



Roj: **SJPI 526/2017** - ECLI: **ES:JPI:2017:526**

Id Cendoj: **48020420112017100001**

Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**

Sede: **Bilbao**

Sección: **11**

Fecha: **06/09/2017**

Nº de Recurso: **96/2017**

Nº de Resolución: **18/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **LAURA MARIN SANZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 11 (REFUERZO) DE BILBAO

BILBOKO LEHEN AUZIALDIKO 11 ZK.KO EPAITEGIA

BARROETA ALDAMAR 10 7ª planta - CP./PK: 48001 TEL.: 94-4016689

FAX: 94-4016981

NIG PV / IZO EAE: 48.04.2-17/014952

NIG CGPJ / IZO BJKN :48020.42.1-2017/0014952

Pro.ordinario / Proz.arrunta 5000096/2017

S E N T E N C I A Nº 50018/2017

JUEZ QUE LA DICTA : D/Dª LAURA MARÍN SANZ

Lugar : BILBAO (BIZKAIA)

Fecha : seis de septiembre de dos mil diecisiete

PARTE DEMANDANTE : Constantino

Abogado/a : JOSE MARIA ORTIZ SERRANO

Procurador/a : JAVIER FRAILE MENA

PARTE DEMANDADA KUTXABANK S.A.

Abogado/a : IÑIGO BARRUTIA OLASOLO

Procurador/a : IRATXE PEREZ SARACHAGA

OBJETO DEL JUICIO : CONTRATOS EN GENERAL

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el procurador Sr. FRAILE MENA en nombre y representación de Constantino se interpuso demanda de juicio ordinario, que en turno de reparto correspondió a este Juzgado, contra KUTXABANK S.A., en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación al caso, terminaba pidiendo se dictase sentencia estimando íntegramente el contenido del suplico de la demanda.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por decreto de fecha 15 de junio de 2017 se acordó emplazar a la parte demandada por término de veinte días quien se personó en legal forma, se opuso a la demanda y se señaló el acto de la audiencia previa.

TERCERO.- Celebrada la audiencia previa y admitida la prueba documental propuesta, en los términos registrados, quedaron los autos vistos para Sentencia.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Pretensiones de las partes.

a) De la demandante :

En el presente procedimiento, la parte actora solicita se declaren nulas, por abusivas, dos cláusulas del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por los litigantes y documentado en Escritura Pública de fecha 9 de julio de 2007, ante el notario de Bilbao D. Javier Rodríguez Santamaría, con número 946 de su protocolo.

En concreto, pretende, con carácter principal: que se declare la nulidad de la cláusula relativa al vencimiento anticipado y la cláusula relativa a la imposición de los **gastos** y tributos a cargo del prestatario hipotecante y condene a la demandada a abonar a la actora las cuantías soportadas en exceso por aplicación de esta última cláusula con el interés legal desde el momento de su pago. Solicita también que se dicte mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia que en su día se dicte. Finalmente, interesa la imposición de las costas del proceso a la parte demandada.

b) De la demandada :

La entidad demandada afirma que ambas cláusulas son válidas, puesto que la formalización del contrato respondió a un previo acto voluntario y consciente de la parte demandante, que libremente aceptó la oferta de la entonces BBK, hoy KUTXABANK. Señala que la parte actora, aceptó el pago de los **gastos** libremente, una vez que se le informó de las condiciones en las que KUTXABANK estaba dispuesta a realizar el préstamo. Además, sostiene que, tras presentar la tasación de la finca ofrecida en garantía, la demandante procedió a abonar los **gastos** acordados, ya que nada dijo cuando el importe de la provisión de fondos se le adeudó en su cuenta.

Aduce también la demandada que, el préstamo fue amortizado anticipadamente y la cancelación tuvo lugar el 12 de febrero de 2016, por lo que el demandante carece de acción por ausencia de objeto, una vez consumados la relación negocial y sus efectos. Puntualiza que al no estar en vigor ninguna de las cláusulas del préstamo, "no procede la declaración de nulidad de un contrato totalmente extinguido por prohibirlo el principio general de seguridad jurídica, básico en nuestro ordenamiento jurídico".

Por todo ello, solicita la desestimación íntegra de la demanda.

SEGUNDO.- Incidencia de la consumación del contrato en la posible declaración de nulidad de sus cláusulas.

