

**JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 9 SALAMANCA**

SENTENCIA: XXXX/2019

PLAZA DE COLÓN S/N

**Teléfono: XXXX** Fax: FAX XXXXX

**Correo electrónico:**

Equipo/usuario: XX

Modelo: XXXX

**N.I.G.:** XXXXX XX X XXXX XXXXXX

**ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO XXXXX /2018**

Procedimiento origen: /

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

DEMANDANTE D/ña. PEDRO

Procurador/a Sr/a. XXXXX

Abogado/a Sr/a. **JESUS ANGEL LORENZO GONZALEZ**

DEMANDADO D/ña. ENTIDAD BANCARIA

Procurador/a Sr/a. XXXXX

Abogado/a Sr/a. XXXXXX

**SENTENCIA XXXX/19**

Salamanca, a XXXX de octubre de dos mil diecinueve

Vistos por mí, XXXXXX, Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia N° 9 de Salamanca, los presentes autos de juicio ordinario seguidos a instancia de D. PEDRO representado por el procurador/a Dª XXXXX y asistido por el letrado/a D. **Jesús Ángel Lorenzo González**; contra ENTIDAD BANCARIA, representado por la procuradora Dª XXXX y asistido por el letrado/a Dª XXXX.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El procurador instante, en la citada representación presentó demanda de juicio ordinario frente a la arriba citada, solicitando que se declare la nulidad de la cláusula de sobre gastos de la escritura de compraventa suscrita entre ambas partes con los efectos inherentes a dicha declaración y en consecuencia, se condene a la entidad demandada a devolver a la demandante la cantidad abonada como consecuencia de la constitución de préstamo en concepto de gastos de notaría, gastos de registro y gastos de gestoría con los intereses legales devengados desde la reclamación extrajudicial.

Admitida a trámite la demanda se dio traslado a la parte demandada que compareció en forma para oponerse por las siguientes razones:

- Defecto legal en la forma de proponer la demanda.

- La reclamación excede de los límites temporales que exigen la buena fe.

- Entiende que las cláusulas no fueron impuestas sino fruto de un consentimiento libre informado que supera los controles de transparencia, y no son abusivas. Además, considera que la no nulidad de los gastos cuya obligación correspondía al prestatario y nada ha de restituir, pues la entidad bancaria no percibió ninguna cantidad.

- Solo es procedente el abono de intereses desde la fecha de la demanda.

**SEGUNDO.** Seguidamente se convocó a las partes al acto de la audiencia previa donde se fijó la cuantía como indeterminada y solo se admitió como prueba la documental, quedando los autos vistos para sentencia.

**TERCERO.** En la tramitación del presente juicio se han observado todas las prescripciones y términos legales.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** La parte demandada, al amparo del n° 5 del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, formula excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda.

En este caso la demanda ha respetado reclama una cantidad concreta sin remitirse a la ejecución de sentencia. La parte demandada confunde la redacción de la demanda con la expresión de la cuantía, cuestión procesal que no se ha de resolver en la sentencia.

La acción de nulidad que se ejercita tiene su fundamento en los artículos 7 y 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, en relación con el artículo 82 del texto refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y usuarios. Tales disposiciones regulan una nulidad radical para el caso de la contravención invocada en la demanda, que como tal no está sometida a plazo de caducidad o prescripción. La restitución de importes indebidamente satisfechos que como efecto de la acción ejercitada no tiene un plazo de prescripción distinto.

No obstante lo anterior, la parte demandada considera que el transcurso del tiempo es acreditativo de la mala fe de la parte demandada e invoca el artículo 7 del Código Civil y la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

La norma que ampara los hechos expuestos por la parte demandada es el artículo 7.1 del Código Civil, el cual establece que los derechos deberán ejercerse conforme a las exigencias de la buena fe.

El Tribunal Supremo, Sala 1, en la sentencia de fecha 13 de septiembre de 2016, reitera la doctrina siguiente "El retraso desleal, que opera necesariamente antes del término del plazo prescriptivo de la acción, encuentra su específico fundamento de aplicación como una de las formas típicas de los actos de ejercicio extralimitado de los derechos que suponen una contravención del principio de la buena fe ( artículo 7.1 del CC) De forma que para su aplicación se requiere, aparte de la natural omisión del ejercicio del derecho y un transcurso dilatado de un periodo de tiempo, de una objetiva deslealtad respecto de la razonable confianza suscitada en el deudor acerca de la no reclamación del crédito. Confianza que debe surgir, necesariamente, de actos propios del acreedor al efecto"

Las pretensiones aquí ejercitadas no implican un retraso desleal, pues no hay un hecho exteriorizado al margen de la mera pasividad para inducir la creencia en la renuncia del acreedor a su reclamación. Lo sucedido es que, a raíz de una jurisprudencia novedosa, los consumidores han tomado consciencia de haber sido sometidos a una situación injusta, sin que la falta de ejercicio de la acción pueda interpretarse como un acto propio revelador del conocimiento y asunción de la validez de la cláusula. Téngase en cuenta que nos encontramos ante un caso de nulidad radical, no susceptible de convalidación ni de renuncia, por lo que en ningún caso resulta de aplicación el artículo 1.309 del CC relativo a la confirmación.

