

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA

NÚMERO VEINTIOCHO DE BARCELONA

JUICIO DECLARATIVO VERBAL N 440/17

SENTENCIA

En la ciudad de Barcelona a 31 de julio de 2017.

Vistos por mí JOSÉ JUAN MORENO RUIZ, magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia nº 28 de Barcelona, los autos de juicio declarativo **VERBAL** nº 440/17 seguidos en este Juzgado a instancia de **D.** representado por el procurador DOÑA JOSEFA MANZANARES COROMINAS, contra **CAIXABANK S.A.**, representada por la procuradora DON RAMÓN FEIXÓ FERNÁNDEZ VEGA, sobre NULIDAD de la cláusula de GASTOS HIPOTECARIOS, y ello en atención a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Don presentó demanda de juicio verbal en fecha 29/5/2017 frente a Caixabank solicitando que con arreglo al artículo 83 TR-LGDCU se declaren abusivas las siguientes cláusulas contenidas en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre la parte demandante y la parte demandada.

- 1- La cláusula que imputa al prestatario los gastos notariales y registrales relativos a la constitución del préstamo hipotecario.
- 2- La cláusula que imputa al prestatario los impuestos relativos a la constitución del préstamo, en particular, del impuesto de actos jurídicos documentados.
- 3- La cláusula que imputa al prestatario los gastos de tramitación ante el registro de propiedad y la oficina liquidadora del impuestos.
- 4- La cláusula que imputa al prestatario los gastos que se causaren para exigir el cumplimiento de lo pactado, en reclamaciones directas o indirectas contra la misma, incluso los honorarios de letrado y derechos de procurador, así como los gastos y honorarios en caso de reclamación extrajudicial.

Así como a que de acuerdo con el artículo 83 TR-LGDCU y artículo 1.303 CC, se condena a la entidad demandada a restituir a la prestataria las cantidades indebidamente pagadas en virtud de las cláusulas de imputación de gastos declaradas nulas, incrementadas con sus correspondientes intereses legales desde su liquidación y devengados durante la pendencia del proceso, cantidades que ascienden a CINCO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE EUROS CON CUARENTA Y TRES CÉNTIMOS (5.237,43 €) de principal.

SEGUNDO: Admitida a trámite la demanda por Decreto de fecha 7/6/2017, se da traslado a la parte demandada de la misma, emplazándola para que la contestase por plazo de 10 días, extremo que verificó en tiempo y forma, y en la que concluye pidiendo, tras los hechos y fundamentos que allí constan, que se dicte sentencia por la que se desestimen íntegramente las pretensiones de la parte actora con su condena en costas.

Ambas partes no indicaron la necesidad de celebración de vista, por cuanto quedaron los autos para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del proceso se han observado todas las prescripciones legales aplicables inclusive el plazo para dictar sentencia del artículo 434.1 de la LEC pese a la sobrecarga de trabajo que padece este Juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El presente procedimiento, registrado con el número 440/17, tiene como **antecedentes** los siguientes:

El actor interpone **demanda** contra CAIXABANK impugnando una de las cláusulas, la 5ª, del préstamo hipotecario que firmó en fecha 20/12/2005.

En esa cláusula se atribuye el pago de los gastos del préstamo hipotecario al prestatario, quien ahora reacciona postulando su nulidad.

Su planteamiento es el siguiente: la parte actora afirma haber adquirido, como consumidor, una vivienda con financiación de la demandada respecto de la cual no pudo negociar prácticamente nada.

Manifiesta que dicha clausula supone un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor, en virtud del cual solicita la declaración de nulidad, conforme a la STJUE de fecha 16/1/2014 y el artículo 89.3 del TR-LGDCU.

En su virtud reclama, por mor de la STJUE de fecha 21/12/2016, la suma total de 5.237,43 € con el siguiente desglose: 630,41 € de gastos notariales, 409,46 € de inscripción registral, 278,86 € de gastos de gestión, y 3.918,70 € de impuestos de actos jurídicos documentados.

Alega en fundamentación de su petitum el carácter no negociado de la referida clausula (artículo 82 TR-LGDCU y STS 9/5/2013 y de 29/4/2015), la condición de consumidor del actor (artículo 3 del TR-LGDCU) y el carácter abusivo de la referida clausula en atención al artículo 89.3 TR-LGDCU y STS nº 705/2015 que menciona los fundamentos.

