

**JDO. DE LO MERCANTIL N. 3
PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: 00326/2020

-

TRAVESA D'EN BALLESTER, NÚM. 20, PLANTA 4 - 07002 - PALMA DE MALLORCA
Teléfono: 971219390 Fax: 971219440
Correo electrónico: mercantil3.palmademallorca@justicia.es

Equipo/usuario: F
Modelo: N04390

N.I.G.: 07040 47 1 2019 0000566

JVU JUICIO VERBAL ACCION CONSUM. Y USUARIOS 0000294 /2019

Procedimiento origen: /

Sobre CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION

DEMANDANTE D/ña. ADICAE

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Abogado/a Sr/a. [REDACTED]

DEMANDADO D/ña. BANCO SANTANDER SA

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Abogado/a Sr/a. [REDACTED]

S E N T E N C I A

En Palma de Mallorca a, tres de julio de dos mil veinte.

Vistos por la Ilma. Sra. D^a MARGARITA ISABEL POVEDA BERNAL, MAGISTRADA titular del Juzgado de lo Mercantil Número tres de Palma de Mallorca, los presentes autos de JUICIO VERBAL seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como demandante la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORROS Y SEGUROS DE ESPAÑA (ADICAE) con Procurador Sr. [REDACTED], frente a la entidad financiera BANCO SANTANDER S.A., con Procuradora Sra. [REDACTED], en ejercicio de ACCION COLECTIVA DE CESACIÓN Y NULIDAD POR ABUSIVIDAD y SUBSIDIARIA DE RESTITUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE COBRADAS EN APLICACIÓN DE DICHAS CLAUSULAS NULAS, se dicta esta sentencia en base a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora actora se presentó demanda de Juicio Verbal que por reparto correspondió a este Juzgado, frente a la entidad financiera demandada en la que, tras exponer en párrafos separados y numerados los hechos en que fundaba su pretensión y alegar los fundamentos de derecho que entendió aplicables al caso, terminaba por pedir al Juzgado se dictara sentencia por la que se declare cuanto se interesa en el suplico de la demanda.

SEGUNDO.- Por Decreto se admitió a trámite de la demanda, emplazando a la demandada, con las formalidades legales de rigor, a fin de que, en el plazo de diez días, se



personase en autos y contestase a la demanda representada por Procurador y asistida de Letrado, lo que se verificó en tiempo y forma, oponiéndose a la misma.

TERCERO.- Por Diligencia de Ordenación se cita a parte actora y demandada, con las formalidades legales de rigor para la celebración de la Vista, que tuvo lugar el día 1 de julio de 2020. Abierto el acto comparece las partes debidamente representadas y defendidas ratificándose en sus respectivos escritos de demanda y contestación. Seguidamente se recibió el juicio a prueba; practicándose en forma legal, con el resultado que obra en el soporte en que fue grabada la sesión, aquellas que fueron admitidas y declaradas pertinentes; tras lo cual se dio la palabra a parte actora a fin de que formulara las alegaciones que estimasen oportunas sobre el resultado del Juicio; y verificado que ello fue, se acordó por S.S^ª. dar por terminado el mismo, quedando los autos vistos y conclusos para dictar sentencia.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con base en la legislación en materia de condiciones generales de la contratación, se ejercita por la parte actora acción de cesación basada en el artículo 12.2 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (7/1998, de 13 de abril), a la que se le acumula de forma accesoria, tal y como permite el párrafo 2º del artículo 12.2 de la mentada Ley, la acción accesoria de devolución de cantidades (restitución de lo pagado indebidamente) y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiera causados la aplicación de la condición general de la contratación, de la cláusula de imputación de gastos (notaría, registro, gestoría, tasación e IAJD) de la escritura de préstamo hipotecaria de fecha 31 de octubre de 2007, y la restitución de las cantidades pagadas por estos conceptos (Notaría, Registro, gestoría, tasación e IAJD) más los intereses legales desde la fecha de cada cobro.