Alega la parte demandada que al haberse amortizado el préstamo y haber tenido lugar la cancelación el 12 de febrero de 2016, el demandante carece de acción por ausencia de objeto, una vez consumados la relación negocial y sus efectos. Puntualiza que al no estar en vigor ninguna de las cláusulas del préstamo, "no procede la declaración de nulidad de un contrato totalmente extinguido por prohibirlo el principio general de seguridad jurídica, básico en nuestro ordenamiento jurídico".

Debe tener en cuenta la parte demandada, que lo que en este litigio se pretende es la declaración de la nulidad absoluta (prevista en el artículo 83 TRLGDCU y, de forma genérica en el 6.3CC) de las cláusulas discutidas. No se trata pues, de una nulidad relativa, sometida a plazos de caducidad y susceptible de confirmación; sino que se trata de una nulidad radical o de pleno derecho, como si los actos realizados no hubieran existido".

Sobre este respecto se ha pronunciado reiteradamente nuestro Tribunal Supremo, en el siguiente sentido: "*Los vicios de inexistencia y nulidad radical de los actos o negocios jurídicos no son susceptibles de sanación por el transcurso del tiempo, de conformidad con el principio 'quod ad initium vitiosum est non potest tractu temporis convallescere', por lo que las acciones correspondientes son imprescriptibles*" (STS 14 de marzo 2002 , entre tantísimas otras).

Y también: "*las relaciones afectadas de nulidad absoluta, al resultar inexistentes en derecho, no pueden convalidarse con el transcurso del tiempo, al ser imprescriptible la acción de nulidad*" (STS 21 de enero de 2000).

Por tanto, debe concluirse que, por el mismo motivo y con mayor razón, tampoco los contratos o pactos nulos pueden devenir válidos por el mero hecho de que haya tenido lugar la consumación de sus efectos, efectos que, no hay que olvidar, proceden de un pacto inexistente.

Tanto la imprescriptibilidad de la acción para destruir los efectos del contrato nulo como como la prohibición de confirmación, están basadas en la norma de que lo que inicialmente es inexistente no puede convalidarse a lo largo del tiempo, por lo que el contrato que nació nulo seguirá siendo siempre nulo y, en consecuencia, nunca tendría fundamento protegible el mantenimiento de una situación jurídica o producida por ese contrato vicioso. Con lo que mucho menos puede sostenerse, como pretende la demandada, que el actor carezca de acción para pedir la declaración de nulidad, por el mero hecho de que exista una situación fáctica, que ha sido



originada, precisamente por el pacto cuya nulidad se invoca. En consecuencia, ha de desestimarse el citado motivo de oposición.

TERCERO.- Condición de consumidor y negociación individual de las cláusulas.

Para que sea posible llevar a cabo el control sobre la abusividad de las cláusulas es necesario, con carácter previo, determinar que nos hallamos ante un contrato celebrado con un consumidor o usuario (artículo 2 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)y que las cláusulas cuya nulidad se pretende no hayan sido objeto de una negociación individual (artículo 82 TRLGDCU).

En este caso no ha sido objeto de discusión, ni de prueba en contrario, la condición de consumidores de los actores, de conformidad con el artículo 3 TRLGDCU.

Respecto a la negociación individual de las cláusulas, opone la entidad demandada que la formalización del contrato respondió a un acto libre y consciente de la parte demandante que aceptó voluntariamente en su día las condiciones en las que KUTXABANK estaba dispuesta a concertar el préstamo, habiendo sido informados de las mismas. Sostiene que, por este motivo, el prestatario realizó, de forma previa al otorgamiento de la escritura, una provisión de fondos a la para atender los **gastos** e impuestos dimanantes de la misma y de su inscripción.

El artículo 82.1 TRLGDCU establece: " *Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato* ". Nuestro Tribunal Supremo, en la conocidísima STS, Sala de lo Civil, Pleno, núm. 241/2013, de 9 de mayo, recurso núm. 485/2012 expuso, sobre esta cuestión, los criterios que determinan la existencia de predisposición en una estipulación contractual:

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

b) 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.

c) 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.d) 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".