Del tenor de la demanda se puede inferir que únicamente persigue la nulidad de la cláusula 5ª en la parte que imputa genéricamente al prestatario gastos notariales, registrales, tasación e impuestos.

La acción que se dice ejercitada es la de nulidad prevista en los artículos 8.1 y 8.2 de la Ley 7/1998, de 13/4, de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC).

Además es dable considerar, y se invoca también el RD Legislativo 1/2007 (TR 1/07) que aprobó el Texto Refundido que incorpora la norma de protección de consumidores ahora vigente, artículos 86 y 89.3.

Frente a ello CAIXABANK se opone en **contestación** que defiende primero la transparencia de la cláusula 5ª, siendo clara y perfectamente inteligible los gastos que correrán a cargo del prestatario y no imponiendo gastos que legalmente correspondieran al empresario o se correspondieran con servicios no solicitados por el consumidor.

Dicho esto no discute que la cláusula cuestionada sea condición general de contratación, aun cuando indica que tal pacto fue alcanzado entre las partes fueran del ámbito del clausulado del contrato, como lo prueba la existencia de oferta vinculante donde se contenía tal previsión de pagos por el prestatario.

En esta línea defiende que desde momentos precontractuales la parte actora sabía que gastos se le imputaban a ella en caso de optar por concertar la hipoteca con la demandada, información que se le facilitó con los criterios de transparencia bancaria que deben presidir las relaciones de las entidades financieras con sus clientes, siendo argumento sustentador de lo anterior el hecho de que las facturas fueran giradas a nombre del prestatario.

Que ninguno de los gastos que ahora se reclaman son impuestos por ley al empresario, como ya se ha dicho, por cuanto no le es de aplicación el artículo 89 del RD legislativo núm. 1/2017 de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios.

- El IAJD: el sujeto pasivo del impuesto es el prestatario, (artículo 29 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto y el Pleno del Consejo General del Notariado y el órgano de Control de las Condiciones abusivas creado por dicha institución, OCCA)
- Gastos de notaría: lo fundamenta en la libertad de contratación, pacífica como lo prueba el hecho de que se abonaron hace ya 12 años por el prestatario, con facturas a su nombre incluso, y sin reclamación alguna por tal hecho.
- Gastos de Registro de la Propiedad: lo fundamenta de igual forma que los anteriores.
- Gatos de Gestoría: los justifica en la medida que es un pacto validamente alcanzado.

Respecto a todos estos gastos alegaba que no existía ninguna disposición legal que impute su pago a la prestamista y su atribución por pacto al prestatario ni es ilícita ni forma parte de la "lista negra" establecida por la ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios en sus artículos 85 a 91 (89.3 especialmente)

SEGUNDO. Condiciones generales impuestas a consumidores.

Sentado cuanto antecede es útil comenzar con un par de precisiones previas sobre la categorización de la cláusula impugnada, la 5ª, como una condición general de la contratación y del accionante como consumidor.

Importa precisar que, considerando la LCGC, esta cláusula es una condición general de la contratación. Importa porque la Directiva 93/13/CEE - de donde todo nace - ciñe su ámbito a las cláusulas no negociadas individualmente.

Mejor que nadie lo ilustra la STS de Pleno nº 222/2015, que en su FJ 3º ap. 1 explica que *«la ausencia de negociación es presupuesto ineludible de la impugnación por abusiva»* que para que las cláusulas de contratos celebrados con consumidores puedan ser anuladas por abusivas es *«requisito imprescindible que constituyan condiciones generales de la contratación»*, aunque luego (FJ 9º, ap. 4) diga que propiamente la nota de la generalidad es irrelevante.

En definitiva, la cláusula protagonista tiene todas las notas características de las condiciones generales de la contratación en los términos del artículo 1.1 de la LCGC:

Contractualidad, predisposición, imposición, generalidad, sin que pueda tener acogida la libertad de contratación como excusa de tal circunstancia.

En segundo lugar importa aclarar que en el préstamo objeto de cuestión el actor se ha constituido como consumidor frente al Banco como empresario.

Importa porque se pide un control que únicamente es predicable en relaciones de consumo.

La Sala 1ª de nuestro TS lo querido dejar sentado en la STS de Pleno nº 367/2016, de 3/6, rec. 2121/2014, aunque ya lo había apuntado en la STS nº 227/2015, de 30/4, rec. 929/2013, y lo reitera en la más reciente STS nº 41/2017, de 20/1, rec. 2341/2014.

