

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 8 DE SAN
SEBASTIÁN - UPAD CIVIL**

**ARLO ZIBILEKO ZULUP - DONOSTIAKO LEHEN
AUZIALDIKO 8 ZENBAKIKO EPAITEGIA**

TERESA DE CALCUTA-ATOTXA-JUST.JAUREGIA, 1-1ªPLANTA - CP./PK: 20012

TEL.: 943-000738 FAX: 943-000706

Correo electrónico/ Helbide elektronikoa: instancia8.donostia@justizia.eus / auzialdia8.donostia@justizia.eus

NIG PV / IZO EAE: 20.05.2-21/005317

NIG CGPJ / IZO BJKN :20069.42.1-2021/0005317

Procedimiento ordinario / Prozedura arrunta 693/2021 - D.

SENTENCIA N.º 631/2021

MAGISTRADO(A) QUE LA DICTA: D./D.ª EVA CERÓN RIPOLL

Lugar: Donostia / San Sebastián

Fecha: catorce de octubre de dos mil veintiuno

PARTE DEMANDANTE: [REDACTED]

Abogado/a: D./D.ª FUENSANTA CABRERA SALINAS

Procurador/a: D./D.ª IÑIGO NAVAJAS SAIZ

PARTE DEMANDADA UNICAJA BANCO S.A.

Abogado/a: D./D.ª

Procurador/a: D./D.ª JAVIER SUAREZ-QUIÑONES FERNANDEZ

OBJETO DEL JUICIO: JUICIO ORDINARIO

Vistos por mí, la Ilma. Sra. Dña. Eva Cerón Ripoll, Magistrada- Juez titular del Juzgado de 1ª Instancia Nº 8 de Donostia- San Sebastián, los presentes autos de **Juicio Ordinario Nº 693/2021**, promovidos a instancia del Procurador D. Iñigo Navajas Saiz, actuando en nombre y representación de [REDACTED] bajo la dirección técnica de la Letrada Dña. Fuensanta Cabrera Salinas, **frente a "UNICAJA BANCO, S. A."**, representado por el Procurador D. Javier Suárez Quiñones, y defendida por la Letrada Dña. Manuela Barbadillo Alonso; y sobre nulidad de condiciones generales de contratación

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la meritada representación procesal de la parte demandante, [REDACTED], se formuló demanda contra "UNICAJA

BANCO, S. A.", cuyo conocimiento corresponde a este Juzgado, alegando los hechos, y después los fundamentos de derecho que estimaba de aplicación y concluía su escrito con la súplica que previos los oportunos trámites legales, se dicte sentencia en la que se accediera en su integridad al contenido de la súplica de su demanda.

SEGUNDO.- Por decreto de este Juzgado se admitió la demanda y se dio traslado de la misma a la demandada, para su contestación en el plazo legal de veinte días establecido.

Una vez contestada la demanda, la parte demandada se allanó parcialmente a las pretensiones de la actora y, oída ésta, por S. S. ^a se acordó dictar la presente resolución, sin necesidad de previa celebración de la audiencia previa ni de la vista (art. 429.8 de la LEC).

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Pretensiones de las partes

La parte actora ejercita, de forma principal, acción de nulidad de condición general de contratación, en concreto, de la Cláusula QUINTA, referente a gastos, obrante en la ESCRITURA DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO, núm. Protocolo 412, de 9 de marzo de 2007.

Solicita la nulidad al entender, en relación a la cláusula de gastos, que dicha cláusula fue predispuesta por la entidad bancaria, sin ser negociada individualmente, que está redactada de forma indeterminada y genérica, y que genera un importante desequilibrio entre las partes, ya que por dicha cláusula de gastos se impone al consumidor el abono de cantidades que competen a la entidad demandada, como son los de registro, notaría, gestoría y tasación, cuya restitución por la entidad bancaria reclama, como consecuencia de la nulidad de la cláusula pretendida.

Fundamenta el demandante su pretensión en los artículos 5, 6, 7, 23, 31, 45, 52, 248, 249 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), artículos 1258, 1265, 1300, 1303 del Código Civil (en adelante, CC), artículos 2, 5, 7, 9, 10 de la Ley de 13 de abril de 1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC), y artículos 59 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante TRLGDCU).

