



Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Girona

Avenida Ramon Folch, 4-6, planta tercera - Girona - C.P.: 17001

TEL.: 972181718
FAX: 972219577
EMAIL: instancia3.girona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 1707942120198269931

Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) 1658/2019 -4B

-

Materia: Condiciones grales. incluidas contratos financiamiento con garantías reales inmob. Persona física

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:
Para ingresos en caja. Concepto: 1680000004165819
Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.
Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Girona
Concepto: 1680000004165819

Parte demandante/ejecutante: Xxxxxx Xxxxxx
Xxxxx, Xxxxx Xxxxxx Xxxxxxxx
Procurador/a: Elisenda Pascual Sala, Elisenda
Pascual Sala
Abogado/a: Lluís Ferrer De Nin

Parte demandada/ejecutada: BANCO SANTANDER,
SA
Procurador/a: Carlos Javier Sobrino Cortés
Abogado/a: XXXXX XXXXX XXXX

SENTENCIA Nº 95/2020

Magistrado: David Torres Pindado

Girona, 5 de febrero de 2020

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales Sra. ELISENDA PASCUAL SALA, en nombre y representación de XXXXXX XXXXXXXXXXX XXXXX y XXXXX XXXXXX XXXXXXXXXXX, presentó demanda de juicio ordinario contra la entidad financiera BANCO SANTANDER, S.A. Se ejercitaba acción de nulidad de condiciones generales de la contratación (cláusula de gastos a cargo del prestatario e intereses moratorios) con restitución de cantidades, intereses y costas.

La demanda fue admitida y se emplazó a la demandada para su contestación en el plazo de 20 días.

La demandada BANCO SANTANDER, S.A., contestó la demanda en tiempo y forma oponiéndose a la misma, solicitando su desestimación y la imposición de costas a la contraria.

SEGUNDO.- Seguidamente las partes fueron convocadas al acto de la audiencia





previa celebrada el día 4/2/2020. Comparecieron todas las partes.

Respecto a la prueba, ambas partes propusieron únicamente prueba documental, que se admitió en los términos que consta documentado.

Por lo tanto, conforme al artículo 429.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedó el juicio visto para sentencia sin necesidad de la previa celebración de juicio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Pretensiones de las partes.

La actora XXXXXXXX XXXXXXXXX XXXXX y XXXXX XXXXXXXX XXXXXXXXX ejercita acción de nulidad de las condiciones generales de la contratación relativas a los intereses de demora e imposición de gastos, por abusividad e incumplimiento de normativa, con los efectos inherentes a la declaración interesada y el abono de cantidades más intereses en los términos de las SSTs de fecha 23/1/2019 y costas. Y ello en relación al contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito con la entidad financiera demandada en escritura pública de fecha 22/2/2006.

La entidad demandada BANCO SANTANDER, S.A., se opone a la pretensión deducida de contrario afirmando la validez de las cláusulas impugnadas y negando la procedencia de la acción restitutoria. También opone prescripción e impugna la cuantía del procedimiento.

SEGUNDO.- Audiencia previa.

Cuestiones procesales

La demandada impugna la cuantía del procedimiento interesando se fije como determinada. A tal efecto debe seguirse el criterio fijado por la Sección Primera de la Ilma. AP de Girona, en la Sentencia 53/2019, de fecha 4 de febrero (Ponente: D. FERNANDO FERRERO HIDALGO) de forma que la decisión queda relegada al incidente de tasación de costas.

Controversia

Se fijaron los hechos controvertidos consistentes en: i) nulidad de la cláusula gastos; ii) restitución de cantidades; iii) prescripción.

La entidad BANCO SANTANDER, S.A. se allana a la pretensión de nulidad del interés moratorio interesando quede fijado en el ordinario remuneratorio, a lo que la demandante mostró conformidad.





TERCERO.- Acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación. Consumidor.

Existen dos premisas fundamentales para poder entrar a valorar si una cláusula de un contrato es o no abusiva al amparo de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC). La primera, que el contrato haya sido suscrito entre un profesional y un consumidor; y la segunda, que estemos ante una condición general de la contratación.

Respecto a la primera cuestión, el artículo 3 del TRLGDCU, contiene una definición legal según el cual *"a los efectos de dicha Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional"*. De forma sustancialmente semejante el art. 2 de la LCGC. No resulta controvertido que la demandante tiene la consideración de consumidor, tal y como hemos señalado anteriormente. La demandada no lo discute.

