



JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.7 LEON

SENTENCIA: 00905/2024

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

AVD. INGENIERO SAEZ DE MIERA N° 6 (CIF:
(FAX SCOP 987895169) (FAX SCEJ 987895015)
Teléfono: 987895100, Fax: 987296737
Correo electrónico: instancia7.leon@justicia.es

Equipo/usuario: NGS
Modelo: N04390 SENTENCIA DE TEXTO LIBRE ART 447 LEC

N.I.G.: 24089 42 1 2022 0009555

OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0002165 /2022

Procedimiento origen: /

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

DEMANDANTE D/ña. [REDACTED]
Procurador/a Sr/a. JUAN ANTONIO GOMEZ-MORAN ARGÜELLES
Abogado/a Sr/a. JUAN LUIS PEREZ GOMEZ-MORAN
DEMANDADO D/ña. ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA SA
Procurador/a Sr/a. [REDACTED]
Abogado/a Sr/a. [REDACTED]

SENTENCIA

En León, a 19 de julio de 2024.

Vistos por D. Carlos Barrios Barrio, Juez Sustituto del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de León y su Partido Judicial, los autos del Juicio Ordinario NUM 2165/2022, promovidos por el Procurador D. Juan Antonio Gómez-Moran Argüelles, en nombre y representación de D^a. [REDACTED], asistida del Letrado D. Juan Luis Pérez Gómez-Moran, contra la entidad **ABANCA CORPORACION BANCARIA S.A.**, representada por la Procuradora D^a. [REDACTED] y defendida por la Letrada D. [REDACTED], en el ejercicio de la acción de nulidad, vengo a dictar la presente sentencia sobre la base de lo siguiente;

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por el Procurador D. Juan Antonio Gómez-Moran Argüelles, en nombre y representación D^a. [REDACTED], se presentó demanda de juicio ordinario que dirige frente a la entidad **ABANCA CORPORACION BANCARIA S.A** en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de pertinente aplicación al caso, terminó suplicando se dicte sentencia conforme al suplico de su demanda, que aquí se tiene por reproducido.

SEGUNDO. - Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada a fin de que en el plazo de veinte días comparecieran y contestaran a la misma. Personada la procuradora D^a. [REDACTED], en nombre y representación de **ABANCA CORPORACION BANCARIA S.A** presentó escrito de contestación a la demanda, en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaron oportunos, suplicó se desestime la demanda.

TERCERO.-Cumplido los plazos y trámites previstos en el artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se convocó a las partes a la audiencia previa al juicio, que se celebró con el resultado que obra en autos, compareciendo la defensa y representación de ambas partes. Declarada pertinente se admitió la prueba propuesta por las partes que se tuvo por conveniente. Que habiéndose propuesto y admitido únicamente prueba documental, quedaron los autos sobre la mesa de Su Señoría para el dictado de la oportuna resolución.

En el acto de la Audiencia Previa se resolvieron las cuestiones procesales planteadas –cuantía-, manteniéndose esta como **indeterminada** en la forma y por los razonamientos jurídicos que se contienen en el acta videográfica, que se dan aquí por reproducidos; y se concretó el objeto de la reclamación.

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



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercita la parte actora en la demanda que ha dado origen al presente procedimiento, la acción de nulidad por abusiva de la cláusula comisión por reclamación de impagados y gastos insertas en el contrato de préstamo hipotecario formalizado entre las partes y ello, por ser cláusulas completamente abusiva de conformidad con lo previsto en los artículos 80.1 y sig del TRLGDCU, y el resto de la normativa alegada en la demanda, solicitando las condenas que son de ver en el suplico de la demanda.

La demandada previa impugnación de la cuantía, cuestiona la condición de consumidor y usuario del actor. Seguidamente, se opone alegando que, la cláusula es clara, fue negociada individualmente con el demandante, quien recibió toda la información para conocer la existencia de esta. Finalmente, sostiene que la cláusula no puede ser declarada nula por cuanto reúne los requisitos de transparencia necesarios siendo cláusula pactada por las partes, y establecerse una distribución equitativa de los gastos.

