ADMINISTRACION DE JUSTICIA

JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 4
VALLADOLID

SENTENCIA: 01379/2023

CALLE NICOLAS SALMERON NUM. 5, 3ª PLANTA, VALLADOLID
Teléfono: 983216603-983413390, Fax: 983413264 FAX
Correo electrónico:

Equipo/usuario: MFG
Modelo: N04390

N.I.G.: 47186 42 1 2023 0000057
OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000006 /2023
Procedimiento origen: /
Sobre COND.GNRLS.CTRTO.FINAC.GARNT.INMO.PRSTARIO.PER.FIS
DEMANDANTE D/ña. [redacted]
Procurador/a Sr/a. MARIA ISABEL HERRADA MARTIN
Abogado/a Sr/a. MANUEL CHAMORRO PAVON
DEMANDADO D/ña. CAIXABANK
Procurador/a Sr/a. [redacted]
Abogado/a Sr/a. [redacted]

S E N T E N C I A

En Valladolid, a doce de junio del año dos mil veintitrés.

LA ILMA. [redacted] MAGISTRADA del Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Valladolid, habiendo visto los presentes autos de Juicio Ordinario número 6/2023 seguidos ante este Juzgado, entre [redacted], representado por la Procuradora Sra. Herrada Martín y asistido por el Letrado Sr. Chamorro Pavón, como parte demandante, y la mercantil "CAIXABANK, S.A." representada por la Procuradora [redacted] y asistida por el Letrado [redacted] como parte demandada, sobre nulidad de cláusula contractual.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Por la Procuradora Sra. Herrada Martín en nombre y representación de [redacted] se presenta escrito en fecha de 23 de diciembre del año 2022 por el que interpone demanda de juicio Ordinario dirigida contra la mercantil "CAIXABANK, S.A." en la que tras alegar los Hechos y Fundamentos de Derecho que estimó de pertinente aplicación al caso, termina suplicando se dicte Sentencia en la que, con estimación íntegra de la demanda:

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:MYk3-EdDZ-syQa-RZvE-Y Puede verificar este documento en https://www.administraciondejusticia.gob.es

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

1ª.- Declara abusiva y nula la cláusula Quinta (Pág. 18 en adelante), del contrato de préstamo hipotecario aportado como documento número 1, celebrado entre la entidad hoy demandada, y mi representada
2ª.- Por consiguiente, en virtud de dicha declaración nulidad, se condene a la entidad demandada a abonar a mi mandante las cantidades que debieron ser abonadas por la parte demandada en el momento de la celebración de contrato hipotecario en concepto de mitad de notario, así como la totalidad del importe abonado por gestoría registro y tasación, cuyas cantidades están determinadas en las facturas aportadas como documento número 2 de este escrito de demanda, y que fueron abonadas por mi representada en aplicación de la cláusula declarada nula. Cantidades que deberán ser reintegradas y se solicitan por esta parte en la proporción marcada por la ultima doctrina marcada por nuestro alto tribunal, así como en concordancia con la reciente sentencia del TJUE consistentes en la mitad de lo abonado de notario, así como la totalidad de lo abonado por gestoría, registro y tasación y todo ello en relación con los gastos abonados por la concesión del préstamo hipotecario (NO de la compraventa). • Mitad de notario: 173,78 • Totalidad de registro; 134,65 • Gestoría: 96 euros • Tasación; No se reclama ya que nos se dispone de la factura • Total; 404,43 euros.
Y todo ello con expresa condena en costas a la demandada

SEGUNDO. - Admitida a trámite la demanda, y emplazada la parte contraria para contestar a la misma, se presenta por la Procuradora [redacted] en nombre y representación de la mercantil "CAIXABANK, S.A." escrito de contestación en fecha de 20 de febrero de 2023 en el que con fundamento en los Hechos Y Fundamentos de Derecho que entiende de pertinente aplicación al caso termina suplicando la íntegra desestimación de la demanda con expresa imposición de las costas a la parte actora.

TERCERO.- Cumplidos los plazos y trámites previstos en el artículo 414.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y de acuerdo con lo dispuesto en el mismo, se convocó a las partes a la Audiencia Previa al Juicio, que tuvo lugar en fecha de 12 de junio del año 2023 con el resultado que obra en autos, y no siendo propuesta ni admitida otra prueba que la documental unida a las actuaciones, quedaron las mismas vistas para Sentencia en aplicación de lo dispuesto en el artículo 429.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Se ejercita por la parte actora con fundamento en las disposiciones legales y jurisprudencia invocadas en la demanda rectora, acción de nulidad de la cláusula Quinta del contrato de préstamo hipotecario celebrado entre las partes en fecha de 5 de febrero de 2003, con condena a la entidad demandada a abonar a la parte actora las cantidades relativas a la mitad de notario, 173,78€, así como la totalidad del importe abonado por gestoría, 96€, y registro, 134,65€, ascendiendo el total a 404,43 euros.

De contrario, alegando carencia sobrevenida del objeto como consecuencia de la eliminación extrajudicial de la cláusula impugnada, así como prescripción y retraso desleal en la reclamación de cantidades, y admitiendo la existencia y contenido del contrato celebrado entre las partes, se niega la concurrencia de los requisitos legales y jurisprudenciales exigidos para apreciar la nulidad invocada por la parte demandante, interesando en consecuencia la íntegra desestimación de la demanda, con expresa imposición de las costas a la parte contraria.

