cláusula (y por tanto, nula), no puede tener efectos frente al consumidor y debe restablecerse la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, esto es, el consumidor tiene derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento suyo en virtud de la cláusula abusiva.

Por tanto, el consumidor no debe hacer frente a todos los gastos que preveía la cláusula. Lo que la entidad demandada debe restituir son los gastos que hubiese tenido que asumir con arreglo a Derecho positivo, y de no existir la cláusula que ahora se ha declarado abusiva.

Ahora bien, una cosa es el control de la cláusula en cuestión y su expulsión de la norma del contrato, y otra las condiciones concretas en que se hayan determinado las obligaciones de las partes en cada relación contractual; dicho de otro modo, expulsar la estipulación nula del contrato no significa atribuir necesariamente al predisponente-prestamista el pago de los concretos gastos reclamados en el presente litigio, pues ello dependerá bien de la exigencia de una norma imperativa, bien de norma que regule el concreto gasto en que el acreedor es un tercero ajeno al contrato, o bien del concreto pacto contractual concertado con pleno conocimiento de sus consecuencias, como producto de la negociación individual. Es decir, se trata de mantener la imputación de gastos que corresponda por normativa o fruto de la negociación individual, considerando abusivo que el empresario traslade o repercuta los que le incumben, lo que no releva al prestatario de pagar los gastos que le correspondan.

De manera que, declarada nula por abusiva la cláusula contractual quinta relativa a los gastos, de la escritura objeto de litis, deben determinarse las consecuencias de dicha nulidad, para lo cual es preciso hacer las siguientes consideraciones:

A) Por lo que se refiere a los aranceles notariales y registrales, se debe distinguir entre los abonados al Notario (formalización en escritura pública) y los satisfechos al Registrador de la Propiedad (inscripción registral).

El Tribunal Supremo, en su Sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, establece, “ (...) en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas en el Registro de la Propiedad (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 a quien 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 (artículos 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial. (artículo 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 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).

Ya en la STS 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

Código Seguro de verificación:cwc/z30NEpbWXW55+KRRsA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MACARENA MOLINA NOGUERA 02/04/2019 13:31:40	FECHA	02/04/2019
	BELEN SANCHEZ SANCHEZ 02/04/2019 13:58:19		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	8/14
	cwc/z30NEpbWXW55+KRRsA==		



cwc/z30NEpbWXW55+KRRsA==





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 desde perfectamente trasladable al caso”.

A) En relación al pago de los aranceles del Notario, la parte actora solicita 1018,57 € euros por el total de esta partida ( factura aportada como Doc.3 del escrito de demanda).

En palabras de la STS Pleno nº 47 de 23 de enero de 2019: “el art. 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en Arancel. En primer lugar, la diversidad de negocios jurídicos –préstamo e hipoteca- plasmados en la escritura pública no se traduce arancelariamente en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado; sino que, en armonía con lo antes razonado, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario.

A su vez, la norma Sexta del Anexo II, del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone: «La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente».

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

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.

Por consiguiente, debe acogerse la pretensión planteada por la parte actora relativa a esta partida exclusivamente con relación a la cantidad de 509,28 euros (50% de las facturas).

En cuanto a los aranceles derivados de la intervención del Registrador de la Propiedad, la parte actora reclama 524,14 euros en total por este concepto.

Dice la STS del Pleno de 23 de enero de 2019 (nº 47): “el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1º, que: «Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado».

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

Código Seguro de verificación: cwc / z30NEpbWXW55+KRRsA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MACARENA MOLINA NOGUERA 02/04/2019 13:31:40	FECHA	02/04/2019
	BELEN SANCHEZ SANCHEZ 02/04/2019 13:58:19		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	9/14
	cwc / z30NEpbWXW55+KRRsA==		



cwc / z30NEpbWXW55+KRRsA==



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

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

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

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

Por consiguiente, debe acogerse la pretensión planteada por la parte actora en relación a esta partida.