SEGUNDO.- Se alega por la entidad demandada que la finalidad del préstamo era la, adquisición de otros bienes destinados a una actividad profesional, introduciendo la duda acerca de la condición de consumidores y/o usuarios de la actora.

A este respecto conviene recordar que la derogada Ley 26/1984, definía a los consumidores o usuarios, en sus artículos 1, 2 y 3, desde una doble perspectiva: positiva y negativa. En cuanto a la primera de ellas, eran considerados como tales "las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o



expiden". Y, desde un punto de vista negativo, señalando que no ostentarán tal condición "quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieren, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros".

A efectos de dicha Ley, el consumidor era la persona que adquiere bienes para su propia satisfacción a modo de estación final del iter económico del proceso productivo, cuando se agota el curso de los bienes y servicios, quedando excluido de tal concepto los empresarios y profesionales que, aun adquiriendo e incluso consumiendo tales productos, lo hacen insertándolos en procesos de fabricación, distribución o prestación a terceros.

El artículo 2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores define el concepto de consumidor, señalando:

"A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

a)"cláusulas abusivas": las cláusulas de un contrato tal como quedan definidas en el artículo 3;

b)"consumidor": toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional:

c)"profesional": toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada".

En nuestro Derecho, el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de consumidores y Usuarios, señalaba en la misma línea: "A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional". Y el artículo 4 del mismo Real Decreto Legislativo concretaba



respecto al concepto de profesional o empresario: "A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada".

La Ley 3/2014, de 27 de marzo, ha dado nueva redacción a ambos preceptos, pero incidiendo en el hecho de que la actuación se desarrolle en el ámbito propio de la actividad profesional o empresarial o en un marco ajeno al mismo.

De esta forma, el nuevo artículo 3 establece que "a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión". Añadiendo que "son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial".

El artículo 4 insiste en el mismo concepto: "A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión".

Por tanto, el elemento fundamental para determinar la presencia o no de un consumidor en nuestro ordenamiento jurídico es el destino que se da al bien o servicio y, en concreto, si la persona, física o jurídica, lo incorpora o no a una actividad empresarial o profesional.

La STJUE de 3 de septiembre de 2015, Costea, C-110/14 ha señalado que "no puede privarse a ninguna persona de la posibilidad de estar situada en la posición de consumidor en relación con un contrato que se sitúa fuera de su actividad profesional en razón de sus



conocimientos generales o de su profesión, sino que hay que estar, exclusivamente, a su posición respecto a una operación jurídica en concreto.”

En el caso de autos, se recoge, literalmente, en la estipulación “RESTANTES CLAUSULAS. *CONSTITUCION DE GARANTIA HIPOTECARIA. OCTAVA.- (...) El préstamo se otorga exclusivamente para financiar la construcción de las viviendas descritas en el antecedente I*”. No se infiere de la documental aportada por la demandada que la adquisición obedeciera a finalidad empresarial alguna, ni que exista vinculación con la profesión que desempeña o desempeñaba el actor. Nos encontramos con la adquisición de un inmueble de viviendas, en virtud de escritura de adjudicación de herencia, y en el que la financiación solicitada tiene por objeto la construcción de viviendas, sin que se infiera siquiera el destino de su adquisición fuera empresarial; por lo que dicha financiación, no habiendo soporte probatorio en autos de que tuviese una finalidad que no fuera propia y particular de la parte actora, que permita sostener lo contrario, nos conduce a descartar la excepción planteada.