De nuevo no se pone en duda que el accionante sea usuario bancario y, por supuesto, el Banco profesional.

Estas dos consideraciones conforman el fundamento nuclear del control judicial solicitado.

Sólo resta una tercera y una cuarta: contravención de la buena fe y desequilibrio.

Siguiendo lo resuelto por el Magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia 2 Bis de Santander, en sentencia de 26/7/2017, en el ordinario 5010/2017, hemos de concluir que ING, con su contestación a la demanda, no ha comprendido en su profundidad estas categorías clave.

“En un contexto de desequilibrio, como sin duda es el que existe entre un Banco y su cliente, no existen pactos; no como se entendieron por el legislador del S. XIX, como pactos libres.

El Banco predispone la regulación contractual con condiciones que impone a sus clientes, lo que se evidencia si se piensa que el contenido normativo se redacta en un momento anterior,

acomodándose a su interés, lógicamente, y mucho antes de trabar contacto con él, y sin el menor contacto ni participación ni el cliente en concreto; ni de nadie tampoco porque están destinados a una generalidad de clientes.

Por esta razón si se desvía de las expectativas razonables y acordes a las reglas de buena fe, si, como insiste una y otra vez el TJUE (en sus sentencias Aziz 14/3/2013, C-415/11, apartado 69, o Banco Primus, 26/1/2017, C-421/14, apartado 60), ateniéndose al considerando 16º de la Directiva 93/13/CEE, se separa de lo que en una negociación leal su contraparte hubiera aceptado, no se puede dar por válido. “

TERCERO. El control de contenido como examen de la buena fe y de cómo la cláusula impugnada no lo puede superar.

Siguiendo lo resuelto por el Magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia 2 Bis de Santander, en sentencia de 26/7/2017, en el ordinario 5010/2017, y con esa perspectiva procede enjuiciar la primera de las tres pretensiones planteadas, la que impugna la cláusula.

“Ante todo conviene comenzar aclarando que como es una cláusula incidental, no es, como la cláusula suelo, parte del essentialia negotii, no es relevante su transparencia, sino que lo relevante es estudiar si existe o no desequilibrio.

Dicho esto, la nulidad de cláusulas contractuales por desequilibrio fruto de lo que de un tiempo a esta parte se ha dado en llamar control de abusividad, se explica porque con la incorporación de cláusulas predispuestas (de ahí la importancia de precisar si las cláusulas en cuestión eran condiciones generales) en la contratación seriada (tan inevitable como beneficiosa para la economía) se provoca un grado tal de asimetría (en información y en capacidad de negociación) que hace bastante tiempo, sabiamente, se ha estimado necesario superponer un control extra al que para la generalidad de los contratos deriva de los términos del nuestro artículo 1.255 del Código Civil, términos que, no sobra recordar, llevan tres siglos limitando la libre voluntad de las partes a los abiertos parámetros de la Ley, moral y orden público. Porque la voluntad de las partes no fue nunca totalmente ilimitada.

En principio, el sustento legal de esta suerte de control más exigente, en lo que se refiere a la cláusula objeto de cuestión, se encuentra, de una parte, en la cláusula general del artículo 82.1 del TR 1/07 y, de otra, en las reglas ya más específicas del artículo 89.3 del TR 1/07.

A la luz de estas dos normas resulta muy claro que la cláusula objeto de cuestión no puede superar ese control.

El artículo 82.1 considera in genero abusivas todas aquéllas estipulaciones no negociadas individualmente que, contrariando las exigencias de la buena fe, causen, perjudicando al consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones (no prestaciones, como afirma la demanda) de las partes derivadas del contrato.

Aquí se discute únicamente la contravención de la buena fe y el desequilibrio importante que haya podido generar.

Antes que nada no sobra señalar que ese desequilibrio importante no es de prestaciones (que no son susceptibles de control judicial, la justicia del contrato la deciden en este punto las propias partes, idea a que obedece el famoso artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE) sino de derechos y obligaciones, y además es del todo irrelevante su trascendencia económica, no es el huevo sino el fuero, por así decirlo, como tuvo ocasión de aclarar el TJUE en su sentencia Constructora Principado de 16/1/2014, C-226/12:

«La existencia de un "desequilibrio importante" no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato, 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 ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional».