B) En relación al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, dado que en el suplico no se reclama, ninguna consideración se hará al respecto.

C) La parte actora reclama asimismo 906,16 euros en concepto de Gestoría (Documento 2). Dice la STS nº 47 de 23 de enero de 2019: “ En la práctica, se trata de una serie de gestiones derivadas de la formalización del préstamo hipotecario: la llevanza al notario de la documentación para la confección de la escritura, su presentación en el registro de la propiedad o su presentación ante la Agencia Tributaria para el pago del impuesto de actos jurídicos documentados. Estas gestiones no necesitan el nombramiento de un gestor profesional, ya que podrían llevarse a cabo por el banco o por el cliente. Sin embargo, el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, da por supuesta la prestación de este servicio en su art. 40, que establece la obligación de ponerse de acuerdo en el nombramiento del gestor y considera el incumplimiento de esta obligación como una infracción de lo preceptuado en el párrafo segundo del art. 48 de la Ley 26/ 1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito.

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

De manera que debe acogerse la pretensión planteada por la parte actora exclusivamente en la cantidad de 453,08 euros (50% del total).

Con arreglo a todo lo expuesto, debe estimarse sustancialmente la demanda, condenando a la demandada restituir a la actora la cantidad de 1486,5 euros.

En cuanto a los intereses, el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha resuelto en sentencia de 19 de diciembre de 2018 considera que los intereses se devengan desde la fecha en que pagó los gastos en cuestión. La consecuencia de la abusividad de la cláusula de gastos es, conforme al principio de no vinculación de la Directiva 93/13 y su interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y por la propia Sala Primera, que haya de actuarse como si la cláusula nunca se hubiera incluido en el contrato, debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponda, según nuestro ordenamiento jurídico.

Sigue argumentando la sentencia que el efecto restitutorio, cuando se trata de la cláusula de gastos, no es directamente reconducible a la norma del Código Civil (art. 1303) que regula la restitución de prestaciones recíprocas entre las partes, pues no se trata de abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver (como intereses o comisiones), sino pagos hechos por el consumidor a terceros (en este caso, a la gestoría y al tasador), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva. No obstante, como la declaración de abusividad obliga a restablecer la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber

Código Seguro de verificación: cwc / z30NEpbWXW55+KRRsA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MACARENA MOLINA NOGUERA 02/04/2019 13:31:40	FECHA	02/04/2019
	BELEN SANCHEZ SANCHEZ 02/04/2019 13:58:19		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	10/14
	cwc / z30NEpbWXW55+KRRsA==		



cwc / z30NEpbWXW55+KRRsA==



existido la cláusula en cuestión, debe imponerse a la entidad prestamista el abono al consumidor de las cantidades que le hubiera correspondido pagar de no haber existido la estipulación abusiva.

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 el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía. Así, resultaría de aplicación analógicamente el artículo 1896 Cc, puesto que la calificación de la cláusula como abusiva es equiparable a la mala fe del predisponente.

En consecuencia, la entidad bancaria deberá abonar el interés legal desde la fecha en que el consumidor realizó los pagos.

**SEXTO.-** Respecto al posible carácter abusivo de la cláusula de posiciones deudoras prevista en la Cláusula segunda de la segunda escritura de novación, la normativa básica sobre las comisiones bancarias está recogida en la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, norma que ha sido desarrollada en aspectos importantes que afectan a la transparencia bancaria a través de la Circular 5/2012, del Banco de España de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicio de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, normativa que se completa con la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago sujetos a la Ley 15/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago.