La demandada, por su parte, se allana parcialmente respecto a la cláusula de gastos, admitiendo su nulidad y su obligación de restitución de algunas de las partidas reclamadas; e interesando la no imposición de las costas.

SEGUNDO.- Hechos controvertidos

Así las cosas, resulta que son cuestiones para resolver en los siguientes fundamentos jurídicos al ser controvertidas entre las partes las siguientes, a saber:

1. Resolución sobre el allanamiento planteado por la parte demandada.
2. Valoración sobre la consideración de condición general de la cláusula controvertida. Valoración sobre el carácter abusivo de la cláusula discutida, gastos. Consecuencias de la nulidad si procede.
3. Costas procesales.

TERCERO.- Allanamiento del demandado

Según establece el artículo 21 LEC: *“Cuando el demandado se allane a todas las pretensiones del actor, el tribunal dictará sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado por éste, pero si el allanamiento se hiciera en fraude de ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, se dictará auto rechazándolo y seguirá el proceso adelante. Cuando se trate de un allanamiento parcial el tribunal, a instancia del demandante, podrá dictar de inmediato auto acogiendo las pretensiones que hayan sido objeto de dicho allanamiento. Para ello será necesario que, por la naturaleza de dichas pretensiones, sea posible un pronunciamiento separado que no prejuzgue las restantes cuestiones no allanadas, respecto de las cuales continuará el proceso.”*

El allanamiento debe ser completo e incondicionado respecto a la pretensión de que se trate y, en el presente caso, concurriendo dichas circunstancias, ya que la demandada pretende el allanamiento con los efectos jurídicos que la parte demandante desea, y que son diferentes a los reclamados por la actora, al no admitir el pago de las costas, siendo inescindibles estas consecuencias jurídicas de la pretensión de nulidad planteada y que deben ser objeto de prueba y valoración para la determinación final de los mismos, por lo que no procede la admisión del allanamiento al referirse tan sólo al efecto declarativo de la pretensión de la actora y a alguno de sus efectos restitutivos pero oponiéndose a otros, como es la condena en costas, que son parte integrante de dicha pretensión e inescindibles de la misma para su resolución.

CUARTO.- Relato de hechos

Con la intención de clarificar la controversia se procede a fijar el relato fáctico en base a los hechos sobre los que no existe controversia por las partes o quedan acreditados por la prueba practicada en el proceso. Así de esta forma puede establecerse, documento 1 de la demanda, que la parte demandante, ██████████ ██████████ suscribió con "UNICAJA BANCO, S. A.", la ESCRITURA DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO, núm. Protocolo 412, de 9 de marzo de 2007; incluyéndose, entre sus estipulaciones, la cláusula QUINTA, relativa a los gastos.

En base a estos hechos, solicita la parte demandante, la nulidad de las mencionadas cláusulas al imponer unos gastos al consumidor que no debía asumir necesariamente o, incluso, que debían haber sido satisfechos por la propia entidad financiera en el caso de los gastos, causando por ello, un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor, teniendo por tanto el carácter de abusivas, solicitando por ello que se declare su nulidad, con el reintegro de las partidas que especifica y que dice abonadas en aplicación de dicha cláusula.

La demandada, por su parte, se allana parcialmente respecto a la cláusula de gastos, admitiendo su nulidad y su obligación de restitución de algunas de las partidas reclamadas; e interesando la no imposición de las costas.

Han sido ya resueltas las consecuencias del allanamiento planteado por las partes, por lo que se procede al análisis de los restantes puntos controvertidos.

QUINTO.- Negociación individual de la cláusula.

La parte actora afirma en su demanda, que se trata de condiciones generales de la contratación en las que no existió negociación alguna entre las partes. Ninguna manifestación realiza al respecto la parte demandada.

La sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno, núm. 265/2015, de 22 de abril establece a este respecto que "[...] *Es un hecho notorio que en determinados sectores de la contratación con los consumidores, en especial los bienes y servicios de uso común a que hace referencia el art. 9 TRLCU, entre los que se encuentran los servicios bancarios, los profesionales o empresarios utilizan contratos integrados por condiciones generales de la contratación. De ahí que tanto la Directiva (art. 3.2) como la norma nacional que la desarrolla (art. 82.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) prevean que el profesional o empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba de esa negociación. Así lo recuerda la STJUE de 16 de enero de 2014, asunto C-226/12, caso Constructora*

Principado, en su párrafo 19.