Por su parte, la demandada se opone a la demandada, alegando la plena validez de las cláusulas controvertidas, que fueron negociadas individualmente con el prestatario y no impuestas por la entidad financiera, siendo además las cláusulas sencillas y de fácil comprensión, cumpliendo los controles de transparencia exigidos por la normativa comunitaria de defensa de los consumidores y usuarios. En relación a la cláusula de gastos se resalta que el obligado al pago del ITPyAJD es el prestatario, por lo que en ningún caso cabe obligar a la demandada a de restitución de esta cantidad. Alega además la demandada que la escritura pública se otorgó en presencia de fedatario público (Notario) que da fe de su contenido así como de que la parte prestataria ha sido informada del contenido de la escritura.

Se alega asimismo retraso desleal en el ejercicio de los derechos.

SEGUNDO.- La alegación de retraso desleal en el ejercicio de los derechos, contrario a la buena fe, no puede estimarse como causa de oposición en el presente procedimiento, siendo irrelevante la fecha de celebración del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, ya que se ejercita una acción de nulidad radical por abusividad de ciertas cláusulas, en un contrato celebrado con consumidores, debiendo entenderse que se han producido notables cambios tanto legislativos como, especialmente jurisprudenciales, tras las diversas resoluciones tanto del TS como del TJUE en aplicación de la **Directiva comunitaria 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993**, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en los últimos tiempos, existiendo en este momento una conciencia generalizada de la posibilidad de solicitar de los Tribunales de Justicia de los Estados miembros de la Unión Europea, el control de abusividad de determinadas cláusulas contractuales, en los contratos celebrados con consumidores, que no existía hasta tiempos bien recientes. En este contexto cambiante no resulta adecuada ni aplicable al caso la doctrina del retraso desleal en el ejercicio de los derechos.

TERCERO.- Es objeto de controversia la cláusula quinta de la escritura objeto de la presente litis, que, con carácter genérico, atribuye al prestatario la totalidad de los gastos, tributos e impuestos que origina la escritura, así como su inscripción registral.

Cabe indicar que en el caso de autos es plenamente aplicable a la parte actora la normativa de defensa de los consumidores y usuarios.

El art. 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" (numero 2º), como "La imposición al



consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 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), 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 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).

Lo primero que llama la atención de estas cláusulas, tal y como puso de manifiesto la STS de 23 de diciembre de 2015 y destaca la reciente SAP de Palma de Mallorca, sección 5ª, de 9 de noviembre de 2017, **es su redacción abierta y con vocación omnicomprendiva, que evidencia su falta de proporcionalidad y de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes**, lo que de por sí sólo es suficiente para considerar estas cláusulas como abusivas.

- Análisis jurisprudencial

Con carácter previo es necesario evaluar la normativa reguladora.

- Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre por el que se aprueba el Arancel de los Notarios (norma 6.ª del Anexo II) dispone que «los que hubieren requerido la prestación de 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».
- el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre por el que se aprueba el arancel de los registradores de la propiedad (norma 8.ª del Anexo II) la obligación se impone a



«aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación». Si bien en caso de que la inscripción la solicite quien transmite el derecho o quien tenga interés en asegurar el derecho a inscribir, el arancel deberá abonarlo el transmitente o el interesado.

Tales preceptos han sido considerados e interpretados en la **STS, SALA PRIMERA, DE LO CIVIL, SENTENCIA 705/2015, DE 23 DE DICIEMBRE, REC 2658/2013,** en la que considera que los gastos notaria, aranceles notariales, como los de los Registradores de la Propiedad, cuando se trata de escritura de préstamos con garantía hipotecaria, el interés principal en la documentación e inscripción en el Registro de la Propiedad es el de la entidad bancaria, dado el carácter constitutivo de la inscripción, que le permite obtener título ejecutivo, y la posibilidad de recurrir a un procedimiento de ejecución especial (art 1875 cc, 2.2 lh, 685 LEC).

El TS considera que dicha cláusula, por la que se atribuye al prestatario el pago de tales gastos no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos, como consecuencia de la intervención notarial o 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 beneficiario 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 ni hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada, y que además aparece recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas, artículo 89.2 TRLDYU.

Por estos conceptos se reclaman en el caso de autos la restitución de las cantidades pagadas en concepto de Notaría, Registro, Gestoría, tasación e IAJD, sin embargo tan sólo se aportan facturas correspondientes a gastos de Notaría por importe de 882,12 € y Registro por importe de 607,52 €.