SEGUNDO. – En cuanto a la cuestión de fondo relativa a la carencia de objeto, debe señalarse que en tanto en cuanto la declaración de nulidad de una cláusula contractual ha de ser realizada por un órgano jurisdiccional, no resulta suficiente la declaración extrajudicial por la entidad bancaria, cuando además, a consecuencia de ello ni siquiera restituye la situación de hecho existente con anterioridad a la aplicación de la cláusula declarada nula, obligando así, como ocurre en las presentes, al prestatario perjudicado, a acudir a la vía jurisdiccional para satisfacer su legítimo interés de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 LEC, por lo que dicha cuestión ha de ser desestimada.

Respecto de la cuestión relativa a la prescripción, debe significarse que sobre esta cuestión, es muy significativa la reciente sentencia de nuestra Audiencia Provincial de fecha 29 de julio de 2020 en la que trata esta cuestión a raíz de la sentencia del TJUE de fecha 16 de julio que indica: … "Argumentábamos a este respecto en nuestra sentencia de 14 de mayo de 2019 en la se citan otras anteriores, que en estos casos no nos hallamos propiamente ante el ejercicio de dos acciones independientes o diferenciadas, "...sino que la condena a abonar las cantidades indebidamente satisfechas por aplicación de la cláusula declarada nula por abusiva no es más que el restablecimiento de la situación de hecho en que se

encontraría el consumidor de no haberse incluido la cláusula en el contrato de préstamo ... un efecto jurídico o consecuencia legal necesaria de la previa declaración de nulidad de la cláusula denunciada por los actores." Quiere con ello decirse que la declaración de la nulidad de la cláusula en cuestión constituye una premisa necesaria para que el consumidor pueda ejercitar su derecho a reclamar las cantidades indebidamente abonadas por causa de esta. Razonábamos a este respecto "... el dies" a quo" para el inicio del plazo prescriptivo que pudiera anudarse a dicha acción restitutoria habría de computarse a partir del día en que por sentencia se declaró la nulidad por abusividad de la cláusula en cuestión, pues ese es el momento en que dicha acción pudo ejercitarse conforme a lo dispuesto en el art 1969 del Código Civil…

CUARTO. - La reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 16 de julio de 2020, dictada y publica antes de la deliberación y votación del presente recurso, en poco o nada altera este pronunciamiento judicial impugnado que -como hemos dicho- desestima la prescripción de la acción restitutoria, alegada por la entidad financiera demandada. Invita no obstante a una cierta reflexión y precisión sobre el tema.

El Tribunal Europeo da respuesta en dicha sentencia a las cuestiones prejudiciales que habían sido planteadas por dos Juzgados Españoles (Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca y Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta) y concretamente a una de ellas en la que se preguntaba resumidamente " si a la vista del principio de no vinculación y del principio del efecto disuasorio de la Directiva 93/13 (art. 6.1 y 7.1), los efectos restitutorios derivados de una declaración de nulidad por abusiva de una cláusula inserta en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, pueden ser limitados en el tiempo mediante la apreciación de la excepción de prescripción de la acción de restitución de cantidad, aunque la acción de nulidad radical que declare la abusividad de la cláusula sea imprescriptible conforme a la legislación nacional.» Responde a esta cuestión - el Tribunal Europeo declarando lo siguiente: "El artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el ejercicio de la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva quede sometido a un plazo de prescripción, siempre que ni el momento en que ese plazo comienza a correr ni su duración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución. "En parecidos términos ya se había pronunciado en una anterior Sentencia de fecha 9 de julio de

2020, en la que respondía a una cuestión prejudicial planteada por un tribunal de Rumanía, declarando que los referidos preceptos "no se oponen a una normativa nacional que, al mismo tiempo que establece el carácter imprescriptible de la acción cuyo objeto es declarar la nulidad de la cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, somete a un plazo de prescripción de la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esta declaración, siempre y cuando ese plazo no sea menos favorable que el aplicable a recursos similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos concedidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, en particular por la Directiva 93/13 (principio de efectividad)". Alude también en esta sentencia al comienzo de un plazo de prescripción -en ese caso tres años- " cuando se presume, sin ser preciso verificarlo, que en esa fecha el consumidor debía tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula en cuestión".

Viene pues el Tribunal Europeo en ambas sentencias a establecer de forma clara que no es contrario a la Directiva 93/13 que se establezca un plazo de prescripción para el ejercicio de la acción tendente a la reclamación o restitución de las cantidades satisfechas como consecuencia de la aplicación de una condición general declarada abusiva, es decir, posibilita que dicha reclamación pueda quedar sometida a un plazo de prescripción diferenciado de la acción imprescriptible de nulidad. Considera incluso (Apartado 87 Sentencia de 16 -julio) que sería conforme con el principio de efectividad el plazo de prescripción de cinco años establecido en el artículo 1964, apartado 2, del Código Civil. Ahora bien, en orden a la concreción del momento en que debiera comenzar el cómputo de dicho plazo -"dies a quo"- el Tribunal Europeo ya no es tan claro y preciso y da lugar a dudas e incertidumbres interpretativas. Se infiere, por lo que argumenta en una y otra sentencia, que ese momento inicial debe ser fijado en términos que "no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil" para el consumidor el ejercicio de su derecho y, a tal efecto, alude a un momento en que el consumidor "razonablemente" tuvo conocimiento o fue consciente del carácter abusivo de la cláusula en cuestión ("... que el plazo comience a correr a partir de la celebración del contrato- con independencia de si este tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de esta cláusula- puede hacer excesivamente difícil el ejercicio derechos.."). Coincide casualmente este enfoque con el criterio que nuestro Código Civil expresa en su artículo 1969 "el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa

determine, se contará desde el día en que pudieran ejercitarse".
Persiste no obstante la incertidumbre sobre cuándo debe o puede entenderse que el consumidor "razonablemente", tuvo conocimiento de la abusividad de la cláusula de litis y pudo por ende ejercitar la acción restitutoria derivada de la misma. Pues bien, en esta tesitura y mientras esta importante cuestión no sea resuelta, vía legislativa como sería deseable, o por nuestro Tribunal Supremo fijando un criterio jurisprudencial que evite la inseguridad jurídica, parece lógico entender que ese momento inicial para el computo del plazo prescriptivo debiera fijarse, bien a partir de la primera sentencia dictada por el Tribunal Supremo que declaró, a modo de doctrina general la nulidad por abusividad de la cláusula sobre gastos en préstamos hipotecarios, sentencia que tuvo una gran difusión en los medios de comunicación lo que permitió un conocimiento general de la misma; o bien a partir de la ulterior sentencia, también de gran impacto mediático de fecha 23 de enero de 2019, en la que el mismo Tribunal precisó y determinó los criterios de imputación y distribución de tales gastos, sobre los que no existía uniformidad en la llamada "pequeña jurisprudencia" de las A. Provinciales.”

En el presente caso, como en aquel, tanto si se parte de la fecha de la primera sentencia como de la fecha de la segunda, aún no habría transcurrido el plazo de cinco años establecido con carácter general para el ejercicio de las acciones personales en el artículo 1.964 y 1973 del Código Civil.

Igualmente ha de tenerse en cuenta el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE por nuestro TS en virtud de Auto de 22 de julio de 2021 al respecto del “dies a quo” para el cómputo del plazo de prescripción, donde se plantean por nuestro más alto Tribunal tres posibles escenarios para el mismo, y no habiendo transcurrido el plazo de 5 años, para cualquiera de ellos.

Sobre la existencia de un retraso desleal en el ejercicio de la acción o una conducta contraria a la buena fe, baste traer a colación la doctrina fijada por nuestra Audiencia Provincial de Valladolid “… lo que ya razonábamos en nuestra Sentencia de fecha 4 de marzo y reiteramos en la de 14 de mayo ambas de 2019 al rebatir un alegato similar, a saber, que para la aplicación de dicho instituto la jurisprudencia exige, "..no solo el mero transcurso el tiempo para aplicar esta doctrina, sino que deberán concurrir otros elementos añadidos que apoyen la generación en la parte deudora de aquella "legítima confianza" en la conducta permisiva de la parte acreedora. Se considera que el mero transcurso del tiempo, vigente la

acción, no es suficiente per se para deducir una conformidad que entrañe una renuncia o aquiescencia del acreedor, que en ningún caso cabe presumir. (STS de 22/10/2002; 18/10/2004; 7 de junio de 2010" Y en el caso que nos ocupa no parece razonable, estando como se ha dicho ante un supuesto de nulidad absoluta o radical de la cláusula en cuestión, que la entidad demandada se hubiera representado o se hubiera generado la apariencia de que la acción restitutoria no iba a ser ejercitada. En este sentido, ningún acto propio de la demandante, más allá del pago de los gastos ahora reclamados en el momento del otorgamiento de la escritura, puede ser considerado como un indicio razonable para la entidad de que tal derecho ya no le iba a ser exigido. Y profundizando en el comportamiento de la parte actora, tampoco cabe apreciar una conducta contraria a la buena fe, pues no parece dudoso que la activación del derecho tiene su origen en la más reciente doctrina emanada del Tribunal Supremo sobre el control de transparencia real de las condiciones generales de contratación y su carácter abusivo, cuando afectan a elementos esenciales del contrato, que tiene su punto de partida en la STS de 9 de mayo de 2013 y, en lo relativo a las cláusulas de gastos anudados a los préstamos de garantía hipotecaria, en la STS de 23 de diciembre de 2015 y con mayor precisión en la imputación y reparto de tales gastos en la STS de 23 de Enero de 2019. Los prestatarios demandantes -como tantos otros- han ejercitado su derecho a partir del momento que ha trascendido al público conocimiento las citadas resoluciones judiciales, poniendo de manifiesto la abusividad de este tipo de cláusulas y con ello la posibilidad de recuperar los gastos indebidamente abonados como consecuencia de la misma.

Y vistas las alegaciones de las partes, se puede centrar el objeto de la controversia en determinar la concurrencia de los requisitos legales y jurisprudenciales necesarios para apreciar la nulidad de la cláusula Quinta del contrato de préstamo hipotecario celebrado entre las partes en fecha de 5 de febrero de 2003, y procedencia de la condena a la entidad demandada a abonar a la parte actora las cantidades relativas a la mitad de notario, 173,78€, así como la totalidad del importe abonado por gestoría, 96€, y registro, 134,65€, ascendiendo el total a 404,43 euros.

TERCERO. – Para que pueda operar el control de abusividad pretendido en la demanda, es necesario, como paso previo, que nos encontremos ante una condición general de la contratación, tal como, precisamente, ocurre en el caso que nos ocupa, al reunir, la cuestionada, todos los requisitos exigidos legal y jurisprudencialmente para ello.

Para considerar la cláusula condición general de la contratación han de concurrir, según el art. 1 de la LCGC, los siguientes requisitos: a) contractualidad; b) predisposición; e) imposición; d) generalidad. En cambio, es irrelevante: a) su autoría material, apariencia externa, extensión y cualesquiera otras circunstancias; b) que el adherente sea un profesional o un consumidor, porque la Ley de Condiciones General de Contratación opera para ambos y e) que otros elementos del contrato hayan sido negociados individualmente, si esta circunstancia no se da en la cláusula impugnada y la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.