En efecto, ni se puede aseverar, ni hay ningún elemento, dato y/o extremo que pruebe, automáticamente, que la suscripción del préstamo hipotecario litigioso esté fuera del ámbito de un acto de consumo. A lo anterior se une la documental aportada por la parte actora en el acto de la audiencia previa, donde se puede comprobar que no ejerce funciones de promotora ajenas a la construcción y venta de viviendas. Además, de las viviendas construidas ostenta la propiedad de todas ellas a excepción de una, que ha sido enajenada tres años después a la formalización del préstamo, pero ello no determina que pierda la condición de consumidora y usuaria, pues dicho negocio patrimonial, aun cuando tuviese un fin especulativo o de ánimo de lucro, no se proyecta fuera de su economía privada, por lo que no pierde su condición de consumidora y usuaria.

En este sentido, incluso aun cuando tal adquisición tuviese una finalidad especulativa, como podría ser obtener un rendimiento económico, tampoco perdería tal condición de consumidor la actora. Sobre esta cuestión, se pronuncia el **TS en su Sentencia nº 250/2022, de 29 de marzo de 2022, nº recurso 4473/2018**: “(...) Sin embargo, en el contrato no consta a qué se iba a destinar el local. Nos encontramos, pues, ante un caso



similar al abordado por la STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14 (Costea), donde el TJUE concluyó que cuando no se precisa el destino del crédito, el prestatario puede considerarse "consumidor" con arreglo la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuando dicho contrato no esté vinculado a una actividad profesional. La demandante afirma que, como se había ido a vivir a Canarias, el local le iba a servir de guardamuebles o trastero, lo que es claramente una actividad privada. Mientras que la entidad prestamista sostiene que lo iba a destinar a arrendamiento, lo que -por sí mismo- tampoco resulta significativo a estos efectos, porque a diferencia de lo que sucede con las personas jurídicas o los entes sin personalidad, en el caso de las personas físicas el ánimo de lucro no es incompatible con la cualidad legal de consumidor, siempre y cuando ese ánimo de lucro no se enmarque en una actividad profesional (sentencia de pleno 16/2017, de 16 de enero). **La jurisprudencia comunitaria ha venido considerando que la intención lucrativa no debe ser necesariamente un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor, por ejemplo en la STJCE de 10 de abril de 2008 (asunto Hamilton), que resolvió sobre un contrato de crédito para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; o en la STJCE de 25 de octubre de 2005 (asunto Schulte), sobre un contrato de inversión. Y la STJUE de 2 de abril de 2020 (asunto C-500/18) ha ratificado que la finalidad lucrativa no excluye la condición de consumidor, sino que lo relevante es la finalidad profesional.**

Desde ese punto de vista, es evidente que, aunque la adquisición de un inmueble para su arrendamiento a terceros (lo que ni siquiera está probado como tal en este caso) pueda implicar la intención de obtener un beneficio económico, si esa actuación no forma parte de una actividad comercial, empresarial o profesional de esa persona física que la realiza, no deja de ser un acto de consumo (sentencia 356/2018, de 13 de junio). Es decir, no es lo mismo dedicar un inmueble a arrendamiento, aunque se obtenga un lucro, siempre que esa actividad arrendaticia no suponga una actuación profesional, que desempeñar una actividad empresarial o profesional en un local para cuya adquisición se pide el préstamo, o dedicarlo a una actividad profesional de arrendamiento de inmuebles. Como declaramos en la citada sentencia 16/2017, de 16 de enero: "el ánimo de lucro del consumidor persona física debe



referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un periodo corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el art. 1.1º CCom"

En definitiva, en esta instancia, la entidad bancaria demandada no aporta soporte documental, suficiente y de entidad, que permita inferir y sostener, mínimamente, la no condición de consumidor, lo que lleva a afirmar la falta de sustento fáctico, legal y jurídico de este motivo de oposición. No se desprende de la escritura notarial litigiosa, que la suscripción del préstamo hipotecario respondiera a financiación externa, de los actores, a los efectos de destinar el importe recibido a otra cuestión distinta que no fuera la financiación propia de sus necesidades personales, ante la falta de liquidez propia, como ocurre siempre que se interesa un préstamo hipotecario.