En definitiva, el sector bancario se caracteriza porque la contratación con consumidores se realiza mediante cláusulas predispuestas e impuestas por la entidad bancaria, y por tanto, no negociadas individualmente con el consumidor, lo que determina la procedencia del control de abusividad previsto en la Directiva 1993/13/CEE y en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, salvo que se pruebe el supuesto excepcional de que el contrato ha sido negociado y el consumidor ha obtenido contrapartidas apreciables a la inserción de cláusulas beneficiosas para el predisponente [...]”.

En este sentido, se dice también en la STS 222/2015, de 29 de abril, que la negociación individual presupone la existencia de un poder de negociación en el consumidor, que tiene que ser suficientemente justificado por cuanto que se trata de un hecho excepcional, y no puede identificarse con que el consumidor pueda tener la opción de elegir entre diversos productos ofertados por ese predisponente, o entre los ofertados por los diversos empresarios o profesionales que compiten en el mercado. De no ser así, estaríamos confundiendo la ausencia de negociación con la existencia de una situación de monopolio en el oferente de determinados productos o servicios, o de una única oferta en el predisponente, lo que ya fue rechazado en la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo.

Esta idea es desarrollada igualmente por el Tribunal Supremo, en su conocida sentencia de 9 de mayo de 2013, exponiendo sobre esta cuestión que:

“a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

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.”

Corresponde al empresario, en este caso la entidad demandada, acreditar que las cláusulas impugnadas han sido objeto de negociación individual, y, en el presente caso, tal circunstancia no se ha acreditado, más allá de la manifestación de la propia parte interesada, pues no se ha practicado prueba alguna al respecto, siendo la única prueba practicada la documental, de la que en modo alguno puede concluirse el carácter negociado de la cláusula, siendo en todo caso, difícil aceptar, que de contar con ese supuesto poder de negociación por el actor, se aceptará firmar una cláusula que le impone el pago de la totalidad de gastos o la posibilidad

de vencimiento total del préstamo a instancia de la otra parte , generando una clara situación de desequilibrio respecto a la otra parte contractual. Ante la falta de prueba, cabe concluir que no existió dicha negociación y que por tanto nos hallamos ante condiciones generales de la contratación (artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, y art. 82.2 del TRLDCU.

SEXTO.- Control de validez de la cláusula gastos.

La cláusula en cuestión, dado que no incide en el objeto principal del contrato, debe ser sometida al control de abusividad, previsto en el 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, el cual establece 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"*.

Para llevar a cabo ese control de abusividad debemos partir de lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE y en el artículo 82 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(art.10 bis en la LGDCU anterior) y otras leyes complementarias, el cual 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"*.

De modo que son tres los requisitos que han de concurrir para que podamos hablar de cláusula abusiva. En primer lugar debe tratarse de una estipulación no negociada individualmente, lo cual ha quedado fijado en virtud de las reglas que rigen la carga de la prueba, al no haber realizado acreditación alguna la parte demandada, sobre dicha negociación individual, siendo a ella a quien le corresponde la carga de la prueba sobre este extremo; en segundo lugar, la cláusula ha de ser contraria a las exigencias de la buena fe contractual; y en último lugar debe generar un importante desequilibrio de los derechos y obligaciones de los contratantes en perjuicio del consumidor.

Los dos últimos elementos han sido precisados en cuanto a su contenido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así, entre otras, la STJUE de 26 de enero de 2017, Banco Primus S.A. & Jesús Gutiérrez García, C-421/14, declara que para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un "desequilibrio importante" entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las

normas aplicables en el derecho nacional. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si, y en su caso en qué medida, el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista en el derecho nacional vigente.