La sentencia del Pleno del Tribunal Supremo nº 464/2014, de 8 de septiembre de 2014, rec. 1217/13, indica: "La valoración de los presupuestos o requisitos que determinan la naturaleza de las condiciones generales de la contratación, como práctica negocia!, ha sido objeto de una extensa fundamentación técnica en la Sentencia de esta Sala de 9 de mayo de 2013 (núm. 241/2013). En síntesis, entre las conclusiones de la doctrina jurisprudencial allí declarada. (Fundamento de Derecho Séptimo y Octavo, parágrafos 131 a 165), se resaltaban las siguientes consideraciones:

"a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se define por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.

b) El conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias -singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes.

c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial".

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

e) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación, aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

f) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

g) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario".

En tanto en cuanto el artículo 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación no precisa qué debe entenderse por imposición de la condición general por una de las partes, ha de acudirse al art. 3.2 de la Directiva 93/13 CEE, del Consejo, conforme .al cual "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". A los efectos de aplicar esta doctrina en un caso concreto, es preciso traer a colación tanto la regla general establecida en el art 281.4° LEC y la doctrina jurisprudencial sobre la exención de la prueba de !os hechos notorios (SSTS de 2 de marzo de 2009, de 9 de marzo de 2009, de 18 de noviembre de 2010 y de 9 de mayo de 2013), como la norma sobre la carga de la prueba recogida en el art. 3.2 pfo. 3° de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril, y en el art. 82.2 pfo. 2° del TRLCU, según el cual "el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asumirá la carga de la prueba".

Como puede claramente apreciarse a la vista de la normativa y jurisprudencia citada, la cuestión es, si, la cláusula impugnada fue objeto de efectiva y verdadera negociación, entendiendo que negociación, tal y como ha aclarado el Tribunal Supremo en las sentencias citadas, no es equivalente a conocimiento de la cláusula, es decir, dar a conocer al prestatario una determinada cláusula y que éste la acepte no equivale a cláusula negociada. Tampoco el haber ofrecido distintas ofertas al prestatario ni que éste haya podido escoger la oferta de otra entidad. Si lo que el empresario predisponente ofrece un paquete dé condiciones que el adherente solo puede aceptar o rechazar en su conjunto, pero no puede influir en el contenido o supresión de una cláusula concreta, aisladamente considerada del resto, no podemos hablar de negociación. Y corresponde al empresario predisponente acreditar que esto ha sido así, que el prestatario tuvo posibilidad de negociar de forma efectiva, prueba que no existe en el presente supuesto.

Por otro lado, y en relación con lo expuesto, los principios de libertad de pacto y libre autonomía de la voluntad contractual, consagrados en el artículo 1.255 del Código Civil, en absoluto, pueden esgrimirse como motivos de oposición para enervar el tipo de control que se pretende en

la demanda, en cuanto, si la cláusula litigiosa fuese considerada abusiva, esta sería, ex lege, nula de pleno derecho, con independencia de que fuera o no aceptada por los consumidores prestatarios.

El artículo 10 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias la Ley expone con claridad que " La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley...", con lo que, en buena lógica, si aun pactando la renuncia a los derechos reconocidos en esta legislación tuitiva resulta que los mismos serían plenamente oponibles, con mayor motivo lo serán si esta renuncia no consta. Y eso es así aun cuando se pudiera haber pactado la asunción de algunos pactos de carácter abusivo, merced al desequilibrio negocial existente entre los litigantes. Por lo tanto, el actor no tiene limitadas las acciones aquí ejercitadas por el mero hecho de haber firmado la escritura pública que ahora cuestiona en cuanto al contenido de la cláusula discutida, sino que, la declaración de nulidad de lo allí dispuesto será siempre posible si se cumplen los presupuestos analizados por el Alto Tribunal, en los términos que se expondrán a continuación.

Por último, a su vez, debe tenerse en cuenta, especialmente, a la hora de resolver la controversia que ahora se plantea, que la Cláusula que imputa el pago de gastos no define el objeto principal del contrato ni la adecuación entre el precio y la prestación, sino que regula un aspecto accesorio, referente a la constitución y desarrollo del préstamo garantizado por hipoteca, razón por la que no estaría incluido en el supuesto apreciado por el artículo 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE. Por ello, la cláusula objeto de controversia en el presente procedimiento, es susceptible de control de abusividad, no solo en cuanto a su trasparencia, sino también respecto a si, en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor y usuario, causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, aspecto este último que se tratará a continuación.

CUARTO. – Tal y como claramente se desprende del contenido de la demanda que ha dado origen al presente pleito, dos son las acciones que se ejercitan de forma acumulada en cuanto a la cláusula de gastos. Por un lado, la de declaración individual de nulidad de la cláusula de gastos que se menciona, y, por otro lado, como consecuencia de aquella, la devolución de las

cantidades, que, en aplicación de dicha cláusula han sido abonadas por el prestatario.

Así las cosas, procede, en primer lugar, el estudio y resolución de la primera de las cuestiones planteadas, acudiendo para ello, necesariamente, a los dispuesto por el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de diciembre de 2.015, en el que se pronuncia sobre una cláusula similar a la que ahora es objeto de controversia, en cuanto, se refiere a la atribución de los gastos derivados de tramitación, constitución, modificación y cancelación de un préstamo hipotecario.
En concreto la cláusula anulada, sobre la que el Tribunal Supremo se pronunciaba, manteniendo la nulidad declarada en instancia anteriores, tenía el siguiente tenor literal: "Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación -incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía- y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11ª.

La parte prestataria faculta al banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que en este acto se constituye y de los títulos previos a esta escritura, así como los gastos derivados de la cancelación de cargas y anotaciones preferentes a dicha hipoteca. Los gastos suplidos podrán ser cargados en cuenta a la parte prestataria en la forma y condiciones que se indican al final de esta cláusula.