Corresponde probar al empresario que afirma que una determinada cláusula que figura en un contrato propio de su actividad y celebrado con un consumidor ha sido objeto de negociación individual, pues así lo exige el art.82.2 TRLGDCU trasponiendo el art. 3.2 párrafo 3º de Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

En el presente caso, no existe actividad probatoria alguna por parte de la demandada que permita acreditar la existencia de una negociación individual. Más bien al contrario, la propia demandada manifiesta que la parte demandante aceptó concertar el préstamo una vez que KUTXABANK les comunicó las condiciones en las que la entidad estaba dispuesta a concederlo. Con ello queda reflejado que el margen de decisión del consumidor quedó reducido a elegir entre celebrar el contrato o rehusar su concertación, es decir, a aceptar o rechazar en bloque las condiciones impuestas por el banco.

El conocimiento y consentimiento por adhesión a estas cláusulas, no son sinónimo de que el consumidor tuviera una influencia en el proceso de comercialización capaz de producir una verdadera negociación individual. El hecho de que el prestatario hubiera sido informado de forma previa, no constituye una circunstancia que excluya, por sí sola, la consideración de las cláusulas litigiosas como predispuestas, en la medida en que se trata de condiciones impuestas por el banco y no negociadas individualmente según los criterios asentados por nuestra jurisprudencia (véase, entre otras, SSTS 25 de noviembre de 2011 y de 9 de mayo de 2015). Por tanto, debe concluirse que ambas cláusulas son susceptibles de quedar bajo el control de su contenido desde la perspectiva de la abusividad, conforme los artículos 82 y siguientes del TRLGDCU.

CUARTO.- Cláusula "Quinta.- **GASTOS A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA".**



Respecto de la cláusula quinta del contrato cuya nulidad se pretende, es necesario enjuiciar, desde la perspectiva de la posible abusividad, el contenido de la misma para, a continuación, analizar las consecuencias y efectos que haya de acarrear la conclusión que se alcance al respecto. a) *Control de abusividad*:

La cláusula cuya nulidad se pretende presenta el siguiente tenor literal: " *Quinta.- **GASTOS** A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA.*

*Serán de cuenta de la parte deudora, todos los **gastos** presentes y futuros que se deriven de esta escritura, entre los que se incluirán expresamente los siguientes:*a) *Aranceles notariales, con inclusión de los producidos por la expedición de la primera copia para Bilbao Bizkaia Kutxa, y registrales relativos a la constitución modificación o cancelación de la hipoteca aquí constituida.*b) *Impuestos que graven o puedan gravar tanto el crédito, como la constitución modificación o cancelación de la hipoteca aquí constituida (incluida igualdades o reservas de rango) así como de cualesquiera otras garantías otorgadas o que se otorguen en garantía del presente préstamo.*

c) ***Gastos** de tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos.*d) *Los derivados de la conservación del inmueble hipotecado así como del seguro de daños del mismo y las contribuciones, arbitrios impuestos o tasas que graven dicho inmueble.*e) *Los derivados del seguro de vida de la parte prestataria cuando se contratase, así como los derivados del seguro de riesgo de impago del préstamo en el mismo caso.*f) *Los **gastos** procesales o de otra naturaleza derivados del incumplimiento por el acreditado de su obligación de pago.*g) *Cualquier otro **gasto** que corresponda a la efectiva prestación de un servicio, relacionado con este préstamo, que no sea inherente a la actividad de la entidad prestamista, dirigida a la concesión o administración del préstamo.*

El artículo 82.1 TRLGDCU establece que " *Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato* ". La norma citada, nos conduce a examinar si, en el caso concreto, la cláusula de **gastos** controvertida merece la calificación de abusiva o si, por el contrario, opera una adecuada distribución de los **gastos** originados por la suscripción del préstamo con garantía hipotecaria, o en palabras del Tribunal Supremo, si se trata o no de " *una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada* " (STS 705/2015 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 23 de Diciembre de 2015). Junto con este precepto, de carácter general, el TRLGDCU fija, a continuación, en una serie de normas, con mayor concreción, los casos en los que una cláusula es siempre abusiva, tomando para ello, como *ratio legis* , la concurrencia de ese desequilibrio importante inter partes, en perjuicio del consumidor y causado en contra de las exigencias de la buena fe. Así, el art. 89 TRLGDU, señala que " *En todo caso tienen la condición de abusivas* " (que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato): " 2. *La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables.*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 (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición - STS 705/2015 -):*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.*d) *La estipulación que imponga al consumidor los **gastos** derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad.*4. *La imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados.*