A la vista de lo anterior, y las conclusiones y consideraciones dadas por el TS, podemos decir que la cláusula en concreto, objeto del presente procedimiento, debe declararse nula, al imponer a los demandantes la totalidad de los gastos derivados del otorgamiento de la escritura, que se refieren a conceptos que no solo revierten a favor de la parte prestataria, sino también de la entidad, si tenemos en cuenta que a tenor de los artículos 685.2 y 4 IEC, en los que se exige la aportación con la demanda ejecutiva, para el caso de bienes hipotecados y pignorados, que se acompañe certificación del Registro de la Propiedad que acredite la inscripción, y la subsistencia de la hipoteca, o por otro lado, el artículo 682.2.1º LEC, donde se prevé que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta.

Ni que decir tiene el efecto beneficioso para la entidad de la existencia de un crédito garantizado con hipoteca, siempre que aparezca inscrita, si lo analizamos desde el punto de vista de la prelación de créditos, artículo 1923.3º cc, donde los créditos hipotecarios y los refaccionarios, ANOTADOS E INSCRITOS en el Registro de la Propiedad, gozan de preferencia sobre los bienes hipotecados o los que hubieran sido objeto de refacción.

La declaración de abusiva, comportará la nulidad, y la consiguiente inaplicación de una cláusula con condición general de la contratación, no negociada, redactada y predispuesta por la entidad.