En cuanto al segundo elemento, el apartado 1 del artículo 1 LCGC define a las condiciones generales de la contratación como aquellas *"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"*

Tal precepto ha sido desarrollado por la STS de 9 de mayo de 2013, en cuyos fundamentos jurídicos 137 y 138, establece un elenco de cuáles son los presupuestos que deben concurrir para que una cláusula tenga la consideración de condición general de la contratación:

- 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.
- b) Predisposición: la cláusula ha de estar preredactada, 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.

Centrándonos en la cláusula impugnada objeto de procedimiento resulta evidente que nos hallamos ante una condición general de la contratación. Son cláusulas llamadas a incorporarse a una multitud de contratos y que son preredactadas unilateralmente por la entidad bancaria, las convierte en una condición general de la contratación. De hecho, la experiencia y práctica judicial demuestra que el cliente no tiene capacidad alguna de negociar la incorporación de tales cláusulas, sino que forman parte de las condiciones que le impone el banco para concederle la financiación requerida a modo de oferta irrevocable, lo que ratifica la idea de que estamos ante cláusulas impuestas, por lo que procede el control de su abusividad.

La demandada BANCO SANTANDER, S.A., tampoco justifica la existencia de verdadera negociación individualizada respecto a la cláusula impugnada aportando siquiera el más mínimo indicio documental que así lo indique.

CUARTO.- Control judicial de abusividad.

En materia de protección de consumidores y usuarios, tanto las condiciones generales de la contratación como las cláusulas aisladas no negociadas individualmente están sometidas a dos tipos de control judicial: el control de inclusión y el control de contenido.

Tanto las cláusulas suscritas entre empresarios y profesionales como las verificadas entre éstos con consumidores, ya afecten a elementos esenciales del contrato, es decir, los definitorios del mismo o contenido económico, como los relativos al contenido jurídico o normativo, están sometidas a un inicial control común de inclusión o incorporación previsto en los arts. 5 y 7 de la LCGC. El art. 7 LCGG en relación al deber de redacción de las “cláusulas generales” ajustadas “a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez” (art. 5.5 LCGC). Se trata de una transparencia documental o gramatical de la cláusula.

Una vez superado ese primer filtro el control de contenido se distingue según el tipo de cláusula que se trate. Por un lado, las cláusulas relativas al contenido económico (precio) a un control de transparencia. Y, por otro lado, las





comprendidas en el contenido jurídico o normativo del contrato (cláusulas de vencimiento anticipado, intereses moratorios, comisiones o la de gastos) a un control de desequilibrio objetivo en el que se examina la eventual existencia de un perjuicio para el consumidor por el desequilibrio en términos de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes.

Nos encontramos precisamente en este segundo supuesto. La cláusula de gastos y mora objeto de impugnación no se refiere *“a la definición del objeto principal el 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”* (art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE), lo que no es objeto de discusión ni resulta controvertido por las partes. Por lo tanto, es susceptible de ser enjuiciada en su contenido desde la perspectiva de la abusividad de los arts. 82 y ss. del TRLGDCU.

Dicha disposición (actual art 82 del TRLGDCU y anterior art. 10 bis de la LGDCU) establece que *“Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas 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.”*

Debe examinarse si en el caso concreto la cláusula en cuestión opera una adecuada distribución de los gastos derivados del préstamo hipotecario, o por el contrario debe calificarse como abusiva, es decir si se trata de *“...una estipulación que ocasiona al consumidor un desequilibrio relevante que no hubiera aceptado en el marco de una negociación individualizada”* (STS de fecha 23 de diciembre de 2015)

Asimismo, en todo caso, los arts. 85 a 90 del TRLGDCU fija una serie de supuestos en los que partiendo de la existencia de dicho desequilibrio considera que existe abusividad. Destacamos, en lo que ahora interesa el art. 89 del TRLGDCU al mantener que *“...tienen la consideración de cláusulas abusivas:*

- 1. Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.*
- 2. La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables.*





3. *La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la compraventa de viviendas:*

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 (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).*

b) *La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación.*

c) *La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.*

d) *La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad.*

4. *La imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados.*

5. *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.”*

QUINTO.- Cláusula de gastos.

La cláusula de gastos impugnada se encuentra en la estipulación quinta del préstamo hipotecario suscrito entre las partes que se da por reproducida dada su extensión.