5. *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*". En el presente caso se observa como la cláusula litigiosa impone al prestatario ("parte deudora") y consumidor " *todos los **gastos** presentes y futuros que se deriven de esta escritura* " para, a continuación, enumerar aquellos que en todo caso deben entenderse incluidos. Por tanto, dentro de esta estipulación se imponen al consumidor, en general, todo tipo de **gastos** y tributos sin consideración de si, en atención a la normativa vigente, tales **gastos** o tributos pueden corresponder al empresario. De forma expresa, se impone el pago de **gastos** de titulación como los de los aranceles de notario y registrador, que, como se expondrá más adelante (al tratar los **gastos** de notaría y registro), corresponden al empresario, incluidos los **gastos** de cancelación de la hipoteca (art.89.3 a)TRLGDCU); del mismo modo indebido (y como se analizará más abajo) se impone el pago tributos (art.89.3 c)TRLGDCU) y, como se verá, la imposición de servicios accesorios no solicitados expresamente y el incremento del precio por tales servicios, en relación con los **gastos** de tasación (art. 89.4 y 5 TRLGDCU). Por todo lo expuesto, atendiendo a que la cláusula controvertida es subsumible dentro de los preceptos



del TRLGDCU citados, que tipifican, como lista abierta o de *numerus apertus*, los supuestos en los que una estipulación contractual debe considerarse abusiva y, además, entendiendo que la misma ocasiona al consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada, debe declararse la abusividad de la cláusula "QUINTA.- **GASTOS**" del contrato de préstamo hipotecario.

b) *Consecuencia inmediata de la abusividad.*

El artículo 83 TRLGDCU establece que " *Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas* ".

Por lo que, apreciada la nulidad de la cláusula "Quinta.- **GASTOS** A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA", solo cabe declarar la misma como nula de pleno derecho y acordar que se tenga por no puesta, continuando vigentes las restantes estipulaciones del contrato en los mismos términos.

c) *Efectos de la declaración de nulidad.*

El artículo 1.303 del Código Civil establece que: " *Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deberán restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses (...)* "

En relación con la declaración de nulidad de cláusulas abusivas, la tan citada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 señala:

"61 (...) el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.62 De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes.63 Efectivamente, la exclusión de tal efecto restitutorio podría poner en cuestión el efecto disuasorio que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 7, apartado 1, de esa misma Directiva, pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores". En el mismo, sentido la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, de forma reiteradísima, viene considerando innecesaria la petición expresa del demandante para imponer en sentencia la restitución de las prestaciones realizadas, considerando que tal restitución no es sino una consecuencia directa e inmediata de la norma. Véase por todas la STS 102/2015 de 10 de marzo, donde se declaró que: " *Es doctrina jurisprudencial la que afirma que no es incongruente la sentencia que anuda a la declaración de ineficacia de un negocio jurídico las consecuencias que le son inherentes, que son aplicables de oficio como efecto ex lege, al tratarse de las consecuencias ineludibles de la validez* ". En el presente caso, la actora señala que, dando cumplimiento a la cláusula quinta, llevó a cabo el abono de los siguientes conceptos:

- Aranceles de Notario, por importe de 552,18 euros.
- Aranceles de Registro, por importe de 178,60 euros.
- Tasación del inmueble, por importe de 343,85 euros.

Tales extremos resultan acreditados, respectivamente, por las facturas del Notario, del Registrador de la Propiedad y de la empresa de tasación "SERVATAS" (acompañadas al escrito de demanda como docs. 3, 4 y 5). Conforme ha señalado la STJUE de 21 de diciembre de 2016 ya citada, el alcance de la declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula debe tener como consecuencia, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. El restablecimiento de la situación anterior, por tanto, no puede implicar una automática devolución por el banco de todas las cantidades satisfechas por el prestatario en concepto de **gastos**, teniendo en cuenta que no se trata de sumas percibidas por éste, sino de cantidades abonadas a terceros, bien consistan en retribuciones a profesionales por los servicios prestados o bien, en el pago de tributos. En el caso de que el predisponente de la cláusula nula se viera obligado a entregar al consumidor la totalidad de los **gastos** satisfechos por éste, no se restablecería la situación de hecho y de derecho anterior a la existencia de la cláusula, sino que, más bien al contrario, podría suponer, por un lado, un enriquecimiento injusto en favor del consumidor (en la medida en que pudiera verse beneficiado por la devolución de determinadas cantidades a las que sí le tocaba hacer frente, con arreglo