En relación a las comisiones bancarias se pronunció el Banco de España en su Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2009, recogiendo reflexiones sobre el alcance de dichas obligaciones en relación a la transparencia exigible en los contratos bancarios y la buena fe que ha de presidir las relaciones con los clientes. En concreto, señalaba que, “Las entidades pueden pactar libremente comisiones que cobran por las operaciones o servicios que presten y pueden repercutir a sus clientes los gastos efectivos en que se hayan incurrido por prestar sus servicios, pero, desde el punto de vista de la transparencia que debe presidir las relaciones entidad-cliente, les es exigible:

- que informen debidamente del coste de los servicios que ofrecen y de los gastos que los mismos llevan aparejados procurando, en este caso, que aun tratándose de estimaciones, las previsiones sean ajustadas a la realidad. (...)
- Además, en las operaciones activas o pasivas en las que intervenga el tiempo, esos costes deberán estar recogidos, de forma explícita y clara, en el contrato figurando al menos su concepto en el caso de los gastos si la cuantía no puede determinarse en el momento de la firma. No se admiten remisiones genéricas a tarifas.
- Que cuenten con el consentimiento al cobro de dichas comisiones o a la repercusión de los gastos que generan los servicios”.

Y en relación a las comisiones de reclamaciones de posiciones deudoras, el Banco de España señala en la citada Memoria lo siguiente: “Esta comisión constituye una práctica bancaria habitual, que tiene por objeto el cobro de los costes en que ha incurrido la entidad al efectuar las reclamaciones necesarias para la recuperación de los saldos deudores de sus clientes. Ahora bien, desde la óptica de las buenas prácticas bancarias y ante la dificultad de las entidades de determinar a priori, y de justificar a posteriori, para cada caso concreto, la existencia efectiva de gestiones de reclamación, es criterio del Servicio de Reclamaciones que su adeudo sólo puede ser posible si, además de aparecer recogida en el contrato, se acredita que:

Código Seguro de verificación:cwc / z30NEpbWXW55+KRRsA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/ Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MACARENA MOLINA NOGUERA 02/04/2019 13:31:40	FECHA	02/04/2019
	BELEN SANCHEZ SANCHEZ 02/04/2019 13:58:19		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	11/14
			
cwc / z30NEpbWXW55+KRRsA==			



- su devengo está vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamaciones realizadas ante el cliente deudor (algo que, a juicio de este Servicio, no está justificado con la simple remisión de una carta periódicamente generada por ordenador)

- es única en la reclamación de un mismo saldo.

Además, y como criterio adicional, se considera que su aplicación automática no constituye una buena práctica bancaria (...) solo cuando se analiza, caso por caso, la procedencia de llevar a cabo cada reclamación, se justifica bajo el principio de la buena fe, la realización de gestiones individuales de recuperación”.

Es evidente que tales indicaciones no constituyen descripciones jurídicas de conductas abusivas. Pero sí son indicativas de los criterios a valorar a la hora de examinar estas cláusulas desde la perspectiva de la buena fe y el equilibrio exigible en la posición contractual de las partes, ya que la buena práctica bancaria tal cual se describe está vinculada al quehacer contractual derivado de la posición que ocupa cada una de las partes en un contrato en el que las partes no son iguales, correspondiendo a una de ellas la imposición clausular.

La AP de Málaga, en Sentencia 73/2017 (Sección Quinta), de 7 de febrero, recoge que, “El art. 80.1 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 (TRLGDCU) dispone que, en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, aquéllas deberán cumplir, entre otros, el requisito de buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas. Igualmente, según lo dispuesto en el art. 85.6 TRLGDCU, se considerarán cláusulas abusivas las estipulaciones que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones. Pues bien, la norma tercera apdo. 3 de la Circular del Banco de España 8/1990 de 7 de septiembre sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela dispone que "no se tarifarán servicios y operaciones no practicados. Tampoco se incluirán en las tarifas, sin perjuicio de su reflejo en los contratos correspondientes, las penalizaciones o indemnizaciones que deba pagar el cliente por incumplimientos de sus obligaciones contractuales" , así como que" las comisiones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos ",y el artículo quinto de la OM de 19 de diciembre de 1989 sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuaciones información a clientes y publicidad, señalando que el Servicio de Reclamaciones del Banco de España reitera en su memoria que las comisiones de este tipo y su devengo está directamente vinculado con la existencia efectiva de gestiones de reclamación realizadas ante el cliente deudor debiendo analizar cada caso acreditando que efectivamente se han realizado gestiones encaminadas al recobro. (...)”.