Los mencionados servicios complementarios que, a solicitud de la parte prestataria, el Banco decida libremente realizar, serán facturados por éste con arreglo a las tarifas de comisiones y gastos que tenga vigentes el Banco en el momento de dicha solicitud. En todo caso, se considerará que constituyen un servicio objeto de facturación los trabajos de preparación de antecedentes que deba realizar el Banco para el otorgamiento de la escritura de cancelación de hipoteca.

La parte prestataria queda obligada a satisfacer y resarcir al Banco cuantos daños, perjuicios, costas y gastos procesales o de otra naturaleza, se generen u originen al Banco por incumplimiento del contrato o para el cobro del crédito,

incluyendo los gastos y costes directos o indirectos, causados por las actuaciones del Banco que tengan por objeto la reclamación de la deuda (tales como, en especial, los requerimientos de pago por correo, teléfono, telegrama, notariales), así como los derivados de los procedimientos judiciales o extrajudiciales motivados por todo ello, incluidos los honorarios de Abogado y Procurador aun cuando su intervención en las actuaciones y procedimientos judiciales o extrajudiciales no fuere preceptiva.
El Banco queda facultado para cargar en cuenta o reclamar en cualquier momento a la parte prestataria cuantas cantidades se le adeuden por los conceptos antes indicados. Las cantidades así adeudadas al Banco devengarán, desde la fecha en que éste las hubiera satisfecho y sin necesidad de reclamación, intereses de demora con arreglo a la cláusula 6ª, y quedarán garantizadas con arreglo a la cifra prevista para gatos y costas en la cláusula 9ª".

En dicha sentencia, el Tribunal Supremo, tras destacar la extensión de la cláusula, en cuanto, según indica "pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones [como veremos] contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto ", fija las bases de su decisión, citando el artículo 89.3 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios que 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 2°), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 3°). Añade que "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, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), 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. 89.3.3° letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3° 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. 89.3.4°) 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°)".

Partiendo de estas premisas se hace preciso ir desgranando los diferentes apartados de la cláusula que resulta objeto de análisis.

De esta forma, en cuanto a los gastos derivados de la necesaria existencia de Escrituras Públicas, de las vicisitudes que experimente o de las que sea objeto, así como, su reflejo en el Registro de la Propiedad, (gastos referentes o relacionados con el otorgamiento, cancelación, modificación, ejecución de la escritura pública, preparación, formalización subsanación de la misma o del contrato, constitución, conservación cancelación de la garantía...) dada la necesidad de estos trámites, en atención a la naturaleza y finalidad del contrato ante el que nos encontramos y el derecho real de garantía que constituye, el Tribunal Supremo, entiende que la cláusula de referencia, en todo su conjunto es nula, argumentando tal decisión en los siguientes argumentos:
"Baste recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida 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)".

Si procede la nulidad de la cláusula controvertida en lo que se refiere a estos gastos, también procedería la nulidad de la

misma en lo que se refiere a los Gastos de Tramitación de la escritura ate el Registro de la Propiedad, la Oficina Liquidadora de Impuestos, o cualquier otro organismo, gastos que se conocen como de "gestoría", toda vez, que, los mismos son consecuencia directa de los necesarios Documentos Públicos, de su constancia en el Registro y del Pago de los Tributos que correspondan, entre otros trámites necesarios para la constitución de la hipoteca.

Exactamente en el mismo sentido, de confirmación de la declarada nulidad por abusiva, se pronuncia el Tribunal Supremo en relación con la atribución al prestatario de forma genérica e indiscriminada, el pago de todos los tributos presentes y futuros. En este sentido razona nuestro más Alto Tribunal: "En lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, nuevamente no se hace distinción alguna. El art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el art. 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributaran exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Pero el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.
De tal manera que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto

pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho.
Ya dijimos en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre, si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, que la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión, era una cláusula abusiva, por limitar los derechos que sobre distribución de la carga tributaria estaban previstos en la legislación fiscal, por lo que la condición general que contuviese dicha previsión debía ser reputada nula".
El hecho de que se declare la nulidad de la mencionada atribución del pago de impuestos al prestatario, no es óbice para posteriormente poder entrar a determinar, según la normativa vigente en cada momento (y la interpretación que de la misma hace la Jurisprudencia), a cuál de los contratantes corresponde el pago de un determinado hecho imponible, pudiendo corresponder su pago, incluso, a quien solicita el préstamo, y ello en cuanto, la nulidad de dicha cláusula viene determinada por su carácter genérico e indeterminado (artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación), con atribución indiscriminada a una de las partes del pago de todos los impuesto, cuando alguno de ellos pudieran no corresponderle, cuando menos, por ejemplo, los que deriven de la expedición de copias, acta o testimonios que interesen o solicite el prestamista.

Como razona la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28), en su sentencia de 26 de julio de 2.013, confirmada, en lo que ahora nos interesa por la sentencia del Tribunal Supremo a la que nos venimos refiriendo: "Lo que ocurre, sin embargo, es que se trata de una cláusula abusiva, a tenor de lo previsto en el artículo 89.1 del TRLGDCU, en sus letras "a" (repercusión de gastos) y "c" (pago de tributos), porque no da lugar a distinción alguna entre gastos y tributos que pudieran incumbir a una u otra parte, permitiendo la derivación universal de todos ellos, con independencia de su origen o causa (lo que incluiría los imputables al banco o de los que éste pudiera ser sujeto pasivo en un determinado momento) al consumidor. No se trata de que el banco interprete que a quien le iba a corresponder el pago de tales conceptos (por la lectura que haga de la previsión legal que esté vigente en un determinado momento) sería, en su opinión, siempre al consumidor, sino que el problema estriba en que con el tenor de dicha cláusula los que en algún momento pudieran corresponderle a la entidad bancaria, por naturaleza o disposición normativa, podría cargarlos al cliente. Una condición general de ese calado, que permite el tratamiento del mismo modo de los gastos y tributos que pudieran incumbir