Por otro lado, esta misma STJUE, en lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio "contrariamente a las exigencias de la buena fe", señala que, habida cuenta del decimosexto considerando de la Directiva 93/13, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente, que tratando de manera leal y equitativa con el consumidor éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual (sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, APARTADO 69). De modo que la buena fe es entendida como una regla de conducta, un juicio del comportamiento del predisponente, que ha de ser leal y equitativo, o lo que es lo mismo, un deber de no aprovecharse de la posición de dominio que le viene conferida por la predisposición. De manera que una cláusula es contraria a la buena fe cuando obedece a una distribución de los derechos y obligaciones del contrato que se ha hecho teniendo en cuenta exclusivamente los derechos del predisponente.

Sólo puede calificarse como contraria a la buena fe, la cláusula, cuando de su lectura y de su aplicación en la práctica, se comprueba que, la práctica totalidad de los gastos que derivan del contrato, se han impuesto a una sola parte, el consumidor. Circunstancia, que necesariamente se califica como desproporcionada y ajena completamente, al carácter recíproco de las obligaciones que para las partes han de surgir del contrato. De una cláusula como la expuesta, donde todas las cargas por los gastos se establecen sobre el consumidor, quedando liberada la entidad bancaria de cualquiera de ellos, sólo puede concluirse que, se trata de una distribución de las obligaciones que ha realizado el predisponente teniendo en cuenta únicamente sus derechos e intereses, estableciendo un desequilibrio evidente entre las prestaciones de las partes.

Retomando la valoración de la cláusula, con independencia de que la atribución al consumidor de algunos de los gastos pueda vulnerar normas de carácter imperativo, la propia forma en que la cláusula está redactada, o el carácter onmicomprensivo de su contenido, resultan en sí contrarios a la regulación contenida en los artículos 82 y siguientes del TRLGDCU, siendo en todo caso la cláusula considerada como abusiva y por tanto nula, con la excepción expuesta.

En relación con la cláusula de gastos controvertida, igualmente resulta aplicable, como fundamento jurídico de la abusividad lo dispuesto en el artículo 89 TRLGDCU, el cual establece que "*En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas: [...] 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).[...] c) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el*

empresario"; así como la doctrina jurisprudencial aplicable, en especial la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, nº 705/2015, de 23 de diciembre de 2015, que permite la aplicación de este artículo no sólo a la compraventa de viviendas, sino también al préstamo hipotecario, al entender que la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición y que, por tanto, el precepto resulta de aplicación en ambos supuestos.

En este sentido, tal y como ha declarado el Tribunal Supremo en las Sentencias de pleno 705/2015 de 23 de diciembre y 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo, así como en las Sentencias de 23 de enero de 2019, nº 46, 47 y 48, procede declarar la abusividad de aquellas cláusulas que, en contratos de préstamo con consumidores, sin negociación y de manera predispuesta, atribuyen indiscriminadamente al consumidor el pago de todos los gastos que genera la operación, tal y como sucede en el presente caso, por lo que procede declarar el carácter abusivo de dicha cláusula en su integridad.

Nulidad que debe extenderse de forma íntegra, a la totalidad de la cláusula, cualesquiera que sean sus apartados o contenidos, partiendo de que la nulidad de ese supuesto de la cláusula, en relación a los gastos concretamente reclamados, hace nula toda la cláusula de gastos, incluso sobre supuestos que no tienen que ver con los mismos, aplicando la doctrina del "*blue pencil test*" como se desprende de la Sentencia del TJUE de 23 de marzo de 2019, sobre vencimiento anticipado, que establece la misma conclusión, al indicar que declarada la nulidad de un apartado de dicha cláusula, procede la declaración de nulidad íntegra de la misma. El TJUE declara que si se admitiese un mantenimiento parcial, se estaría modificando o integrando el contenido de la cláusula, considerada en su conjunto, circunstancia a la que se ha opuesto el TJUE en diversas sentencias (por todas, la STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, "Banesto/Calderón", apartado 73), por lo que no cabe el mantenimiento parcial de la cláusula porque ello elimina el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13 y, en su consecuencia, prohíbe la integración de la parte de la cláusula declarada abusiva (apartados 54 y 55), además de vulnerar el principio de eficacia de la protección del consumidor (artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13).