En fin, en desarrollo de esta fórmula, ya dentro de la llamada lista negra, el artículo 89.3 considera abusivas:

«En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas:

3. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la compraventa de viviendas:

a) La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación)

.....

c) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario».

Ahora bien, no se aplica el artículo 89.3 del TR 1/07, el préstamo se concertó en 2002 y no había entrado en vigor.

No obstante, la fórmula general de abusividad del artículo 10 bis de la LGDCU es similar a la del artículo 82.1 del TR 1/07 y suficiente para determinar su nulidad.

La cláusula no supera el control de contenido de acuerdo con cuatro elementos de juicio: retomando las conclusiones del anterior fundamento por ser una condición general (1) que el Banco predispone e impone a consumidores (2) y ahora se añade que contraría la buena fe (3) creando desequilibrio jurídico en su perjuicio (4).

Si en el anterior fundamento se sentaron las dos primeras categorías este se va a centrar en razonar las otras dos.

Son dos las inquisiciones que permiten entender que la cláusula 5ª contraría la buena fe creando desequilibrio en detrimento de los demandantes. Hay que hacer una primera

valoración de equidad y una segunda indagación de contraste entre la situación que crea la cláusula frente al equilibrio que ha querido la norma legal supletoria.

Porque conforme con la mejor doctrina (DE CASTRO, MIQUEL, ALFARO, CÁMARA) el parámetro del control lo proporciona el Derecho supletorio, la regla legal que sería aplicable sin la condición general que precisamente la desplaza. De acuerdo con la doctrina y de acuerdo también con el TJUE que lo explicita de modo muy claro en sus sentencias Aziz 14/3/2013, apdo. 68, o Banco Primus, 26/1/2017, apdo. 59.

Esto es porque la Directiva 93/13/CEE presupone que la norma supletoria es equilibrada (en tales términos se expresa en su considerando 13ª), que es la razón de ser de su artículo 1.2 que, con su artículo 4.2, equilibra su inspiración interventora superando el dogma contractual.

Se debe indagar, por tanto, en la norma supletoria, que tiene lo que la doctrina alemana llama leitbildfunktion. Y si la cláusula la desplaza causa un desequilibrio que si es legítimo en una negociación individual no lo es en una estipulación que una empresa impone a un consumidor.”

Dicho lo cual procede el análisis primero en equidad de la cláusula 5ª, que conviene transcribir aunque en parte:

“La parte acreditada asume el pago de los gastos de tasación del inmueble hipotecado, con todos los demás gastos y tributos derivados de esta escritura, de los actos y contratos que en la misma se formaliza y de su inscripción en el Registro de la Propiedad, y de los originados por cuantos otorgamientos sean precisos para que este documento y el de su cancelación tengan acceso al Registro de la Propiedad incluso los causados por las cartas de pago total o parcial de los créditos, de los derivados de la gestión de las correspondientes escrituras para su inscripción en el referido Registro, así como de los honorarios de letrado y derechos de procurador en caso de reclamación judicial con imposición de costas al deudor.

Pues bien, en sí misma esta clausula no es nula, no vulnera ninguna norma imperativa o prohibitiva.

No es aplicable el artículo 8.1 de la LCGC. Pero, claro, no obsta a que pueda estimarse nula porque no supere el estándar de control de contenido que resulta de otro precepto citado el artículo 8.2 LCGC.

Por lo demás como es una cláusula accidental, no esencialia negotii, es irrelevante si hubo transparencia.

“Pues bien, usando el primer parámetro, en puro juicio de equidad, es de ver que, aunque se discuta, la cláusula es omnicomprensiva, genérica y se redacta de tal modo que hace referencia a gastos de devengo futuro y eventuales.

Hay pasajes que atribuyen gastos futuros al prestatario. “

Pero es más, es que la mencionada cláusula señala partidas concretas pero a título de ejemplo. Porque usa en varias ocasiones la locución “y de los originados por cuantos otorgamientos sean precisos”. Es decir se incluye todos los gastos habidos y por haber. Tan sólo por esas razones la cláusula es abusiva. No es de recibo imponerle al prestatario todo gasto pensable.

La cuestión, como indica el juzgado de Primera Instancia núm. Dos Bis de Santander, en sí misma es de máxima fuerza y sencillez.

“El control de buena fe cuya base se encuentra en nuestro derecho en el Título Preliminar del CC, en el artículo 7.

Es dable afirmar que en un contexto de trato leal y equitativo, en el marco de una negociación individual, el Banco nunca podría esperar razonablemente que su cliente hubiera aceptado una regla tan tajante, tan draconiana.