al empresario que los que no lo fueran, resulta claramente abusiva".
También se pronuncia el Tribunal Supremo en relación con los gastos extrajudiciales, costas judiciales, honorarios de Abogados y Procuradores, (Que se pueden relacionar con los referidos a daños, perjuicios costas que se generen pro incumplimiento del contrato o para el cobro de la deuda, los derivados de procedimientos relacionados con dicho contrato...) razonando al respecto: "En cuanto a los gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, y los derechos de procurador y honorarios de abogado contratados por la entidad prestamista, hemos de advertir en primer lugar que los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en los arts. 394 y 398 LEC, para los procesos declarativos, y en los arts. 559 y 561 de la misma Ley, para los procesos de ejecución. Tales normas se fundan básicamente en el principio del vencimiento, y en el caso concreto de la ejecución, las costas se impondrán al ejecutado cuando continúe adelante el despacho de ejecución; pero también podrán imponerse al ejecutante cuando se aprecie algún defecto procesal no subsanable o que no se haya subsanado en el plazo concedido al efecto (art. 559.2 LEC), o cuando se estime algún motivo de oposición respecto del fondo (art. 561.2 LEC); y cuando la estimación sea parcial, cada parte deberá hacer frente a las costas devengadas a su instancia. Por consiguiente, la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales no solo infringe normas procesales de orden público, lo que comportaría sin más su nulidad ex art. 86 TRLCU y art. 8 LCGC , sino que introduce un evidente desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaer a todo trance las consecuencias de un proceso sobre una de ellas, sin tener en cuenta ni la procedencia legal de la reclamación o de la oposición a la reclamación, ni las facultades de moderación que la ley reconoce al Tribunal cuando aprecie serias dudas de hecho o de derecho.

Respecto a la imputación al cliente de los honorarios de abogado y aranceles de procurador de los que se haya servido el prestamista, incluso cuando su intervención no sea preceptiva, la estipulación contraviene de plano el art. 32.5 LEC, que excluye tales gastos de la eventual condena en costas, salvo que el tribunal aprecie temeridad o que el domicilio de la parte representada o defendida en juicio esté en un lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio. Por lo que, además de la falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes y la dificultad para el consumidor de valorar las consecuencias por desconocer en el momento de la firma del contrato el cúmulo de actuaciones en

las que eventualmente podría valerse la entidad contratante de tales profesionales sin ser preceptivo (actos de conciliación, procedimiento monitorio, juicio verbal en reclamación de cantidad inferior a la establecida legalmente...), lo que de por sí sería suficiente para considerar la cláusula como abusiva, resulta correcta la declaración de nulidad de la misma, conforme a los arts. 86 TRLCU y 8 LCGC".
En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su reciente sentencia 148/2018, de 15 de marzo, en la que indica: "De tal manera que, dijimos en la mencionada sentencia, la entidad prestamista no queda siempre y en todo caso al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la expedición de las copias, actas y testimonios que interese. Por lo que una cláusula que cargue indiscriminadamente el pago de todos los tributos al prestatario, sin distinción o salvedad alguna, puede ser abusiva, por aplicación analógica del art. 89.3 c) TRLGCU, que en los contratos de compraventa de viviendas considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario; dado que los préstamos sirven para financiar esa operación principal que es la adquisición de la vivienda".

Los argumentos vertidos por el Tribunal Supremo resultan aplicables a los apartados referidos de la cláusula objeto del presente litigio, los cuales, siendo plenamente ajustados a derecho, determinan la procedencia en declarar su nulidad en atención a los preceptos que han sido mencionados.
Por lo que respecta a los gastos referentes a la tasación del inmueble y de comprobación registral de la finca, cuya inclusión suele hacerse en las cláusulas del tipo a al que ahora resulta objeto de examen es preciso hacer las siguientes manifestaciones en orden a declarar su nulidad.

Al respecto ya se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Valladolid sección tercera que viene indicando (sentencia de 13 de marzo de 2.018):" Distribuye la sentencia apelada el gasto de tasación del inmueble a partes iguales y tampoco hay razón para revisar esta decisión judicial. Aunque se trate de un acto previo a la escrituración de la hipoteca, la obligación de su pago/cobro fue expresamente establecida en la escritura y clausula litigiosa y como bien dice la sentencia apelada, -es una actuación que no consta fuera contratada por los prestatarios e interesaba a ambas partes- por cuanto era necesaria para la constitución del crédito hipotecario. Aprovecha sin duda, la tasación del inmueble tanto a la entidad prestamista como al prestatario, pues sirve, no solo

para configurar el valor de la garantía real, sino también como base objetiva de la negociación del capital objeto de préstamo, así como, en caso de ejecución forzosa, para determinar el precio de realización conforme a las normas establecidas en la ley procesal civil (artículos 647 y ss.). No contraviene este reparto judicial del coste de la tasación, lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 2/1981 de 25 de marzo de Regulación del mercado hipotecario, ya que dicho precepto se limita señalar que las entidades de crédito que dispongan de servicios propios de tasación, deben aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente siempre que esta se halle, homologada y no caducada. Y como hemos dicho, no consta que en este caso los demandantes hubieran aportado o encargado por su cuenta la tasación del inmueble".

En definitiva, la sentencia del Tribunal Supremo que venimos mencionando de 23 de diciembre de 2.015, declaró abusivo que se imputaran indiscriminadamente al consumidor todos los gastos e impuestos de la operación, razón por lo que deberá declararse abusiva la cláusula ahora controvertida en cuanto realiza tal imputación.