En base a la STS 23 de diciembre de 2015, como la dictada por nuestra Audiencia Provincial de referencia, Sentencia 188/2016, de fecha 10 de marzo de 2016 y las más recientes 139/2018 (demandada BANKIA, S.A.), 140/2018 (demandada BBVA,SA) y 142/2018 (demandada CAIXABANK, S.A.), todas ellas de 23 de abril, así como la 152/2018, de 25 de abril y 155/2018, de 26 de abril (en ambas demandada BANCO SABADELL, S.A.), se llega a la conclusión de que se trata de una cláusula absolutamente omnicomprendiva y genérica que incluye pluralidad de conceptos a cargo del consumidor prestatario, en términos genéricos e inconcretos, tales como los tributos o gastos, sin distinción alguna,





vulnerando la norma aplicable en cada caso y provocando una situación de desequilibrio en perjuicio del consumidor. Se infringe claramente el art. 89.3 a) TRLGDCU sin precisar exactamente qué partidas se integran en cada uno de dichos grupos.

En efecto, desde la perspectiva del control de contenido, la generalidad, imprecisión e imputación indiscriminada al prestatario de cada una de las partidas de gastos denunciadas (por ejemplo impuestos, tributos, gastos de notaría, registrales, tasación del inmueble o gestoría) supone un desequilibrio en perjuicio del consumidor y en beneficio de la entidad predisponente, pues se le imponen gastos que contravienen e infringen la norma aplicable en cada supuesto. Y todo ello en base a lo dispuesto por el TS en sentencia de 23 de diciembre de 2015 y las de AP de Girona antes señaladas.

Ello conduce a la declaración de nulidad de pleno derecho, por abusiva, y la consiguiente expulsión contractual de la cláusula de gastos de conformidad con los arts. 82 y 83 TRLGDCU (anterior art. 10 bis.2 LGDCU), 8.2 LCGC y artículos 3.1 y 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores.

Dicha nulidad no incidirá en la eficacia del contrato dado que puede, perfectamente, subsistir sin esa previsión (art. 6.1 de la Directiva de Cláusulas Abusivas, 10.1 LCGC y art. 83 TRLGDCU)

SEXTO.- Restitución de cantidades. Doctrina del TS y AP de Girona.

Decretada la nulidad por abusiva de la cláusula de gastos debemos entrar sobre la acción de restitución de cantidades ejercitada de forma acumulada. Debe precisarse que la STS de 23 de diciembre de 2015 antes señalada fue dictada en ejercicio de una acción colectiva y tanto ésta como la SAP de Girona de 10 de marzo de 2016, fueron dictadas en procedimientos en los que no se interesó la restitución de cantidades satisfechas por la prestataria. En el caso que nos ocupa, sin embargo, se ejercita acumuladamente a la pretensión de nulidad una acción de restitución de cantidades por lo que para el supuesto de estimarse la acción principal de nulidad de la condición general de la contratación, su eliminación y expulsión del contrato, resultará que ante la falta de previsión o regulación pactada deberemos atender a la legislación vigente sobre cada gasto para resolver la cuestión.

En efecto, una cosa es el control de la cláusula de gastos 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, de forma que una vez expulsada la misma del contrato, el reintegro o no que se pretende de los gastos asumidos por el consumidor dependerá en cada caso de lo que establece el derecho positivo.

El Tribunal Supremo, en la recientes Sentencias 44/19, 46/19, 47/19, 48/19 y 49/19, todas ellas de 23 de enero, y la Sección Primera de la AP de Girona en





Sentencias 139/2018, 140/2018 y 142/2018, de 23 de abril, 152/2018 de 25 de abril y 155/2018 de 26 de abril, entre otras, ya se ha pronunciado sobre esta cuestión que tanta disparidad de criterios ha levantado, considerando que el préstamo/crédito hipotecario es una operación que interesa a ambas partes (entidad financiera y cliente) y que lleva aparejada una serie de gastos propios y necesarios para el buen fin de la operación, de forma que éstos, consistentes en los notariales, gestoría y tasación, se satisfarán por partes iguales. Los de registro que corresponde en su totalidad a la entidad financiera.

Ahora bien, en relación a los gastos notariales precisar que las copias emitidas serán a cargo de aquella parte que las haya interesado, y se concreta que la copia autorizada que se inscribe en el Registro de la Propiedad también será por mitad.