Recordemos que en este análisis, ya se dijo, se debe hacer abstracción de la trascendencia económica que haya.

Por ello no es de extrañar que hasta la fecha casi todos los pronunciamientos, tanto en primera como en segunda instancia, hayan coincidido en anular cláusulas de redacción pareja y prácticamente idéntica a la analizada.

Entre otras cabe traer a colación el AAP de Zaragoza nº 17/2017, de 5/1, Sección 5ª, rec. 384/2016, o las SSAP de Guipúzcoa nº 185/2016, de 27/6, Sección 2ª, o Pontevedra nº 534/2016, de 14/11, Sección 1ª, rec. 662/2016, y nº 152/2017, de 28/3, Sección 1ª, rec. 974/2016, y la Audiencia de Asturias lo ha hecho cuanto menos en sus sentencias, de la Sección 5ª de 1/2/2017, rec. 525/2016, y de la Sección 4ª nº 126/2017, de 24/3, rec. 87/2017.

En nuestra plaza se han pronunciado en este sentido los juzgados nº 1, nº 3, nº 4, nº 5, nº 6 y nº 7, cierto es que con criterios diversos en las partidas a devolver pero coincidiendo todos en la nulidad y es de ver que analizaban cláusulas de redacción pareja a la enjuiciada.”

CUARTO. El control de contenido como control legal que busca contrastar la regla contractual con la norma legal.

Siguiendo nuevamente lo resuelto por el Magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia 2 Bis de Santander, en sentencia de 26/7/2017, en el ordinario 5010/2017:

“Aunque tan sólo por la razón valorada en el precedente fundamento la cláusula es nula es esta una idea que se refrenda conforme a la segunda perspectiva que atiende al equilibrio que resulta de las reglas legales supletorias.

El artículo 8 del Anexo II del Real Decreto 1427/1989, que aprueba el Arancel de los registradores, establece:

«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 art. 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado. 2. Los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de **quienes las soliciten**».

Por tanto el pago incumbe al solicitante del servicio del que se trate o a aquél a cuyo favor se inscriba el derecho o que solicite una certificación o manifestación.

Tal como está redactada la norma arancelaria no parece perseguir fijar un pagador en concreto, no se entromete en a quién le incumbe pagar, pero, precisamente, da una regulación equilibrada de la que la cláusula se desvía.

Veamos. Qué duda cabe que en la generalidad de los casos quien gestiona la formalización y quien solicita la intervención del fedatario público es el Banco, que es también la persona jurídica a favor de quien se inscribe.

Y, sin embargo, conforme a la cláusula 5ª le corresponde al prestatario en todo caso, sea quien sea quien lo pida.

Sólo esto entraña un desplazamiento de la regla prevista.

Por demás la redacción de la cláusula es tal que atribuye al prestatario los gastos de cancelación de la hipoteca.

Esto último es censurable. Como la garantía se inscribe para asegurar al Banco el cumplimiento de la obligación garantizada es ilógico que, cumplida esta, sea el prestatario quien deba cancelarla. La consecuencia natural y más acorde con las exigencias de la buena fe (artículo 1.258 del Código Civil) es que quien realizó la inscripción y en cuyo favor se hizo sea quien la cancele.

El RD 1426/1989 que aprueba el Arancel de los Notarios prevé que las obligaciones de pago de los derechos corresponderán a los que hubieran requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y en su caso a los interesados según las normas sustantivas y fiscales.

Pues bien, desde la perspectiva sustantiva (que es suficiente sin necesidad de analizar la fiscal) el interesado en que conste en escritura pública la garantía del crédito es la entidad bancaria, porque con ello obtiene numerosas ventajas de todo tipo, llegado el caso, por todos conocidas (en el proceso de ejecución ordinaria y en el de ejecución hipotecaria). En cambio, al prestatario le valdría con un documento privado que cumpliera las exigencias informativas de la LCDU o del TR 1/07, es al Banco a quien le interesa una escritura pública y por ello es quien requiere al Notario el otorgamiento, así que será él quien tenga que costearlo.

La lógica que conduce a formalizar escritura, y con ello provocar estos gastos, responde al interés del Banco, no de los actores que hay que pensar que si se avinieron a ello es sólo porque de otro modo no tenían financiación pero, en puridad, no eran los interesados en escriturar.