Esta doctrina ha sido acogida por nuestra Audiencia Provincial (sección tercera) que en su sentencia de 13 de marzo de 2.018 en la cual indica: "Se advierte claramente del propio redactado de dicha cláusula en los apartados impugnados -que atribuye a los prestatarios-, la totalidad de los aranceles, impuestos y gastos que la operación de préstamo con hipoteca lleva consigo. No sólo los previos a la constitución de la garantía hipotecaria (tasación del inmueble), sino también, los generados como consecuencia del otorgamiento de la Escritura Pública de Préstamo y Constitución e inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad (Notaria, Registro, tramitación, primera copia para la entidad Acreedora) e incluso los gastos futuros que pudieran surgir durante la vida del contrato ante eventuales subsanaciones y modificaciones de la escritura, así como los tributos que por todos los conceptos pudieran devengarse por razón del préstamo y la garantía hipotecaria, hasta su cancelación registral.
Se trata pues, de una cláusula de carácter general y onni-comprensiva por la que se imputa al prestatario consumidor todo tipo de gastos e impuestos presentes y futuros, sin que por parte del banco prestamista se asuma ninguno, por lo que razonablemente, no puede pensarse que dicho banco, hubiera podido esperar que, en un trato leal y equitativo con su cliente, en el marco de una negociación individualizada, éste hubiera aceptado dichas clausulas en su integridad".

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Es por ello que procede declarar la nulidad de la cláusula controvertida en lo que se refiere a los apartados que se han referido en el presente fundamento. A su vez procede declarar la nulidad de la atribución con carácter genérico e indiscriminado al consumidor prestatario dichos gastos, cargas y tributos, que se hiciera en cualquier otro lugar del préstamo con garantía hipotecaria examinado en el presente pleito.

QUINTO. - Declarada nula la cláusula que imputaba el pago de los gastos, cargas y tributos, derivados de la constitución y existencia del préstamo hipotecario, al ser dicha cláusula abusiva, el siguiente paso, y a falta de regulación contractual válida sobre este particular, estribaría en determinar, atendiendo a lo solicitado en la demanda, a cuál de dichos contratantes correspondería, conforme a derecho, el pago de estos gastos y cargas, cuya existencia resulta inevitable, atendiendo al tipo de acto jurídico ante el que nos encontramos.
Como queda dicho el carácter abusivo de la cláusula determina, en todo caso, por virtud de lo preceptuado por el artículo 83 del mencionado Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la nulidad de pleno derecho de dichas cláusulas, lo que determina, por virtud de lo establecido por el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, y conforme a la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencia de 21 de diciembre de 2.016 entre otras), la total exclusión de su aplicación al consumidor y sin que resulte procedente, en modo alguno, su integración.

En concreto el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril cíe 1993, dispone 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».

Por su parte la doctrina jurisprudencial del TJUE en interpretación de dicha Directiva es clara al establecer la nulidad como efecto de las cláusulas abusivas utilizadas en los contratos con consumidores, prohibiendo la integración del contrato, siendo a tal efecto paradigmáticas las sentencias de 14 de junio de 2012 (Banco Español de Crédito), 21 de febrero de 2013 (caso Banif Plus Banck Zrt y los Sres. Csipai), 14 de marzo de 2013, 21 de marzo de 2013 y la de 30 de mayo de 2013,

en tanto establece que cuando se haya declarado abusiva una cláusula los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados «a aplicar todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se deriven de ello para que el consumidor no resulte vinculado por dicha cláusula».

Declarada la nulidad de la cláusula y por lo tanto excluida del contrato (en la parte declarada nula), la atribución o imputación de los gastos que necesariamente se deriven de la suscripción del contrato de referencia, queda huérfana de regulación contractual válida, por lo que, dicha cuestión, una vez planteada por cualquiera de las partes, deberá resolverse por el órgano judicial conforme a las fuentes del derecho aplicables. No se trataría pues de integrar (modificar, graduar o delimitar) una cláusula abusiva que ha desparecido, sino de resolver el conflicto surgido entre las partes negociales, respecto a quien tiene que hacer frente a los gastos y cargas, que, efectivamente, se han generado de forma necesaria y que resultan objeto de reclamación en el pleito.

En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 23 de enero de 2.019, en la que se indica: "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 siy, 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 descanse 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 conel 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 de no existir la cláusula abusiva, 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, la introducción de dicha estipulación implica un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato. 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.

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 hipoteca- plasmados en la escritura pública no se traduce arancelariamente en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado; sino que, en armonía con lo antes razonado, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario.

A su vez, la norma 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. financiación de la adquisición de un bien de primera necesidad como es la vivienda habitual. Es decir, como la normativa notarial habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor –por la obtención del préstamo a un interés generalmente inferior al que pagaría en un contrato sin garantía real-, como el prestamista –por la garantía hipotecaria-, es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento.

2.- Esta misma solución debe predicarse respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación.

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

4.- Por último, respecto de las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario, deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés.

Gastos de registro de la propiedad

1.- En lo que atañe a los gastos del registro de la propiedad, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad,

establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1.°, que:
«Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado».
Con arreglo a estos apartados del art. 6 LH, la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (c).
A diferencia, pues, del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho.
2.- Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario.
3.- En cuanto a la inscripción de la escritura de cancelación, ésta libera el gravamen y, por tanto, se inscribe en favor del prestatario, por lo que le corresponde este gasto.