Nos encontramos ante una cláusula, continúa diciendo la misma sentencia, “que establece un recargo en el supuesto de impago de alguna cuota por parte del prestatario y de reclamación de la misma, que no responde al coste particular e individualizado de una actuación concreta que la misma haya podido desarrollar, sino que se trata de una cuota fija que el prestatario se ve obligado a abonar por el simple hecho de incurrir en descubierto, aunque dicho descubierto se regularice de forma inmediata a producirse. Cuando la cláusula se refiere a la comisión por reclamación está contemplando la comunicación al deudor de su situación, sin que ello implique la necesidad de efectuar un requerimiento notarial, ni contratar los servicios de un profesional para llevar a cabo una llamada o remitir una carta que los empleados de la actora pueden realizar dentro de sus funciones y mucho menos de acudir a la vía judicial en cuyo caso, además, el importe generado formaría parte de la ejecución, sin que tal actuación suponga un coste adicional en los salarios que la caja deba afrontar ( Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 17 y 31 de marzo de 2015 ) Y además, la comisión por reclamación viene a suponer una sanción por la situación deudora añadida al recargo por intereses de mora, por lo que a tenor de lo expuesto, es claro que la cláusula supone

Código Seguro de verificación:cwc / z30NEpbWXW55+KRRsA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/ Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MACARENA MOLINA NOGUERA 02/04/2019 13:31:40	FECHA	02/04/2019
	BELEN SANCHEZ SANCHEZ 02/04/2019 13:58:19		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	12/14
	cwc / z30NEpbWXW55+KRRsA==		



cwc / z30NEpbWXW55+KRRsA==



ADMINISTRACION DE JUSTICIA

imponer al consumidor incumplidor una carga carente de fundamento, encontrándose suficientemente sancionada su conducta incumplidora a través del recargo por intereses de demora, lo que no cabe sino concluir que la citada cláusula debe ser declarada nula por abusiva” (en la misma línea, SAP Pontevedra, Sección 1ª, de 31 de marzo de 2016). En este mismo sentido se pronuncia la AP de Córdoba en Sentencia 484/16, de 26 de septiembre, que, remitiéndose a la Sentencia de 20 de marzo de 2014, señala que, “(...) se trata de comisiones sin causa contractual lícita, ya que como expresa el Banco de España en su Circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones bancarias y protección de la clientela: “Las comisiones y gastos repercutidos deben de responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente”. Sin que conste qué servicio prestaba realmente la prestamista por el mero hecho de dejar constancia de que se había producido un impago, ni se haya justificado en que consistía el mismo. En esta materia rige el “principio de realidad del servicio remunerado”, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2008, al decir que las normas de disciplina del contrato imponen que “no cabe reclamar comisiones por servicios no prestados efectivamente ni gastos que no hayan sido habidos”; ya que en otro caso habría que pensar que se trata de una imposición arbitraria y, por ende, carente de causa”.

Por su parte, la AP de Cádiz, en Sentencia 198/2016, de 21 de octubre, en relación a esta misma cláusula, señala que la misma “produce desequilibrio y es abusiva porque no hay reciprocidad dado que a la prestación de una parte no sigue, necesariamente, una contraprestación de la otra, resultando indiferente cuál sea la cuantía o valor económico real de la prestación –gestión de cobro- y contraprestación –precio de la gestión-”.

Así, a la vista de lo expuesto, no cabe sino concluir que la redacción de una cláusula que permite el cobro de una comisión, sin que tuviera que existir un servicio prestado, no pudiendo considerarse como tal la constancia del impago o su reclamación, determina su consideración de cláusula nula. Y a mayor abundamiento, en el caso que nos ocupa, ante la falta de prueba por la entidad demandada de unas operaciones que supongan un coste a la misma que justifiquen dicha comisión, queda constatada su abusividad, y por tanto, debe declararse su nulidad.