Nadie duda que es una lógica justa pero en beneficio del Banco, no de su cliente. O dicho de otro modo es tan evidente que la garantía hipotecaria es condición para obtener financiación como que sirve al Banco prestamista.

Ocurre que el concepto interés pertenece al campo de la economía, no es jurídico. Y

Ello entraña que todos los gastos notariales y registrales, sin salvedades, sean de cargo del Banco y el desplazamiento de esta regla supletoria resulta abusivo.

En cuanto a los impuestos es sin duda la cuestión más discutida pero en este caso no es preciso entrar en toda la dimensión de la polémica y basta pensar que en este caso el desplazamiento in totum de todos los impuestos, habidos y por haber, al prestatario no guarda equilibrio.

Incluso aunque se estime que el impuesto derivado de la constitución del préstamo hipotecario incumbe únicamente al prestatario no es esto lo que afirma la cláusula cuestionada, que le atribuye toda la carga impositiva derivada del conjunto de la operación y su cancelación.

Como afirma el TS en su STS de 23/12/2015 no se puede entender que el prestamista queda al margen de los tributos que pudieran devengarse y al menos en el impuesto sobre AJD es sujeto pasivo en la constitución del derecho y en la expedición de las copias, actas y testimonios que interese. En la ley, en la cláusula no. “

QUINTO. En refuerzo de todo lo hasta razonado debe destacarse la **STS de Pleno de la Sala 1ª nº 705/2015, de 23/12**, rec. 2658/2013, que está en el origen del presente proceso.

Siguiendo como se ha indicado anteriormente lo resuelto por el Magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia 2 Bis de Santander, en sentencia de 26/7/2017, en el ordinario 5010/2017: “ *La Sala 1ª analizó una cláusula de redacción si no igual si muy similar a la cuestionada, bien es cierto que conforme un análisis en abstracto en una acción colectiva de cesación y que el Banco condenado era otro, el BBVA.*

Por consiguiente aquí no tendría valor de cosa juzgada.”

Sin embargo, los argumentos que desarrolla la sentencia plenaria son plenamente extrapolables al presente caso por más que CAIXABANK lo discuta amparándose en un elemento, el de la transparencia, que es del todo irrelevante en el análisis de equilibrio de que se trata.

“Y es el TS quien aclara que tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es sin duda, afirma, el prestamista, y explica por qué, porque así obtiene título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC) de modo que es inválida una cláusula que hace recaer la totalidad de los gastos sin reciprocidad al hipotecante aun cuando la normativa reglamentaria permitiría una distribución más equitativa. “

SEXTO. Apreciada nula la cláusula por suponer un desequilibrio injustificado para los actores las **consecuencias** pasan por considerarla como no puesta sin invalidar el resto del contrato, que sigue en vigor, porque es claro que no es elemento esencial.

Procede, por tanto, decretar una **nulidad parcial** que sigue el principio *utile per inutile non vitiatur*, de conformidad con el artículo 9 de la LCGC, ciñendo la nulidad tan sólo a la cláusula 5ª, alcanzando la nulidad tan solo a los elementos declarados como tales, nulos, extremo que

se puede acometer merced al uso de la técnica conocida como *blue pencil rule*, *teilbarkeit der klausel* o *blue pencil test*.

Esta técnica enseña que está permitido separar, al momento de enjuiciar la abusividad de una cláusula, el inciso abusivo de otros válidos y mantener la vinculación y eficacia de éstos pese a declarar la nulidad de aquél.

Fue el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) en su sentencia de 10/10/2013 (BGH III ZR 325/12 - NJW 2014, 141) quien promovió esta figura, que requiere que la parte conservada resulte gramaticalmente comprensible, tenga sentido jurídico y no suponga incorporar una regulación nueva o distinta de la inicialmente comprendida, más ocurre que todas esas circunstancias concurren en este caso, la parte relativa a las primas de seguro y la gestoría tiene todas estas características.

Por eso, la declaración de nulidad de la cláusula 5ª no afecta a su texto íntegro sino a los elementos detectados como abusivos sin que ello impida una estimación íntegra.

Respecto al alcance económico es evidente que el mismo debe de constreñirse a las cuantías o sumas soportadas en exceso por acción y efecto de la cláusula nula (630,41€ de gastos de notaría, 409,46 de gastos de registro, 278,86 € de gastos de Gestoría, y 3.918,70 € de IAJD).