Se desestima tal excepción, el actor ostenta la condición de consumidor.

TERCERO.- Ausencia de negociación de la cláusula gastos. Condiciones Generales de la Contratación.

El control de abusividad sobre la cláusula gastos, objeto de controversia, pasa necesariamente por la ausencia de su negociación individual puesto que reuniendo la parte actora la condición de consumidor el 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 (en adelante, TRLGDCU) define en su artículo 82.1 las cláusulas abusivas como «aquellas estipulaciones no negociadas individualmente». Así, si una estipulación contractual ha sido individualmente negociada, no



podrá ya, por definición, ser considerada abusiva. El inciso II del apartado 2 del mismo artículo añade que «el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba».

La existencia en el contrato de préstamo que vincula a las partes de condiciones generales de la contratación resulta palmaria si se tiene en cuenta que la parte demandante es una persona física y la demandada, una entidad bancaria, que suscribieron un contrato de subrogación de préstamo hipotecario y la subsiguiente escritura pública de formalización con arreglo a un modelo preestablecido. Apreciación que viene corroborada por la jurisprudencia y así, como ya ha entendido el Tribunal Supremo en su Sentencia 241/2013, de 9 de mayo, es un hecho notorio que, en determinados sectores económicos, entre los que se encuentra el bancario, la contratación con consumidores y usuarios se realiza mediante el uso de condiciones generales de la contratación, predispuestas por la entidad bancaria para ser incorporadas a una generalidad de contratos.

No cabe duda, por lo tanto, que estamos ante una condición general de la contratación, ante una cláusula prerredactada, destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas y no negociada individualmente. Ninguna prueba aporta la entidad demandada que acredite lo contrario. Defiende la demandada la negociación sobre la base de una aceptación expresa de la provisión de fondos que aporta a los autos. Sin embargo, dicha provisión, en modo alguno acredita ni garantiza la existencia de una información precontractual (es más ni siquiera aparece firmada por los prestatarios), sino un mero trámite para la concesión del préstamo hipotecario. Razonamientos aplicables al FIPER, que no justifica una negociación individual, en la que haya intervenido el prestatario, sino, una serie de condiciones que deberán respetarse por la entidad en caso de formalizarse el préstamo hipotecario.

Cualquier argumento en defensa de negociación individual, carece de relevancia, vista la cláusula **CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION**, que reza *“Manifiestan los comparecientes, conforme interviene: a) que han sido informados por la entidad a los efectos de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de que, con la salvedad de los datos financieros específicos*



incorporados al clausulado, este es reproducción de las CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION de La Entidad para la modalidad de operación documentada (...)"

CUARTO.- Clausula Gastos. Abusividad.

Interesa la parte actora la nulidad de la cláusula de la escritura relativa a los gastos a cargo del prestatario (CLÁUSULA QUINTA).

La jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre la materia, debiendo destacar dos resoluciones distintas respecto del carácter abusivo de las cláusulas relativas a los gastos del contrato de préstamo hipotecario: (i) la STS 705/2015, de 23 diciembre en el ámbito de una acción colectiva; y (ii) la Sentencia 147/2018, de 15 de marzo en el de una acción individual.

En la STS 705/2015, de 23 diciembre se justifica el carácter abusivo de la cláusula de gastos por cuanto aparecía expresamente recogida en el listado de cláusulas que la Ley considera abusivas, concretamente en el art. 89.3º TRLCU. También alude a que la estipulación ocasiona al consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada, lo que implica una remisión a la norma general sobre cláusulas abusivas del art. 82.1 TRLCU y al artículo 3.1 de la Directiva 13/93 , que dice lo siguiente: "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".

Las posteriores Sentencias del Tribunal Supremo 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, insisten en esa misma idea y la desarrollan en relación con los efectos, esto es, en qué concretos conceptos alcanza la declaración de nulidad.