**SÉPTIMO.-** En relación con la cuantía, de conformidad con el artículo 252.2º LEC, si las acciones acumuladas provienen del mismo título o con la acción principal se piden accesoriamente intereses, frutos, rentas o daños y perjuicios, la cuantía vendrá determinada por la suma del valor de todas las acciones acumuladas. Pero si el importe de cualquiera de las acciones no fuera cierto y líquido, sólo se tomará en cuenta el valor de las acciones cuyo importe sí lo fuera.

Para la fijación del valor no se tomarán en cuenta los frutos, intereses o rentas por correr, sino sólo los vencidos. Tampoco se tomará en cuenta la petición de condena en costas.

A criterio de esta Juzgadora, ejercitándose una acción principal de nulidad de condiciones generales de la contratación de la que se interesan accesoriamente “intereses, frutos, rentas o daños y perjuicios” perfectamente cuantificadas, debe estarse a dicha cantidad. Así, se fija la cuantía del procedimiento en 4620,76 €, reclamados inicialmente en la demanda.

**OCTAVO.-** En materia de costas, siguiendo el criterio de la SAP de Málaga, (St nº 153, Sección Sexta, de 19 de febrero de 2019 ) debe considerarse que la estimación es sustancial y por ende, aplicando el principio del vencimiento y la Jurisprudencia de la STS de 4/7/2017 que invoca el principio de efectividad del Derecho de la Unión y la indemnidad del consumidor, se imponen a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

Código Seguro de verificación: cwc / z30NEpbWXW55+KRRsA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MACARENA MOLINA NOGUERA 02/04/2019 13:31:40	FECHA	02/04/2019
	BELEN SANCHEZ SANCHEZ 02/04/2019 13:58:19		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	13/14



cwc / z30NEpbWXW55+KRRsA==





FALLO

Que ESTIMANDO SUSTANCIALMENTE la demanda interpuesta por D. [REDACTED], representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Mendiola Olarte y asistido de la Letrada Sra. Bernáldez Bretón,, contra ING BANK, N.V. SUCURSAL EN ESPAÑA , representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. [REDACTED] y asistida del Letrado Sr. [REDACTED], DECLARO:

1) LA NULIDAD ABSOLUTA DE LA CLÁUSULA SEGUNDA, DE LA SEGUNDA NOVACIÓN DOCUMENTO Nº 3, que establecen una comisión por posiciones deudoras de 25€, por recibo vencido y reclamado.

2) LA NULIDAD ABSOLUTA DE LA CLÁUSULA QUINTA DE LA HIPOTECA DOCUMENTO Nº 1, LA CLÁUSULA SEXTA DE LA PRIMERA NOVACIÓN DOCUMENTO Nº 2 y LA CLÁUSULA SÉPTIMA DE LA SEGUNDA NOVACIÓN DOCUMENTO Nº 3, que impone los gastos del préstamo hipotecario en exclusiva a la parte prestataria y CONDENO a la demandada al REINTEGRO DE LAS CANTIDADES PAGADAS INDEBIDAMENTE MÁS EL INTERÉS LEGAL, ascendiendo esta a un total de 1486,5 €, en concepto de mitad de gastos de Notaría, de Registro de la Propiedad y mitad de Gestoría de las tres escrituras objeto de esta demanda.

Todo ello con expresa imposición de las costas del proceso a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer recurso de apelación ante este Juzgado dentro de los veinte días siguientes a su notificación para su conocimiento por la Audiencia Provincial de Málaga.

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.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Sra. Magistrada-Juez que la suscribe, en la audiencia pública del día de su fecha. Doy fe.



Código Seguro de verificación:cwc / z30NEpbWxW55+KRRsA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/ Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MACARENA MOLINA NOGUERA 02/04/2019 13:31:40	FECHA	02/04/2019
	BELEN SANCHEZ SANCHEZ 02/04/2019 13:58:19		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	14/14



cwc / z30NEpbWxW55+KRRsA==