En esta conclusión, la cláusula de gastos que contiene varios supuestos declarados abusivos, anula la total cláusula de gastos con todos los supuestos contenidos en ella y no puede ser moderada ni integrada por el juzgador ni dejando subsistente el resto.

SÉPTIMO.- Consecuencias de la nulidad de la cláusula gastos

Por todo lo expuesto en los fundamentos anteriores procede la nulidad de la cláusula de gastos de los presentes contratos, estimando la demanda en lo referente a esta cláusula y los extremos expuestos. Por lo que respecta a las consecuencias de la declaración de nulidad de determinadas cláusulas o fragmentos de las mismas contenidos en la escritura por razón de su abusividad, hemos de estar a lo dispuesto en el artículo 83 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, a tenor del cual *"las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas"*. Excluida del contrato la cláusula abusiva, en lo que respecta a los gastos, se estará a la normativa de aplicación para determinar quién debió asumir cada uno de los mismos, con derecho a reintegro de lo indebidamente abonado.

La regulación de esta cuestión queda establecida, por STS de 23 de enero de 2019, núm. 46/2019, 47/2019, 48/2019 y 49/2019, que fijan la postura jurisprudencial del Tribunal Supremo, en cuanto como debe ser el reparto de los gastos de constitución de hipoteca entre las partes. Por todas ellas, en la primera sentencia citada se establece:

1) Con relación al IAJD: *"La Audiencia Provincial no contraviene la normativa sobre consumidores al afirmar que el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados es el prestatario, puesto que lo único que hace es aplicar la legislación en la materia, que viene constituida por la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y su Reglamento. Si bien la resolución recurrida debe ser matizada o aclarada conforme a lo resuelto por esta sala en las sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, cuando dijimos:*

«En lo que afecta al pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados habrá que estar a las siguientes reglas:

»a) Respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario.

»b) En lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, será sujeto pasivo el prestatario.

»c) En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario, salvo en aquellos casos en que exista un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales, en los que también se distribuirá el pago del impuesto por la matriz. Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite.

»d) Las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase están exentas en cuanto al gravamen gradual de la modalidad «Actos Jurídicos Documentados» que grava los documentos notariales».

Estas consideraciones han sido reafirmadas por las conclusiones de las sentencias del pleno de la Sala QUINTA de este Tribunal Supremo 1669/2018, 1670/2018 y 1671/2018, de 27 de noviembre, que mantienen la anterior jurisprudencia de esa Sala, a la que nos habíamos remitido en nuestras citadas sentencias de 15 de marzo de 2018.

Y no quedan cuestionadas por el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (convalidado por el Congreso de los Diputados el 22 de noviembre siguiente), puesto que dicha norma, conforme a su propia previsión de entrada en vigor solamente es aplicable a los contratos de préstamo hipotecario celebrados con posterioridad a su vigencia y no contiene regulación retroactiva alguna.

2) Con relación a los gastos notariales, por constitución, modificación y cancelación de hipoteca: *“ En lo que respecta a los gastos de notaría, 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 QUINTA 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.

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 a un interés generalmente inferior al que pagaría en un contrato sin garantía real–, 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."*

3) En relación a los gastos de inscripción en el Registro de la Propiedad:"

1.- En lo que atañe a los gastos del registro de la propiedad, 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 1.º, 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).

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."*

4) Con relación a los gastos de gestoría: "1.- *En cuanto a los gastos de gestoría o gestión, no existe norma legal que atribuya su pago al prestamista o al prestatario. 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 propio banco o por el propio 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 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."

Sobrevenido nuevo cambio jurisprudencial en materia de gestoría, en concreto en el porcentaje que debe abonar la entidad financiera, la STS N^o, 555/2020, de 26 de octubre de 2020, en consonancia con la reciente sentencia N^o 702/2020, de 25 de septiembre de 2020, dictada por la Sec. 2^a de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, en lo relativo al porcentaje de los gastos de gestoría y a la luz de la reciente STS N^o 3453/2020, de 26 de octubre de 2020, en su FD3, apartado 5^o, entre otras muchas, procede condenar a la entidad demandada al abono del 100% de los gestoría.