Consecuencias de la declaración de nulidad

Debe seguirse el criterio establecido por el **TS en sentencia 44/2019 de 23 de enero de 2019**, que señala, en relación a los gastos notariales y registrales: *“Decisión del tribunal: pago de los gastos de notario y registrador de la propiedad en los préstamos hipotecarios concertados con consumidores 1.- No se discute en el recurso el carácter abusivo de la cláusula que impone al prestatario el pago de todos los gastos ocasionados por la preparación, la formalización, la subsanación, la tramitación y la modificación del préstamo hipotecario, la constitución y la cancelación de la garantía, además de otros gastos que aquí no son relevantes. En la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, ya declaramos la nulidad, por abusiva, de la condición general que atribuye al consumidor el pago de todos los gastos e impuestos derivados de la concertación del préstamo hipotecario porque «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 bien 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)». Lo que se cuestiona en el motivo del recurso son los efectos que debe tener esa declaración de abusividad sobre los gastos notariales y de registro de la propiedad. 2.- Aunque la cláusula declarada nula recoge una amplia gama de aranceles notariales y registrales, la consideración conjunta de la sentencia impugnada y de la petición formulada en el suplico del recurso de casación lleva a la conclusión de que solo se cuestiona la atribución al banco del pago íntegro de los aranceles notariales de la escritura pública de préstamo hipotecario y de los aranceles registrales de la inscripción de la hipoteca. 3.- Una primera precisión a realizar es que no se trata de cantidades que el consumidor haya de abonar al prestamista en concepto de intereses o comisiones. Son pagos que han de hacerse a terceros como honorarios por su intervención profesional con relación al préstamo hipotecario. La declaración de abusividad no puede conllevar que esos terceros dejen de percibir lo que por ley les corresponde. 4.- Al atribuir a una u otra parte el pago de los gastos, tras la declaración de abusividad de la cláusula que atribuye el pago íntegro al consumidor, no se modera la estipulación contractual ni se desconoce el efecto disuasorio que el TJUE ha atribuido a la Directiva 93/13 respecto de los predisponentes de cláusulas abusivas. Decretada la nulidad de la cláusula y acordada su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si tal cláusula nunca se hubiera incluido, y el pago de los gastos discutidos deberá ser afrontado por la parte a la que corresponde, según preveía el ordenamiento jurídico en el momento de la firma del contrato. 5.- El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva y previsto en el art. 1303 del Código Civil no es directamente aplicable, en tanto que no son pagos hechos por el consumidor al banco que este deba restituir, sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, 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 pago al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubiera correspondido pagar de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas. Como dice la STJUE de 31 de mayo de 2018, asunto C-483/2016, caso Zolt Sziber y ERSTE Bank Hungary Zrt: «34. [...] la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva». 7.- Aunque en nuestro Derecho interno no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, descartada la aplicación del art. 1303 del Código Civil por las razones expuestas, nos encontraríamos ante una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Así lo hemos declarado en la sentencia 725/2018, de 19 de diciembre. 8.- La sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, que la demandante invocó para fundar la pretensión de que el banco pagara todos los aranceles de notario y de registrador, no se pronunció sobre el resultado concreto de la atribución de gastos entre las partes de un contrato de préstamo hipotecario, sino que, en el control realizado en el marco de una acción colectiva en defensa de los intereses de consumidores y usuarios, declaró abusivo que se imputaran indiscriminadamente al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la operación. En esa sentencia se consideró abusivo que, a falta de negociación individualizada, se cargara sobre el consumidor el pago de gastos e impuestos que, conforme a las disposiciones legales aplicables en ausencia de pacto, se distribuyen entre las partes según el tipo de actuación (documentación, inscripción, tributos). Pero sobre la base de la abusividad de la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor (en este caso, el prestatario), deberían ser los tribunales quienes decidieran y concretaran en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación. Eso es lo que corresponde hacer en esta resolución. 9.- En las sentencias 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo, declaramos con relación al pago del 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, lo siguiente: «Como el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, 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 hipoteca-, es razonable distribuir por mitad el pago del impuesto (solución que, respecto de los gastos notariales y registrales, apunta la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 2016)». 10.- Este criterio es aplicable a los aranceles notariales. Aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real de garantía), ambas son inescindibles y conforman una institución unitaria. Como dijo la sentencia de esta sala 1331/2007, de 10 de diciembre, «el crédito garantizado con hipoteca (crédito hipotecario) no es un crédito ordinario, ya que está subsumido en un derecho real de hipoteca, y por ello es tratado jurídicamente de forma distinta». Lo que determina la distribución de gastos en los términos que se expondrán a continuación. 11.- El art. 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en arancel. Como primera consideración sobre esta cuestión, la diversidad de negocios jurídicos (préstamo e hipoteca) plasmados en la escritura pública no se traduce, en la regulación del arancel, en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado. Por el contrario, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario. 12.- 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». 13.- Desde este punto de vista, 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. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y de un documento que le permita la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad para que quede válidamente constituida (art. 1875 del Código Civil en relación con el art. 3 de la Ley Hipotecaria), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención del préstamo que, por contar con garantía hipotecaria, se concede a un tipo de interés habitualmente más bajo que el que se establece en los préstamos sin esa garantía. 14.- Es decir, como la normativa notarial vigente 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, que fue la solución adoptada por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. 15.- 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». CASACIÓN/2982/2018 24 Con arreglo a estos apartados del art. 6 de la Ley Hipotecaria, la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (letra b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (letra c). 16.- 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 aquel a cuyo favor se inscriba o anote el derecho. 17.- Desde este punto de vista, 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. 18.- La consecuencia de lo expuesto es que solo puede estimarse el motivo en lo que respecta a la mitad de los gastos de aranceles notariales correspondientes a la escritura de préstamo hipotecario, que corresponde pagar al prestatario, pero no en cuanto a los aranceles registrales, cuyo pago corresponde por completo al prestamista [...] Decisión del tribunal: pago de los gastos de gestoría 1.- En cuanto a los gastos de gestoría o gestión, son aplicables los razonamientos expuestos al resolver el anterior motivo, relativos a que se trata de pagos que han de realizarse a terceros por su intervención profesional relacionada con el préstamo hipotecario. 2.- En el caso de los gastos de gestoría, no existe norma legal o reglamentaria que atribuya su pago al prestamista o al prestatario. En la práctica, se trata 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. 3.- 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. 4.- 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, que fue también la solución acordada en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Por tanto, procede la estimación del motivo.”

Señalando la STS nº 46/2019 de 23 de enero de 2019: “Gastos notariales 1.- 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 hipotecaplasmados 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. 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”.

En cuanto a las copias, señala la STS nº 49/2019 de 23 de enero de 2019: “- 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”.

En atención a lo expuesto procede condenar a la parte demandada a la restitución de la mitad de los aranceles notariales y y todos los derivados de la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad.

CUARTO.- En relación a las cantidades reclamadas en las cuantías no acreditadas con las correspondientes facturas (gastos de gestoría, tasación e IAJD), con independencia de otras consideraciones de fondo sobre la procedencia de la restitución total o parcial de dichos conceptos conforme a los criterios jurisprudenciales vigentes, no puede condenarse a la restitución de dichas cantidades que ni siquiera justifica la actora haber pagado.