De todas las citadas, se puede deducir que el fundamento de la abusividad de la cláusula de gastos es doble:

1) De una parte, porque se encuentra expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la Ley tipifica como abusivas, en concreto en las del art. 89.3º TRLCU.

2) De otra, en la cláusula general de abusividad del art. 82 TRLCU al considerar que se trata de una cláusula que, en contra de las exigencias de la buena fe causa, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

Sobre la base de lo anterior, se entiende que la cláusula de gastos será abusiva si no contenía una distribución adecuada entre las partes de los gastos derivados por la suscripción del préstamo con garantía hipotecaria.

En este sentido, las Sentencias de Pleno del Tribunal Supremo de fecha 23 de enero de 2019, con números 44/2019, 46/2019, 47/2019, 48/2019 enseñan, en relación a la abusividad de la cláusula relativa a los gastos que “En las sentencias de pleno 705/2015 de 23 de diciembre y 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo, declaramos la abusividad de las 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. A los efectos de determinar si dicha imposición produce un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes, resulta de interés la STJUE de 16 de enero de 2014, C-226/12 (Constructora Principado), cuando dice: «21 A este respecto el Tribunal de Justicia ha juzgado 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 Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. 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 por el Derecho nacional vigente (véase la sentencia Aziz, antes citada, apartado 68). »22 Se pone de manifiesto así que, para determinar si existe ese desequilibrio importante, no basta con realizar una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que descansa en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro. »23 Por el contrario, un desequilibrio importante puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales. »24 En este aspecto el Tribunal de Justicia ha recordado que, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva, el carácter abusivo de una cláusula contractual debe apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o de los servicios que sean objeto del contrato de que se trate y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas de dicho contrato (véase la sentencia de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank, C-472/11, apartado 40). De ello resulta que, en este contexto, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable a tal contrato, lo que exige un examen del sistema jurídico nacional (véase la sentencia Aziz, antes citada, apartado 71). »25 El Tribunal de Justicia también ha puesto de relieve, en relación con el artículo 5 de la Directiva, que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, apartado 44)».

3.- Bajo tales parámetros resulta claro que, si no existiera la cláusula controvertida, el consumidor no tendría que pagar todos los gastos e impuestos de la operación, puesto que en virtud de las disposiciones de Derecho español aplicables (Arancel de los notarios, Arancel de los Registradores, Código Civil, etc.) no le corresponde al prestatario en todo caso el abono de la totalidad de tales gastos y tributos, por lo que la introducción de dicha estipulación



implica un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato, que determina su abusividad. Máxime teniendo en cuenta la naturaleza del servicio objeto del contrato, que es la financiación de la adquisición de un bien de primera necesidad como es la vivienda habitual.”

En consecuencia, resultando de aplicación al caso los preceptos concordantes de la **Ley 26/1984, de 19 de julio (vigente a la fecha de contratación); en concreto, el artículo 10.1 c.3; 10.1c.11 y 10.4,** procede declarar la nulidad de la cláusula de gastos de la escritura de préstamo hipotecario de 7 de mayo de 2007, cláusula omnicomprendiva que impone, de manera genérica e indiscriminadamente a la parte prestataria todo tipo de gastos e impuestos, generando un grave desequilibrio entre las partes, resultando abusiva y contraria a la doctrina jurisprudencial citada, por lo que procede su eliminación, con independencia de que el prestatario/a pudiese tener conocimiento de la cláusula.

QUINTO.- Cláusula de comisión por reclamación de impagados/posiciones deudoras. Abusividad.