Respecto a la cláusula que impone al prestatario los gastos que se causaren para existir el cumplimiento de lo pactado, en reclamaciones directas o indirectas contra la misma, incluso los honorarios de letrado y derechos del procurador, se ha de concluir su nulidad por vulnerar preceptos de carácter imperativo (artículo 32.5, 394 y 398 de la LEC, amén de ser nula por mor del artículo 6.3 CC y abusiva conforme al artículo 82 TR-LGDCU, a tenor de lo indicado en la STS de 23/12/2015.

SÉPTIMO. En cuanto a los intereses son de aplicación los establecidos en el artículo 1.101 del código civil en relación con el artículo 576 de la LEC.

OCTAVO.- En cuanto a las **costas** es aplicable el artículo **394.1** de la LEC, a cuya regla de vencimiento objetivo hay que estar derivando en una condena a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, por las facultades que me confieren la Constitución y el resto del Ordenamiento

F A L L O

Que, con sustancial total de la demanda interpuesta **D.** representado por el procurador DOÑA JOSEFA MANZANARES COROMINA, contra **CAIXABANK S.A.**, representada por el procurador DON RAMÓN FEIXÓ FERNÁNDEZ VEGA, debo acordar y acuerdo:

Declarar la nulidad de la cláusula litigiosa (5ª), relativa a la imposición de los gastos y tributos a cargo del prestatario hipotecante, contenida en la escritura de préstamo hipotecario suscrito entre las partes en fecha 20/12/2005, en tanto que condición general de la contratación de carácter abusivo, en lo que se refiere a la imputación al prestatario de los gastos notariales y registrales relativos a la constitución del préstamo hipotecario, la imputación al prestatario de los impuestos relativos a la constitución del préstamo, en particular, del impuesto de actos jurídicos documentados, la imputación al prestatario de los gastos de tramitación ante el registro de propiedad y la oficina liquidadora del impuestos, y en lo que se refiere a la imputación al prestatario de los gastos que se causaren para exigir el cumplimiento de lo pactado, en reclamaciones directas o indirectas contra la misma, incluso los honorarios de letrado y derechos de procurador, así como los gastos y honorarios en caso de reclamación extrajudicial.

Condenar a la demandada a abonar a la parte actora las cuantías soportadas en exceso por acción y efecto de la cláusula nula, ascendiendo a la suma total de CINCO MIL DOSCIENTOS TREA Y SIETE EUROS CON CUARENTA Y TRES CÉNTIMOS (5.237,43 €) de principal.

Todo ello con el correspondiente interés legal desde el momento de su pago incrementados en dos puntos desde el dictado de la sentencia, en virtud del artículo 576 LEC.

Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

En aplicación de los artículos 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1-julio, del Poder Judicial y 208.4 de la LEC 1/2000, de 7-enero, notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que no es firme porque cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de Barcelona por escrito con firma de abogado y en VEINTE DÍAS desde el día siguiente a notificarse.

Se debe considerar la reforma que introduce la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 1/2009, de 3/11, que obliga a hacer depósito de 50 € para poder recurrir, al hilo de lo cual se advierte que, conforme la Instrucción 8/2009, de 4/11, relativa al procedimiento a seguir en relación a la cuenta 9900 de depósitos de recursos desestimados, si se interpone recurso se deberá constituir depósito por importe de CINCUENTA EUROS en la cuenta del expediente e indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un recurso, seguido del código y tipo concreto de recurso de que se trate, siguiendo la numeración y descripción contemplada en la relación que se adjunta y si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, el Código y tipo concreto de recurso debe indicarse justamente después de especificar los 16 dígitos de la cuenta de Expediente, separado por un espacio y

que al momento de interponer el recurso se debe probar haber constituido el depósito presentando copia del resguardo o bien orden de ingreso.

En caso de que se estime total o parcialmente el recurso el importe constituido para recurrir será reintegrado al recurrente mediante Mandamiento de Pago o transferencia.

Caso de que el recurso sea inadmitido o se confirme la resolución recurrida el recurrente pierde el depósito que será transferido desde el expediente a la cuenta 9900.

Líbrese testimonio de la presente que se unirá a los autos custodiando el original en el libro de sentencias.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en esta primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN. Dada, leída y publicada que fue la sentencia por el Sr. Magistrado que la dictó, celebrando audiencia pública en el día de su pronunciamiento, de lo que yo, la Sra. Letrada de la Administración de Justicia, doy fe.