No parece tampoco razonable, ni conforme a las reglas de la distribución de carga de la prueba ni de facilidad y disponibilidad probatoria, exigirle a la entidad financiera demandada la aportación de dichas facturas, respecto de las cuales no es el obligado al



pago. Por otra parte, acceder a las pretensiones actoras en este punto, requiriendo las facturas a la parte demandada, hubiera resultado no sólo impertinente, en base a las reglas de carga de la prueba y disponibilidad probatoria antes aducidas, sino inútil, ya que es previsible que la entidad financiera no disponga de unas facturas que no han sido giradas a su nombre, y, en cualquier caso, de haberlas poseído en algún momento, no estaría obligada a conservar en su poder, dado el tiempo transcurrido.

Pudo la actora, si no conserva la factura, pedir su aportación a las empresas y profesionales que prestaron los servicios (Gestoría, Notaría y Registro), e incluso hacerlo mediante la interposición de Diligencias Preliminares, pero no resulta razonable reclamar la restitución de unos gastos que ni siquiera pueden cuantificarse porque no se justifica que se hayan pagado con las correspondientes facturas.

La protección debida al consumidor y la aplicación de la normativa de defensa de los consumidores y usuarios en los términos de máxima garantía en los procedimientos judiciales, frente a situaciones de desprotección o inferioridad en relación al empresario, no autoriza a llegar a una vulneración absoluta de las reglas de la carga de la prueba, considerando además es Juzgadora que la admisión de reclamaciones de restitución gastos hipotecarios sin justificar mediante las correspondientes facturas la realización de dichos gastos, además de vulnerar la Ley Rituraria en materia de carga de la prueba, en los términos antes expuestos, fomentaría la litigiosidad de manera alarmante, con una notable falta de seguridad jurídica, ya que cualquiera podría reclamar la restitución de una cantidad indeterminada, que no justifica haber pagado, acudiendo a un procedimiento judicial para que, desde el Juzgado y utilizando los escasos recursos de la Administración de Justicia se obtengan las facturas que cualquier persona, observando una diligencia media en el cuidado de sus asuntos, debió conservar si pretende reclamar su restitución.

En atención a lo expuesto no puede prosperar en este punto la pretensión actora, en lo referente a la restitución de cantidad.



QUINTO.- En relación a las costas, conforme a lo dispuesto en el art. 394.2 LEC, habiéndose estimado parcialmente la demanda, no procede hacer imposición expresa de las mismas, debiendo satisfacer cada parte las causadas a su instancia, y las comunes por mitad.

FALLO

ESTIMANDO PARCIALMENTE COMO ESTIMO la demanda presentada por la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORROS Y SEGUROS DE ESPAÑA (ADICAE) con Procurador Sr. [REDACTED], frente a la entidad financiera BANCO SANTANDER S.A., con Procuradora Sra. [REDACTED], **DEBO DECLARAR Y DECLARO** la nulidad de la cláusula de gastos de constitución de hipoteca contenida en la escritura de litis, y, en consecuencia, **DEBO CONDENAR Y CONDENO** a la entidad demandada a eliminar de sus condiciones generales de contratación la referida cláusula contractual y a abstenerse de incluirlas en futuros contratos, así como a restituir a la parte actora la mitad de los aranceles notariales y todos los derivados de la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, más los intereses legales desde la fecha de cada pago. Sin expresa imposición de costas.

MODO DE IMPUGNACIÓN.: Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que, contra la misma cabe interponer **RECURSO DE APELACIÓN**, para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, el cual se interpondrá por medio de escrito presentado ante este Juzgado dentro del plazo de **VEINTE DÍAS**, a partir del siguiente al de su notificación en la forma establecida en el artículo 458 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Asimismo, adviértase a las partes que el recurso no se admitirá a trámite si no acreditan, **al interponerlo**, haber constituido, mediante su consignación en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado, **un depósito por importe de 50 euros**, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, así como el **importe de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el orden jurisdiccional civil** establecida por la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (BOE núm. 280, de 21 de noviembre de 2012), modificada por el Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita (BOE núm. 47, de 23 de febrero de 2013), modificada nuevamente por el **artículo 11 del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero**, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2015).

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo. Doy fe.





La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

ADICAE-SERJUR