Se solicita se declare la nulidad de la cláusula cuarta, relativa a las posiciones deudoras contenida en la escritura de préstamo hipotecario del 2007. Dicha estipulación establece: *“Por reclamación de posiciones deudoras vencidas (amortizaciones, intereses, comisiones), una comisión de DIECIOCHO EUROS Y TRES CENTIMOS DE EURO (18,03. -€) por cada situación referenciada, liquidable y pagadera a su cancelación, además de cualquier gastos externo que pueda existir debidamente justificado.”*

Respecto a la cláusula de comisiones/gastos, por reclamación de impagados, resulta de aplicación el artículo 89.5 del Texto Refundido ya que esta comisión por impago no se corresponde con ningún servicio prestado, sino que con ella se trata de compensar a la entidad demandante por los gastos soportados para la reclamación de los impagados, costes que en el presente caso, tampoco prueba como a continuación se expondrá.



Nos encontramos ante una comisión respecto de la cual La Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 por la que se fijan los tipos de interés y comisiones, así como las normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, establecía que *“las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos”*. Esta disposición fue derogada con la entrada en vigor de la Orden EHA 2899/2011 de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, la cual viene a mantener el mismo principio normativo que si cabe es más riguroso con las comisiones al establecer que sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos que, además, en este caso no constan generados, y debiéndose significar que ha sido el propio Banco de España el que en Circular 8/1990 de 7 de septiembre, a entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, rechaza la efectividad de las cuestionadas comisiones de devolución, por ausencia de causa que las justifique y por contravenir el artículo 10 de la L.G.D.C.U. (ahora artículo 89.5), al comportar, en detrimento de los intereses del consumidor, *“incrementos de precios por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados”*, y no responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos.

Sobre este tipo de cláusulas, se ha pronunciado en múltiples ocasiones la AP de León; en concreto, cabe citar la **Sentencia nº 269/2023 de 24 de abril, Sección Primera**, cuyo tenor literal, es el siguiente: *Este tribunal se ha pronunciado en ocasiones anteriores sobre la cuestión. Así, por ejemplo, en la sentencia de fecha 26 de octubre de 2017, en la de 10 de julio de 2015, Rollo nº 263/15, y en otras posteriores, como la sentencia 167/2020, de 12 de marzo de 2020 y otras muchas, en las que ha declarado abusiva la cláusula de comisión por reclamación de posiciones deudoras cuando se genera de manera automática por el mero devengo de cualquier posición deudora.*

La Sala 1.ª del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la cuestión en sentencia de 25 de octubre de 2019, que remite a la normativa bancaria sobre comisiones recogida, básicamente, en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en la Circular 5/2012 del Banco de España de 27 de junio, a entidades de crédito y



proveedores de servicio de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, y en la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, que regula la transparencia de los servicios de pago sujetos a la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago. Con fundamento en dicha normativa, concluye que, para que las entidades puedan cobrar comisiones a sus clientes deben cumplirse dos requisitos: que retribuyan un servicio real prestado al cliente y que los gastos del servicio se hayan realizado efectivamente. Bajo estas dos premisas, las entidades bancarias no pueden cobrar por servicios que no hayan solicitado o aceptado los clientes, que deberán haber sido informados personalmente y por anticipado del importe que van a tener que pagar por ese servicio.

En la sentencia citada de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo se considera abusiva la cláusula, haciendo referencia a la STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C-621/17, Gyula Kiss) y a la STJUE de 26 de febrero de 2015 (asunto C-143/13, Matei), porque se aplica con mero automatismo por cada posición deudora, sin introducir regla alguna que discrimine, de manera justificada, el porqué de cada reclamación; el mero impago de cada una de las cuotas es suficiente para aplicar la comisión por cada uno de los impagos. También indica que no identifica qué tipo de gestión se va a llevar a cabo (lo deja para un momento posterior), por lo que no cabe deducir que ello generará un gasto efectivo. En definitiva, estima que la indeterminación genera la abusividad, con infracción de lo previsto en los arts. 85.6 TRLGCU (indemnizaciones desproporcionadas) y 87.5 TRLGCU (cobro de servicios no prestados).