Gastos de gestoría

1.- En cuanto a los gastos de gestoría o gestión, no existe norma legal que atribuya su pago al prestamista o al prestatario. En la práctica, se trata de una serie de gestiones derivadas de la formalización del préstamo hipotecario: la llevanza al notario de la documentación para la confección de la escritura, su presentación en el registro de la propiedad o su presentación ante la Agencia Tributaria para el pago del impuesto de actos jurídicos documentados.
Estas gestiones no necesitan el nombramiento de un gestor profesional, ya que podrían llevarse a cabo por el propio banco o por el propio cliente. Sin embargo, el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios da por supuesta la prestación de este servicio en su art. 40, que establece la obligación de ponerse acuerdo en el nombramiento del gestor y considera el incumplimiento de esta obligación como una infracción de lo preceptuado en el párrafo segundo del art. 48 de la Ley 26/ 1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito.
2.- Ante esta realidad y dado que, cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en

interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad.

Debe aplicarse en esta materia la reciente doctrina jurisprudencial establecida por nuestro Tribunal Supremo en STS de 26 de octubre de 2020, en la que dispone que el pago de la totalidad de los gastos de gestoría corresponde a la entidad bancaria, y la STS de 27 de enero de 2021 por la que se atribuye la totalidad de los gastos de tasación a cargo de la entidad bancaria.

Decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido en el contrato, debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico.
El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva y previsto en el art. 1303 CC no es directamente aplicable, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver, sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, tasador, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva. No obstante, como el art. 6.1 de la Directiva 93/13 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, debe imponerse a la entidad prestamista el abono al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubieran correspondido abonar de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas.
Como dice la STJUE de 31 de mayo de 2018, C-483/2016:
«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».
Hemos dicho en la sentencia de pleno 725/2018, de 19 de diciembre, que aunque en nuestro Derecho nacional no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, se trataría de una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Y también tiene similitudes

analógicas con el pago de lo indebido, en cuanto que el consumidor hizo un pago indebido y la entidad prestamista, aunque no hubiera recibido directamente dicho pago, se habría beneficiado del mismo, puesto que, al haberlo asumido indebidamente el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía.
5.- En consecuencia, deben estimarse en parte el recurso de apelación y la impugnación contra la sentencia de primera instancia, a fin de declarar la abusividad de la cláusula controvertida y ordenar la distribución de los gastos derivados del préstamo hipotecario en la forma establecida en esta sentencia. Con la consiguiente obligación de la entidad prestamista de abonar al prestatario las cantidades indebidamente pagadas como consecuencia de la aplicación de la cláusula anulada, con los intereses legales devengados desde la fecha de su pago (sentencia 725/2018, de 19 de diciembre)".

A partir de lo indicado se determina la jurisdicción y competencia objetiva de este Juzgado para conocer al respecto, así como la legitimación pasiva de la hoy demandada.

La parte demandante reclama la condena a la demandada a abonar a la parte actora las siguientes cantidades: la mitad de notario, 173,78€, así como la totalidad del importe abonado por gestoría, 96€, y registro, 134,65€, ascendiendo el total a 404,43 euros, justificando únicamente el abono de los gastos correspondientes a la Notaría a partir del documento acompañado a la demanda como nº 2, por lo que, aplicando la doctrina jurisprudencial arriba expuesta, procede condenar a la demandada a abonar a la actora la cuantía de 173,78€.

En cuanto el abono de las cantidades que correspondían al prestamista, fue realizado por el prestatario en virtud de la cláusula que ha sido declarada nula, procederá, de conformidad con lo previsto en el artículo 1.303 del Código Civil, aplicar sobre las mismas, el interés legal del dinero desde el momento en que se hicieron dichos pagos.
Al respecto la Audiencia Provincial de Valladolid en su sentencia de 13 de marzo de 2.018 indica: "Combate por último la entidad bancaria el pronunciamiento judicial por el que se le condena al pago de intereses "desde que se produjeron los respectivos pagos", ya que, a su juicio, según lo dispuesto en el artículo 1100 Código Civil, este devengo únicamente procedería desde la interpelación judicial o extrajudicial.
Carece este motivo -al igual que el resto- de consistencia jurídica. Como antes quedó explicado la cláusula declarada nula por abusiva, carece de efectos vinculantes para el consumidor y este tiene derecho a restablecer su situación patrimonial al momento previo anterior al acto nulo, lo que

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

necesariamente conlleva el que no solo sea reintegrado del principal pagado a terceros por gastos que debieron ser abonados por el banco demandado, sino también compensado mediante el abono de los intereses devengados por cada uno de tales pagos efectuados desde el momento en que lo fueron, pues es evidente que desde entonces el consumidor se ha visto privado y no ha podido disponer de un dinero, del que paralelamente y de forma indebida se ha aprovechado y beneficiado el banco demandado".

SEXTO. - Habiéndose estimado en su totalidad la pretensión de la actora, procede de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 LEC, hacer expresa imposición de las costas del presente procedimiento a la parte demandada.

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

FALLO

ESTIMO la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Herrada Martín en nombre y representación de [redacted] contra la mercantil "CAIXABANK, S.A.", **DECLARO** la nulidad de la cláusula Quinta del contrato de préstamo hipotecario celebrado entre las partes, **CONDENO** a la demandada a su eliminación del contrato para que se tenga por no puesta y **CONDENO** a la entidad demandada a abonar a la parte actora las cantidades relativas a la mitad de notario, 173,78€, más los intereses legales desde que se realizaron los correspondientes pagos por la demandante, incrementados en dos puntos desde la fecha de la sentencia según el artículo 576 LEC.

Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada por los motivos expuestos más arriba.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de Valladolid (artículo 455 de la LEC).
El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles a contar desde el día siguiente al de la notificación (artículo 458 de la LEC).

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

LA MAGISTRADA

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.

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

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