**SEGUNDO.** Estamos ante un contrato celebrado con consumidores por lo que es de aplicación la Directiva 93/13/ CEE del Consejo, de 5 de abril que se incorporó a la legislación nacional mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación (en adelante LCGC), norma que modificó, a través de su disposición adicional primera, el marco jurídico preexistente de protección al consumidor frente a las cláusulas abusivas, constituido por la Ley 26/1984 de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios. Actualmente, la regulación sobre cláusulas abusivas se contiene en los artículos 80 a 91 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 consumidores y usuarios.

La Directiva define el concepto de cláusula no negociada individualmente en el apartado 2 de su artículo 3. Declara que 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 aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.

En el marco de la legislación nacional, el artículo 1 apartado 1 de la LCGC define las condiciones generales de la contratación como:

*"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."*

Si se analiza el marco legal expuesto ha de concluirse que los elementos clave para decidir si una cláusula tiene carácter de condición general de la contratación son, como ha señalado la sentencia del Tribunal Supremo núm. 241/2013: el carácter contractual, la predisposición unilateral, la generalidad, la imposición y la condición de profesional del predisponente. La carga de la prueba de que la condición ha sido negociada le corresponde al empresario. Aunque la LCGC guarda silencio sobre este extremo, el artículo 10 bis de la LGDCU, hoy 82.2 del TRLGCIU, dispone:

*"El profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba."*

Las cláusulas se plantean en un contrato que es claramente de adhesión y han venido impuestas al prestatario, sin que se haya practicado ninguna prueba de la que pueda deducirse una posibilidad real de negociación previa a la contratación. El artículo 82 de TR define las cláusulas abusivas como 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", todo ello 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.

El art. 89.3 TRLCIU. 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, 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 la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3. 3º letra c).

Asimismo, se considera siempre como 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. 89.3.5°).

**TERCERO.** La atribución exclusiva de los gastos relativos a la prestación de servicios relacionados con el préstamo a los prestatarios es abusiva y por lo tanto nula, y así lo declaró la STS 705/2015, de 23 de diciembre.

Las sentencias 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero del Pleno de la Sala 1ª del TS se pronuncia sobre los efectos de dicha nulidad:

1- Son pagos que han de hacerse a terceros- no al prestamista-como honorarios por su intervención profesional con relación al préstamo hipotecario. La declaración de abusividad no puede conllevar que esos terceros (notarios, gestores, registradores) dejen de percibir lo que por ley les corresponde.

2- El pago de esas cantidades debe correr a cargo de la parte a la que correspondiera según la normativa vigente en el momento de la firma del contrato.

A- Arancel notarial.

La intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario deben distribuirse por mitad. Esta misma solución procede respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación.

En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto; y 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.

B- Arancel registral.

La garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a este al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción de la hipoteca. En cambio, la inscripción de la escritura de cancelación interesa al prestatario, por lo que a él le corresponde este gasto.

C- Gastos de gestoría.

En síntesis, entiende que las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, por lo que el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad.

**CUARTO.** Tal como señala el acuerdo del Pleno de la AP de Salamanca de fecha 27/3/2019, habrá de concretarse en ejecución de sentencia la cuantía de los gastos atendiendo a los criterios de la anterior jurisprudencia

De los arts. 1295.1 y 1303 CC, se deduce la obligación recíproca de restitución de las prestaciones entre las partes con sus frutos "y el precio con sus intereses", por lo que las sumas indebidamente cobradas devengarán el interés legal solicitado en la demanda. La reclamación extrajudicial se hizo el día 6/11/2017.

**QUINTO.** La estimación de la demanda es parcial por lo que no procede hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales, según dispone el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

## **FALLO**

Estimo parcialmente la demanda y declaro la nulidad de la cláusula X<sup>a</sup> sobre gastos en los términos establecidos en esta resolución y, en consecuencia, condeno a la parte demandada al pago de las sumas que se determinen en ejecución de sentencia de acuerdo con las bases establecidas en esta, más el interés legal desde la fecha la reclamación extrajudicial.

Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a costas.

La presente sentencia no es firme, y contra la misma podrá interponerse recurso de apelación ante este mismo Juzgado en el plazo de los veinte días a contar desde el siguiente a su notificación, y del que conocerá la Ilma. Audiencia Provincial de Salamanca, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 458 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Notifíquese esta resolución a las partes, cuyo original quedará registrado en el Libro de sentencias quedando testimonio de esta en estos autos.

Así lo acuerdo, mando y firmo.