En este caso, la cláusula está redactada en los mismos términos de indeterminación que ha valorado como abusivos el Tribunal Supremo. La comisión se genera de forma automática por el mero impago de cada cuota, y la realización de gestiones para el cobro (alguna llamada telefónica o el envío de correspondencia) no justifica, en absoluto, el coste que, de manera automática e indiscriminada, se contempla para cada impago (30.05 euros), por lo que el recurso ha de ser desestimado. La cláusula anulada contempla la automática generación de la comisión por el mero hecho del impago: “Se devengará una comisión en concepto de reclamación de posiciones deudoras vencidas por importe de 30,05 Euros que se devengará por una sola vez en cada situación que la parte prestataria mantenga obligación/es en sus fecha/s y que se cobrará cuando la parte prestataria regularice voluntariamente la situación de mora o conjuntamente con la primera liquidación de



intereses ordinarios que se produzca con posterioridad". Esta cláusula contempla el pago de una comisión por el mero impago, al margen de cualquier coste o servicio que pudiera prestar el banco, y supone un claro desequilibrio económico para el consumidor que ha de pagar una suma constante y cierta, sin que dicho pago se corresponda con servicio o coste alguno y establecido sin límite alguno (reclamación de saldo deudor una sola vez, actualizando el incremento posterior anualmente o cada varios meses u otras múltiples opciones)."

La imposición al prestatario consumidor de la comisión por cuotas vencidas y no pagadas, no asegura una mínima reciprocidad al imponer al prestatario una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor porque éste además de abonar los intereses moratorios debe abonar esta comisión y además incumple la reciprocidad en el contrato al imponer el cobro de servicios no usados ni consumidos de manera efectiva, apareciendo expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 85.6 y 87.5 TRLGDCU) por lo que debe ser declarada nula. Los intereses moratorios ya agravan la responsabilidad en caso de incumplimiento del prestatario, suponiendo esta cláusula una duplicidad sancionadora. Tampoco se ha acreditado que se haya informado al consumidor de la naturaleza de los servicios que retribuye dicha cláusula, ni tampoco de que no hay solapamiento entre los gastos o servicios que retribuyen, tampoco se ha acreditado que retribuyan un servicio real ni que los gastos de éste se hayan satisfecho efectivamente.

QUINTO.- Consecuencias de la declaración de nulidad.

Gastos a cargo del prestatario

Declarada nula la cláusula gastos al ser abusiva, procede determinar a cuál de las partes corresponde el pago de los distintos conceptos.

Así, la actora solicita el 50% de los gastos de notaría; 100% registro de la propiedad, gestoría.

La jurisprudencia ha cambiado en este sentido, y por ello, analizaremos los nuevos porcentajes conforme a lo dispuesto en la STS de fecha 12/5/2021 en la que expresamente se recoge lo siguiente: **3.- Como hemos declarado en la sentencia 457/2020, de 24 de julio, esta**



doctrina jurisprudencial de la Sala ha sido confirmada por la STJUE de 16 de julio de 2020, en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19.

4.- Las consecuencias prácticas de la citada jurisprudencia, en relación con los gastos controvertidos en el presente recurso de casación, son las siguientes:

(i) Respecto de los **gastos de notaría**, conforme a la normativa notarial (art. 63 Reglamento Notarial, que remite a la norma sexta del Anexo II del RD 1426/1989, de 17 de noviembre) deben ser abonados por los interesados, que en el caso del préstamo hipotecario son ambas partes, por lo que deben abonarse por mitad. Criterio que vale tanto para la escritura de otorgamiento como para la de modificación del préstamo hipotecario.

En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, como el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, a él le corresponde este gasto.

Y por lo que respecta a 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.