5) En relación con los gastos de tasación, no son mencionados en las Sentencias referidas, por lo que sigue resultando de aplicación el criterio usual en este Juzgado. Criterio que queda expuesto y fijado, en lo que nos interesa, por la SAP Guipúzcoa de 19 de marzo de 2018;"5.- A efectos de determinar a cuál de las partes contratantes corresponde abonar los gastos de tasación del inmueble hipotecado deberá atenderse a quién es el interesado en que lleve a efecto dicha actuación, debiendo precisarse que, si bien la entidad bancaria elige habitualmente la sociedad de tasación que va a prestar dicho servicio, ello no impide al consumidor encomendar dicha función a una empresa distinta, pues las entidades de crédito, incluso aquellas que dispongan de servicios propios de tasación, están obligadas a aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario (art. 3 bis I, tras la reforma operada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre).

A este respecto, por una parte, no puede desconocerse que la constitución de una garantía hipotecaria supone que el préstamo tiene menos riesgo y que los tipos de interés aplicados en dichos supuestos son inferiores y, por tanto, con un coste financiero menor para el consumidor. El ofrecimiento de una garantía real inmobiliaria es requisito para la obtención de este tipo de préstamo de las entidades bancarias y, estando el consumidor interesado en dicha modalidad, debe acreditar la suficiencia de la garantía ofrecida.

Pero, por otra parte, no puede obviarse que la entidad bancaria está interesada en asegurarse que el dinero prestado está cubierto por la garantía ofrecida por el prestatario. Además, para que la entidad bancaria pueda titularizar los créditos hipotecarios en su beneficio es preciso que los bienes hipotecados sean

tasados (art. 7.1 Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario). Y, por último, para que la misma pueda seguir el proceso de ejecución específico para bienes hipotecados previsto en los arts. 681 y siguientes LEC es necesario que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine un tipo de subasta (art. 682.2.1º LEC) que, tras la reforma operada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, 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. Y, por tanto, mediante la tasación del bien se cumplen los requisitos que la normativa procesal impone para posibilitar la ejecución del bien hipotecado por un cauce específico para ello, algo en lo que está evidentemente interesada la entidad bancaria.

Por todo lo cual, la solución equitativa es que prestataria y prestamista abonen al 50% dicho concepto.”

Ello, no obstante, y en constante evolución jurisprudencial, sobre la base de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2020 (C- 224/19 y C-259/19) y, en esta misma línea, el Tribunal Supremo, en STS 35/2020, de 27 de enero, la entidad financiera está obligada al pago del 100% de los gastos de tasación.

6) En relación con pago de seguros, la obligación de pago de la prima del seguro corresponde al tomador de este, conforme al art. 14 de la Ley de Contrato de Seguro: *“ El tomador del seguro está obligado al pago de la prima en las condiciones estipuladas en la póliza.”*

7) Honorarios de abogado y procurador. Respecto a los gastos procesales y extraprocesales, tal y como ya apreció la Sala Primera del Tribunal Supremo, en su sentencia 705/2015 de 23 de diciembre “La determinación de los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal. [...] Por consiguiente, la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales no solo infringe normas procesales de orden público, lo que comportaría sin más su nulidad ex art. 86 TRLCU y art. 8 LCGC , sino que introduce un evidente desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaer a todo trance las consecuencias de un proceso sobre una de ellas, sin tener en cuenta ni la procedencia legal de la reclamación o de la oposición a la reclamación, ni las facultades de moderación que la ley reconoce al Tribunal cuando aprecie serias dudas de hecho o de derecho”.

Siendo lo procedente que el pago de estos gastos recaerá sobre cada parte, conforme a la regulación legal que ha de ser tenidas en cuentas en orden a determinar cómo ha de procederse al pago de las costas del proceso.

En el presente caso, y aplicando la doctrina establecida en las mencionadas sentencias y normas, la parte demandada deberá devolver al consumidor actor los gastos que el prestatario abonó, el 100% de los gastos registrales, de tasación, y de gestoría, y la mitad de los de notaría de la ESCRITURA DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO, núm. Protocolo 412, de 9 de marzo de 2007.

Todo ello de acuerdo con la documental aportada con la demanda, (docs. demanda).

Las cantidades objeto de condena se incrementarán con los intereses legales desde el momento del pago de cada una de ellas por el consumidor.