a la legislación vigente y, por otro, en opinión de esta juzgadora, llevar a cabo una integración del contrato, tratando de completar la falta de previsión sobre el pago de los **gastos**, ocasionada por la declaración de nulidad, mediante una solución no prevista en el mismo y no contemplada por la normativa vigente que, ante la ausencia de previsión convencional, es la llamada a suplir la laguna contractual dejada por la cláusula nula. Por tanto, ante la falta de previsión sobre a quién corresponde el pago de los **gastos** desembolsados para la constitución del préstamo hipotecario dejada por la eliminación de la cláusula nula, deberá estarse a lo que determine la legislación vigente acerca de cada uno de ellos.

1. **Gastos** por aranceles de notario

En materia de **gastos** notariales, nos encontramos ante una determinación un tanto generalista por parte de la norma acerca de quién de las partes contratantes ha de costear esta carga económica.

La norma Sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, 17 noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, establece lo siguiente: " *La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente* ".

Lo cierto es que esta norma no ha estado exenta de debate jurisprudencial. La STS, Sala de lo Civil, Pleno, núm. 705/2015, de 23 de diciembre, recurso núm. 2658/2013 , FJ 4º, dedica una parte de su fundamentación a tratar de resolver esta cuestión y lo hace en los siguientes términos:

" *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 (LA LEY 58/2000), constituye la garantía real (arts. 1875 CC (LA LEY 1/1889) y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC (LA LEY 58/2000)). 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 (LA LEY 11922/2007)) . "*

Ahora bien, la contundencia que podría derivarse de este fragmento, en términos de devolución de las cantidades a los prestatarios, no ha tenido la misma repercusión en el ámbito de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales. Por su claridad y rotundidad en la oposición, es necesario detenerse en la SAP de Pontevedra, Sección 1, núm. 152/2017, de 28 de marzo , FJ 5º, que contradice la conclusión del Tribunal Supremo con los siguientes argumentos:

" *La verdad, es que no compartimos exactamente la afirmación de que el otorgamiento del documento que general el arancel por el Notario, sea del exclusivo interés del prestatario, la documentación pública interesa y conviene a ambas partes como concierto de voluntades que contiene: el prestamista se ve protegido en caso de incumplimiento por el prestatario (pago de las cuotas, por ej.) y éste en caso de incumplimiento de la entidad de crédito (plazo, tipo de interés. por ej.), además de las exigencias de legalidad e imparcialidad a que se contrae el art. 147 del RN.*

Así es, en la práctica, tratándose de préstamos hipotecarios, lo habitual es que se encargue formalmente la escritura tanto por el comprador personalmente o a través de la agencia inmobiliaria que le ha auxiliado en la compra del inmueble o del gestor que le buscó la financiación (cada vez más habitual), como por la entidad de crédito; aunque en el fondo la realidad del tema o lo que tenemos que preguntarnos es ¿quién ha activado todo el mecanismo? Parece que la respuesta lógica es que fue la parte compradora y prestataria, la cual está interesada en la adquisición de un inmueble mediante compraventa y para la que el préstamo hipotecario es el medio de satisfacer todo o parte del precio de la vivienda.

La formalización de la escritura de compraventa la solicitan e instan las partes contratantes en la misma, quienes presentan en Notaría los títulos correspondientes, advirtiendo que para el pago del precio se otorgará un préstamo hipotecario que gravará la finca adquirida. No obstante, la garantía se constituye en interés del banco. "



Tomando en consideración los argumentos esgrimidos, y en relación con la aplicación norma citada, se aprecia en este caso un equitativo interés por ambas partes en la formalización en escritura pública, puesto que a ambas les ofrece certeras garantías de seguridad en cuanto al negocio jurídico celebrado por las dos: formalizan su acuerdo ante la fe notarial y obtienen las copias correspondientes de la escritura otorgada. De esta manera, el prestatario y deudor hipotecante presenta un claro interés en la formalización e inscripción de la hipoteca en el Registro, cuanto menos por razones de seguridad jurídica, ya que es en la escritura donde quedará fijado el importe máximo del préstamo y otras cuantías, que no pueden ser rebasadas en el caso de una eventual ejecución, además de un especial interés, una vez amortizado el préstamo en su cancelación. Por otra parte no se puede desconocer que la concesión del préstamo, no hubiera tenido lugar si no se hubiese garantizado su devolución con la hipoteca, extremo este de indudable interés para ambas partes y poder así gozar ambas de una posición de equilibrio.