(ii) En lo que se refiere a los **gastos del Registro de la Propiedad**, el Arancel de los Registradores de la Propiedad atribuye el gasto a quien a cuyo favor se inscriba o anote el derecho. Como la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, será a éste al que corresponda el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario. Mientras que como la inscripción de la escritura de cancelación libera el gravamen y, por tanto, se inscribe en favor del prestatario, a él le corresponde este gasto.

(iii) Respecto de los gastos **de gestoría**, con anterioridad a la Ley 5/2019 no había ninguna norma legal que atribuyera su pago a ninguna de las partes. En consecuencia, en aplicación de la jurisprudencia del TJUE, a partir de la sentencia 555/2020, de 26 de octubre, establecimos que su pago debe atribuirse íntegramente a la entidad prestamista.

(...)"



Correspondiendo al actor la carga de la prueba de las cantidades abonadas, y aportando con la demanda la documentación acreditativa de los gastos abonados en aplicación de la cláusula impugnadas, de conformidad con el anterior razonamiento, debe condenarse a la demandada a abonar las cantidades indebidamente abonadas por el demandante, correspondientes a la mitad de la notaría, así como, la totalidad de los gastos de registro, gestoría, cuyo importe asciende a 1.321,05 euros.

Las cantidades objeto de restitución devengarán desde la fecha de cada uno de los pagos hasta la fecha de la sentencia, el interés legal del dinero y el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia hasta el pago definitivo, artículos 1.108 del Código Civil y artículo 576.1 LEC, así lo establece la STS Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, Sentencia 725/2018 de 19 Dic. 2018, Rec. 2241/2018 ponente Pedro José Vela Torres en el Fundamento de Derecho Segundo en el apartado cuarto

Comisión por reclamación de impagados:

El artículo 1.303 del Código Civil determina que: “Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes.”

El artículo 1.895 del Código Civil establece que “Cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla.”

Por otra parte el artículo 9.2 de la LCGC establece que “La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10,



o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil.”

Por otra parte, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE establece que “Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.”

Comisión por posiciones deudoras. Se tendrá por no puesta, restituyéndose las cantidades indebidamente cobradas por su aplicación. En este caso, no se solicita condena, ni se acredita que dicha cláusula hubiese sido aplicada, por lo que ningún pronunciamiento condenatorio procede realizar.

SEXTO.- Costas.

La demandada se allanó sólo parcialmente en su contestación, siendo la sentencia sustancialmente estimatoria. Por ello y de conformidad con el criterio del vencimiento objetivo del artículo 394 LEC procede la imposición a la demanda de las costas procesales.

Además, este criterio es el más acorde con el principio de efectividad del derecho de la UE y evita un “efecto disuasorio inverso” por parte del consumidor/usuario, postura sostenida por el TJUE, Tribunal Supremo y Audiencia Provincial de León.

Vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación:



FALLO

Que **ESTIMO INTEGRAMENTE** la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Juan Antonio Gómez-Moran Argüelles, en nombre y representación de **D^a** [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], contra **ABANCA CORPORACION BANCARIA S.A.**, con los siguientes pronunciamientos:

- 1) Se declara la nulidad de las cláusulas Cuarta, relativa a la comisión por reclamación de posiciones deudoras, y Quinta (gastos), contenidas en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 7 de mayo de 2007, suscrita entre las partes, eliminando las mismas y teniéndolas por no puestas.
- 2) Se condena a la entidad demandada a abonar a la parte demandante las sumas correspondientes a la mitad de los gastos de notaría y totalidad de los gastos de registro, gestoría, ocasionados por la constitución del préstamo hipotecario, cuyo importe asciende a 1.321,05 euros, más sus intereses legales desde la fecha de abono.
- 3) Todo ello con imposición de costas procesales a la entidad demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe la interposición de recurso de apelación; dicho recurso se interpondrá ante el Tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente de la notificación de aquélla y será resuelto por la Ilma. Audiencia Provincial de León.

Así, por esta mi Sentencia, de la que se deducirá testimonio para su unión a los autos, juzgando definitivamente en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.



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.