En lo referente al Impuesto de AJD se sigue la doctrina del TS en Sentencias nº 147/18 y 148/18, de fechas 15 de marzo de 2018, que concluye que el impuesto corresponde al prestatario. Lo que se confirmó recientemente por Sentencias de la Sala III del TS nº 1669/18, 1670/18 y 1671/18, de fecha 27 de noviembre.

Siguiendo la misma Sentencia de 15 de marzo de 2018 el impuesto por el papel matriz correspondería al prestatario y por las copias a aquella parte a cuyo favor se expidieron.

Esta doctrina de distribución de gastos derivados de la operación con garantía hipotecaria se aplica tanto a la operación de financiación como a la de modificación o novación, pues considera el TS que ambas partes están interesadas en tal modificación o novación.

Por el contrario, las cancelaciones, en tanto que liberan la carga real hipotecaria tan solo interesan a la prestataria, quien deberá asumir los gastos que se generen, tanto notariales como registrales.

De este modo procede reconocer el importe de la mitad de los gastos generados por la operación de financiación con garantía hipotecaria, salvo el registro que procede en su integridad, y con exclusión del impuesto, lo que en este caso y habida cuenta los concretos servicios reclamados por la demandante asciende al importe de 786,19 €.

De acuerdo con el art. 1303 del C.c. con la finalidad de restablecer la situación de hecho anterior al acto nulo procede la condena de intereses desde que se hiciera efectivo cada uno de los importes cuya restitución se ha acordado.

Por lo demás, conviene precisar que la demandante justifica cumplidamente el pago y satisfacción de las sumas reclamadas habida cuenta la documental adjuntada a la demanda consistente precisamente en las facturas en cuestión, no impugnada de contrario, así como ante la falta de prueba por parte de la demandada.





SÉPTIMO.- Cláusula de intereses moratorios 10 puntos por encima del ordinario.

La entidad BANCO SANTANDER, S.A. se allana.

OCTAVO.- Costas.

La estimación íntegra de la demanda, STS 4/7/2017 y la inexistencia de serias dudas de hecho o jurídicas imponen la condena en costas a la entidad demandada (artículo 394 de la LEC)

Asimismo, la postura mantenida por la demandada merece que sea declarada su expresa temeridad. En efecto, i) la demandada mantiene una postura de oposición frontal sin estar debidamente justificada; ii) se verifica y mantiene tanto en la previa reclamación como en vía judicial abocando a la prestataria consumidora a acudir al Juzgado, con el colapso que supone; iii) y teniendo muy presente que la STS de fecha 23/12/2015 declara la nulidad de cláusula semejante y por lo tanto la demandada ya debería haberla suprimido y devuelto cantidades conforme jurisprudencia imperante; y iv) es más, conforme a la STS de fecha 23/1/2019 la cuestión relativa a la nulidad de gastos y restitución de cantidades ha quedado plenamente zanjada, y pese a ello la entidad sigue mostrando oposición. Téngase muy en cuenta que la demanda se presenta una vez conocida esta última sentencia y después de haber intentado reclamación extrajudicial (documento nº 6 y 7 de la demanda)

De forma sustancialmente semejante la Sentencia de la AP de Girona nº 606/2019 de fecha 19 de septiembre, en un supuesto de gastos, considera temeraria la conducta de la entidad financiera de obligar al consumidor a acudir a los tribunales.

FALLO

ESTIMO la demanda presentada por XXXXXX XXXXXXXXXX XXXXX y XXXXX XXXXXX XXXXXXXXXX contra BANCO SANTANDER, S.A., y:

DECLARO la nulidad de la cláusula de gastos e intereses de demora contenida en la escritura de préstamo hipotecario y su correspondiente eliminación.

CONDENO a la entidad financiera demandada a satisfacer el importe de 786,19 € más los intereses legales de dicha cantidad desde las respectivas fechas de pago de cada uno de los importes objeto de condena.

CONDENO a la entidad demandada a las costas del proceso, con temeridad.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndose saber que no es firme y que contra la misma cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN ante este Juzgado dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su





notificación. En la interposición del recurso el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna (artículo 458 de la LEC)

Así por esta sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos de su razón, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

Codi Segur de Verificació: BDWEVUBTOQL6UJ070ZZG1J10G41SM6Q

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/IA/consultaCSV.html>

Signat per Torres Pinedado, David;

Data i hora 05/02/2020 12:40