Por todo ello, a falta de acuerdo válido al respecto y en aplicación de la norma Sexta del Anexo II del RD 1426/1989, debe concluirse que el pago de los aranceles del notario corresponde equitativamente a ambas partes, pues igual es su interés en la elevación a escritura pública del contrato.

En este caso, habiéndose satisfecho por la parte actora la totalidad de los aranceles notariales, que ascienden a 552,18 euros, debe condenarse a la demandada a restituir a la primera la mitad de ese importe indebidamente pagada, esto es, 276,09 euros.

2. **Gastos** de Registro:

Por lo que hace a los aranceles de Registrador y con base en el Real Decreto 1427/1989, en su anexo II Regla Octava que dispone, de forma principal, que los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, procede que sea la entidad financiera quien los abone en su integridad. Por tanto, debe condenarse a la demandada a restituir a la demandante la cantidad de 178,60 euros abonados por la actora en pago de los **gastos** de Registro.

3. **Gastos** de tasación:

A los efectos de la tasación del inmueble resulta relevante la fecha en que se efectuó el contrato. Las partes firmaron el préstamo hipotecario el 9 de julio de 2007.

En materia de requisitos necesarios para la aplicación de las normas que fijan las peculiaridades de la ejecución en bienes hipotecados, la ley 1/2.013 modificó el art. 682.2.1ª de la LEC como sigue:

Antes señalaba, como primer requisito: " 1.º Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario . "

Con posterioridad se establece: " 1.º Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario. "

Por tanto, en el momento en el que se constituyó la hipoteca, la tasación de la finca, conforme a lo previsto en la Ley 2/1981 no era un requisito necesario para acceder a la aplicación de las normas especiales de la ejecución sobre bienes hipotecados, sino que únicamente se exigía la determinación del valor de los mismos en la escritura pública para que pudiera servir como tipo de la subasta.

Al no constituir un requisito obligado, sólo puede concluirse que la verificación de la tasación, en este caso concreto, constituyó un servicio de carácter accesorio que las partes, de común acuerdo, podían decidir llevar a cabo y sobre el que, en ningún caso, puede admitirse como válida la imposición por el empresario o profesional, que es precisamente a quien favorece para el caso de una eventual ejecución hipotecaria. En este sentido, el artículo 85.5 TRLGDCU declara como condiciones abusivas: " 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 ". Al mismo tiempo, el art. 40 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en el Mercado de Bienes y Servicios señala lo siguiente en cuanto a la contratación con este tipo de entidades: " Las entidades de crédito y las demás entidades financieras deberán hacer constar expresamente en los folletos informativos previos a la formalización de los préstamos garantizados con hipoteca inmobiliaria destinados a la adquisición de viviendas que suscriban con personas físicas el derecho que asiste al prestatario para designar, de mutuo acuerdo con la parte prestamista, la persona o entidad que vaya a llevar a cabo la tasación del inmueble objeto de la hipoteca(...). En el presente caso, no se ha



aportado prueba alguna relativa a la previa información al consumidor, dada de forma clara y separada, de su derecho a designar conjuntamente a la empresa de tasación o bien de rechazar la contratación de este servicio. Por este motivo, de acuerdo con los artículos 82.2 párrafo segundo del TRLGDCU y 217.3 LEC y atendiendo a lo establecido en las normas anteriormente citadas debe concluirse que es la parte demandada a quien corresponde el abono íntegro de los **gastos** de tasación, cuya contratación, decidida exclusivamente por ella misma, impuso al consumidor aun sin resultar necesaria para instar el proceso de ejecución hipotecaria. Todo ello con la única finalidad de favorecer su posición, dotando de una mayor seguridad su garantía hipotecaria, seguridad cuyo coste impuso al consumidor. Por tanto, debe condenarse a la demandada a restituir a la demandante la cantidad de 343,85 euros abonados por la actora en pago por los servicios de Tasación.