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.

Se ha indicado en la STS 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 el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía. 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). Así mismo, devengarán los intereses de mora procesal del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde el dictado de la presente resolución.

OCTAVO.- Costas.

En materia de costas, el art.394.1 de la LEC, impone las costas de la primera instancia a la parte cuyas pretensiones hayan sido totalmente rechazadas, por lo que procede la imposición de costas a la parte demandada en el presente procedimiento. Criterio que resulta de aplicación en el presente caso, ya que nos encontramos ante una estimación íntegra de la demanda. Ello es así, en primer

lugar, respecto a la estimación de la demanda, en cuanto a la acción de nulidad, que lo ha sido plena y total, sin que quede alterada esta conclusión por las consecuencias económicas derivadas de la declaración de nulidad solicitada, las cuales son intrascendentes a efectos de imposición de costas, ya que la pretensión esencial de la demanda es la declaración de nulidad de la cláusula de la que aquí se trata, no la cantidad que haya de abonarse como consecuencia de tal declaración. Estimada la nulidad, las consecuencias que supone, que se deben adoptar incluso de oficio, no alteran tal estimación íntegra, como indican las SJPI 2 Barakaldo, 27 marzo 2017 y SJPI 1 Bilbao, 29 marzo 2017. Se condene a la entidad prestamista a abonar todo lo que el prestatario tuvo que pagar en aplicación de esta cláusula, una parte, o nada en absoluto, la demanda se habría estimado íntegramente porque la cláusula se anuló por abusiva. De modo que es procedente la condena al demandado al pago de las costas conforme al art. 394.1 LEC.

Por lo que, procede la imposición de las costas a la parte demandada, habida cuenta la reclamación extrajudicial previa realizada por la propia demandante al Servicio de Atención al Cliente mediante carta (doc. 3 demanda), y, al parecer, recibió respuesta negativa; viéndose obligada la parte demandante a interponer la demanda con los consecuentes gastos.

FALLO

Que debo **ESTIMAR** y **ESTIMO** la demanda interpuesta por el Procurador D. Iñigo Navajas Saiz, actuando en nombre y representación de [REDACTED], bajo la dirección técnica de la Letrada Dña. Fuensanta Cabrera Salinas, frente a **"UNICAJA BANCO, S. A."**, representado por el Procurador D. Javier Suárez Quiñones, y defendida por la Letrada Dña. Manuela Barbadillo Alonso; y, debo

- 1. DECLARAR y DECLARO** la nulidad de la cláusula de la Cláusula QUINTA, referente a gastos, de la ESCRITURA DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO, núm. Protocolo 412, de 9 de marzo de 2007; debiendo ser eliminadas y por no puestas; manteniéndose la vigencia del resto de sus cláusulas.
- 2. CONDENAR Y CONDENO** a la parte demandada a estar y pasar por dicha declaración.
- 3. CONDENAR y CONDENO** a la parte demandada a pagar a la actora los gastos que, como prestataria abonó, consistente en el 100% de los gastos registrales, de tasación, y de gestoría, y la mitad de los de notaría de la ESCRITURA DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO, núm. Protocolo 412, de 9 de marzo de 2007, más los intereses legales de esas cantidades desde que se efectuó su pago y hasta su efectiva devolución, y los intereses del artículo 576 de la LEC desde el dictado de esta sentencia.

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

Una vez firme la sentencia diríjase mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo, artículo 22 de la Ley 22/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de GIPUZKOA (artículo 455 LEC). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 LEC).

Para interponer el recurso será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la cuenta de depósitos y consignaciones que este juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número 2812 0000 04 0693 21 , indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al interponer el recurso (DA 15.^a de la LOPJ).

Llévese el original al libro de Sentencias y expídase testimonio de la misma para incorporarlo a las actuaciones.

Así lo pronuncio, mando y firmo, Eva Cerón Ripoll, Magistrada Juez titular del Juzgado de Primera Instancia Nº 8 de Donostia- San Sebastián.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela 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.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr./Sra. MAGISTRADO(A) que la dictó, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia doy fe, en Donostia / San Sebastián, a diecinueve de octubre de dos mil veintiuno