En definitiva, hechas las operaciones correspondientes, la demandada debe ser condenada a restituir a la actora la cantidad de 798,54 euros pagados por la esta última en concepto de **gastos** cuyo abono no le correspondía satisfacer.

d) *Intereses:*

De conformidad con la declaración de nulidad y por aplicación del artículo 1303 del Código Civil, proceden los intereses legales (STS de 30 de noviembre de 2016 y STS 1 de diciembre de 2016) de la cantidad de 798,54 euros desde la fecha de su pago hasta el día de hoy. Conforme al artículo 576 LEC, el global resultante devengará, desde hoy, el interés legal incrementado en dos puntos hasta su completa satisfacción.

QUINTO.- Cláusula "SEXTA BIS.- RESOLUCIÓN ANTICIPADA".

Respecto de la cláusula sexta del contrato cuya nulidad se pretende, es también necesario valorar, previamente, la posible abusividad, para, a continuación, analizar las consecuencias y efectos que haya de acarrear la conclusión que se alcance al respecto. a) *Control de abusividad:*

La cláusula litigiosa relativa al vencimiento anticipado presenta el siguiente tenor literal: " *Sexta-bis.- RESOLUCIÓN ANTICIPADA.*

Quedará vencido el préstamo, y exigible la deuda por las causas siguientes:

h) Por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas en esta escritura. a) Por el impago de una o varias de las cuotas pactadas de capital o de intereses ordinarios o intereses de demora. b) Si la parte deudora o el tercer poseedor deteriorara o no reparara la finca o fincas. c) Si la entidad acreedora se viera obligada a satisfacer cualquier pago de los que se pactan en la estipulación relativa a créditos conexos. d) Si la parte deudora o el tercer poseedor deteriora o no repara la fin o fincas hipotecadas, modo que su valor se redujera en un 20%, y la acreedora lo probara según los trámites judiciales correspondientes.

e) Falta de pago puntual de todas las contribuciones o impuestos que graven la finca o fincas hipotecadas y tengan preferencia legal de cobro sobre el acreedor. f) No asegurar de incendios y de riesgos la finca o fincas hipotecadas o hacerlo por una cantidad inferior a la señalada en la cláusula anterior, o dejar caducar dicho seguro. g) Instarse la declaración de quiebra, concurso de acreedores, suspensión de pagos o quita y espera de la parte prestataria o se siguiera contra los prestatarios procedimiento judicial que llevara aparejada ejecución o embargo por deudas vencidas y no satisfechas. h) La venta o arrendamiento de la finca o fincas hipotecadas sin el consentimiento de Bilbao Bizkaia Kutxa. La presente obligación se contrae con carácter puramente personal.

El artículo 85.4 TRLGDCU establece que son abusivas, por vincular el contrato a la voluntad del empresario, " *Las cláusulas que autoricen al empresario a resolver anticipadamente un contrato de duración determinada, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad, o las que le faculden a resolver los contratos de duración indefinida en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable. Lo previsto en este párrafo no afecta a las cláusulas en las que se prevea la resolución del contrato por incumplimiento o por motivos graves, ajenos a la voluntad de las partes, que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del contrato* ". En lo que se refiere a la aplicación de este precepto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, concretó los parámetros con los que el juez nacional ha de valorar este tipo de cláusulas relativas a la resolución anticipada, en la STJUE de 14 de marzo de 2013 (ECLI: EU:C:2013:164): " *En particular, por lo que respecta (...) a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un periodo limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente (...) si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo "*



Como puede observarse, en el presente caso, la cláusula litigiosa faculta al empresario para dar por vencido anticipadamente el contrato no sólo en los supuestos de incumplimiento grave de las obligaciones esenciales del consumidor, sino también ante el cumplimiento de "cualesquiera obligaciones", sean esenciales o accesorias. Además, en lo referente al incumplimiento de la obligación esencial del prestatario (devolución de la cantidad prestada con sus intereses), la cláusula prevé el vencimiento anticipado ante la falta de pago de una sola de las cuotas vencidas, ya se trate de un incumplimiento total o afecte al capital o a los intereses, incluidos los de demora. Así, La Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, nº 705, de 23 de diciembre de 2015 concluyó que una cláusula que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo debe reputarse abusiva, dado que el incumplimiento no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves. En las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y la posterior nº 79/2016, de 18 de febrero, al enjuiciar la validez de cláusulas de vencimiento anticipado incluidas en contratos de préstamo con garantía hipotecaria concertados con consumidores, el Tribunal Supremo declaró que para que este tipo de estipulaciones contractuales pudieran ser válidas deberían modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, y permitir al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación. Por tanto, teniendo en cuenta lo expuesto y, en atención a la jurisprudencia citada, procede declarar la abusividad de la cláusula sexta bis, relativa al vencimiento anticipado, por contravenir lo dispuesto en los artículos 85.4 y 82.1 del TRLGDCU y causar en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato, vinculando éste, en cuanto al vencimiento anticipado se refiere, a la voluntad del empresario.

b) *Consecuencia de la abusividad.*

Conforme al artículo 83 TRLGDCU, una vez apreciada la nulidad de la cláusula sexta, y no constando que dicha cláusula haya sido objeto de una aplicación efectiva en el presente caso, sólo cabe declarar la misma como nula de pleno derecho y acordar que se tenga por no puesta, continuando vigentes las restantes estipulaciones del contrato en los mismos términos.

SEXTO.- Cuantía del procedimiento.

En cuanto a la cuantía del procedimiento, que ha sido cuestionada por la demandada, la misma debe considerarse indeterminada por quedar comprendida en los supuestos del artículo 253.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ello es así en tanto que se ejercitan acciones declarativas de nulidad de cláusulas abusivas, de las que derivan, como "efecto ex lege", determinadas "consecuencias ineludibles de la validez" (STS 102/2015 de 10 de marzo) y donde la valoración de las mismas corresponde llevarla a cabo de oficio al juzgador. El ejercicio de estas acciones dota al proceso de un objeto que no se limita a un mero interés económico propio de una reclamación de cantidad, que no puede calcularse conforme a las reglas legales de determinación de la cuantía y que no puede confundirse con aquellos supuestos en los que, con la acción principal se piden accesoriamente intereses, frutos, rentas o daños y perjuicios como sostiene la demandada. En los casos de nulidad de cláusulas abusivas, los efectos de la declaración de dicha nulidad, como señala el Tribunal Supremo, se producen ex lege, sin que para la restitución de las cantidades que correspondan sea necesaria una petición accesoria relativa a una cuantía determinada impuesta por el principio dispositivo.

SÉPTIMO.- Costas.

En materia de costas, atendiendo al principio de vencimiento objetivo previsto en el artículo 394.1 LEC, procede imponerlas a la parte demandada al haber visto rechazadas todas sus pretensiones.

FALLO

Que debo estimar y ESTIMO la demanda presentada por el procurador Sr. Fraile Mena y, en consecuencia: i) Declaro la nulidad de la cláusula "Quinta.- **GASTOS A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA**" de la escritura de préstamo hipotecario, suscrito el 9 de julio de 2007, ante el notario de Bilbao D. Javier Rodríguez Santamaría, con número 946 de su protocolo.

1. Declaro la nulidad de la cláusula "Sexta bis.- RESOLUCIÓN ANTICIPADA", contenida en la misma escritura.
2. Condeno a KUTXABANK a pasar por estas declaraciones y eliminar y no aplicar en el futuro dichas cláusulas, así como a la devolución a la parte demandante la cantidad de 798,54 euros pagados indebidamente por ésta, más el interés legal que corresponda desde el momento en el que se produjo aquél pago y hasta la fecha de la presente resolución. Desde hoy y hasta el día de su completa satisfacción, la cantidad global resultante devengará el interés legal del dinero incrementado en dos puntos. Todo ello con expresa imposición de las costas procesales.



De conformidad con el artículo 22 de la Ley 7/1998 , d 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, diríjase mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción, una vez que sea firme, de la presente sentencia en el mismo.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de BIZKAIA (artículo 455 LECn). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 LECn).

Para interponer el recurso será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número 4725 5000 04 0096 17, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** el recurso (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN .- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. JUEZ que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el Letrado de la Administración de Justicia doy fe, en BILBAO (BIZKAIA), a seis de septiembre de dos mil diecisiete.